

EL KNOW HOW Y EL ABUSO DE LA POSICION DOMINANTE EN LAS PRACTICAS DE COMPETENCIA DESLEAL EN COLOMBIA*.

*Camila Orlas Cardona y Fernanda Zapata Colorado***

RESUMEN

El Know how y el abuso de la posición dominante son prácticas de competencia desleal que han sido estudiadas y desarrolladas por la jurisprudencia de la corte suprema de justicia y la corte constitucional como practicas independientes, es decir, no han sido relacionadas ni sancionadas dentro de sus pronunciamientos como actos de competencia desleal, mientras que la jurisprudencia de la superintendencia de industria y comercio se ha esmerado por darle especial regulación y ha sido la única capaz de referirse a estos conceptos de una manera más puntual y concisa .

En este artículo de investigación se pretende entonces el rastreo de la jurisprudencia de la corte constitucional, la corte suprema de justicia, y los conceptos de la superintendencia de industria y comercio alrededor de las prácticas de competencia desleal.

INTRODUCCION:

Analizar el tema de la competencia desleal en Colombia es un asunto importante y relevante tanto para los expertos del derecho como para los comerciantes en general, quienes deben tener claro las reglas de juego a la hora de ejercer su derecho a la libre competencia, que la constitución política en su artículo 333 les reconoce y les garantiza, siempre y cuando, actúen conforme a la buena fe, lealtad, confianza y sinceridad frente a los demás comerciantes, que en cualquier momento podrán entrar en competencia y convertirse en un competidor del negocio que represente, conozca o maneje, es por eso que es importante limitar esa libertad de empresa y constituir ciertas conductas como prácticas de competencia desleal la cual se define desde la ley 256 de 1996 como *todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento*

* El trabajo que se presenta a continuación es producto del proyecto de investigación titulado el know how y el abuso de la posición dominante en las prácticas de competencia desleal en Colombia, asesoradas por el Doctor Diego Buitrago, docente de la facultad de derecho Ces y jefe de comité de investigación de la misma.

** Egresadas de la Facultad de Derecho de la Universidad CES.

concurrential del mercado. , puntualmente en el desarrollo de este artículo encontraremos todo lo que la jurisprudencia y la doctrina ha desarrollado frente al abuso de una posición dominante de la cual nos podríamos acercar como toda conducta que impide una competencia verdadera en el mercado, y al KNOW HOW que hace una traducción al saber cómo o puede ser conocido también como un secreto industrial o un arte de fabricación que se conforma por una serie de procedimientos empleados en la realización técnica de un producto, y que dentro de lo analizado en el contexto jurisprudencial, mas puntualmente a las pronunciations de la H. corte suprema de justicia y la Corte Constitucional se evidencian una falta de regulación en el contexto comercial, y una escases de conceptos, sanciones y pronunciamientos jurisprudenciales de estos temas por lo que la doctrina y la jurisprudencia de la superintendencia de industria y comercio ha puesto frente a estos conceptos y lo ha desarrollado, para este estudio hemos utilizados una metodología que nos permite analizar las diferentes maneras que han sido desarrollados estas nociones y por lo que este trabajo se desarrollará partiendo de un primer capítulo que contempla la libre competencia y la práctica de competencia desleal a la luz de la regulación normativa, las sentencias de las corte y los conceptos de la superintendencia de industria y comercio, un segundo capítulo que desarrolla la posición dominante y su abuso, para luego dar paso al know how como secreto industrial y por ultimo llegar a unas conclusiones del articulo a desarrollar.

Fundamentos de la regulación de la competencia desleal y el abuso de la posición dominante.

El artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, el cual se encuentra en el Capítulo I, del Título XII *Del Régimen Económico y de la Hacienda Pública* , da sustento al principio de la libre competencia, al establecer:

Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (Negrillas y subrayas por fuera del texto).

De acuerdo con la normativa transcrita, en Colombia la libre competencia y la libertad de empresa, son derechos constitucionales que se encuentran limitados al bien común e interés social, dejando claro, que cualquier conducta que vaya en contravía de este principio, o implique el abuso de la posición dominante en contra de las directrices consagradas en la norma superior, siendo el legislador el encargado de regular aquellas conductas que atenten contra este principio constitucional.

Respecto al principio de la libre competencia, la H. Corte Constitucional, ha manifestado:

La Constitución ha elevado la **libre competencia** a principio rector de la actividad económica, en beneficio de los consumidores y de la misma libertad de empresa. Es del resorte de la ley prohibir - excepcionalmente autorizar bajo ciertos supuestos y condiciones - conductas, acuerdos o prácticas que tenga por efecto impedir, restringir, obstaculizar o falsear la libre competencia en cualquier mercado de bienes o de servicios, tarea ésta del legislador esencial para conformar y mantener mercados eficientes y para que en verdad la libre competencia pueda ser "un derecho de todos", como lo consagra la Constitución (CP art. 333). (Negrillas y subrayas por fuera del texto), (Corte Constitucional, Sentencia T Ë 240 de 1.993)

En igual sentido, el artículo 334 de la Constitución Política, en búsqueda de proteger el principio de la libre competencia y de la libertad económica, impone otra limitante, consistente en la intervención permanente del Estado, prescribiendo:

Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, 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 los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los

habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

(Negrillas y subrayas por fuera del texto).

En otras palabras, los particulares tienen libre iniciativa para practicar y ejercer el comercio, y de otro lado, el Estado puede intervenir para racionalizar esa actuación de los particulares, imponiendo normas que tiendan a mantener el respeto, honestidad, lealtad entre competidores, y entre éstos y los consumidores.

Es con base en estas dos limitaciones que la ley, la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de desarrollar a través de la regulación y explicación de ciertas figuras que atentan contra la libre competencia, tales como *La Competencia Desleal* y *El Abuso de la Posición Dominante*.

La H. Corte Constitucional, al respecto sobre estas dos limitaciones, consideró:

es importante destacar que las dos especies de intervención - garantista y correctora de la libre competencia - se reservan a la ley que establece, por vía general, el régimen de los contratos y de las obligaciones que sirve como permanente punto de referencia a los sujetos, así como las restricciones, limitaciones, prohibiciones y autorizaciones que orientan y corrigen la competencia en los mercados. (Negrillas y subrayas por fuera del texto)(Corte Constitucional, Sentencia T É 240 de 1.992)

Conceptos.

De acuerdo a lo mencionado en el acápite anterior, se puede concluir que los principios de la libre competencia y la libertad económica, no son principios absolutos, toda vez que, desde la Constitución Política, se imponen limitaciones para el desarrollo de estos; lo que conlleva a la regulación y control de figuras como *La competencia desleal, el abuso de la posición dominante y el KNOW HOW*, figuras que a continuación serán definidas, analizando su alcance y sus efectos,

Competencia Desleal.

La definición de competencia desleal, se encuentra consagrada en el inciso 2°, del artículo 7 de la ley 256 de 1.996, normativa en la cual se establece: *se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.*

De la norma transcrita, se denota lo amplio del concepto de competencia desleal, generando que el análisis de las conductas que constituyen competencia desleal resulte complejo, toda vez que si bien el legislador consagró en los artículos posteriores al 7 de la ley 256 de 1.996 (del 8 al 19), algunos actos o conductas que pueden entenderse como competencia desleal, no pueden considerarse como los únicos actos o conductas constitutivos de competencia desleal, razón por la cual resulta imprescindible analizar cada uno de los elementos contenidos en la definición reproducida en el párrafo anterior; acto concurrencial o de competencia; acto indebido; e, idoneidad o suficiencia del medio utilizado.

Elementos esenciales de la competencia desleal.

Según la definición dada de competencia desleal, esta figura contiene tres elementos: (i) acto concurrencial o de competencia; (ii) acto indebido; e, (iii) idoneidad o suficiencia del medio utilizado.

El denominado *Acto concurrencial o de competencia*, es aquel acto mediante el cual se genera participación en un mercado específico, es decir, que el acto es contemporáneo con las actividades llevadas a cabo por quien resultará ser el sujeto pasivo, en búsqueda de mantener una participación o aumentarla en el referido mercado, independientemente de cual haya sido la real intención del comerciante.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia Sala Civil, ha manifestado:

De igual forma, ha de tenerse en cuenta que no es un presupuesto de esta clase de actos el que se causen perjuicios, puesto que la acción puede dirigirse solamente a que se impida la conducta desplegada por un competidor, claro está, siempre que tenga la virtualidad de afectar el mercado. (Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Sentencia del 13 de noviembre 2.013)

El acto *Indebido*, hace referencia aquel acto o la conducta contraria a las buenas costumbres mercantiles; lo cual resulta difícil de determinar, toda vez que no existe una lista taxativa de cuáles son los actos de los comerciantes llamados a ser indebidos, sin embargo se puede catalogar como un *Acto indebido*, aquella conducta que atente contra el deber de la honradez y la corrección en favor de los consumidores y demás competidores.

En relación con a las buenas costumbres, la Superintendencia de Industria y Comercio, manifestó:

El respeto a las sanas costumbres mercantiles, genera para los competidores en el mercado, un cuidado mayor que el que conlleva simplemente la actitud de no violar la ley o la costumbre jurídica, pues además de estar obligados a respetar estas últimas, deben ser lo suficientemente cuidadosos para que sus conductas sean éticamente acordes con la práctica honesta del comercio, esté o no esté reconocida en una ley o en una costumbre mercantil. Es así como el término costumbre no tiene un significado unívoco en nuestro derecho, especialmente cuando está vinculado con adjetivos que denotan un comportamiento moral o ético tales como buenas, o en este caso sanas. Como se observa en los ejemplos que cita la Corte y que se transcriben a continuación, el término costumbre no implica necesariamente costumbre como fuente de derecho, sino que en muchos casos la expresión costumbre está ligada a la práctica conforme a la moral, utilizando para tal fin el vocablo costumbre acompañado de un adjetivo que denote un estándar ético, como por ejemplo el de las buenas costumbres o sanas costumbres.¹ (Superintendencia de Industria y Comercio Resolución 32749)(Negrillas y subrayas por fuera del texto).

También debe considerarse como un acto de competencia desleal, todo acto o conducta que infrinja una práctica mercantil, y de igual forma aquella conducta que vulnere o que sea violatoria de la buena fe mercantil, es decir, toda conducta que contravenga los principios honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad de los comerciantes.

Tenemos la suficiencia o idoneidad del medio utilizado para ejecutar el acto de competencia desleal; entendiéndose, que el acto debe ser potencialmente dañoso, más no se requiere la materialización del mismo, por cuanto al ser la competencia desleal un asunto de interés público, la amenaza o probabilidad de un daño es suficiente para ser reprimido.

En cuanto a la idoneidad se refiere, la H. Corte Suprema de Justicia Sala Civil, ha considerado:

Finalmente, la idoneidad del acto acusado como desleal apunta a desaprobación las actuaciones que puedan alterar eficazmente la libre competencia. Lo anterior implica que las conductas inocuas o inofensivas como podría ser un simple acto preparatorio- no podrían ser consideradas como desleales. ² (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 13 de noviembre de 2013)

En concordancia a lo expuesto, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia Sala Civil, ha manifestado lo siguiente:

Para que se configure un acto de competencia desleal deben reunirse los siguientes requisitos: (i) que se trate de un acto realizado en el mercado; (ii) que ese acto se lleve a cabo con fines concurrenciales, esto es que resulte idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero; y (iii) que corresponda a las conductas expresamente prohibidas por el ordenamiento, sea de manera general o específica ³ (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 13 de noviembre de 2013)

Por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto, para hablar de competencia desleal en el ordenamiento jurídico colombiano, es necesario la concurrencia de los tres elementos

mencionados, tanto en el desarrollo del tema, así como en lo señalado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala Civil, es decir, que deba darse una conducta, voluntaria o involuntaria, que atente contra las buenas costumbres mercantiles y/o la buena fe mercantil, la cual ponga en riesgo, al menos probable, a otros competidores o al mercado.

Actos constitutivos de competencia desleal.

Para que una conducta que despliega un participante en el mercado pueda ser considerada como constitutiva de competencia desleal, es indispensable que la misma reúna dos elementos fundamentales: I) Que se trate de un acto de competencia; y II) Que ese acto de competencia pueda ser calificado como desleal (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de agosto de 2000).

Así, si el acto es de competencia, pero no puede ser calificado como desleal, la conducta corresponderá a una estrategia competitiva lícita, que posiblemente genere como resultado una atracción de clientela válida hacia el participante en el mercado que la despliega. En igual sentido, también es posible que esa estrategia de mercado, que por las circunstancias de modo en que se realiza no es calificable como desleal, genere una eventual disminución en las ventas y utilidades de los competidores, quienes ven desplazada o desviada su clientela hacia el competidor que ha realizado los actos competitivos, sin que tal actuación sea considerada como de competencia desleal, pues siendo un acto lícito en el comercio, el menoscabo patrimonial que sufre el competidor que se ve afectado por el mismo corresponderá a un resultado natural del proceso competitivo, equivalente al riesgo comercial que implica participar en la competencia que se vive en el mercado. Ahora bien, si el acto o la conducta que se cuestiona es calificable como desleal, pero no corresponde a un acto de competencia, tal conducta será reprimible por medio de otras figuras jurídicas, como por ejemplo a través de las derivadas de la responsabilidad civil (extracontractual o contractual), pero no a través de las normas sobre competencia desleal, pues si bien la competencia desleal ha sido tradicionalmente concebida como una especie perteneciente al género de la responsabilidad civil, precisamente el hecho de ser una especie perteneciente a dicho género hace que la competencia desleal contenga elementos y particularidades que la diferencian de otras figuras pertenecientes a ese mismo género. Una de las particularidades fundamentales y que caracteriza a la competencia desleal es el hecho de que la conducta que se estudie en un caso particular corresponda a un acto de competencia, pues si este elemento no se presenta, hará falta uno de los elementos fundamentales que caracterizan la especie.

La noción de acto de competencia en la figura jurídica de la competencia desleal fue expuesta por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en el año de 1986, al analizar la exequibilidad de los artículos 75 a 77 del Código de Comercio. Al respecto dijo la Corte Suprema de Justicia;

El desarrollo de las actividades comerciales en una economía de mercado supone necesariamente la competencia entre empresarios con el propósito de obtener la preferencia de la clientela en relación con los productos que fabrican o comercializan, o respecto de los servicios que prestan. La competencia, esto es, la oposición de fuerzas entre dos o más rivales entre sí que aspiran a obtener algo, tiene su significado propio en el campo de las relaciones mercantiles, pues aquello que se busca obtener no se consigue como fruto de un esfuerzo momentáneo, sino como resultado de un proceso en el que influyen factores de muy diversa índole, tales como el prestigio comercial, la calidad de los productos o servicios ofrecidos, los antecedentes personales y profesionales del empresario, las condiciones de precios y de plazos, la propaganda y el lugar de ubicación de los establecimientos de comercio.

Considerada objetivamente, la competencia debe significar una emulación entre comerciantes tendiente a la conquista del mercado con base en un principio según el cual logrará en mayor grado esa conquista el competidor que alcance la mejor combinación de los distintos elementos que puedan influir en la decisión de la clientela. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 10 de julio de 1986)

Esta noción de competencia, la cual ha sido citada constantemente por los tribunales en los casos de competencia desleal que conocen, pone de presente que la competencia implica una oposición de fuerzas entre dos o más rivales en el mercado por conquistar un objetivo común, cual es la preferencia de la clientela en relación con los productos que fabrican o comercializan, o respecto de los servicios que prestan. De esta forma, la competencia se traduce en una lucha entre participantes en un mercado, cuyo objetivo final es el de captar una clientela actual o potencial. (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de Septiembre 1995)

Así las cosas y de acuerdo con lo expuesto, para que un acto pueda ser constitutivo de competencia desleal, es preciso que el mismo corresponda a un acto de competencia, esto es, que la conducta que se demande sea realizada con la intención de disputar una clientela actual o potencial y que dicho acto o conducta sea calificable como desleal, según los criterios que para tal calificación establecen las normas jurídicas.

Sin embargo, por lo amplio del concepto de competencia desleal, el legislador consagró en los artículos posteriores al 7 de la ley 256 de 1.996 (del 8 al 19), algunos actos o conductas que pueden entenderse como competencia desleal, las cuales no pueden considerarse como las únicas conductas y/o actos constitutivos de competencia desleal, razón por la cual podemos agrupar estas conductas, así:

a. **Actos de Confusión:** Son aquellos actos que tienen como objeto y/o efecto inducir al público en error sobre la actividad, prestación mercantil o establecimiento ajeno.

El consumidor es confundido, cuando basado en artificios o engaños se crea en él un concepto errado, del cual el comerciante obtiene un provecho en favor de sus establecimientos, productos y/o servicios, que conlleva a un incremento patrimonial, es decir, que debido al acto de confusión, intencional o no, el consumidor prefiere su establecimiento, producto y/o servicio.

Para determinarse cuando la conducta de un comerciante es un acto de confusión, debe tenerse en cuenta la incidencia que dicho acto tenga en una persona de mediano cuidado y mediana diligencia, en una persona del común.

De igual forma, se tiene como actos de confusión aquellas conductas que consisten en la utilización de marcas ajenas, sin la necesidad de que sean productos competitivos entre sí, por ejemplo aquella persona que utiliza la marca Toyota para la venta de celulares, sin que el producto provenga de dicha marca, generando en el consumidor la confusión que el producto ofrecido es de iguales prestaciones a los vehículos de esta marca.

Otra manera de crear confusión, es la imitación del origen y la falsa procedencia del producto, con lo cual se lleva al consumidor que adquiere un producto por la procedencia del mismo o la calidad que puede tener por su origen a un error, conllevando a una competencia desleal frente al mercado.

El error al que se lleva el consumidor, puede versar por el modo de fabricación del producto o servicio, características, aptitudes, cantidad, naturaleza; lo esencial, es que se lleve al consumidor a un error, y de ser así, el comerciante estaría incumpliendo el deber de brindar al público una información veraz y completa del producto y/o servicio, información que le permite al consumidor hacer una elección del producto y/o servicio a utilizar y/o comprar.

b. **Actos de Denigración:** Se entiende como un acto de denigración, toda conducta realizada por un comerciante competidor, que tenga como efecto u objeto desacreditar, sin razón, a otro comerciante o establecimiento competidor.

Para hablar de un acto de denigración, es necesario que se realicen afirmaciones falsas respecto de otro competidor con lo cual se genera una difamación que atenta contra la

verdad, honradez, prestigio de un comerciante competidor, generándole a éste un perjuicio.

c. **Actos de desorganización interna:** Este tipo de actos pueden darse en las siguientes situaciones; la primera es aquella que se presenta, cuando un comerciante divulga una información obtenida de manera indebida, la cual versa sobre una invención o descubrimiento de un servicio y/o producto, realizado por un comerciante, conducta que conlleva a crear desorganización interna de una empresa competidora, un ejemplo de estos sería, el espionaje industrial.

La segunda situación puede presentarse, cuando se incita a los trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados de un comerciante competidor a infringir los deberes u obligaciones contractuales contraídos con éste (comerciante competidor), así estos actos no produzcan desorganización, ni se obtenga la revelación de un secreto.

La tercera situación, es aquella en la que se priva de manera dolosa a un comerciante de sus trabajadores, es decir, que se impide el funcionamiento normal de un competidor, con la finalidad de causar un perjuicio, es importante resaltar en este punto, que no se sanciona el hecho de ofrecer una mejor propuesta de trabajo a un empleo, por un mejor salario o por mejores condiciones laborales, como tampoco contratar un empleado que se haya retirado, sino la intención de impedir un desarrollo normal de las actividades de un competidor.

La última situación que se puede dar en este acto, es el pacto o acuerdo celebrado entre un empresario con los proveedores, distribuidores y transportadores de un competidor, se conviene que estos se abstengan de suministrar materia prima, realizar ventas y transportar mercancía del competidor.

Lo que pretende sancionar el legislador con los actos de desorganización interna, es la violación al principio de la ética de los negocios y en el normal funcionamiento de la competencia comercial.

d. **Actos encaminados a la desorganización general del mercado:** Son aquellos actos o conductas que violentan las normas reguladoras de exclusividad, generando directamente una desorganización general del mercado.

Este tipo de actos, suelen realizarse por intermedio de prácticas restrictivas del comercio, tales como el *domping*, *el cartel*, *el trust*, *el acaparamiento*, *la especulación*, *la alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida*, *el pánico económico*, *el daño en materia prima y producto agropecuario o industrial*.

Efectos de la competencia desleal.

La regulación de la competencia desleal tiene como objetivo, la protección al principio de libertad económica y libre competencia, con lo cual el legislador busca proteger a los competidores, consumidores y al mercado de aquellas conductas que puedan afectarlos en el ámbito patrimonial, generando así un perjuicio, protegiéndolos de aquellas conductas que tienen como efecto restringir, limitar y/o eliminar la competencia.

Lo anterior trae como consecuencia que, las conductas constitutivas de competencia desleal generen un perjuicio, que por lo general afecta el ámbito patrimonial de los competidores, legitimándolos para instaurar un proceso de responsabilidad civil extracontractual, en contra del competidor desleal, mediante el cual podrán pretender la reparación y cesación del perjuicio causado por el acto o los actos desleales, y de igual forma podrán acudir ante el respectivo órgano de control, para que éste imponga las sanciones a las que haya lugar; sanciones que van encaminadas a castigar al competidor desleal, no solo por la infracción cometida al competidor, si no también, por poner en peligro al consumidor y el normal desarrollo del mercado.

Posición dominante.

La definición del concepto de posición dominante, se establece en el decreto 2153 de 1.992, que en su artículo 45 numeral 5°, definió la posición dominante como *la posibilidad de determinar, directa o indirectamente las condiciones de un mercado* .

Al respecto de la posición dominante, la H. Corte Constitucional, se ha pronunciado así:

La posición dominante de una empresa suele definirse como la posibilidad de ejercer un comportamiento independiente respecto de los precios, condiciones de venta, volúmenes de producción y sistemas de distribución de bienes o de servicios dado el control que ella puede ejercer sobre una parte significativa del mercado en razón de la magnitud de sus recursos financieros, tecnológicos o del

manejo estratégico de las materias primas y demás factores económicos. ⁴
(Corte Constitucional. Sentencia T Ë 240 de 1.992)

En igual sentido, la decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, en su artículo 3° también señaló:

Artículo 3.-

Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio cuando pueden actuar de forma independiente, sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los productos, el desarrollo tecnológico de los productos involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.

Podemos entender como posición dominante, aquella posición en la que se encuentra un empresario cuando puede actuar de manera independiente, como consecuencia de los precios, condiciones de venta, volúmenes de producción y sistemas de distribución de bienes o de servicios, los cuales puede ejercer sobre una parte significativa del mercado, posición que en ningún momento se encuentra prohibida; sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 333 de la Constitución Política, específicamente en su penúltimo inciso se estableció: *El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.*

Al respecto, la jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, ha manifestado: *cuando un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esa posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor, siendo importante reiterar que, la ley no sanciona el que ostente esta posición sino el que se abuse de la*

misma. ⁵ (Negrillas y subrayas por fuera del texto), (Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 02113942)

Así las cosas, según las directrices brindadas por la Constitución Política, le corresponden al Estado, por mandato de la ley, controlar e impedir cualquier abuso que se haga por parte de personas naturales o jurídicas de su posición dominante en el mercado.

Para establecer cuando una persona abusa de su posición dominante, se deben de tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. El mercado relevante del producto.
2. El mercado geográfico en el que opera la posición dominante.
3. La cuota del mercado que detenta la persona en posición dominante.
4. La existencia de rivales reales o potenciales que puedan afectar la posición dominante.

Definida la posición dominante, resulta necesario analizar que se entiende cuando se da el abuso de esta posición.

Abuso de la posición dominante.

Debe reiterarse que en Colombia lo que es censurable y sancionable no es ostentar la posición dominante, pues como se hizo mención en el acápite anterior, lo que busca regular el legislador, protegiendo el principio de la libertad económica y la libre competencia, es el abuso que pueda hacer un empresario de esta posición, afectando a los demás competidores, consumidores y al mercado.

El abuso de la posición dominante, de acuerdo con el artículo 50 del decreto 2153 de 1.992, se puede materializar en los siguientes eventos:

Artículo 50. Abuso de posición dominante. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

1. *La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.*

2. *La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.*

3. *Los 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 constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.*

4. *La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.*

5. *Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.*

6. *<Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.*

Aquellas empresas que ostenten la posición dominante, tienen una responsabilidad de carácter especial, de no permitir que su conducta impida una competencia verdadera en el mercado.

Actos constitutivos de posición dominante.

Como pudo observarse anteriormente, el artículo 50 del decreto 2153 de 1.992 establece los eventos en que pueden presentarse el abuso de la posición dominante, deben entenderse como una lista meramente enunciativa, toda vez que los mismos pueden evidenciarse diferentes situaciones fácticas, explicadas por el Doctor Ernesto

Rengifo García, en su libro *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, así:

En el abuso a la posición dominante, la conducta abusiva se mira preponderantemente en relación con el mercado, con el perjuicio al interés económico general, aun cuando resulten afectados intereses jurídicos particulares: disminución de precios para excluir la competencia (precios predatorios); condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes (discriminación vertical); cláusulas de amarre o corbata (cláusulas tying, como se conoce en la jurisprudencia anglosajona); diferente tratamiento a compradores con el fin de excluir la competencia (discriminación horizontal); la venta o prestación de servicios por debajo del costo también para excluir la competencia (precios predatorios regionales), y la obstrucción al mercado o a los canales de distribución. ⁶ (Rengifo, García, *Del abuso del derecho de la posición dominante*, pág. 378)

Sobre el asunto en particular, la H. Corte Constitucional ha establecido:

El abuso de la posición dominante - no estrictamente ésta - es la que resulta censurable. Simplemente para efectos ilustrativos y dado que el Constituyente lo tuvo en mente, conviene citar el artículo 86 del Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Económica Europea que precisa algunas prácticas que se consideran abusivas de la posición dominante:

*"(...) Tales prácticas 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."*⁷(Corte Constitucional. Sentencia T É 240 de 1.992)

Aunado lo anterior, podemos concluir que el abuso de la posición dominante, se presenta cuando por medio de las conductas que fueron descritas anteriormente, y en

especial las consagradas en el artículo 50 del decreto 2153 de 1.992, una empresa o un grupo de empresas desean evitar cualquier competencia, imponiendo sus puntos de vista, condiciones de negociación, entre otros, por medio de sus recursos financieros, tecnológicos o del manejo estratégico de las materias primas.

Efectos del abuso de la posición dominante.

Como se dejó claro, a través de la regulación al abuso de la posición dominante, se ha buscado proteger al principio de libertad económica y libre competencia, y específicamente a los competidores, consumidores y al mercado, de aquellas conductas mediante las cuales un empresario que actúa de manera independiente, como consecuencia de los precios, condiciones de venta, volúmenes de producción y sistemas de distribución de bienes o de servicios, atribuciones que utiliza arbitrariamente, alterando así las condiciones competitivas del mercado, imponiendo su voluntad a los competidores, consumidores y al mercado, toda vez que estos no cuenta no más alternativas para adquirir el producto y/o servicio.

Los afectados podrán acudir ante el respectivo órgano de control, órgano que también podrá actuar de oficio, adelantando los procedimientos de los que habla los artículos 10 y 11 de la ley 1340 de 2.009, con el objetivo de determinar si efectivamente existe un abuso de la posición dominante según los eventos expuestos por el artículo 50 del decreto 2153 de 1.992, y de esta manera imponer las sanciones a quien abuse de su posición dominante, y que inmediatamente estará en la esfera de una competencia desleal y deberá ser sancionado por conductas anticompetitivas, pues todo abuso de la posición dominante nos hace incurrir de manera inmediata en una competencia desleal, pero teniendo claro a su vez, que no toda práctica de competencia desleal, es un abuso de la posición dominante.

Know how: saber como como secreto industrial.

El know how es un saber especializado, secreto, profesional, que se traduce en economía de costos, ahorro de tiempo y dinero, en pro de una mayor efectividad, productividad y calidad, se consolida con el paso del tiempo y da una ventaja sobre la competencia, pues el objetivo del mismo, es lograr la productividad en menor tiempo y a un menor costo, puede ser conocido como un secreto industrial o un arte de fabricación que se conforma por una serie de procedimientos empleados en la realización técnica de un producto.

El know how, al mismo tiempo puede ser un secreto comercial para la explotación del marketing de un producto o empresa, pero también industrial o técnico como ya bien se

ha dicho, lo que implica la confidencialidad y una cláusula de reserva del secreto empresarial y su violación genera indudablemente perjuicios por competencia desleal,

La H. corte constitucional ha dicho frente al secreto industrial lo siguiente:

de la propiedad industrial hacen parte los secretos industriales, es decir, los que se refieren a los factores técnicos o científicos que, combinados de cierta manera, permiten una fabricación o transformación de productos con resultados específicos y característicos de la empresa industrial que los posee. Lo que se conoce como "Know how" es objeto de protección jurídica en razón precisamente del vínculo que establece entre el proceso y su resultado, cuyo conocimiento y manejo pertenece a la empresa y forma parte de su patrimonio () (Corte constitucional, Sentencia T-381/93)

Lo que nos traduce que el know how- como secreto industrial- hace parte de la propiedad industrial en general, es un factor técnico o científico que pertenece a la empresa y que forma parte de su patrimonio, con relación a sus características según el artículo de 260 de la decisión 486 de 2000, el secreto industrial debe cumplir con los siguientes requisitos:

De los secretos empresariales:

Artículo 260: se considerara como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea;

- a) Secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
- b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción, o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

Al respecto la superintendencia de industria y comercio se ha referido al know how de la siguiente manera

El Know How ha sido definido como la totalidad de los conocimientos, del saber especializado y de la experiencia volcados en el procedimiento y realización técnica de la fabricación de un producto.

Igualmente se ha definido como la información técnica necesaria para diseñar, fabricar, emplear, mantener o comercializar productos o sus elementos o para llevar a cabo la combinación de operaciones en el caso de técnicas o procedimientos, es decir que el Know How es la clase de información necesaria para proyectarlos o utilizarlos.

Por último, se ha entendido que el know How es el saber especializado o habilidad técnica o conocimiento práctico que permite lograr un objetivo específico. Dicho saber se mantiene en secreto, por lo tanto no son patentables en la medida que las patentes son de carácter público y su protección es limitada en el tiempo. (Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 01003060)

Lo que nos pone a pensar en el mecanismo de protección de este saber especializado, pues si bien es cierto, como ya lo hemos mencionado en este capítulo el know how es objeto de protección jurídica, debemos tener claridad al respecto de la misma, cual es la forma en cómo se debe proteger este SABER de la competencia desleal.

Al respecto la superintendencia de industria y comercio nos ha dicho:

Protección del Know How por medio de la patente

Como se dijo anteriormente, el Know How puede cobijar productos o procedimientos, ya sean estos patentables o no, de tal forma que una persona puede decidir protegerlos por medio del privilegio de patente.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que la protección de la patente de invención se otorga a productos o procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevos, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial.

La limitante que tiene este tipo de protección está relacionada con el término de vigencia de la misma, puesto que la Norma Andina establece que un privilegio de patente tendrá una duración de veinte (20) años contados desde la fecha de solicitud, por lo tanto al finalizar dicho período el producto o procedimiento protegido pasará a ser de dominio público, es decir que cualquier persona podrá hacer uso libremente de dicha información.

Protección del Know How como secreto industrial No obstante lo anterior, el dueño del conocimiento especializado puede desear no hacerlo público, razón por la cual deberá tomar las medidas necesarias que permitan mantener la información en secreto, permitiendo de esta forma la protección del secreto industrial.

La Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina establece que el secreto industrial es cualquier información no divulgada, la cual puede usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial.

Ahora bien, en tanto la información se mantenga en secreto, su dueño está protegido contra la divulgación, adquisición y uso de tal secreto, así como podrá transmitir el secreto a cualquier tercero quien adquiere la obligación de conservarlo.

Por último, consideramos importante anotar que aquellas personas que por motivo de su trabajo o empleo tengan acceso a un secreto empresarial sobre cuya confidencialidad se les haya prevenido, deberán abstenerse de usarlo o divulgarlo sin justa causa y (sic) el consentimiento del dueño de la información. (Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 01003060)

Es decir entonces, que la protección del KNOW HOW, podrá variar de acuerdo a las pretensiones que tenga el dueño de la información a proteger.

Lo que nos hace cuestionar porque la jurisprudencia de las altas cortes y la doctrina se abstienen a pronunciarse respecto al know how como secreto industrial y sus mecanismos de protección como actos preventivos de competencia desleal, pues frente a este tema se encuentran todavía muchos vacíos jurídicos que hacen ver la práctica del KNOW HOW de forma independiente a la competencia desleal, y de la cual solo la Corte Constitucional se ha pronunciado pero de manera exclusiva para regulación tributaria al decir;

La garantía de esta forma de propiedad particular no riñe, sin embargo, con la función que cumplen las autoridades tributarias para el logro de fines que interesan a la comunidad, los cuales -se repite- prevalecen sobre el interés privado, aunque anotando que los funcionarios estatales correspondientes, en caso de tener acceso a documentos integrantes del secreto industrial, están obligados a utilizarlos para los exclusivos fines tributarios, a no divulgarlos y a no aprovecharlos ilícitamente, pues en tales eventos serían responsables de graves faltas sujetas a las sanciones que prevé la ley, inclusive desde el punto de vista penal.

Para la Corte Constitucional no cabe duda de que -como también lo dijo la Corte Suprema en el fallo que se revisa- las actividades que debe adelantar el Estado para el cabal ejercicio de sus potestades de imposición, determinación y cobro

de tributos, así como para investigar a los contribuyentes y para cerrar posibles vías de evasión y elusión de impuestos, ciertamente limitan y restringen el derecho de propiedad en sus distintas manifestaciones, pero encuentran soporte suficiente en la Constitución Política.

El artículo 15 de la Constitución preceptúa en su último inciso que "para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley". (Corte Constitucional, Sentencia T381 de 1992)

Entonces si dicho secreto de manera ilícita es revelado y utilizado para el provecho de la competencia ¿qué pasaría? , de ser así se constituiría una práctica de competencia DESLEAL, pues como ya lo expusimos en el segundo capítulo las conductas que deben considerarse como competencia desleal, son aquellas que infrinjan una práctica mercantil, y de igual forma aquellas que vulneren o que sean violatorias de la buena fe mercantil, es decir, todas las conductas que contravengan a los principios de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad de los comerciantes, pues es claro que revelar el secreto industrial con fines deshonestos, pone en riesgo al competidor que viene siendo el sujeto pasivo con conductas potencialmente dañosas y va en contraria de la sana costumbre mercantil con su conducta concurrencial e indebida, razones que podemos inducir del desarrollo del presente artículo pero de las que la jurisprudencia y la doctrina no ha hecho frente, ni referencia.

CONCLUSIONES

Por todo lo desarrollado en este artículo, el resultado que nos arroja este análisis y estudio sobre las prácticas de competencia desleal, nos demuestra una vez más que las altas cortes de nuestro país, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, y la superintendencia de industria y comercio, siguen sin reconocer que el abuso de la posición dominante y la revelación del secreto industrial constituyen conductas de competencia desleal; pues en sus escasos pronunciamientos nos encontramos con que el abuso de la posición dominante no deja de ser eso, un SIMPLE ABUSO y no una conducta anticompetitiva como lo explica la superintendencia al hablar de la protección a la competencia y referirse *si una empresa usa su posición de dominio para excluir o explotar a sus competidores o consumidores, se dice que abusa de ella* , es decir, no va más allá del abuso y no hace un pronunciamiento claro y contundente para referir la conducta de explotar a los competidores y excluirlos del mercado, como prácticas abusivas de competencia desleal, por lo que es evidente la falta de regulación frente a estos temas y la falta de claridad por parte de la jurisprudencia, el legislador y la doctrina al respecto de la competencia desleal y sus prácticas, pues si bien es cierto que esta se encuentra desarrollada en la ley 256 de 1996, también lo es decir que dicha regulación se torna ambigua y demasiado amplia cuando trata de exponer las conductas desleales,

contrarias a las sanas costumbres mercantiles que desencadenan la vulneración de la libre competencia.

REFERENCIAS

- Congreso de la república de Colombia, ley 1340 de 2.009 Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, versión digital disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36912>
- Congreso de la república de Colombia, ley 256 de 1996 Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal, versión digital disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0256_1996.html
- Corte Constitucional, Sentencia T 240 de 1.992, Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-240-93.htm>
- Corte constitucional, Sentencia T-381/93, Magistrado Ponente: Dr. Jose Gregorio Hernandez Galindo, Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-381-93.htm>
- Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Referencia: 11001-3103-014-1995-02015-01, Sentencia del 13 de noviembre 2.013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia 25 de agosto de 2000, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Eduardo Ferreira Varcas.
- Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de Septiembre 1995, Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas.
- Corte Suprema de Justicia, sala plena, Sentencia del 10 de julio de 1986, Magistrado Ponente Dr. Hernando Gómez Otálora

- Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, versión digital disponible: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/Decisiones/Dec285s.asp>
- Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.
- Presidencia de la república de Colombia, decreto 2153 de 1.992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Versión digital disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2153_1992.html
- Rengifo García, ERNESTO. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Editorial Universidad Externado de Colombia. Pág. 378.
- Superintendencia de Industria y Comercio Resolución 32749, del 29 de diciembre de 2004.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 01003060, Versión digital disponible en: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Boletines/02feb2001.html#3
- Superintendencia de Industria y comercio, decisión 486 de 2000, versión digital disponible en: http://www.sic.gov.co/drupal/recursos_user/historico/d2011sic834.htm
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 02113942 del 23 de enero de 2.003.