



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE ESTUDIOS JURÍDICO-ECONÓMICO

***LAS NUEVAS REGLAS DE COMPETENCIA Y LAS
PATENTES-ESTÁNDARES ESENCIALES. ¿CÓMO
ABORDAR POTENCIALES CASOS EN MÉXICO?***

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

LEÓN EFRÉN JIMÉNEZ DOMÍNGUEZ

ASESORA

DRA. MARICELA MORENO CRUZ



CIUDAD UNIVERSITARIA, 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE

Introducción	5
CAPÍTULO I. ANTECEDENTES DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO (1681-2011)	8
1.1 Primeros vestigios normativos en México. Leyes virreinales, primeras normas constitucionales y leyes reglamentarias (1681-1934).....	8
1.2. Estancamiento del Derecho de la Competencia (1947-1982).....	15
1.3. Apertura del mercado, primera ley de competencia y el nacimiento de la Comisión Federal de Competencia (1983-1993)	18
1.4. Primeros casos relevantes de la Comisión Federal de Competencia (1993-1995) .	32
1.5. Reformas a la Ley Federal de competencia Económica de 2006 y 2011.	35
CAPÍTULO II. PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO	40
2.1. Reforma Constitucional De 2013	40
2.2. Análisis del artículo 28 Constitucional en materia de Competencia Económica	45
2.3. Ley Federal de Competencia Económica de 2014.....	58
CAPÍTULO III. MERCADO DE MANUFACTURA DE DISPOSITIVOS MÓVILES, ESTANDARIZACIÓN DE TECNOLOGÍAS Y CASOS RELEVANTES	66
3.1. Organismos de Estandarización de Normas para Sistemas Móviles de Tercera Generación	66
3.2. Patentes Estándares Esenciales.....	72
3.3. El Problema de los Términos Justos, Razonables y No Discriminatorios	76
3.4. Casos de referencia sobre Patentes Esenciales	83
CAPÍTULO IV. PATENTES ESTÁNDARES ESENCIALES Y PROBLEMAS DE COMPETENCIA EN MÉXICO	87
4.1 Elementos generales del régimen jurídico de las patentes en México	89
4.2 Solicitud de declaración administrativa de infracción en materia de propiedad industrial, medidas cautelares y definitivas	92
4.3. Posibles violaciones a la LFCE por negar el acceso a Patentes Estándares Esenciales	95
4.3.1. Investigaciones por Prácticas Monopólicas Relativas.....	97
4.3.2. Procedimiento especial para determinar insumos esenciales o barreras a la competencia (art. 94)	118

CAPÍTULO V. PROPUESTA DE DIRECTRICES PARA TRATAR POTENCIALES CASOS EN MÉXICO	121
5.1. Instrumentos para mejorar la predictibilidad de la aplicación de la ley federal de competencia económica.....	122
5.1.1. Directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos	124
5.1.2. Guías	126
5.1.3. Lineamientos	128
5.1.4. Criterios técnicos	128
5.1.5. Directrices	129
5.2. Solicitud de Opinión Formal y Orientaciones Generales en Materia de Libre Concurrencia y Competencia Económica	130
5.2. Propuesta de reglas para abordar potenciales casos que involucren patentes esenciales en México.....	134
Conclusiones	139
Bibliografía	142

AGRADECIMIENTOS

A mis abuelitos, María y Maximiliano, por su amor incondicional y porque sin ellos este trabajo y lo bueno de la vida, simplemente no sería.

A mis tíos, Carlos, Cuauhtémoc y Rosalía, por su orientación y apoyo infinito.

A Kim, porque tengo fe en que será una buena ciudadana y estudiante.

A Mayra, por estar siempre, pero sobre todo en los momentos difíciles.

A Marisol, por sus opiniones inteligentes y valiosas orientaciones económicas.

A mis amigos, Evi, Mich y Sara, porque de alguna manera me impulsaron a terminar este trabajo.

A mi asesora Dra. Maricela Moreno Cruz, por su invaluable tiempo, trabajo, orientación y apoyo para hacer realidad esta tesis.

A mi querida Universidad Nacional Autónoma de México.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de tesis busca explorar las implicaciones que en México tendría un caso en materia de competencia económica que, involucre el acceso a patentes estándares esenciales. El objetivo de poner sobre la mesa una problemática compleja que ha ocupado en los últimos años a las autoridades líderes de competencia (Departamento de Justicia de Estados Unidos y Comisión Europea) es estar preparados para dar soluciones a potenciales casos en México, aprovechando la experiencia internacional y la discusión entre autoridades, practicantes y academia. La nueva Ley Federal de Competencia Económica cuenta con instrumentos regulatorios que pueden ser aprovechados para abordar problemáticas que representan nuevos retos a las autoridades de competencia mexicanas.

Grandes compañías como, Apple, Motorola, Huawei y Samsung, dedicadas al desarrollo de tecnologías de la comunicación y a la fabricación de dispositivos móviles, recientemente han librado conflictos en el marco de que se ha denominado como la Guerra de Patentes. El acceso a las patentes que tienen carácter de esenciales es la cuestión básica del conflicto que han abordado otras agencias de competencia.

Lo anterior deriva de la necesidad de estandarización en el mercado de dispositivos móviles, especialmente en el de teléfonos inteligentes. La estandarización de tecnologías es necesaria para hacer compatibles las redes y los dispositivos de los diferentes mercados locales de telefonía móvil, además puede generar otros efectos positivos en los mercados, tales como la reducción los costos de producción, incremento en número de usuarios y el establecimiento de mínimos de calidad, que al final se pueden traducir en beneficios para los consumidores.

Los esfuerzos de estandarización son asumidos por entes públicos y privados, quienes a partir de criterios técnicos necesariamente objetivos (al menos en el deber ser) determinan, por ejemplo, qué tecnologías son mejores para ser adoptadas por determinado sector productivo. El Instituto Europeo de Estandarización de

Telecomunicaciones y la Unión Internacional de Telecomunicaciones son ejemplos de organismos de estandarización que inciden en el mercado de dispositivos móviles.

El conflicto con las leyes de competencia ha surgido cuando estos organismos de estandarización eligen tecnologías patentadas llamadas Patentes Estándares Esenciales (“Patente Esencial”), que tienen como característica que son insustituibles y sin ellas no es técnicamente posible participar en un sistema como el 3G o Sistema Universal de Telecomunicaciones Móviles de telefonía móvil, pues se otorga a un particular el poder de mercado suficiente para bloquear o desplazar a un fabricante de dispositivos móviles.

Las Patentes Esenciales no son exclusivas de manera absoluta, por acuerdo de sus titulares, toda vez que en tanto son estándares, basan su éxito la extensión de su uso. Así, para evitar el bloqueo a las Patentes Esenciales (y al mercado relacionado de fabricación de dispositivos móviles) y tratar de asegurar el acceso al estándar al mayor número de jugadores posibles, los organismos de estandarización han solicitado a los titulares de las patentes asumir la obligación de ofrecer las licencias de Patentes Esenciales en términos Justos, Razonables y No Discriminatorios. Como se verá, los alcances de los compromisos no son claros y esta falta de claridad puede aprovecharse para ejercer realizar abusos de poder o para usar los procedimientos de investigación como parte de una estrategia litigiosa de mala fe.

Esta problemática generada por la dinámica de las tecnologías debe ser analizada y resuelta por las autoridades de competencia mexicanas tomando en cuenta las lecciones aprendidas por otras autoridades. En este sentido, este trabajo de tesis propone aprovechar los instrumentos de opinión formal o directrices previstos en la Ley Federal de Competencia Económica para emitir directrices sobre cómo se abordarán potenciales casos, sin prejuzgar sobre denuncias específicas, pero sí informando a la sociedad criterios generales.

Las preguntas que este trabajo trata de responder sobre potenciales casos en México, son:

- ¿Se podría considerar para efectos de la Ley Federal de Competencia Económica como un insumo esencial a la tecnología protegida por una Patente Esencial?
- ¿Cobrar regalías excesivas o negarse a otorgar una licencia sobre una Patente Esencial puede tener como efecto desplazar de un mercado a un agente económico, o bien, impedirle el acceso al mismo? En cuyo caso, ¿se actualizan las prácticas monopólicas relativas previstas en las fracciones V, X, XI, XII y XIII del artículo 56 de la Ley Federal de Competencia Económica vigente?
- ¿Cómo puede incidir el órgano regulador en materia de competencia económica mexicana para prevenir que los titulares de Patentes Esenciales ejerzan sus derechos para excluir o evitar la entrada de productores de teléfonos inteligentes, así como para evitar que se presenten denuncias de mala fe, por fabricantes que no desean pagar por una licencia?

La publicación de directrices u opinión formal para el tratamiento de denuncias por prácticas monopólicas relativas o procedimientos especiales en materia de insumos esenciales, que involucren Patentes Esenciales, por un lado, generarán certidumbre y predictibilidad sobre cómo abordarán este tipo de casos los órganos reguladores, y por otro, disuadirán la presentación de denuncias con fines dilatorios o de mala fe.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO (1681-2011)

Advertimos que, la política de competencia económica en México es relativamente reciente. El primer órgano regulador en materia competencia económica nació en la última década del siglo XX y la práctica jurídica se ha consolidado en los últimos años, gracias a que las sanciones se han convertido en un riesgo real para los agentes económicos.

Sin embargo, existen antecedentes del derecho de la competencia en México muy anteriores a la década de los 90', que vale la pena mencionar. Por ello, en este capítulo se revisan antecedentes desde 1681, pasando por las constituciones mexicanas y primeras leyes reglamentarias del artículo 28 constitucional, hasta llegar a las reformas de 2006 y 2011, que son las últimas previas a la última gran reforma constitucional en la materia en 2013.

Todas las referencias hechas en este capítulo serán, principalmente, sobre hechos nacionales, sin embargo, también se señalan acontecimientos relevantes que sirven para poner en contexto algunas ideas. Como es el caso del desarrollo paralelo que en materia de competencia económica tuvieron los Estados Unidos de América.

1.1 PRIMEROS VESTIGIOS NORMATIVOS EN MÉXICO. LEYES VIRREINALES, PRIMERAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEYES REGLAMENTARIAS (1681-1934)

Aunque sea un hecho notorio, no está de más mencionar que no existió derecho de la competencia antes de la llegada de los españoles al continente americano. Sin embargo, hubo reglas que regulaban las actividades económicas, e incluso algunas que prohibieron conductas que hoy se consideran anticompetitivas.

El ejemplo más lejano que encontramos de reglas para actividades económicas fue durante la hegemonía de la Triple Alianza (alrededor de 1428), cuando funcionaba un ente equivalente a un tribunal “especializado” para los mercaderes

prehispánicos. Tenía sede en Tlatelolco y se trataba de un cuerpo de jueces ambulantes llamados *pochtecatl*, quienes se encargaban de recorrer los mercados para conocer de los conflictos que surgían entre vendedores y compradores, sus fallos se fundaban en las costumbres.¹

Más adelante, en la época de la Nueva España, las prácticas anticompetitivas tuvieron un gran auge. Por un lado, no existían disposiciones ni autoridad que contralara a los comerciantes, y por otro, la falta de competencia se fomentaba desde la Corona Española, quien imponía entre otras políticas comerciales para la Nueva España y Perú:²

- La prohibición o entorpecimiento de la producción;
- Prohibición de intercambios comerciales entre Nueva España y Perú a partir de 1604, y
- La restricción del intercambio comercial trasatlántico desde 1564, a través de la implementación de un único envío anual de cargamento con diversos productos europeos de alta demanda hacia el Puerto de Veracruz. Del otro lado, los embarques que volvían al Reino de España tuvieron como destino único la ciudad de Sevilla.

Estas condiciones, dieron como resultado la cartelización y concentración de los intercambios comerciales entre Europa y América. Para 1543 sólo un ente económico (consulado) dominaba de manera absoluta los intercambios comerciales en Sevilla, y otro en la Nueva España desde 1592, ambos eran socios. Así, los comerciantes del Puerto de Veracruz y de Sevilla, organizados en consulados, fijaron altos precios en ambos continentes,³ afectando a miles de consumidores tanto españoles como novohispanos.

¹ Mendieta y Núñez, Lucio, *El Derecho Pre-colonial*, 6ta. Edición, México, Porrúa, 1992, pp. 132 y 133.

² García Martínez, Bernardo, “La Creación de la Nueva España”, *Historia General de México*, México, El Colegio de México, 2000, p.289.

³Ídem.

Las rentas monopólicas de los consulados les dotaron de un poder político y económico que provocaba ingobernabilidad. Como respuesta a este fenómeno, la “Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias” (1681), incluyó normas para atacar prácticas que podrías ser clasificadas hoy como monopólicas.⁴

Entre las medidas, se crearon alhóndigas en las que se limitó el tiempo de almacenamiento de productos con el fin de controlar la fijación de precios y la restricción de abasto, y las violaciones a estas normas merecieron, multas, confiscación de bienes y destitución, en caso de ser empleados del virreinato.^{5 6}

Las medidas incluidas en la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias, se vieron robustecidas por el cambio de política económica que vendría cuando los Habsburgo transmitieran la corona a los Borbones (mediados del siglo XVIII), pues serían éstos quienes harían reformas encaminadas a que la Corona Española retomara las riendas de la Nueva España,⁷ es decir, la dirección política, administrativa y económica, siguiendo así las ideas del Despotismo Ilustrado.⁸

Así, los consulados recibieron otros reveses con la aplicación de las reformas borbónicas. Por ejemplo, el Consulado de la Ciudad de México (que monopolizaba el intercambio comercial con Sevilla) tuvo que aceptar la creación de nuevos

⁴ Cfr. García Martínez, Bernardo, *op. cit.* Nota 2.

⁵ González de Cossío, Francisco, *Competencia Económica; Aspectos Jurídicos y Económicos*, México, Porrúa, 2005, pp. 7 y 8.

⁶ Las medidas incluidas en la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias, se vieron robustecidas con los Borbones (mediados del siglo XVIII), pues serían éstos quienes harían reformas encaminadas a que la Corona Española retomara las riendas de la Nueva España (Cfr. Flores Cano, Enrique y Menegus, Margarita, “*La Época de las Reformas Borbónicas*”, El Colegio de México, 2000, pp. 366 y 367). Los Borbones seguirían así la corriente conocida como Despotismo Ilustrado (conforme a la cual, los intereses del monarca y del Estado estaban por encima de los individuos y las corporaciones, una síntesis de esta corriente se considera el libro *Nuevo Sistema de Gobierno Económico para la América* de José del Campillo y Cossío de 1789, que entre otras cosas proponía una reforma económica en el sentido mencionado)

⁷ Flores Cano, Enrique y Menegus, Margarita, “*La Época de las Reformas Borbónicas*”, El Colegio de México, 2000, pp. 366 y 367.

⁸ Conforme a las cuales, los intereses del monarca y del Estado estaban por encima de los individuos y las corporaciones, una síntesis de esta corriente se considera el libro *Nuevo Sistema de Gobierno Económico para la América* de José del Campillo y Cossío de 1789, que entre otras cosas proponía una reforma económica en el sentido mencionado.

consulados en Veracruz, Puebla y Guadalajara, también se expidieron leyes sobre libertad de comercio, entre otras medidas.⁹

Las Reformas Borbónicas asestaron duros golpes no sólo a los comerciantes dominantes, también a quienes detentaban un importante poder político. Sirva de ejemplo en 1767 la violenta expulsión de jesuitas, derivada del temor a su importante poder económico e influencia en la política y la educación de la Nueva España.

La Riqueza de las Naciones

Esta época de cambios coincidió con la publicación de “*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations*” (La Riqueza de las Naciones) del inglés Adam Smith (1776), obra en la que se conceptualiza al monopolio y a las prácticas monopólicas por primera vez

Cfr. Serra Puche, Jaime, Conferencia magistral: Competencia y Apertura Económica en México, 27 de octubre de 2010, *4ª Conferencia Anual de Competencia y Regulación “Las Reglas del Juego”* ver en http://reddecompetencia.cidac.org/conferencias/4_Conferencia_Anuar_de_Competencia_y_Regulaci_n_Las_Reglas_del_Juego.php. Consultado el 22 de noviembre de 2014)

Tiempo después, en los albores del movimiento de independencia (1812), se promulgó en España la Constitución Política de la Monarquía Española (también conocida como la Constitución de Cádiz), que, en palabras de Francisco González de Cossío,¹⁰ fue el “primer precedente del texto actual del artículo 28 Constitucional”, que dispuso por primera vez la prohibición de privilegios para personas y corporaciones.

En el texto constitucional de 1824, se agregaron las excepciones a privilegios exclusivos en materia de invenciones y obras (con el fin de fomentar la actividad

⁹ Flores Cano, Enrique y Menegus, Margarita, *op. cit.*, nota 7, p. 370.

¹⁰ González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, nota 5, p. 9.

inventiva y creativa), además, se incorporó la prohibición expresa de monopolios y estancos.¹¹ El texto constitucional perdió vigencia que recuperaría en 1847.

Para 1843, las Bases de Organización Política de la República Mexicana mantenían la prohibición de privilegios. En la Constitución de 1857¹² (antecedente directo de nuestro artículo 28 constitucional), se incluyó la prohibición de los monopolios y estancos; se estableció como norma suprema la libre concurrencia, se incorporaron excepciones para actividades reservadas al Estado y para la explotación de inventos y obras.

En las reformas constitucionales de 1917¹³ la relevancia del artículo 28 era evidente. El primer Jefe del Ejército Constitucionalista y titular del poder ejecutivo, Venustiano Carranza, en el discurso inaugural del congreso constituyente, enfatizó:

*“se consulta para el artículo 28 a fin de combatir eficazmente los monopolios y asegurar en todos los ramos de la actividad humana la libre concurrencia, la que es indispensable para asegurar la vida y el desarrollo de los pueblos...”*¹⁴

En el artículo 28 constitucional, no se consideraron monopolios las actividades reservadas para el Estado en telegrafía y radiotelegrafía, tampoco las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus intereses ni las asociaciones o sociedades cooperativas de productores regionales para exportación.¹⁵ Las

¹¹ *Ibidem*, p. 10.

¹² Considerada por Emilio O. Rabasa como la constitución que convocó a los hombres más ilustrados para su elaboración, y por Miguel de la Madrid Hurtado (*Reformas Constitucionales de 1983*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/127/11.pdf> p, 213., como la expresión doctrinal liberal más acabada, que en lo económico siguió el molde del constitucionalismo norteamericano y europeo de doctrina liberal y democrática del derecho.

¹³ Que en términos estrictos es una modificación profunda a la de 1857, tal y como se lee en el decreto de su publicación del 5 de febrero de 1917.

¹⁴ Diario de los Debates del Congreso Constituyente, Tomo I, número 12, Querétaro, 1 de diciembre de 1916.

¹⁵ De la Madrid, Miguel, *Las Reformas Constitucionales de 1983 y Preceptos de Contenido Económico, Ochenta Años de Vida Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, consultado el 14 de marzo de 2017 en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/127/11.pdf> p. 216.

modificaciones al artículo 28 constitucional estuvieron impregnadas de un liberalismo económico social importante.¹⁶

Posterior al movimiento revolucionario fueron mínimos los esfuerzos por parte del Estado Mexicano para crear un marco regulatorio y una política en materia de competencia económica.

La primera ley para reglamentar el contenido del 28 constitucional se promulgó en 1926 bajo el título de Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional, en tiempos del presidente Plutarco Elías Calles.¹⁷ Por primera vez, a nivel legal se prohibieron actos considerados como “monopolios” (artículo primero).

La ley de 1926 se consideraban monopolios “la concentración o acaparamiento” de artículos de “consumo necesario” que tuviera como objeto el alza de precios; actos que eviten la libre competencia, los acuerdos entre competidores para evitar competencia, “obligar a los consumidores a pagar precios exagerados”, y las exclusividades.¹⁸ El articulado de esta ley es limitado en contenido.

Después, en 1931, el presidente Pascual Ortiz Rubio promulgó la “Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional, Relativo a Monopolios”,¹⁹ que abrogó la ley promulgada por Calles. Esta nueva ley sí tuvo importantes avances:

- Definió por primera vez al monopolio:

“se entiende por monopolio punible, toda situación industrial o mercantil en la cual queda suprimida la libre competencia con perjuicio del público en general o de alguna clase social (...) También definió al estanco.”²⁰

¹⁶ Rabasa, Emilio Oscar, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, 4ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 99.

¹⁷ México, *Diario Oficial de la Federación*, lunes 28 de junio de 1926.

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ México, *Diario Oficial de la Federación*, lunes 24 de agosto de 1931.

²⁰ Artículo 2 de la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional, Relativo a Monopolios de 1931.

- Previó un capítulo dedicado a los monopolios,²¹ en el que se describen conductas que se consideran monopolios, tales como:
 - la concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario que tuvieran como efecto obtener un alza en los precios²²
 - todo acto que evitara la libre concurrencia cuando este significara perjuicios al público en general o a una clase social.

- Prohibió las siguientes conductas por considerarlas que se “encaminaban” al monopolio:
 - depredación de precios,
 - acuerdos para no competir,
 - exclusividades, entre otras.²³

La ley del presidente Ortiz Rubio contenía un apartado llamado “*Disposiciones Penales*”, en el que se previeron sanciones penales que iban de tres meses a un año de prisión y multas contra quien cometiera **prácticas monopólicas**. Este hecho aclara la falsa apreciación de que en 2011 se incorporaron “por primera vez” sanciones penales en materia de competencia económica en México.

La tercera ley en la materia es de 1934 y representó un retroceso,²⁴ “Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en materia de Monopolios”, promulgada por Abelardo L. Rodríguez,²⁵ tuvo la mitad del articulado de la de 1931, eliminó las sanciones penales, incluyó elementos que complicaron la acreditación de las prácticas monopólicas y abrió la posibilidad de fijar precios a través de actos de gobierno.

²¹ De los Monopolios” del artículo 7 al 16.

²² Esta prohibición da muestra de que en algún momento fueron pensadas las normas de competencia mexicanas para proteger a los consumidores, tarea que después fue encomendada a la Procuraduría Federal de Consumidor.

²³ Estas conductas que guardan semejanzas con los abusos de poder de mercado, aún no consideraban el poder sustancial, el desplazamiento o bloqueo al mercado como elementos de la práctica sancionable.

²⁴ México, *Diario Oficial de la Federación*, viernes 31 de agosto de 1934.

²⁵ Presidente sustituto de Pascual Ortiz Rubio

Consolidación del sistema estadounidense

Mientras en México se detenía el desarrollo de un derecho nacional de la competencia económica, en los Estados Unidos de América se consolidaba el primer sistema jurídico en la materia, que vendría a inspirar a otras jurisdicciones, incluyendo a la nuestra. En 1890 se promulgó la primera legislación en materia de competencia (*The Sherman Act*), y en 1914 la *Clayton Act* (ambas consideradas por Javier Cortázar Mora como las columnas vertebrales del sistema estadounidense). Para 1923 se comenzaron a impartir temas de competencia económica en la Universidad de Columbia y en los treinta se creó una cátedra independiente de competencia económica. En 1958 la Barra de Abogados de Nueva York estableció la Conferencia Anual Antimonopolios

Cortázar Mora, Javier, *Curso de Derecho de la Competencia (Antimonopolios)*, Colombia, Temis, 2011.

Después de la ley de 1934, lo que podemos encontrar son criterios de la SCJN. Por ejemplo, abordó el concepto de monopolio, declaró inconstitucionales artículos de ordenamientos locales que imponían barreras de entrada como fueron los casos de un reglamento sobre molinos en el estado de San Luís Potosí y un decreto en Baja California que declaró servicio público el transporte de agua potable envasada, por citar algunos.²⁶

1.2. ESTANCAMIENTO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA (1947-1982)

A finales de la década de los cuarenta (1947),²⁷ México optó por implementar las directivas de la Comisión Económica para América Latina (“CEPAL”), adoptando así, el modelo económico conocido como Industrialización Sustitutiva de

²⁶ Flores Bernés, Miguel, *Ley Federal de Competencia Económica* (comentada), http://kiobit.net/competenciae/pris_ley_coment.php, fecha de consulta el 19 de noviembre de 2014.

²⁷ En este año también tuvo lugar la primera redacción del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (“GATT”).

Importaciones (“ISI”), que fundamentalmente consistió en apostarle al crecimiento interno,²⁸ restringir las importaciones y producir más bienes nacionales para satisfacer el consumo interno.

La finalidad de adoptar este sistema era dar tiempo a las empresas mexicanas para que se fortalecieran y estuvieran listas para competir internacionalmente.

Desafortunadamente, como se constataría años después, para México esto no funcionó como estaba planeado. Una aparente mala implementación en México del sistema de Industrialización Sustitutiva de Importaciones generó un proteccionismo carente de políticas y acciones que impulsaran el desarrollo de las industrias nacionales. Lo cual, lejos de fomentar la productividad generó empresarios poco competitivos.

En defensa del modelo, Noam Chomsky observa el caso de Inglaterra en el mercado textil. Inglaterra impidió la importación de la India porque eran de mejor calidad y precio que los suyos, el argumento para imponer la barrera fue que los ingleses no podían competir con los indios porque los salarios asiáticos eran muy bajos, y el Estado inglés debía proteger a sus empresarios, la industria textil inglesa se desarrolló. En este ejemplo habría que dejar de lado el daño a los consumidores de productos textiles.²⁹

Otro ejemplo es el de los Estados Unidos, durante el auge de los ferrocarriles en el siglo XIX los estadounidenses desarrollaron su industria acerera de manera exitosa gracias a la imposición de barreras proteccionistas contra el acero inglés, que era de mejor precio y calidad, esto también a pesar de los consumidores.³⁰

De vuelta en México, en 1947, al principio de aquel “paraíso competitivo”³¹ se constituyeron dos empresas paradigmáticas de la monopolización de mercados en

²⁸ Guillen Romo, Héctor, “México: de la sustitución de importaciones al nuevo modelo económico”, *Comercio Exterior*, México, 2013, vol. 63, número 4, julio-agosto de 2013, pp. 34 y 35.

²⁹ Cfr. Chomsky, Noam, *El Bien Común*, 1ª. Ed. en español, trad. de Bertha Ruíz de La Concha, México, Siglo XXI Editores, 2001. p.113.

³⁰ *Ídem*.

³¹ González de Cossío, *op. cit.* Nota 5, p.15.

México, Teléfonos de México, S.A. (“TELMEX”), monopolista en telefonía fija, y tres años después, se otorgaría en 1950 la primera concesión de televisión radiodifundida (televisión abierta) al Sr. Rómulo O’ Farrill con el nombre distintivo XHTV, canal 4, naciendo así el monopolista de la radiodifusión (el Grupo Televisa). Antes, en 1930 ya operaba la concesión con distintivo XEW en radio.³²

Cabe señalar que antes de TELMEX había más competencia en telefonía. Pero en esta época, TELMEX adquirió los bienes y derechos (incluyendo los derivados de títulos de concesión) de Mexeric, y para 1950 se fusionó con el último competidor que existía, la Mexicana,³³ apropiándose así de la totalidad del mercado de la telefonía (tanto de servicio local como de larga distancia).

En esta época, además de tener a un Estado empresario, existió una intervención directa de la autoridad en los procesos de demanda y oferta con mecanismos de control de precios. En 1950 se promulgó la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, con base en la cual se trataba de tener “control de mercado”.³⁴

Así, a finales del sexenio de Luis Echeverría Álvarez (1970-1976), la ISI mal implementada generó la crisis en la balanza de pagos de 1976. Parecía que vendría una época de crisis y cambios, sin embargo, esto se postergó gracias al descubrimiento de petróleo en la sonda de Campeche que haría Rudesindo Cantarell Jiménez en 1961, este descubrimiento significó grandes ingresos por venta de petróleo para el Estado Mexicano.³⁵

Para el sexenio de José López Portillo (1976-1982), la confianza generada por los excedentes petroleros llevó a afirmar al presidente la conocida frase “tenemos que

³² Televisa, *Historia*, <http://www.televisa.com/quienes/073492/historia-televisa/>, fecha de consulta 21 de diciembre de 2014.

³³ Álvarez González de Castilla, Clara Luz, *Derecho de las Telecomunicaciones*, 2da. Edición, México, Fundación para la Libertad de Expresión y UNAM Posgrado Derecho, 2013, p. 394.

³⁴ Esta ley sería abrogada con la entrada en vigor de la LFCE de 1992.

³⁵ Ortiz, Alicia, Anayantzin Romero y Díaz, Catalina, “1979: Cantarell, el salvador de un país”, *CNN Expansión*, México, 2010, 1 de septiembre de 2010, <http://www.cnnexpansion.com/bicentenario/2010/08/27/bicentenario-historia-petroleo-mexico>, fecha de consulta 25 de diciembre de 2014.

acostumbrarnos a administrar de la abundancia". El gobierno con financiamiento extranjero en dólares (que sería pagado en teoría con la renta petrolera), estatizó a 450 empresas de diversas ramas, fábricas de bicicletas, textiles, hoteles, restaurantes e incluso un cabaret, además tenía participación minoritaria en otras 54 empresas y contaba con decenas de organismos descentralizados y fideicomisos.³⁶

En esta época, no hubo una preocupación real de atacar a las prácticas monopólicas, por el contrario, el mismo Estado las fomentaba. En estos años se observa un estancamiento en materia de competencia económica, no hay evidencia pública sobre algún tipo de esfuerzo en esta rama.

Para 1982, habíamos contraído una deuda externa de 51,788.5 millones de dólares que, incrementó sustancialmente por un alza en las tasas de interés y la baja del precio del barril de petróleo, lo que devino en una crisis económica, el colapso del sistema. El balance final del sexenio de López Portillo fue: 0% de crecimiento económico, un déficit de 17% del Producto Interno Bruto ("PIB"),³⁷ desbocada inflación y la devaluación del peso. Unos meses antes de concluir el sexenio, estatizó la banca como un acto desesperado por recomponer la economía, el desastre era irremediable.

1.3. APERTURA DEL MERCADO, PRIMERA LEY DE COMPETENCIA Y EL NACIMIENTO DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA (1983-1993)

Como una respuesta a la implementación de los sistemas de industrialización sustitutivo de importaciones en América Latina, desde Washington se formularon las políticas conocidas como Consenso de Washington. Estas políticas fueron

³⁶ Krauze, Enrique, *José López Portillo, El presidente apostador, de la colección "Los Sexenios". México, Clío, 1998*, documental <https://www.youtube.com/watch?feature=related&v=suuvVzBE108&hl=es&gl=ES> , fecha de consulta 03 de enero de 2015.

³⁷Declaración del presidente López Portillo retomada del documental José López Portillo. El presidente apostador, de la colección "Los Sexenios". México, Clío, 1998. 46 min., en: entrevista a Jesús Silva Herzog, subsecretario de hacienda de 1981 a 1982 <http://es.youtube.com/watch?v=suuvVzBE108&feature=related>

planteadas por John Williamson, economista miembro del Banco Mundial en ese entonces.³⁸

Como preámbulo al Consenso de Washington, en la década de los 80 tuvo lugar la crisis de deuda en países latinoamericanos como Brasil, México, Argentina, Venezuela, Perú, Colombia y Chile. El detonante de la crisis en la región fue la recesión mexicana de 1982, cuando México se declaró en mora.³⁹

En 1989 el Instituto Internacional de Economía llevó a cabo la conferencia denominada “*Latin American Adjustment: How Much Has Happend?*” (en español “Ajuste Latinoamericano: ¿Qué tanto ha pasado?”), en la cual el profesor John Williamson expuso los enunciados que, a su criterio, eran necesarios para restablecer el crecimiento económico en América Latina. Así tuvo origen el Consenso de Washington.⁴⁰

Los diez enunciados que forman parte del Conceso se enuncian enseguida:⁴¹

- **Disciplina presupuestaria**, los economistas que participaron en la conferencia, estuvieron de acuerdo en que déficits fiscales grandes y sostenidos se pueden traducir en fuga de capitales, inflación y déficit de pagos.

- **Cambios en prioridades del gasto público**, para la reducción del déficit presupuestario se reducirían los gastos en lugar de incrementar los puestos. Se contemplaban tres categorías principales de gasto, **(i)** subvenciones; **(ii)** educación y **(iii)** sanidad. El objetivo era eliminar subsidios y gastar en sanidad, educación e infraestructura.

³⁸ Casilda Béjar, *América Latina y el Consenso de Washington*, Boletín ICE Económico No 2803, 2004.

³⁹ Martínez Rangel Rubí y Soto Reyes Garmendia Ernesto, *El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina*, revisado en línea el 31 de diciembre de 2016, <http://www.redalyc.org/pdf/267/26723182003.pdf>, p.41

⁴⁰ *Ídem*.

⁴¹ *Ibidem*, pp.46-48.

- **Reforma fiscal**, en este tema, la mayoría coincidió en preferir la reducción del gasto al aumento de impuestos. Sin embargo, también se consideró como método más adecuado incrementar la base tributaria.
- **Tipos de interés**, en la conferencia prevalecieron dos principios, primero, que deben ser determinados por el mercado y, segundo, que deben ser positivos en términos reales para fomentar el ahorro y desincentivar la fuga de capitales.
- **Tipo de cambio competitivo**, fue considerado requisito para el crecimiento con base en exportaciones. La política orientada al exterior y a la expansión de las exportaciones era necesaria para la recuperación de América Latina.
- **Liberalización del comercio**, visto como el complemento del tipo de cambio competitivo. Los permisos de importación serían sustituidos por aranceles que se reducirían gradualmente, y el proteccionismo se vio como un generador de distorsiones de mercado. Se planteó la libertad comercial sujeta a dos requisitos: la protección sustancial y temporal de industrias nacientes acompañada de un arancel moderado, así como, el establecimiento de un calendario para el proceso de liberalización.
- **Liberalización de la inversión extranjera directa**. Se consideraba una insensatez limitarla, pues aporta capital, tecnología y experiencia, además de contribuir a las exportaciones nacionales. En nacionalismo fue reprobado por Washington.
- **Política de privatizaciones**. Fundamentada en la idea de que la venta de empresas estatizadas generaría ingresos para el Estado en el corto plazo, y ahorros en el largo plazo por la eliminación de la necesidad de inyectar recursos. Además, se consideró que los directivos privados al tener un interés personal directo en los beneficios de la empresa, esto los incentiva a

alcanzar mayores eficiencias. Esta política sería fuertemente impulsada por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional en América Latina.

- **Desregulación.** De la mano con la privatización, la desregulación es necesaria para fomentar la competencia. En América Latina se encontraban las economías más reguladas del mundo, lo que se traducía en corrupción y barreras a la entrada para nuevas empresas tanto nacionales como extranjeras.
- **Derechos de propiedad.** Estos derechos deberían estar claramente definidos y garantizados. Además, se pretendía la creación de sistemas legales, de contabilidad y regulación eficientes para estimular el sector privado.

En 1990 se publicó por primera vez sobre el Consenso de Washington, el propio Williamson escribió un artículo denominado “*Lo que Washington quiere decir cuando se refiere a las reformas político-económicas*”. Las propuestas para América Latina en principio tenían el carácter de recomendaciones, pero se volvieron exigibles cuando los organismos como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional condicionaron su financiamiento al cumplimiento de estas políticas.⁴²

En 1983 Miguel de la Madrid Hurtado inició una etapa de liberalización de la economía que iba en consonancia con lo que en 1989 con el Consenso de Washington se asumiría como las nuevas directrices económicas. Así, adoptamos las directivas del Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, y en 1986 nos adherimos al Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros.⁴³

El cambio en México, tuvo como base, la reforma constitucional en materia económica de diciembre de 1982⁴⁴ a los artículos 25, 26, 27, 28 y 73.⁴⁵ Esta

⁴² *Ibidem*, p. 49.

⁴³ Evento que para González de Cossío marcó el inicio de la apertura de la legislación y economía mexicanas.

⁴⁴ Promulgadas el 3 de febrero de 1983.

⁴⁵ Miguel de la Madrid, *op. cit.* Nota 15, p. 222.

reforma fortaleció la capacidad del gobierno para combatir las concentraciones y prácticas monopólicas.

Asimismo, se incluyó de manera explícita la rectoría económica del Estado; se ratificó el principio de economía mixta; se incluyó el sistema de planeación democrática del desarrollo y fueron delimitadas las actividades estratégicas a cargo del Estado.⁴⁶

Otros cambios importantes fueron dar por terminado el reparto agrario, flexibilizar la propiedad ejidal, abrir la puerta para desincorporar activos del Estado, siempre y cuando no pertenecieran a un área estratégica⁴⁷ Así, el gobierno vendió su participación en empresas de todo tipo.

La nueva política económica tuvo como principales acciones la disminución de la participación del Estado en la producción industrial (a través, principalmente de desincorporaciones) y la reducción del gasto público. Como objetivo se pretendía suplantar al Estado empresario por el Estado regulador.

El nuevo discurso económico contemplaba el concepto “competencia” como un elemento de importancia en el gran cambio. Miguel de la Madrid, afirma en un ensayo referido a las reformas económicas de 1983 que:

*“La idea de la libre competencia desplaza ahora las prácticas excesivas de regulación mexicana y de proteccionismo abusivo”.*⁴⁸

México se estaba adhiriendo a una tendencia mundial, que en 1983 Theodore Levit nombró como “Globalización”, entendida como la convergencia de los mercados del mundo entero⁴⁹ y las nuevas políticas económicas liberales que apostaban por la desregulación y desplazamiento del Estado en los mercados. La Globalización fue

⁴⁶ *Ídem.*

⁴⁷ Ojeda Paullada, *Cien Años de Derecho Económico en México*, UNAM, p. 413. Disponible en línea <http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub05/13LicOJEDAyLicABAD.pdf> .

⁴⁸ Miguel de la Madrid, *op. cit*, nota 15, pág. 221.

⁴⁹ Moreno Cruz, Maricela, *La Globalización: su concepto e impacto en los sistemas jurídicos*, Facultad de Derecho UNAM [en línea], México. disponible en http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ3_Art_13.pdf.

fuertemente promovida desde Washington (sede del FMI y BM) y por la OMC.⁵⁰ Rafael Muñoz Fraga nombra a estas organizaciones y a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”) como “*las instituciones de la globalización*”.⁵¹

Vale la pena señalar que, con la implementación del nuevo modelo en México, aumentó la desigualdad en la distribución del ingreso, disminuyeron los salarios reales y no hubo la generación de empleo esperada.⁵² El año de 1982 sería el inicio de un largo periodo de lento crecimiento de la economía en comparación con economías relativamente similares, como se vio reflejado en el comportamiento del PIB en el periodo 1982-1995.⁵³

En el sexenio de Carlos Salinas de Gortari (de 1988 a 1994) tuvieron lugar trascendentes hechos para la competencia económica, el principal, la promulgación de la Ley Federal de Competencia Económica de 1992 (“Ley Abrogada”), del Reglamento de Telecomunicaciones y la creación de la primera agencia de competencia económica, denominada Comisión Federal de Competencia (“CFC”).

El perfil de los personajes que participaron en el diseño de las nuevas reglas es similar. El gobierno en turno se conformó un conocido como el “grupo compacto”, integrado por economistas que tenían en común haber hecho estudios de posgrado en universidades de Estados Unidos de Norteamérica (EU):^{54 55}

⁵⁰ También fueron respaldadas en Reino Unido por Margaret Thatcher y en Estados Unidos de Norte América por Ronald Reagan en los años ochenta.

⁵¹ Muñoz Fraga, Rafael, *Derecho Económico*, 2da Edición, Porrúa, México 2011, pág. 312.

⁵² Krauze, Enrique, *op. cit.* Nota 36.

⁵³ Pérez Motta, Eduardo, “Competencia y competitividad en la sociedad mexicana”, en Witker, Jorge (coord.), *Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica a la luz del derecho comparado actual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2011, p.2.

⁵⁴ Krauze, Enrique, *op. cit.* Nota 36.

⁵⁵ También formó parte del “grupo compacto”, pero desde la presidencia del Partido Revolucionario Institucional, el economista de la Universidad de Northwestern, Luis Donaldo Colosio, quien sería candidato a la presidencia para el periodo 1994-2000, y debería (en teoría) dar continuidad al proyecto económico

Personaje	Universidad	Cargo
<i>Carlos Salinas de Gortari</i>	Universidad de Harvard	Presidente de la República
<i>Pedro Aspe</i>	Instituto Tecnológico de Massachusetts	Secretario de Hacienda y Crédito Público
<i>Manuel Camacho Solís</i>	Universidad de Princeton.	Jefe de Gobierno del Distrito Federal
<i>José María Córdoba Montoya</i>	Universidad de Stanford	Asesor de presidencia
<i>Jaime José Serra Puche</i>	Universidad de Yale	Secretario de Comercio y Fomento Industrial.
<i>Ernesto Zedillo Ponce de León</i>	Universidad de Yale	Secretario de Programación y Presupuesto

El cambio de rumbo económico en este periodo se palpó de manera clara en la legislación nacional. Sólo durante la LV legislatura (1991-1994) se realizaron 41 modificaciones constitucionales (es decir al 30% del articulado constitucional de ese entonces) y se aprobaron, entre modificaciones y legislaciones nuevas, en total 214 proyectos.⁵⁶

Los cambios legales se consolidaron con la ratificación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”), en el que asumimos compromisos legislativos. Las principales normas que surgieron en esta etapa en materia de competencia fueron:

- **La Ley Federal de Competencia Económica (1992).** Una legislación moderna basada, principalmente, en el modelo norteamericano, en ella se

⁵⁶ Medina, Julieta, “Sufre la Constitución 41 modificaciones”, *Reforma*, México, diario del 16 de julio de 1994.

previó la creación del primer órgano regulador mexicano en materia de competencia económica, la Comisión Federal de Competencia.

- **Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”)**, Objetivos incisos a) y b). El inciso a) refiere como uno de los objetivos del Tratado eliminar obstáculos al comercio, estos obstáculos, en términos de competencia económica, suelen coincidir con las barreras a la entrada. Por su parte, el inciso b), se refiere a promover condiciones de competencia leal, si bien éstas corresponden a prácticas de comercio exterior, cuando hablamos de prácticas monopólicas relativas, la depredación de precios que realice un agente con poder de mercado con objeto o efecto de desplazar a otro agente son sancionables.
- **Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Capítulo XIII (1993)**. En este capítulo del TLCAN se previeron reglas para sancionar conductas monopólicas, derechos exclusivos, acceso a redes, y estandarización de equipos terminales, entre otros.⁵⁷
- **Reglamento de Telecomunicaciones (1990)**. Incorporó importantes definiciones sobre conceptos técnicos y se le otorgaron facultades a la SCT para “promover una competencia efectiva y equitativa entre los diferentes prestadores de servicios de telecomunicaciones”.⁵⁸
- **Título de concesión de Telmex (1990)**. En las modificaciones a su título de concesión, (el título original es de 1976) se incluyeron obligaciones en materia de competencia económica (quizá las primeras medidas asimétricas en México), como la prohibición expresa a realizar prácticas monopólicas, prohibición de subsidios cruzados a filiales, prohibición de ventas atadas, obligación de arquitectura abierta de la red, de interconexión, llevar

⁵⁷ Álvarez González de Castilla, Clara Luz, *op. cit.* Nota 33, p. 412.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 411.

contabilidad separada por servicios, asimismo previó obligaciones de inversión como la de ampliar la cobertura del servicio de diez mil a veinticinco mil poblaciones.⁵⁹

Las reformas de esta época fueron una “modernización del sistema legal” que fomentó la eficiencia y competitividad, compuesta de tres elementos: **(i)** la emisión o reforma de las siguientes leyes: Ley Federal de Metrología y Normalización, Ley de Pesca, Ley de Fomento a la Propiedad Industrial, Ley Federal de Correduría Pública, Ley Federal de Protección al Consumidor, Ley del Servicio Público a la Electricidad y la LFCE; **(ii)** la simplificación de trámites, y **(iii)** la privatización de empresas del Estado.⁶⁰

Además de las reformas, en el país se concretaron diversas privatizaciones en mercados de siderurgia, banca, aviación, minería, ferrocarriles, puertos, carreteras y aeropuertos.⁶¹

Visualizada en el gran proyecto de reforma económica desde el gobierno de Miguel de la Madrid, la ley de competencia se concretó en la segunda fase del proyecto económico, durante el sexenio de Carlos Salinas de Gortari. Fue promulgada para cumplir con el capítulo III del TLCAN y con los compromisos para la modernización económica que se planteó el gobierno de Salinas en su Plan Nacional de Desarrollo.

La elaboración de la Ley Abrogada, se cocinó en gran medida, en la Unidad de Desregulación Económica de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (en adelante la “SECOFI”),⁶²a partir del estudio de las experiencias de otros países, principalmente de EU, Canadá, Alemania y la Unión Europea.⁶³

Así, mientras México se subía al tren de la “modernidad”, para los noventa la mayoría de los países desarrollados ya contaban con agencias de competencia, de

⁵⁹ Posicionamiento de Mondragón Alarcón, Javier, Director de Regulación y Asuntos Jurídicos de Telmex en el Foro de Análisis de Leyes Secundarias de Telecomunicaciones en el Senado de la República, 3 de abril de 2014.

⁶⁰ González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, nota 5, p.16.

⁶¹ Faya, Alejandro, *La Mano Invisible, Estado y reguladores*, Reforma, México, 21 de agosto de 2014.

⁶² Actual Secretaría de Economía.

⁶³ Ávalos, Marcos y Vidal, Camilo, *La Política de Competencia en México, Fusiones*, México, 2007, Cidac, pp. 24 y 25.

hecho, desde el término de la Segunda Guerra Mundial. Para 1992, sólo 3 de 24 países miembros de la OCDE carecían de leyes de competencia (entre ellos México).⁶⁴

La primera ley moderna de competencia, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación (“DOF”) el 24 de diciembre de 1992,⁶⁵ con apenas 39 artículos. Esta ley de 1992 abrogó:⁶⁶ la Ley Orgánica de Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios de 1934; la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica de 1950; la Ley de Industrias de la Transformación de 1941; y la Ley de Asociaciones de Productores para la Distribución y Venta de sus Productos.

La exposición de motivos de esta ley de 1992 resaltó el beneficio de tener una regulación especializada en la materia, pues con competencia se puede tener “movilidad social”, “un país más justo y más rico”. Asimismo, se adujeron consideraciones económicas e históricas que justifican la creación de nuevas reglas y la abrogación de la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica y la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios.

Las razones que justifican los principales elementos de la ley de 1992 se abordan en la exposición de motivos bajo las siguientes categorías:⁶⁷

- **Prácticas monopólicas.** En primer lugar, se describen las prácticas monopólicas absolutas. Este tipo de prácticas corresponden con las conductas conocidas como colusivas o cárteles. Se tomó la postura de considerarlas como ilegales *per se*.

El segundo tipo de conductas consideradas como prácticas monopólicas fueron las “relativas”. Estas corresponden con las conductas que se conocen

⁶⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁶⁵ Entró en vigor 180 días después de su promulgación, es decir, el 23 junio de 1993.

⁶⁶ Conforme a su segundo transitorio del respectivo decreto.

⁶⁷ Ejecutivo Federal, *Exposición de Motivos de la Iniciativa* presentada el 26 de noviembre de 1992 ante la Cámara de Diputados.

como abusos de poder dominante. Sobre estas se adoptó la postura de perseguir y sancionar estas conductas cuando desplacen o impidan el acceso a un mercado a agentes económicos (conductas excluyentes). De esta forma, el sistema normativo propuesto se alejaría del otro modelo que persigue y sanciona a agentes con poder de mercado cuando estas obtienen rentas tendientes a monopólicas de los consumidores (conductas explotativas).

Se reconoció que las prácticas monopólicas relativas no siempre generan efectos negativos, por lo que se propuso la aplicación de la regla de la razón para sancionarlas o no.

- **Concentraciones.** Se previó el mecanismo de revisión de concentraciones desde como medidas *ex ante*, como método pragmático y preventivo. Se pretendía evaluar el impacto de las fusiones sin tomar una política que consistiera en una oposición sistemática.
- **Conducta del sector público y sectores regulados.** Se resalta la importancia del Estado en su calidad de agente económico y se le sujeta a la regulación en materia de competencia económica.
- **Comisión Federal de Competencia.** Se propone la creación de este órgano desconcentrado, dependiente de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para la “prevención, investigación y combate de los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones”.
- **Sanciones.** Se establecen multas y se justifica que sean por “altos montos”, dadas las ganancias que las prácticas monopólicas generan a los agentes económicos y la magnitud de daños que puede sufrir la sociedad.

Así, las nuevas legislaciones de esta etapa, dieron paso al cambio de rol del Estado Mexicano, que dejó de ser principalmente un agente económico para convertirse en agente regulador.

En este sentido, podemos observar en la década de los noventa el surgimiento de diversos órganos reguladores, por ejemplo: **(i)** la Comisión Federal de Competencia (“CFC”) (1993); **(ii)** la Comisión Reguladora de Energía (1993); **(iii)** la Cofetel (1996); **(iv)** la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (1992); **(v)** la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (1994) y; **(vi)** la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (1995).⁶⁸

Fueron varias las razones para justificar la existencia de un órgano regulador en materia de competencia económica, entre ellas, está la asimetría en el acceso a la información. Quien es víctima de los efectos de una práctica monopólica (por ejemplo, los consumidores) difícilmente tiene información sobre ésta, sin embargo, quien la realiza tiene toda la información a su alcance. Para contrarrestar esta asimetría, es vital contar con un órgano público especializado con capacidades técnicas y legales para investigar y sancionar la práctica.⁶⁹

Otra razón fue que un consumidor afectado en lo individual no tiene incentivos para denunciar las prácticas monopólicas que le afectan, ya que el costo que le representa denunciarlas, es alto y el beneficio que puede obtener es mínimo, por el contrario, el agente monopólico se beneficia del conjunto de los consumidores afectados, por lo que está dispuesto a utilizar sus recursos para hacer perdurar la práctica.⁷⁰

Es este sentido, los consumidores difícilmente podrían organizarse para hacer frente al monopolista, es también por esta circunstancia que se justifica la intervención del Estado para a través del órgano regulador con el poder suficiente para proteger a los consumidores y así equilibrar la balanza de poder.

⁶⁸ Faya, Alejandro, *La Mano Invisible*, *op. cit.* nota 61.

⁶⁹ *Cfr.* Sánchez Ugarte, Fernando. *Competencia Económica en México*, CFC, México, Porrúa, p.17.

⁷⁰ *Ídem.*

Finalmente, la especialización del órgano regulador genera una mayor eficiencia en el combate de las prácticas monopólicas, no así dejarlo al arbitrio de un órgano jurisdiccional que no es perito en la materia.⁷¹

La Comisión Federal de Competencia fue el primer órgano regulador mexicano especializado en materia de competencia económica, que como ya se ha mencionado, fue contemplado en la Ley Abrogada de 1992, con el mandato explícito de prevenir y sancionar las prácticas monopólicas y concentraciones que tuvieran como objeto o efecto dañar la competencia.⁷² Las principales características de la CFC fueron:

- Nació como un órgano desconcentrado de la SECOFI;
- Se le dotó de autonomía técnica y operativa;
- Se constituyó como órgano de investigación (facultades *ex-post*);
- Se le facultó para revisar concentraciones (facultades *ex-ante*).
- Se constituyó como un órgano de consulta con la facultad de emitir opiniones a solicitud del ejecutivo federal, sin que se les diera el carácter vinculatorio;⁷³
- Fue conformado por cinco comisionados designados por el ejecutivo federal⁷⁴ con duración de seis años en sus cargos;
- Tuvo facultades de sanción débiles (la multa máxima era 375 mil salarios mínimos);

⁷¹ *Ibidem*, p.19.

⁷² La primera sede de la CFC fue en la colina Roma, Ciudad de México.

⁷³ Artículo 24 de la abrogada Ley Federal de Competencia Económica de 1992.

⁷⁴ *Ídem*, Artículo 26.

- Se constituyó como un tribunal administrativo, para el que se previó un procedimiento en forma de juicio para determinar las sanciones.⁷⁵
- El concepto de agente económico comprendió a entes públicos.

Para la creación de la CFC se estudiaron diversas autoridades de sistemas de otros países como, la Comisión Federal de Comercio de EUA (FTC por sus siglas en inglés), el Consejo de la Competencia francesa, el Consejo de Comercio Justo inglés, el Ombudsman Antimonopolios sueco, la Oficina Federal de la Competencia alemana y el Tribunal de Competencia canadiense.⁷⁶

El resultado esperado, era tener una ley clara y un órgano regulador fuerte que impulsara la eficiencia. No se deseaba una agencia con facultades predominantemente *ex ante*, por el contrario, la CFC debería actuar, predominantemente, con posterioridad a la existencia de conductas prohibidas (facultades *ex post*), con la única excepción de las medidas preventivas en materia de concentraciones.⁷⁷

El primer pleno de la CFC se conformó de dos abogados y tres economistas. Por el lado de los abogados, los comisionados fueron Javier Aguilar Álvarez con licenciatura en derecho por la UNAM, estudios de posgrado en Italia y con experiencia como magistrado del Tribunal Superior de Justicia, y Leonel Pérez Nieto con licenciatura por la UNAM con estudios de posgrado en España y Francia.

Los economistas⁷⁸ fueron Pascual García Alba Iduñate, doctor por la Universidad de Yale; el empresario Pedro Bosh García (director general de Celanese Mexicana⁷⁹), y Santiago Levy Algazi, economista del Instituto Tecnológico Autónomo de México ("ITAM") con maestría y doctorado en la Universidad de Boston y, quien sería el primer presidente comisionado de la CFC.

⁷⁵ *Ídem*, Capítulo V.

⁷⁶ González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, nota 5, p.17.

⁷⁷ *Ídem*.

⁷⁸ En general los plenos de la CFC, ahora de la Cofece, han sido tradicionalmente economistas y abogados.

⁷⁹ Empresa de la industria química.

La designación de los primeros comisionados vino del ejecutivo federal, con la intervención de uno de los principales impulsores de las reformas en materia de competencia, el entonces titular de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (ahora Secretaría de Economía), Jaime Serra Puche (hoy socio de una de las principales firmas especializadas en competencia económica de México).

1.4. PRIMEROS CASOS RELEVANTES DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA (1993-1995)

La Comisión Federal de Competencia nació con relativa fortaleza. El monto de las sanciones pecuniarias que podía imponer a los infractores no representaban un costo mayor a las ganancias que podrían percibir como producto de las prácticas monopólicas. Por otro lado, el pago de daños y perjuicios generados por las prácticas anticompetitivas se dejó en las manos de los tribunales, omitiendo un andamiaje jurídico que hiciera posible exigir efectivamente el resarcimiento de daños y perjuicios.

En general, la CFC tuvo poca actividad en sus primeros años. De 1993 a 1995, se presentaron 34 quejas (en su mayoría rechazadas) y 16 investigaciones iniciadas, de las que sólo 6 concluyeron en sanción.⁸⁰

Son de destacarse los esfuerzos hechos bajo la presidencia de Eduardo Pérez Motta (2004 -2013).⁸¹ Fue exitosa la estrategia de comunicación, por primera vez se hizo hincapié en los beneficios de una política de competencia como medio para contrarrestar el bajo crecimiento económico, la insuficiencia de la competitividad en los mercados, y la desigualdad en el ingreso.⁸² Se sumaron para poner el tema de la competencia económica “sobre la mesa”, el FMI, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (“OCDE”), el Foro Económico Mundial

⁸⁰ Faya, Alejandro, *Fortalecer a los Reguladores cambiando las Reglas del Juego en México*, México, CIDAC, p. 50. Disponible en <http://cidac.org/esp/uploads/1/FR.pdf> . Consultado el 18 de enero de 2015.

⁸¹ Compartió el pleno hasta la transición de CFC a Cofece con los comisionados Miguel Flores Bernés, Agustín Navarro Gergly, Rodrigo Morales Elcoro y Luis Alberto Ibarra Pardo.

⁸² José Roldán Xopa, Carlos Mena Labarthe y Laura A. Méndez Rodríguez (coordinadores), *Derecho de la Competencia en México*, México, Porrúa, 2015, pp. 6 y 7.

(“FEM”), el Banco de México y el Instituto Mexicano para la Competitividad (“IMCO”), entre otros.⁸³

Las reformas más importantes en materia de competencia económica (anteriores a junio de 2013) y los casos más relevantes (al menos hasta 2016), se realizaron durante la presidencia de Eduardo Pérez Motta.⁸⁴ Entre los casos emblemáticos que se resolvieron, se encuentran:⁸⁵

- **Coca Cola:**⁸⁶ A partir de denuncias presentadas en 2003, primero personas físicas, entre ellas la dueña de una tienda de abarrotes de la Ciudad de México⁸⁷ y después por Ajemex, S. A. de C.V., se investigó y sancionó en 2005 la comisión de prácticas monopólicas relativas realizadas por un grupo económico identificado como Sistema Coca Cola.⁸⁸

Las prácticas sancionadas consistieron en sujetar la venta de bebidas carbonatadas de Coca Cola a las tiendas detallistas, a la condición de no vender bebidas carbonatadas de la marca Big Cola y, de manera unilateral, rehusarse a vender a las tiendas detallistas productos Coca Cola disponibles y comercializados normalmente a terceros, por vender productos Big Cola.

Esta investigación fue relevante, principalmente, por la importancia de las empresas investigadas y por el precedente que sentó sobre el concepto de grupo económico, ya que la CFC acreditó la pertenencia a un mismo **grupo de interés económico** a las entidades identificadas en el “Sistema Coca Cola”.

⁸³ *Ídem.*

⁸⁴ Las reformas de 2006, 2011 y 2013 han sido, indiscutiblemente, las de mayor trascendencia hasta el año 2016.

⁸⁵ José Roldán Xopa, *et al.*, *op. cit.* Nota 82, p.8.

⁸⁶ Expediente DE-021-2003-I.

⁸⁷ Raquel Chávez Paniagua fue dueña de una modesta tienda de abarrotes quien presentó primero la denuncia, aparentemente de manera independiente.

⁸⁸ Conformado por diversas personas, en distintos niveles de la cadena productiva bajo un mismo control.

- **Licitaciones IMSS:**⁸⁹ En 2006 la CFC inició una investigación contra laboratorios farmacéuticos por la probable comisión de prácticas monopólicas absolutas en licitaciones públicas de sueros e insulinas convocadas por el Instituto Mexicano del Seguro Social (“IMSS”) entre 2003 y 2006.

En febrero de 2010, la CFC resolvió sancionar con la multa más alta conforme a la ley aplicable en el momento de la comisión de la práctica a seis laboratorios farmacéuticos.

La resolución resultó de gran relevancia, porque fue sancionada una práctica que afectó a un mercado de productos de primera necesidad y, porque sentó un importante precedente en materia de **pruebas indirectas o indiciarias**, ya que, derivado de este caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (“SCJN”)⁹⁰ emitió criterios jurisprudenciales en los que validan ampliamente las pruebas indirectas para acreditar la comisión de prácticas monopólicas absolutas.⁹¹

La CFC también conoció de otros casos relevantes, como Cintra, la venta de aceites y lubricantes por Mexlub, la guerra de los chicles de Warner Lamber, entre otros.⁹² De esta manera, la CFC y la política de competencia en México fue adquiriendo relevancia nacional.

⁸⁹ Expediente IO-003-2006.

⁹⁰ En ejercicio de la facultad de atracción prevista en el artículo 65 de la Ley de Amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013, a través de su Segunda Sala, resolvió tres amparos en revisión conexos de manera simultánea que sirvieron para sentar los precedentes.

⁹¹ Las jurisprudencias versan sobre la validez de los análisis económicos como pruebas indiciarias; la validez de que la autoridad de competencia acuda a pruebas indiciarias, y la conclusión de que acudir a pruebas indiciarias no atenta contra el principio de presunción de inocencia. Las tesis, respectivamente, son: [J]; 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 21, agosto de 2015; Tomo I; Pág. 806; **2a./J. 96/2015 (10a.)**; [J]; 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 21, agosto de 2015; Tomo I; Pág. 812. **2a./J. 95/2015 (10a.)**; [J]; 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 21, agosto de 2015; Tomo I; Pág. 814. **2a./J. 101/2015 (10a.)**.

⁹² Flores Bernés, Miguel. *Que veinte años no es nada*. México, Capital, 26 de agosto de 2013.

1.5. REFORMAS A LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA DE 2006 Y 2011.

De las reformas que sufrió la Ley de Competencia Abrogada,⁹³ dos fueron las más importantes, las ocurridas en 2006⁹⁴ y 2011.⁹⁵ La primera fue impulsada por la CFC y tuvo como ejes principales: **(i)** suplir normas declaradas inconstitucionales, y **(ii)** dotar de mayores facultades a la CFC, para actuar especialmente en sectores de regulación específica.⁹⁶ Los principales cambios en 2006 fueron:

- El aumento de las sanciones económicas. Ascendió de una multa máxima de 375,000 salarios mínimos a 1, 500,000 salarios mínimos;
- Se incorporaron cinco modalidades de prácticas monopólicas relativas;
- Se incorporaron nuevas facultades para realizar investigaciones: las visitas de verificación y el programa de inmunidad;⁹⁷
- En materia de notificación de concentraciones se incrementó el monto de las transacciones sujetas a notificación en 50%, y
- Se ordenó la emisión de un nuevo reglamento de la LFCE.⁹⁸

En 2006 se hicieron las modificaciones posibles a la ley, pero no todas las que eran necesarias, quedando en el tintero modificaciones importantes. Por otro lado,

⁹³ Abrogada por decreto publicado en el DOF el 23 de mayo de 2014.

⁹⁴ Este año se integró al pleno de la CFC el abogado Miguel Flores Bernés para sustituir a Fernando Heftye Etienne.

⁹⁵ Flores Bernés, Miguel, *Iniciativa de reforma constitucional en materia de competencia económica y telecomunicaciones*, México, p.1. Disponible en http://www.competenciaeconomica.com.mx/telecom/Comentarios_reforma_Competencia_y_Telecom_20_marzo_2013.pdf. Consultado el 08 de febrero de 2015.

⁹⁶ José Roldán Xopa, *et al*, *Op. Cit.* Nota 82, p.11.

⁹⁷ Diego-Fernández, Mateo, *Brevísima Explicación y Análisis de las Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica.*, México, Revista de Derecho Económico Internacional, Vol. 1. No.1 p.79.

⁹⁸ CFC, *Informe Anual 2006*, México, p. 16.

algunos de los cambios de 2006 fueron declarados inconstitucionales, por ejemplo, en materia de visitas domiciliarias y desincorporación de activos).⁹⁹

En la reforma de 2011 se atendieron temas nuevos, pero también se insistió en algunos que ya habían sido modificados en 2006. En materia de concentraciones se propusieron cambios que disminuyeran el número de operaciones sujetas a revisión y, consecuentemente la carga regulatoria innecesaria.

Buscar una reducción de operaciones sujetas a notificación estuvo en armonía con los objetivos que se buscaron al legislar en materia de competencia, pues la CFC fue concebida como un órgano regulador con facultades predominantemente *ex post* y, sólo se le dotó de facultades *ex ante* en materia de concentraciones.

Sin embargo, en un principio la CFC revisó un elevado número de transacciones que no representaban riesgo alguno para los procesos de competencia y libre concurrencia, en 2008 por ejemplo, de 182 concentraciones revisadas ninguna fue rechazada o condicionada.¹⁰⁰

En tanto que, el ejercicio de las facultades *ex post* de la CFC fue poco productivo si lo medimos en números de casos. En 2008, por ejemplo, en otras latitudes la actividad de las autoridades homologas relejó:

Sudáfrica, Finlandia, Brasil, Alemania, Polonia, Eslovaquia y la Comisión Europea iniciaron, 147, 147, 82, 74, 63, 60 y 58 investigaciones de abuso de dominancia, respectivamente. Mientras que en México fueron sólo 4 en el mismo periodo. En el mismo año, Finlandia, la Comisión Europea, Brasil, Sudáfrica, Polonia, Alemania y Chile cerraron, 1639, 140, 111, 116, 116, 84, 79 y 56 casos, respectivamente. México cerró sólo un caso. En la siguiente gráfica se pueden contrastar los resultados de las distintas autoridades:¹⁰¹

⁹⁹ Flores Bernés, Miguel, *op. cit.* Nota 92.

¹⁰⁰ Faya, Alejandro *op. cit.* Nota 80.

¹⁰¹ *Cfr. Ibídem*, p. 50.



Las sanciones fueron otra preocupación, pues la que se encontraban vigentes no representaban un inhibidor efectivo de las prácticas monopólicas y la expectativa de imposición efectiva de la sanción era muy baja. De 1993 a 2008, por ejemplo, se impusieron multas por 1,286 millones de pesos, de las cuales, al final de ese periodo sólo se habían podido cobrar 160.5 millones de pesos, es decir, el equivalente al 12.48% de efectividad en la sanción.¹⁰²

La iniciativa de reforma a la Ley Federal de Competencia Económica, presentada por el ejecutivo federal en abril de 2010, se centró en tres ejes fundamentales:¹⁰³

- (i) *Mayores facultades de investigación y sanción:*
 - **Incremento de sanciones.** Se pasó de multas calculadas en días de salario mínimo a multas calculadas con base en los ingresos nacionales anuales del agente económico (por prácticas monopólicas absolutas puede ser de hasta 10% de los ingresos anuales y hasta el 8% por prácticas monopólicas relativas).

¹⁰² *Ídem.*

¹⁰³ CFC, *Informe anual 2011 de la CFC*, México, pp. 6-9.

- **Sanciones penales.** Se incorporaron en el Código Penal Federal sanciones pecuniarias y corporales a quien cometa prácticas monopólicas absolutas.
- **Visitas de verificación.** Se incluyeron facultades para realizar visitas sorpresa ¹⁰⁴ a los agentes económicos, con el fin de evitar el ocultamiento de información sobre la comisión de prácticas monopólicas.
- **Medidas cautelares.** Que abrieron la posibilidad de imponer este tipo de medidas para evitar daños económicos irreversibles durante la tramitación de las investigaciones por prácticas monopólicas.

(ii) *Menores cargas regulatorias:*

- **Audiencias orales.** Se incluyeron en el procedimiento seguido en forma de juicio para que el agente económico sujeto a proceso pueda hacer valer sus argumentos de manera oral ante el pleno de la CFC.
- **Resoluciones no litigiosas.** Se incluyó un procedimiento de terminación anticipada de investigaciones, por medio del cual el agente económico se compromete a implementar ciertas acciones que aseguren que no se cometerán prácticas monopólicas a cambio de cerrar el procedimiento ante la CFC con una disminución o supresión de sanciones económicas.
- **Disminución de operaciones notificables.** En materia de concentraciones se incluyeron excepciones para presentar la notificación (como en los casos de reestructuración corporativa), principalmente.

(iii) *Fortalecer los procedimientos.*

¹⁰⁴ Conocidas en la práctica internacional como “*Dawn raids*”, las agencias más avanzadas cuentan con importantes facultades para realizar estas visitas, entre las que están la de obtener copia de documentos, imágenes de dispositivos de almacenamiento de computadoras, y otros repositorios de información que puedan contener indicios de una práctica monopólica.

- **Contrapesos.** Básicamente se le dio mayor independencia a la Secretaría Ejecutiva.
- **Juicios especializados.** Se creó un juicio ordinario administrativo contra las resoluciones de la CFC.¹⁰⁵

Así, se habían hecho dos importantes reformas, sin embargo, aún faltaría por ocurrir la reforma de mayor envergadura, que terminó de consolidar al derecho de la competencia en México, y que trataremos más adelante.

¹⁰⁵ Este mecanismo para atacar las resoluciones de la CFC, afortunadamente nunca se implementó, pues se hubiera visto alejada la posibilidad de hacer efectiva una sanción a los agentes económicos sancionados.

CAPÍTULO II. PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO

2.1. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2013

En 2012, al inicio de la administración de Enrique Peña Nieto, los principales partidos políticos firmaron el Pacto por México (“Pacto”). Fue un acuerdo que tuvo como objeto impulsar reformas estructurales de primera importancia, entre ellas, se incluyeron modificaciones en materia de competencia económica y telecomunicaciones.¹⁰⁶

En las elecciones presidenciales de 2012 las telecomunicaciones, radiodifusión e indirectamente la competencia económica, fueron temas de gran relevancia en el debate público. La fragilidad institucional, la incapacidad de reacción del Estado y el daño a los consumidores fueron preludio de las reformas.^{107 108}

El Pacto por México incluyó en su numeral 2°, los “Acuerdos para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad”, así como, los siguientes compromisos en materia de competencia y telecomunicaciones:

- *2.1. EXTENDER LOS BENEFICIOS DE UNA ECONOMÍA FORMADA POR MERCADOS COMPETIDOS:*

— **FORTALECER A LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA**

¹⁰⁶ Firmado el 2 de diciembre de 2012 por los representantes del Partido Acción Nacional (“PAN”), Partido de la Revolución Democrática (“PRD”) y Partido Revolucionario Institucional (“PRI”).

¹⁰⁷ Cfr. Faya Rodríguez, Alejandro, et al, De la Cofetel al Ifetel, *Cinco Reguladores*, México, Cidac, 2013, p. 41. El documento en formato digital se encuentra disponible en: <http://www.cidac.org/http://reddecompetencia.cidac.org>

¹⁰⁸ En una visita a México en mayo de 2013, mientras se discutían las reformas, el premio Nobel de Economía 2009, Oliver Williamson, opinó que se debían buscar las debilidades de los organismos reguladores de competencia para “eliminar las asperezas que permiten que algunas empresas abusen de su poder monopólico”. El Norte-Staff, *Llama Nobel a Mejorar Regulación*, diario Reforma, 28 de abril de 2013.

– **CREACIÓN DE TRIBUNALES ESPECIALIZADOS EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA Y TELECOMUNICACIONES**

▪ **2.2. GARANTIZAR ACCESO EQUITATIVO A TELECOMUNICACIONES DE CLASE MUNDIAL:**

– **REFORZAR AUTONOMÍA DE LA COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES**

– **COMPETENCIA EN RADIO Y TELEVISIÓN**

– **FOMENTO A LA COMPETENCIA EN TV, RADIO, TELEFONÍA Y SERVICIOS DE DATOS”**

Con base en el Pacto por México, el 11 de marzo de 2013, el titular del Ejecutivo, Enrique Peña Nieto, presentó una iniciativa de reforma constitucional en materia de competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión, misma que fue aprobada por el Congreso de la Unión el 30 de abril de 2013. Posteriormente fue aprobada por los congresos locales y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013.¹⁰⁹

El decreto de reforma constitucional atiende además de las modificaciones en materia de telecomunicaciones y competencia económica, incluye modificaciones al artículo sexto constitucional para fortalecer el derecho de acceso a las tecnologías de la información, incluyendo el acceso a la banda ancha.

Como se verá, las modificaciones a la Constitución se caracterizaron por regular a un nivel de detalle poco usual para una carta magna (especialmente en temas de telecomunicaciones y radiodifusión). Antes de la reforma fue claro que los órganos reguladores no lograban ejecutar sus resoluciones, debido a las estrategias litigiosas de los agentes económicos.¹¹⁰

¹⁰⁹ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (la “REFORMA”).

¹¹⁰ Cfr. José Roldán Xopa, *et al*, *op. cit.* Nota 82, p. 17.

La reforma de 2013 vino a aclarar el objetivo del derecho de la competencia, pues eliminó la posibilidad de acotar el alcance de la política de competencia a atacar precios exagerados, y quedó claro que también debe regular conductas que afecten los procesos de libre competencia.¹¹¹

Los principales cambios derivados de la reforma constitucional, son:¹¹²

- Creación de los órganos constitucionalmente autónomos, la Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE”) y el Instituto Federal de Telecomunicaciones (“IFT”).
- Otorgamiento de nuevas facultades en materia de investigaciones de mercado. Los órganos reguladores podrán ordenar la desincorporación de activos para eliminar barreras a la competencia y reglas para acceder a insumos esenciales. El IFT puede, además, imponer medidas asimétricas).¹¹³
- Otorgamiento de nuevas facultades para emitir regulación de carácter general.
- Creación de tribunales especializados en materia de competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión (juzgados de distrito y colegiados de circuito).
- Establecimiento del amparo indirecto como vía de impugnación contra los actos u omisiones de los órganos reguladores, así como, la limitación de

¹¹¹ Flores Bernés, Miguel, *op. cit.* nota 95, p.1

¹¹² Cambios contenidos en el nuevo texto del artículo 28 constitucional.

¹¹³ En la nueva LFCE (a. 94), esto se tradujo en dos nuevos procedimientos especiales de investigación, para determinar la existencia de **(i)** barreras a la competencia económica y la libre competencia e **(ii)** insumos esenciales.

los efectos de suspensión del amparo (sólo operaría contra multas y ordenes de desincorporación.

Asimismo, las dos nuevas agencias de competencia (sucesoras de las extintas Comisión Federal de Telecomunicaciones y Comisión Federal de Competencia) nacieron con nuevas reglas en materia de transparencia y de diseño institucional.

En opinión del ex comisionado de la extinta CFC, se pudo haber prescindido de dotar de autonomía a la nueva Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE”), pues en su opinión, la elección escalonada de los comisionados, así como la ausencia de mecanismos de presión no pusieron en riesgo las decisiones de la extinta CFC.¹¹⁴

En materia de transparencia, por ejemplo, los titulares de ambos órganos reguladores están obligados a rendir informes trimestrales de actividades a los poderes ejecutivo y legislativo, y a comparecer anualmente ante la Cámara de Senadores.¹¹⁵ Se regularon los contactos entre los comisionados y los agentes económicos,¹¹⁶ y se determinó que las sesiones, acuerdos y resoluciones son de carácter público.¹¹⁷

En cuanto al diseño institucional, los principales cambios fueron, **(i)** se separó a la autoridad investigadora y al pleno y¹¹⁸ **(ii)** Se implementaron mecanismos para la elección y remoción de los comisionados.¹¹⁹

En el nuevo mecanismo para elegir comisionados, el Comité de Evaluación (integrado por los titulares del Banco de México, el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía)

¹¹⁴ Flores Bernés, Miguel *op. cit.*, nota 95, p. 4.

¹¹⁵ CPEUM, art. 28, párr. 20, frac. VIII.

¹¹⁶ CPEUM, art. 28, párr. 24.

¹¹⁷ CPEUM, art. 28, párr. 20, frac. VI.

¹¹⁸ CPEUM, art. 28, párr. 20, frac. V

¹¹⁹ CPEUM, art. 28, párr. 20, frac. XI.

evalúa los candidatos. De los candidatos que aprobaron la evaluación, el titular del Ejecutivo Federal elige uno y lo propone al Senado, quien finalmente tiene la facultad de ratificarlo.¹²⁰

Además de las modificaciones al artículo 28 constitucional, fue necesario ajustar otras disposiciones relativas a: las facultades del Congreso (art. 73, XVII y 78);¹²¹ creación de tribunales especializados (art. 94, párr. 6);¹²² y legitimación en materia de controversias constitucionales (art. 105, frac. XI).

Los artículos transitorios del decreto de la reforma de 2013 previeron reglas específicas sobre la entrada en vigor del decreto, disposiciones procedimentales e incluso derechos sustantivos.

En telecomunicaciones y radiodifusión se incluyó una garantía a la “competencia efectiva”,¹²³ por otro lado, se mandató la creación de tipos penales;¹²⁴ la homologación del régimen de permisos y concesiones de radiodifusión (generándose un sistema de concesiones únicas);¹²⁵ se ordenó la creación de un Consejo Consultivo del IFT y¹²⁶ la imposición de condiciones para agentes que fueran declarados preponderantes.

Finalmente, otro cambio relevante de la reforma constitucional es que se permitió la inversión extranjera. En telecomunicaciones y comunicación vía satélite se permitió la inversión del cien por ciento de capital extranjero, y hasta de un cuarenta y nueve por ciento en radiodifusión.¹²⁷

¹²⁰ CPEUM, art. 28, párr. 25, *et al.*

¹²¹ Facultades del Congreso y de la Comisión Permanente, respectivamente.

¹²² Complemento del art. 27, párr. 20, frac. VII.

¹²³ Segundo transitorio del decreto de la Reforma.

¹²⁴ Transitorio Tercero, frac. I, del decreto de la Reforma.

¹²⁵ Transitorio Cuarto, del decreto de la Reforma

¹²⁶ Transitorio Tercero frac. IX, del decreto de la Reforma.

¹²⁷ Transitorio Quinto del decreto de la Reforma.

2.2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Ahora resulta de suma importancia analizar el artículo 28 constitucional, que se compone de 31 párrafos que contienen normas fundamentales en materia de competencia económica, pero también prevén disposiciones en temas sobre protección al consumidor, finanzas, energía, banco central, entre otros. Sin embargo, para fines de esta investigación haremos un análisis solamente del contenido relativo a la competencia económica previstas en el artículo 28.

(i) PRIMER PÁRRAFO

Prohibición de monopolios

La primera idea que encontramos es la prohibición tajante de los monopolios, de las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos. Al respecto, podemos observar que, de estas prohibiciones, la que se refiere a los monopolios en la práctica no es operante (sólo ha sido útil para los discursos políticos). Tanto la norma constitucional como la ley secundaria nunca han previsto alguna sanción contra un agente económico por el sólo hecho de ser un monopolio, con lo cual, en México no se castiga a los monopolios por el simple hecho de serlo un monopolio.¹²⁸

Severidad

Un segundo elemento que encontramos en el texto constitucional es la gravedad con la que se considera a las conductas anticompetitivas. Se prevé el castigo severo y la persecución eficaz de, la restricción de oferta de “artículos de consumo necesario” que los encarezcan y de los acuerdos anticompetitivos.

El lenguaje fuertemente prohibitivo que se incluyó en este párrafo muestra la determinación del constituyente para atacar prácticas nocivas para la economía, como ya se señaló en el capítulo previo.

¹²⁸ Cfr, Flores Bernés, Miguel, *op. cit.*, nota 26, (capítulo II), p.1.

Por otro lado, el segundo párrafo prevé la prohibición de “concentraciones” de “artículos de consumo necesario”. Esta prohibición no corresponde, según se observa en la legislación secundaria, a la materia de competencia económica. Forma parte de los ilícitos contra el consumo, materia de la legislación de protección al consumidor. Es la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (“PROFECO”)¹²⁹ y no la COFECE la autoridad encargada de estos temas (la prohibición de concentraciones que menciona el párrafo constitucional, nada tiene que ver con las facultades *ex ante* de la COFECE).

La severidad de las sanciones en materia de competencia económica, no es exclusivo de México. Hoy podemos observar a agencias de competencia económica de sistemas como el europeo, norteamericano y brasileño, con facultades para imponer altas sanciones económicas.

Como sanciones extremas, podemos observar que en sistemas como el brasileño (igual que sucede en México), se pueden aplicar sanciones penales que comprenden penas privativas de la libertad contra quienes violen la legislación de competencia, generalmente sólo cuando sancionan a cartelistas.¹³⁰

(ii) SEGUNDO PÁRRAFO

Quedan prohibidos los acuerdos anticompetitivos

En la segunda parte del párrafo segundo sí se prescriben importantes funciones del Estado en materia de competencia económica. Empieza prohibiendo los acuerdos anticompetitivos horizontales y verticales, en los siguientes términos:

“(...) todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí (...)”

¹²⁹ Frac. XVII, a. 24, Ley Federal de Protección al Consumidor.

¹³⁰ Página oficial del Consejo Administrativo para la Defensa Económica, visto el 8 de julio de 2016, <http://en.cade.gov.br/topics/leniency-program>.

Esta prohibición bien puede ser identificada con las conductas previstas en la LFCE como prácticas monopólicas relativas y absolutas. Erradicar estas prácticas es una de las más importantes funciones de la COFECE, por los graves daños que pueden provocar en la economía.

Prohibición de precios exagerados

Asimismo, el segundo párrafo prohíbe los acuerdos “(...) *para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados (...)*”, sin embargo, la legislación secundaria y las disposiciones regulatorias generales no dejan esta tarea a los órganos de competencia de manera directa. La investigación de casos de “precios exagerados” correspondería, en todo caso, a la PROFECO.

La frase citada al interpretarse literalmente, puede implicar la prohibición de prácticas que eleven los precios finales a los consumidores, clasificadas en la doctrina como “*exploitative conducts*”¹³¹ o conductas explotativas, pero el legislador, en la ley secundaria, no optó por este esquema regulatorio, la legislación actual en materia de competencia no sanciona conductas consistentes en obtener rentas altas, no obstante, en mi opinión, el texto constitucional mantiene la opción de sancionarlas.

Se prohíben ventajas exclusivas

Finalmente, el segundo párrafo del artículo 28 también busca limitar los actos de la autoridad legislativa o administrativa para dañar la competencia, cuando prohíbe todo lo que:

“(...) constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social (...).”

¹³¹ El sistema europeo, por ejemplo, sanciona los abusos de poder dominante cuando se afecta directamente a los consumidores con precios altos (Cfr. Paulis Emil, *Article 82, EC and Exploitative Conduct*, EC, DG Competition). En México, sólo son sancionados los abusos de poder cuando se desplaza o impide la entrada de empresas.

Bajo este y otros preceptos, que más adelante se describen, se pueden entender las facultades de los órganos reguladores para lidiar con problemas estructurales de los mercados, que están contenidos en la regulación o actos de autoridad que atentan contra los procesos de competencia y libre competencia.

Las ventajas exclusivas hoy no se encuentran con la determinación expresa de la persona o personas a quienes favorecen, sin embargo, la regulación o actos de gobierno que de facto favorecen a ciertos agentes económicos son un problema real y recurrente que, se trató de atender a través del otorgamiento de facultades incrementales a los órganos reguladores (que se describirán en los siguientes párrafos).

(iii) TERCER PÁRRAFO

Precios máximos

El tercer párrafo prevé el control de precios. Se pueden fijar precios máximos para productos o servicios necesarios para la economía nacional o el consumo popular, en los siguientes términos:

“(...) Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios (...)”

En la implementación de esta facultad a través de la LFCE, se decidió que fuera facultad del Ejecutivo Federal fijar los precios, pero con la intervención de la COFECE. Así, el mecanismo de precios máximos puede implementarse, sólo si se obtiene una declaratoria previa de la COFECE en la que se haga constar la no existencia de condiciones de competencia efectiva en el mercado en cuestión.¹³²

¹³² A. 9 de la LFCE.

La inspección, vigilancia y sanción respecto de los precios que se determinen como máximos, corre a cargo de la PROFECO (art. 9 de la LFCE).

(iv) CUARTO PÁRRAFO

¿Monopolios constitucionales en áreas estratégicas?

El párrafo cuarto del artículo 28 constitucional dispone que no constituirán monopolios las funciones exclusivas que el Estado ejerza en las siguientes áreas estratégicas:

“(…) correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución (…)”

(v) SÉPTIMO PÁRRAFO

¿Monopolios constitucionales en áreas estratégicas?

El párrafo séptimo hace otra excepción, y no constituyen monopolio las actividades de acuñación de moneda y emisión de billetes que haga el banco central.

Al respecto, cabe hacer un par de consideraciones. Primero, si bien en principio quedan excluidos de ser considerados monopolios por mandato constitucional los agentes que ejerzan las actividades enlistadas, éstos no quedan exentos de cumplir con la LFCE. Los monopolios no son sancionados por serlo, pero sí se les sanciona

si realizan prácticas anticompetitivas, esto aplica también para las empresas productivas del Estado.^{133 134 135}

La exclusividad del Estado para participar en áreas estratégicas ha sido reducida en los últimos años como parte de una política de mayor apertura económica,¹³⁶ con lo cual será más común observar denuncias contra las empresas productivas del Estado, que eran los únicos proveedores.

(vi) NOVENO PÁRRAFO

Las asociaciones de trabajadores no constituyen monopolio

Los sindicatos o asociaciones de trabajadores no son considerados monopolios. Esto puede interpretarse como una protección a la figura del sindicato, sin embargo, esto no quiere decir que su participación en prácticas monopólicas no sea sancionable.^{137 138} Un sindicato podría, por ejemplo, ser coadyuvante en un cartel, con lo cual le correspondería una sanción, tal como sucedería con una asociación comercial o cámara respecto de sus agremiados si se coluden.

Asociaciones o cooperativas exportadoras de productos regionales

¹³³ OCDE, *Reforma Regulatoria en México, volumen 2, reportes temáticos*, 2000, p. 85 y 86.

¹³⁴ Por ejemplo, en el expediente DE-024-2010, la CFC sancionó a Pemex por la comisión de PMR que consistieron en la venta productos petrolíferos a servicios de autotransporte.

¹³⁵ *Cfr.* Flores Bernés, Miguel, *op. cit.* nota 26, capítulo I, p. 10.

¹³⁶ En la explotación de hidrocarburos, por ejemplo, la participación exclusiva del Estado en esas actividades es en sentido formal, ya que a partir de la reforma de diciembre de 2013 al artículo 27 constitucional, se permitió la participación de particulares en toda la cadena productiva, ahora pueden participar desde las actividades de exploración y producción de hidrocarburos hasta el expendio al público. Por su parte, la reforma en materia de telecomunicaciones y competencia económica que se ha descrito en párrafos anteriores abrió al 100% el mercado de telecomunicaciones y al 50% los de radiodifusión.

¹³⁷ Flores Bernés, Miguel, *op. cit.* nota 26, capítulo I, p.17.

¹³⁸ De hecho, como apunta el maestro Flores Bernés en su ley comentada, la CFC en 2006 sancionó a la Unión de Transportistas de los Cabos y los Gremios, entidad constituida como sindicato, por su participación en la comisión de prácticas monopólicas.

Un caso más de excepción a ser considerado monopolio son las asociaciones o cooperativas que estén en circunstancias muy particulares, como se lee del texto constitucional:

“ (...) No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de las entidades federativas, y previa autorización que al efecto se obtenga de las Legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas Legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata (...)”

En pocas palabras, tampoco se consideran monopolios las asociaciones o cooperativas que vendan directamente a mercados extranjeros productos nacionales o industriales, cuando sean la principal fuente de riqueza de la región o no sean productos de primera necesidad.

Actualmente, este complejo supuesto no es utilizado en la práctica jurídica de la competencia económica en México, y su vigencia en la Constitución tiene razones históricas que explican su desuso.

Esta excepción fue producto de una iniciativa de la diputación yucateca para proteger las utilidades generadas por la venta de henequén en el extranjero.¹³⁹ Finalmente, cabe mencionar que, como en las anteriores excepciones, no significan que tales agentes económicos no puedan ser sancionados en términos de la LFCE.

¹³⁹ Flores Bernés Miguel, *op. cit.*, nota 26, capítulo I, p. 24.

(vii) DÉCIMO PÁRRAFO

El monopolio de la propiedad intelectual

Las disposiciones contenidas en este párrafo, legitiman los derechos exclusivos sobre las patentes, idea clave para resolver la problemática planteada en el presente trabajo.

Se describen en las siguientes líneas los elementos esenciales para describir la disposición constitucional. En primer lugar, la Constitución reconoce que los autores e inventores tienen derechos exclusivos sobre sus creaciones por tiempo determinado:

“(...) Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.”

Estas ventajas exclusivas se preveían desde las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, en las que se establecía la facultad del presidente de la república para otorgar privilegios exclusivos a inventores, introductores o perfeccionadores de algún arte o industria útil a la nación.¹⁴⁰

Sin embargo, la protección de la propiedad intelectual en un sistema jurídico data de 1474, en Venecia, Italia. Desde entonces, los beneficios al inventor han consistido en explotación exclusiva (derecho monopolístico) por un tiempo determinado, con la finalidad de promover el desarrollo industrial.¹⁴¹

Tanto los derechos de los inventores, como aquellos que corresponden a los autores de obras, se protegen de manera generalizada en el mundo. Ambos

¹⁴⁰ Márquez Gómez, Daniel, *Comentario al artículo 28, Derechos del Pueblo Mexicano*, tomo XVII, Ed. Debate Legislativo, segunda edición, p. 162.

¹⁴¹ Pérez Miranda, Rafael, *Propiedad Industrial y Competencia en México, un enfoque de Derecho Económico*, Ed. Porrúa, 2da Edición, México 1999, p.1 y 2.

derechos, al constituir exclusividades para explotar un producto intelectual, al cual puede acceder uno o varios agentes económicos, ha generado aparentes conflictos con la aplicación del derecho de la competencia económica en México y en el mundo.

La propiedad industrial ha generado importantes preocupaciones en materia de competencia económica. Existen amplios estudios sobre problemáticas observadas, por ejemplo, en el sector farmacéutico, de telecomunicaciones y en general en mercados que impliquen una intensa innovación tecnológica.

En secciones posteriores se abordará a mayor detalle la complementariedad del derecho de la competencia económica con el de la propiedad intelectual. Por ahora, subrayamos la constitucionalidad de la exclusividad para inventores y autores, y el sentido económico de su protección, ya que promueve la innovación y mejora el bienestar del consumidor.¹⁴²

(viii) DÉCIMO CUARTO PÁRRAFO

Órganos Constitucionalmente Autónomos

Como hemos dicho, en la REFORMA se dispuso que sean dos los órganos reguladores en materia de competencia económica, la COFECE y el IFT. Son sucesores de los organismos desconcentrados de la Secretaría de Economía y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, CFC y COFETEL, respectivamente.¹⁴³

La COFECE y el IFT fueron creados bajo la figura de órgano constitucionalmente autónomo (“OCA”). Esta naturaleza jurídica privilegia la autonomía, imparcialidad y especialización. Se fue más allá de la división clásica de la división de poderes, y

¹⁴² US. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for Licensing of Intellectual Property*, 1995, p.2.

¹⁴³ Conforme a lo que estaba dispuestos en las abrogadas Ley Federal de Competencia Económica (23) y Ley Federal de Telecomunicaciones (a. 9-A).

se permitió vía la Constitución, que estos órganos no estén subordinados al ejecutivo federal y su poder político- administrativos.¹⁴⁴

Alejandra Palacios Prieto (actual presidenta la COFECE) resalta el contenido de la exposición de motivos de la REFORMA, para entender los elementos con los que fue concebida la COFECE:¹⁴⁵

- **Inmediatez.** Deben estar establecidos y configurados en el texto constitucional
- **Paridad de rango.** Mantienen relaciones de coordinación con otros órganos del Estado, de igual a igual, y son autoridades supremas en el ejercicio de sus facultades.
- **Autonomía.** En los rubros presupuestal, orgánica y funcional.
- **Inmunidad.** Los titulares de estos órganos sólo pueden ser removidos por causas de responsabilidad.
- **Esencialidad.** Sus funciones son imprescindibles para el funcionamiento del Estado constitucional y democrático
- **Dirección política.** Participa en la dirección política del Estado, pues toma decisiones a través de actos materialmente ejecutivos, legislativos y jurisdiccionales.

Un aspecto esencial de los OCA es la autonomía. Esta característica permite a los órganos reguladores tener la independencia necesaria para tomar resoluciones;

¹⁴⁴ Cfr. Matute González, Carlos, Palacios Prieto, Alejandra, et al, *Los Organismos Autónomos Constitucionales*, Revista de Administración Pública, No. 138, p. 19.

¹⁴⁵ Cfr. Matute González, Carlos, Palacios Prieto, Alejandra, *Ibidem*, p. 157.

ejercer de manera autónoma su presupuesto; emitir su propio estatuto orgánico, y emitir disposiciones administrativas de carácter general.

Bajo esta naturaleza jurídica, el órgano regulador en materia de competencia económica fue fortalecido en 2013. La COFECE tiene el mandato constitucional de proteger los procesos de libre competencia y competencia en prácticamente todos los mercados de la economía nacional.

Facultades incrementales

Las nuevas autoridades de competencia económica fueron dotadas con **(i)** facultades *ex ante* para autorizar concentraciones, principalmente; **(ii)** *ex post* para sancionar conductas de los agentes económicos, por la comisión de prácticas monopólicas y concentraciones ilícitas, así como; **(iii)** incrementales, que buscan elevar la eficiencia a través de remedios estructurales.

Las facultades **(i)** y **(ii)** ya las teníamos antes de la REFORMA. Las facultades incrementales son la novedad que han fortalecido al régimen de competencia mexicano. Con base en estas facultades, la COFECE y el IFT, pueden ordenar medidas para eliminar las “barreras a la competencia y la libre competencia”, así como, para regular el “acceso a insumos esenciales”.

(ix) DÉCIMO QUINTO Y DÉCIMO SEXTO PÁRRAFOS

Instituto Federal de Telecomunicaciones

Como única excepción, en los mercados de telecomunicaciones y radiodifusión es otro el órgano que aplica la legislación de competencia económica, el IFT (párrafos 15 y 16). El IFT, además, es el órgano regulador especializado del sector. Entre los mercados específicos que regula esta autoridad, están los de telefonía fija y móvil, internet, radiocomunicación, televisión digital terrestre, televisión restringida por cable, servicios satelitales, radio, entre otros.

Las facultades del IFT y la COFECE en materia de competencia económica son similares y ambos aplican la LFCE. Sin embargo, existen diferencias no poco relevantes, por ejemplo, sólo el IFT puede determinar la existencia de agentes

económicos preponderantes y aplicar medidas asimétricas. Además, pueden derivar criterios en materia de competencia económica dispares en las reglas de carácter general que emitan en lo individual cada órgano.

(x) VIGÉSIMO PÁRRAFO

Independencia de la Autoridad Investigadora

Además de las características que hemos descrito de los órganos reguladores, la Constitución también dispone la separación de la autoridad investigadora y el Pleno (órgano de decisión).¹⁴⁶ Este cambio también fue incorporado en la REFORMA y obedece a la necesidad de evitar que los integrantes del pleno fueran juez y parte en los procedimientos seguidos en forma de juicio.

Transparencia y redición de cuentas

La autonomía de la que se les dotó a los órganos reguladores no fue un cheque en blanco. En el texto constitucional se prevén obligaciones concretas que los órganos reguladores deben observar en materia de transparencia y acceso a la información (fracc., VI, párrafo 20, artículo 28 constitucional).

Como regla general se prevé que las sesiones, acuerdos, y resoluciones que tomen los órganos reguladores serán de carácter público. Por otro lado, tienen la obligación de presentar informes trimestrales y anuales de trabajo a los poderes ejecutivo y legislativo, así como, la obligación de comparecer una vez al año ante el Senado de la República (fracc. VIII, párrafo 20, artículo 28 constitucional).

Finalmente, cada órgano regulador cuenta con un órgano de control interno, cuyo titular es designado por las dos terceras partes de la Cámara de Diputados (fracc. XII, párrafo 20, artículo 28 constitucional). Asimismo, se ordena desde el máximo ordenamiento, que las leyes aplicables promuevan la transparencia en los órganos reguladores bajo los principios de gobierno digital y datos abiertos (fracc. IX, párrafo 20, artículo 28 constitucional).

¹⁴⁶ Fracción 5 del párrafo 20, del artículo 28 constitucional.

Amparo indirecto como medio de impugnación, jueces y tribunales especializados

La fracción VII del párrafo en comento prevé como único medio de impugnación contra actos, omisiones y reglas de carácter general emitidas por la COFECE o el IFT, el juicio de amparo indirecto, sin derecho a la suspensión como regla general.

Esta regla es una respuesta a la baja imposición de sanciones que los órganos reguladores antecesores lograban (como se vio en páginas anteriores), dadas las estrategias litigiosas dilatorias que los agentes económicos llevaban a cabo.

La suspensión de los efectos de las resoluciones de la COFECE, sólo operan contra la ejecución de resoluciones que impongan multas o desincorporación de activos. En los procedimientos seguidos en forma de juicio, sólo son atacables vía amparo indirecto las resoluciones que ponen fin al procedimiento.

Sin embargo, recientes criterios jurisprudenciales han clarificado el alcance de esta norma, y se ha determinado que son impugnables vía amparo las resoluciones de procedimientos accesorios como el de imposición de medidas de apremio.¹⁴⁷

Sobre este punto, el Poder Judicial de la Federación, a través del Consejo de la Judicatura Federal, publicó el Acuerdo General 22/2013 en virtud del cual, ordenó la transformación de los Juzgados Cuarto y Quinto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región, y su transformación como Juzgados Primero y Segundo de Distrito en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el “Distrito Federal” (ahora Ciudad de México), y jurisdicción territorial en toda la República.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Tribunal Colegiado de Circuito, Tesis: I.1o.A.E.20 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación* del viernes 13 de marzo de 2015 a las 9:00 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 16, Tomo III, marzo de 2015, página 2435, se publica nuevamente con la supresión del primer precedente.

¹⁴⁸ Diario Oficial de la Federación, publicación del viernes 9 de agosto de 2013.

(xi) VIGÉSIMO PRIMERO, VIGÉSIMO SEGUNDO, VIGÉSIMO TERCERO Y VIGÉSIMO SEXTO PÁRRAFOS

Conformación de los plenos de los órganos reguladores

La COFECE y el IFT tienen al pleno como órgano máximo de decisión. Cada pleno se compone de siete comisionados, de los cuales uno es el presidente. Entre los requisitos que la Constitución prevé para ser comisionado están, ser mexicano por nacimiento; contar con experiencia mínima de tres años en la materia; acreditar conocimientos; no haber laborado en los últimos tres años para alguno de los agentes económicos sujetos a un procedimiento sancionatorio.¹⁴⁹

Los comisionados son propuestos por el Ejecutivo Federal y ratificados por la Cámara de Senadores. Previamente, los aspirantes a comisionado debieron acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en el párrafo 23, ante el Comité de Evaluación, que se integra por los titulares del Banco de México, el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

2.3. LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA DE 2014

La reforma constitucional de junio de 2013 dejó como tarea a los legisladores federales aprobar leyes secundarias en materia de telecomunicaciones, radiodifusión y competencia económica, fijando como plazo máximo el 9 de diciembre de 2013.¹⁵⁰ Sin embargo, el plazo con todo y su carácter constitucional no fue respetado.

El 18 de febrero de 2014, el Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Economía, presentó ante la Cámara de Diputados la iniciativa de la nueva LFCE, misma que pasó poco más de dos meses en dictaminación, para ser avalada por el

¹⁴⁹ Diversas fracciones del párrafo 23, del artículo 28 constitucional.

¹⁵⁰ Transitorio Tercero, frac. X, del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013.

pleno de los diputados el 25 de marzo, y por los senadores el 25 de abril del mismo año.¹⁵¹

La discusión para aprobar la nueva LFCE no estuvo exenta de complicaciones. Queda como evidencia, por ejemplo, el artículo 129, que a la letra dispone “sin texto”. En la última parte del procedimiento legislativo, la minuta del Senado fue enviada a la Cámara de Diputados incompleta, el contenido del artículo 129 del proyecto fue movido al numeral 137. Este fue un error legislativo que no ha sido corregido a enero 2016

Para el 29 de abril de 2014, se aprobó el dictamen de Ley Federal de Competencia Económica y finalmente, el 23 de mayo de 2014 se publicó en el DOF la nueva LFCE que entraría en vigor el 7 de julio de 2014 abrogando la ley en la materia que se encontraba en vigor desde diciembre de 1992.

La LFCE consta de 245 artículos divididos en diez títulos. Además de la regulación en materia de concentraciones e investigación de prácticas monopólicas que ya contemplaba la Ley de 1992, se agregaron cambios importantes derivados de la reforma constitucional en la ley de 2014.

El nuevo texto legal incorporó reglas en diversos rubros, que en general fortalecen a los órganos reguladores. Entre los principales cambios se encuentran normas:

- Nuevas fracciones que actualizan prácticas monopólicas absolutas y relativas (artículos 53 y 56);
- sobre el Comité de Evaluación (artículos 13, 14, *et al.*)
- funcionamiento de la Contraloría Interna (título IV);
- transparencia y rendición de cuentas (artículo 49);
- funcionamiento de la Autoridad Investigadora bajo un esquema independiente dentro de los OCA (título III);

¹⁵¹ Los senadores enviaron con cambios la propuesta, los diputados aprobaron las modificaciones hechas por el Senado con 408 votos a favor y 56 en contra y 6 abstenciones, para que finalmente el Dip. José González Morfín en su calidad de presidente de la cámara baja turnara el proyecto de decreto de la nueva LFCE al ejecutivo federal.

- que detallan las nuevas atribuciones incrementales de la COFECE e IFT y se crea el procedimiento especial para determinar insumos esenciales y barreras a la competencia (artículo 94), entre otras.

La nueva Ley Federal de Competencia de 2014 retomó reglas que existían en la ley de 1992 e incorporó nuevas reglas necesarias para adecuar el marco normativo a la reforma constitucional de 2013. El ordenamiento quedó estructurado de la siguiente manera:

- **Libro Primero, De la Organización y Funcionamiento.**
 - **Título I, Disposiciones Generales.** Entre otros elementos, contiene: definiciones; sujetos obligados (cualquier agente económico); referencia a las facultades para aplicar la ley que corresponde al IFT; reglas generales para la determinación de precios máximos (nuevo mecanismo).
 - **Título II, Comisión Federal de Competencia Económica.**
 - ❖ **Capítulo I, De la Comisión.**
 - **Sección I, De su Naturaleza, Objeto y Domicilio.**
 - **Sección II, De las Atribuciones de la Comisión.** Aquí se incluyen las nuevas facultades derivadas de la reforma constitucional, como las que corresponden en materia de insumos esenciales y barreras a la competencia.
 - ❖ **Capítulo II, De la Integración y Atribuciones del Pleno.**
 - **Sección I, De la Integración a través del Comité de Evaluación.** Contiene las nuevas reglas para evaluar y elegir a los candidatos a comisionados, conforme a los cambios derivados de la reforma constitucional de 2013.
 - **Sección II, De las Atribuciones del Pleno.**
 - **Sección III, De las Causas de Remoción.**
 - **Sección IV, De las Prohibiciones.**
 - **Título III, De la Autoridad Investigadora.**

- ❖ **Capítulo I, De su Integración y Funcionamiento.** Se incorpora la independencia técnica de la Autoridad Investigadora con respecto al Pleno.
- ❖ **Capítulo II, De sus Atribuciones.**
- ❖ **Capítulo III, De su Designación y Remoción.**
- ❖ **Capítulo IV, De la Responsabilidad del Titular de la Autoridad Investigadora.**
- ❖ **Capítulo V, De las Prohibiciones.**
- **Título IV, De la Contraloría Interna de la Comisión Federal de Competencia Económica.**
 - ❖ **Capítulo I, De su Integración y Funcionamiento.**
 - ❖ **Capítulo II, De sus Atribuciones.**
 - ❖ **Capítulo III, De su Designación.**
 - ❖ **Capítulo IV, De la Responsabilidad del Titular de la Contraloría.**
 - ❖ **Capítulo V, De las Prohibiciones**
- **Título V, De la Administración de la Comisión Federal de Competencia Económica.**
 - ❖ **Capítulo I, Del Presupuesto**
 - ❖ **Capítulo II, Del Patrimonio**
 - ❖ **Capítulo III, De la Transparencia y Rendición de Cuentas.**
 - ❖ **Capítulo IV, Del Régimen Laboral.**
 - ❖ **Capítulo V, Del Régimen de Responsabilidades.**
- **Libro Segundo, De las Conductas Anticompetitivas.**
 - **Título Único, De las Conductas Anticompetitivas.**
 - ❖ **Capítulo I, De la Prohibición de Conductas Anticompetitivas.**
 - ❖ **Capítulo II, De las Prácticas Monopólicas Absolutas.** En esta nueva ley se agregó el intercambio de información como práctica monopólica absoluta.

- ❖ **Capítulo III, De las Prácticas Monopólicas Relativas.** Se agregaron supuestos como negar el acceso a insumos esenciales.
- ❖ **Capítulo IV, De la Prohibición de Barreras a la Libre Concurrencia y Competencia Económica.** Norma sustantiva para que los órganos reguladores ejerzan las nuevas facultades incrementales derivadas de la reforma.
- ❖ **Capítulo V, De la Determinación del Mercado Relevante, Del Poder Sustancial y del Insumo Esencial.**
 - **Sección I, De la Determinación del Mercado Relevante.**
 - **Sección II, De la Determinación del Poder Sustancial.**
 - **Sección III, De la Determinación del Insumo Esencial.** Nuevas reglas en materia de insumos esenciales.
- ❖ **Capítulo VI, De las Concentraciones.**
 - **Sección I, De la Definición de Concentración.**
 - **Sección II, De las Concentraciones Ilícitas.**
 - **Sección III, De la Evaluación de las Concentraciones.**
 - **Sección IV, De las Concentraciones que no Pueden Ser Investigadas.**
- **Libro Tercero, De los Procedimientos.**
 - **Título I, De la Investigación,**
 - ❖ **Capítulo Único, De la Investigación.**
 - **Sección I, Del Inicio de la Investigación.**
 - **Sección II, Del Desahogo de la Investigación.**
 - **Sección III, De la Conclusión de la Investigación.**
 - **Título II, De los Procedimientos Seguidos en Forma de Juicio.**
 - ❖ **Capítulo I, Del Procedimiento.**
 - **Sección I, Del Emplazamiento.**
 - **Sección II, Del Desahogo del Procedimiento.**
 - **Sección III, De la Valoración de las Pruebas.**

- ❖ **Capítulo II, De la Resolución Definitiva.**
- **Título III, Del Procedimiento en la Notificación de Concentraciones.**
 - ❖ **Capítulo I, Del Procedimiento de Notificación de Concentraciones.**
 - ❖ **Capítulo II, De los Casos de Excepciones a la Obligación de Autorización Previa.** Se agregan casos para evitar actividades sobre regulatorias en los mercados.
- **Título IV, De los Procedimientos Especiales.**
 - ❖ **Capítulo I, De las Investigaciones para Determinar Insumos Esenciales o Barreras a la Competencia.** Este procedimiento no existía en la ley abrogada de 1992. Este procedimiento especial se aplica en materia de barreras a la competencia e insumos esenciales.
 - ❖ **Capítulo II, Del Procedimiento para Resolver sobre Condiciones de Mercado.** Empleado para aplicar nuevas reglas en materia de precios máximos.
 - ❖ **Capítulo III, Del Procedimiento para la Emisión de Opiniones o Resoluciones en el Otorgamiento de Licencias, Concesiones, Permisos y Análogos.**
 - ❖ **Capítulo IV, De los Procedimientos de Dispensa y Reducción del Importe de Multas.**
 - ❖ **Capítulo V, Del Procedimiento de Solicitudes de Opinión Formal y Orientaciones Generales en Materia de Libre Concurrencia y Competencia Económica.** Se agregan reglas para atender problemas estructurales.
- **Título V, De las Reglas Generales Aplicables a los Procedimientos.**
 - ❖ **Capítulo I, De la Representación.**
 - ❖ **Capítulo II, De los Requisitos de las Promociones ante la Comisión.**

- ❖ **Capítulo III, De los Plazos.**
- ❖ **Capítulo IV, De las Notificaciones.**
- ❖ **Capítulo V, De los Procedimientos ante la Comisión por Medios Electrónicos.** Se incorporan nuevas reglas en materia de medios electrónicos, gobierno digital y datos abiertos.
- ❖ **Capítulo VI, De la Obligación de Cooperar con la Comisión.**
- ❖ **Capítulo VII, De las Resoluciones de la Comisión.**
- ❖ **Capítulo VIII, De la Supletoriedad de esta Ley.** A diferencia de la ley de 1992, en esta nueva ley se señaló como ley adjetiva supletoria el Código Federal de Procedimientos Civiles.
- ❖ **Capítulo IX, De las Disposiciones Finales.**
- **Título VI, De la Información.**
 - ❖ **Capítulo Único, Clasificación de la Información.**
- **Título VII, De las Medidas de Apremio y Sanciones.**
 - ❖ **Capítulo I, De las Medidas de Apremio.**
 - ❖ **Capítulo II, De las Multas y Sanciones.**
 - ❖ **Capítulo III, De la Imposición de Sanciones.**
 - ❖ **Capítulo IV, De la Sanción de Desincorporación.** Se agregaron reglas que detallan el alcance de esta sanción y su aplicación como medidas emanadas de un procedimiento especial.
 - ❖ **Capítulo V, Del Cumplimiento y Ejecución de las Resoluciones.**
- **Título VIII, De la Reparación.**
 - ❖ **Capítulo Único, De la Reparación de los Daños y Perjuicios.** Como un avance en materia de reparación de daños, la resolución firme del órgano regulador en el que sancione a un agente económico, prueba la ilicitud del acto para efectos de un juicio civil.
- **Título IX, De la Prescripción y Medidas Cautelares.**
 - ❖ **Capítulo I, De las Medidas Cautelares.**

- ❖ **Capítulo II, De la Prescripción.**
- **Título X, De la Elaboración de Directrices, Guías, Lineamientos y Criterios Técnicos.**
 - ❖ **Capítulo Único, Del Procedimiento para la Elaboración de Directrices, Guías, Lineamientos y Criterios Técnicos**
Como parte de las nuevas facultades de los órganos reguladores para emitir disposiciones de carácter general se incluyeron estas nuevas reglas.

Además de las LFCE, los nuevos órganos reguladores emitieron sus disposiciones regulatorias (que reglamentan a detalle las disposiciones contenidas en la LFCE), estatutos orgánicos, criterios técnicos, guías, y otras normas de carácter general que resultan necesarias para cumplir con sus fines.

CAPÍTULO III. MERCADO DE MANUFACTURA DE DISPOSITIVOS MÓVILES, ESTANDARIZACIÓN DE TECNOLOGÍAS Y CASOS RELEVANTES.

3.1. ORGANISMOS DE ESTANDARIZACIÓN DE NORMAS PARA SISTEMAS MÓVILES DE TERCERA GENERACIÓN

La problemática que motiva este trabajo de tesis, en gran medida, es generada en el seno de los organismos internacionales de estandarización, toda vez que son éstos los que declaran qué tecnologías protegidas bajo una patente estándar esencial (“Patente Esencial”) serán necesarias para producir determinados productos en todo el mundo. Como se verá, estas declaraciones otorgan a un titular de patente poder de mercado suficiente para bloquear el acceso de un nuevo competidor o desplazar a uno existente.

Por lo anterior, es indispensable describir los elementos que identifican a estos organismos de estandarización, así como referirnos a los organismos específicos que participan en la emisión de los estándares que analizamos en este estudio. Pero antes de describirlos, en los siguientes párrafos abordaremos brevemente el alcance del concepto “estandarización” y las manifestaciones que tiene en nuestra legislación.

La estandarización juega un papel importante en la economía. A partir de ella, se crean normas que establecen características comunes que deben observar los productos en todo el mundo. La finalidad de estandarizar elementos o características de los productos puede ser la reducción de costos en los procesos de producción,¹⁵² así como, incrementar la compatibilidad entre productos del mismo tipo, lo que permite que más personas los utilicen.

¹⁵² Secretaría de Economía, *Blog ¿Qué es la Estandarización?*, disponible en <https://www.gob.mx/se/articulos/que-es-la-estandarizacion?idiom=es>, revisado el 23 de noviembre de 2016.

Algunos ejemplos de la estandarización en productos son las conexiones alámbricas e inalámbricas de los audífonos que son iguales en todo el mundo; los colores que se usan en los semáforos de la mayoría de los países son los mismos; las características de las tarjetas bancarias comparten características para que puedan ser usadas en países distintos a aquel en el que fueron emitidas; los puertos USB también son los mismos en cualquier parte del mundo.¹⁵³

La estandarización a la que nos referimos no corresponde a igualar la oferta como consecuencia de un acuerdo anticompetitivo. Como resultado de un acuerdo colusorio podría observarse una igualación o estandarización de la oferta, pero con un sentido negativo. Por ejemplo, si los productores de computadoras portátiles se pusieran de acuerdo para vender dispositivos sólo con 30 gigabytes (“GB”) de memoria en disco duro y 2 GB en memoria RAM. Un acuerdo de este tipo restringiría la oferta en perjuicio de los consumidores y los productores de computadoras no competirían para ofrecer mejores equipos.

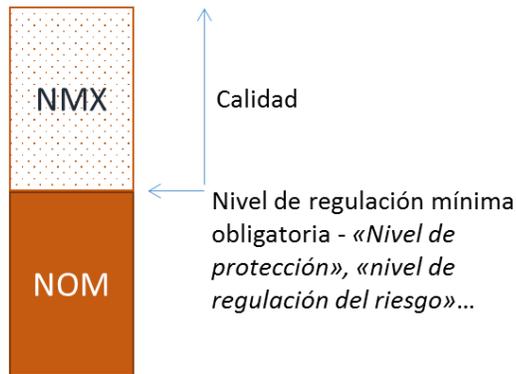
La estandarización tampoco tiene la finalidad de imponer barreras técnicas. Existen estándares que son opcionales y otros que son necesarios para producir bienes, pero generalmente impuestos por una buena regulación cuando salvaguardan bienes jurídicos como la seguridad y salud de las personas. Los segundos podrían constituir barreras de entrada injustificadas a un mercado si el establecimiento del estándar es arbitrario.

El sistema jurídico mexicano, por ejemplo, prevé estándares obligatorios para producir ciertos productos, ya sea a través de reglas sobre las características de los productos o sobre los procesos aplicados para su fabricación. Estas reglas están contenidas en las Normas Oficiales Mexicanas (“NOM”) reguladas en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización (“LFMN”). Además de las NOM, que están a cargo de las autoridades federales mexicanas, también existen normas con prevén requerimientos superiores a los obligatorios que los privados a través de los

¹⁵³ *Ídem.*

organismos nacionales de normalización pueden emitir (fracc. X, artículo 3, LFMN).¹⁵⁴

Regulación de una actividad, proceso o producto vía normalización



La estandarización como las NOM deben cumplir con una finalidad legítima. En el caso de las NOM, se justifica su emisión y coercibilidad cuando de no aplicarse se pueden generar para la seguridad de las personas o dañar la salud humana, animal, vegetal, ambiental, laboral, entre otras consideraciones.¹⁵⁵

Así tenemos que, la estandarización observada a través de la emisión de NOM responde a la protección de bienes básicos como la seguridad y salud de las personas, principalmente. En su elaboración suele haber consenso, sustento técnico y la participación de los interesados, tales como, consumidores, productores, comercializadores, autoridades, académicos, etc.¹⁵⁶

Pero los esfuerzos de estandarización, pueden ir más allá, en especial cuando se habla de tecnología. Además de las autoridades nacionales, existen organismos internacionales dedicados a la investigación, discusión y emisión de estándares para diversos sectores productivos, en los que confluyen autoridades de distintas

¹⁵⁴ Ramos Manuel, *Normalización y Evaluación de la Conformidad*, PPT, 2015.

¹⁵⁵ A. 40 de la LFMN.

¹⁵⁶ *Ídem*.

jurisdicciones, empresas del sector del que se trate (generalmente con presencia en más de un país) y especialistas.

Generalmente, los estándares que emiten los organismos internacionales son mejoras que los productores de bienes o servicios puede o no observar, a menos que estas mejoras tengan una importancia tal que el estándar se vuelva obligatorio en sus jurisdicciones. Algunos de estos organismos son la Organización Internacional de Normalización (“ISO”) y el Instituto de Ingenieros Eléctricos y Electrónicos.

Tratándose de telecomunicaciones, algunos de los principales organismos encargados de dictar los estándares, son el Instituto Europeo de Estándares en Telecomunicaciones (“Instituto Europeo”); la agencia de especializada de la Organización de las Naciones Unidas, denominada Unión Internacional de Telecomunicaciones (“UIT”); el órgano de la Organización de Estados Americanos denominado Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (“CITEL”), entre otros.¹⁵⁷

En materia de tecnologías aplicables a dispositivos móviles, existe un foro de cooperación en la que convergen organismos de estandarización denominada “*The 3rd Generation Partnership Project*” (“3GPP”).¹⁵⁸ El 3GPP nació para cooperar en la elaboración de especificaciones técnicas y redacción de reportes con el mismo carácter, para el sistema de dispositivos móviles que operen en la red de 3ra Generación (“3G”).¹⁵⁹

Este proyecto es relevante dado que impulsa la interoperabilidad entre dispositivos y redes de todo el mundo. Antes de este sistema tecnológico existieron otros con menor interés en la interacción:¹⁶⁰

¹⁵⁷ Álvarez González de Castilla, Clara Luz, *op. cit.* Nota 33., p. 113.

¹⁵⁸ En español, el Proyecto Conjunto para la 3ra. Generación.

¹⁵⁹ Miembros del 3GPP, “*Third Generation Partnership Project Agreement*”, 31 de Agosto de 2007.

¹⁶⁰ 3GPP, *Generation of Mobile Systems*, ver en <http://www.3gpp.org/about-3gpp/about-3gpp>

Generaciones de Sistemas Móviles anteriores	Características
1ª Generación (1G)	-Tecnología análoga, de 1980 en adelante. -Tecnologías nacionales o regionales, por ejemplo: <i>Nordic Mobile Telephone; Japan Total Access Communications Systems, et al.</i>
2ª Generación (2G)	-Primeros sistemas digitales; 1990; SMS y servicios de datos

A diferencia de los sistemas anteriores, el 3G fue pensado para ser un sistema global, el Sistema Universal de Telecomunicaciones Móviles.¹⁶¹ Por lo que resultó imprescindible contar el consenso entre autoridades y la industria para determinar las características que deberían observar los dispositivos móviles para que fueran compatibles en la red 3G.

El alcance del 3GPP proyecto ha comprendido también tecnologías más avanzadas, pero para los propósitos de este estudio, nos enfocaremos en la función que ha tenido en la tecnología 3G para casos en concreto que describiremos más adelante.

Los Organismos de Estandarización que forman parte del 3GPP son 7 autoridades en sus respectivos países: **(i)** La Asociación de Industrias de Radio y Negocios de Japón (“ARIB”); **(ii)** La Alianza para Soluciones en la Industria de las Telecomunicaciones de Estados Unidos de Norteamérica (“ATIS”); **(iii)** La Asociación China de Estándares de Telecomunicaciones (“CCSA”); **(iv)** El Instituto Europeo de Estándares en Telecomunicaciones; **(v)** la Sociedad para el Desarrollo de Estándares de la Inda (“TSDS”); **(vi)** La Asociación de Tecnología de

¹⁶¹ Conocido en inglés como el “Universal Mobile Telecommunications System o UMTS”.

Telecomunicaciones de Corea del Sur (“TTA”) y; **(vii)** el Comité de Tecnología de Telecomunicaciones de Japón.¹⁶²

Además de las organizaciones de estandarización nacionales, el 3GPP también cuenta con la representación de empresas de la industria a través de cámaras empresariales. Como se observa enseguida.



En el caso de los representantes de las empresas de telecomunicaciones, estas fungen como asesoras del 3GPP, sin que esto los faculte para definir, publicar o establecer estándares.¹⁶³ Además de las asociaciones de las empresas, las empresas pueden participar en el 3GPP cuando tienen alguna tecnología como candidata a ser declarada un estándar para la industria.

¹⁶² Ver en *3GPP Organizational Partner Contacts* <http://www.3gpp.org/about-3gpp/partners>. Las siglas son por los nombres en inglés de las organizaciones.

¹⁶³ Miembros del 3GPP, *op. cit.* Nota 159.

3.2. PATENTES ESTÁNDARES ESENCIALES

La problemática que motiva este trabajo de tesis deriva de la existencia de las Patentes Esenciales. Éstas surgen cuando los Organismos de Estandarización eligen como la tecnología estándar a una que está protegida por una Patente Esencial. Las tecnologías protegidas por Patentes Esenciales tienen como característica que son insustituibles y sin ellas no es técnicamente posible participar en el sistema 3G.¹⁶⁴

Los teléfonos móviles fabricados por diferentes compañías no podrían comunicarse entre sí sin el acceso a las Patentes Esenciales. Lo anterior crea una tensión entre el derecho a una compensación en forma de regalías a favor de los desarrolladores de tecnologías que han sido declaradas como estándar, y la necesidad de hacer accesibles a todo el público las tecnologías.¹⁶⁵

No todas las patentes que marcan un estándar son esenciales, por ejemplo, aquellas que protegen características de diseño de cada equipo. Las compañías que manufacturan dispositivos móviles pueden inventar soluciones alternativas al estándar, menos cuando una patente se declara esencial.¹⁶⁶

Para tener una idea de la magnitud de las Patentes Esenciales, sirva el dato de que sólo por lo que hace al Instituto Europeo, se han declarado como Patente Esencial, alrededor de 155, 474 tecnologías aplicables a diferentes productos. Como se puede observar, la estandarización de tecnologías en los mercados de telecomunicaciones es fundamental.¹⁶⁷

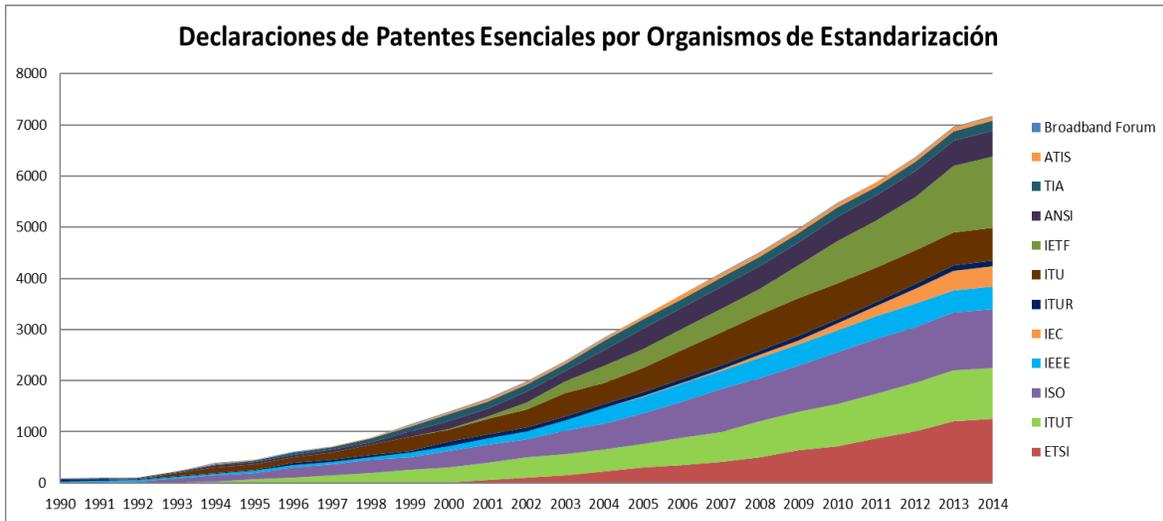
¹⁶⁴ Del mismo modo sucede en otros sistemas tecnológicos el objeto de estudio elegido toma las tecnologías de 3G.

¹⁶⁵ European Commission, Fair, Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND) Licensing Terms, Research and Analysis of a Controversial Concept, *JRC Science and Policy Report*, 2015, p. 1.

¹⁶⁶ European Commission, Standard-essential patents, *Competition Policy Brief*, 2014, p. 2.

¹⁶⁷ *Ídem*.

En general, la nueva dinámica tecnológica ha propiciado un mayor número de declaratorias, hechas por los Organismos de Estandarización, de Patentes Esenciales. Enseguida se puede observar el crecimiento de declaratorias que han hecho diversos Organismos, de 1990 a 2014.



Comisión Europea, *Standard- essential Patents, Issue 8, Competition Policy Brief*, 2014. European Commission, *Fair, Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND) Licensing Terms*, p. 12.

Dada la relevancia de los estándares protegidos por las Patentes Esenciales, son necesarias reglas que impidan la imposición de estándares que no estén debidamente justificados, pues lo contrario genera barreras técnicas que dañarían la libre competencia. Por esta razón los Organismos de Estandarización tienen una responsabilidad indiscutible en el desarrollo del sector a nivel mundial.

En este sentido, las especificaciones técnicas que se establezcan en los estándares deben seguir las recomendaciones que haga la UIT, así como una visión de una *roaming* global (es decir, que un equipo terminal o dispositivo móvil pueda ser usado en las distintas zonas de cobertura de las redes mundiales) y circulación de equipos terminales.¹⁶⁸

Generar estándares, protegidos o no por una Patente Esencial, a los que puedan tener acceso un mayor número de fabricantes en términos justos y razonables es especialmente relevante cuando hablamos de tecnologías de la información y la

¹⁶⁸ Miembros del 3GPP, *op. cit.* Nota 159.

comunicación, (concepto que comprende a los servicios de telecomunicaciones). Pues la compatibilidad entre dispositivos de comunicación genera eficiencias como los efectos de red.

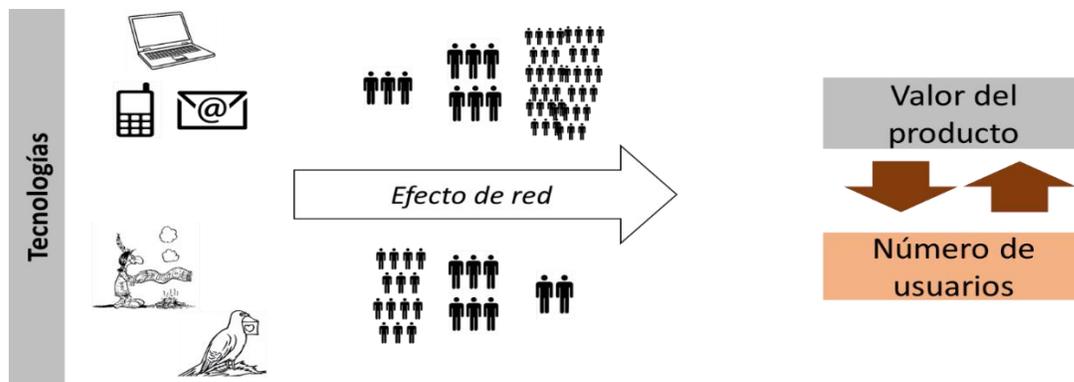
Los efectos de red nacen del valor que un consumidor asigna a un bien en función del número de personas que lo están utilizando.¹⁶⁹ Así, si una el titular de una Patente Esencial bloqueara la producción de más dispositivos móviles a otros fabricantes a través de negarles un contrato de licencia esto reduciría el número de potenciales usuarios de equipos terminales que serían compatibles en una determinada tecnología.

Las tecnologías populares nos dan acceso a un mayor número de personas. En general, se pueden observar eficiencias en el hecho de que más personas usen una tecnología, por ejemplo, menores costos de producción gracias a que la tecnología popular se fabrica en grandes volúmenes, generando así economías de escala. Otro beneficio resulta de una mayor demanda, es previsible que exista un interés de más agentes económicos en la producción de un bien con gran demanda.

Existen varios ejemplos de efectos de red observados en las tecnologías de la comunicación. Por ejemplo, la aplicación de WhatsApp, es valiosa para quienes la utilizamos porque es la plataforma más usada en 2016, y no porque tenga las características más sofisticadas del mercado, seguramente hay otras aplicaciones con mejores características. En el siguiente esquema se pueden observar otros ejemplos y los efectos de red representados gráficamente:¹⁷⁰

¹⁶⁹ Carl Shapiro & Hal R. Varian, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, pp. 45–46 (1999)

¹⁷⁰ *Ídem.*



Los efectos positivos descritos son alcanzables si cualquier jugador o potencial jugador en el mercado de manufactura de dispositivos móviles 3G, puede acceder a las licencias para explotar las Patentes Esenciales del sistema 3G.

Conforme al derecho de la competencia mexicano, y el de sistemas líderes como el europeo y el norteamericano, la negativa de acceso a una tecnología esencial para ingresar o permanecer en un mercado es una conducta o problema estructural¹⁷¹ que dañan los procesos de competencia y la libre concurrencia.

Que las autoridades de competencia, de los sistemas mencionados en el párrafo anterior, puedan sancionar conductas que nieguen el acceso a tecnologías protegidas por Patentes Esenciales, no significa la necesaria validación de una supresión de los derechos de propiedad industrial ni de aquellos que, conforme a su libre voluntad para contratar, pueden ejercer las personas en un régimen liberal.

Esta aparente controversia de derechos y de facultades (hablando de las que corresponden a la PROFECO y a los órganos reguladores de competencia), como se verá más adelante, puede ser más bien complementaria que controversial. Como más adelante se pretende concluir, los derechos de propiedad industrial y de la competencia económica son complementarios y no contradictorios.

¹⁷¹ Los problemas estructurales sólo son aplicables en la legislación mexicana, derivado de lo dispuesto en el párrafo 14 del artículo 28 constitucional.

Por otra parte, la colaboración entre competidores que puede existir en el seno del 3GPP, si genera efectos anticompetitivos, podría estar bajo sospecha de cartelización. Sin embargo, en general, esta colaboración es vista con buenos ojos por los órganos reguladores de Europa y EUA, pero los efectos de coordinación no dejan de ser objeto de escrutinio constante.¹⁷²

3.3. EL PROBLEMA DE LOS TÉRMINOS JUSTOS, RAZONABLES Y NO DISCRIMINATORIOS

Como hemos dicho, la declaración de estándares esenciales puede afectar los procesos de competencia y libre concurrencia. En México, pero también en Europa y EUA,¹⁷³ las Patentes Esenciales pueden generar los siguientes problemas en materia de competencia económica:

(i) Abuso de dominancia:

Los elementos que se deben actualizar para determinar si existe un abuso de dominancia o poder de mercado, son viables. Los derechos de propiedad industrial sobre un invento, efectivamente otorgan el monopolio para explotarlo. Y dado el carácter esencial del estándar, es claro que no existen sustitutos que analizar al determinar el mercado relevante, con lo cual, es lógica la conclusión de que el titular de la Patente Esencial detenta un poder de mercado absoluto, de hecho, así ha sido considerado por autoridades de competencia (como se verá en los casos que se expondrán más adelante).

¹⁷² Contreras Jorge, Fixing FRAND: A Pseudo-Pool Approach to Standards-Based Patent Licensing, *Antitrust Journal*, No. 79, p. 2.

¹⁷³ Hacemos referencia a estos sistemas jurídicos porque son los dos principales referentes en materia de competencia económica a nivel mundial, tienen sistemas sólidos que marcan las tendencias para la mayoría de los países.

Entre las consideraciones específicas para hacer la definición de mercado relevantes, se encuentran: **(a)** la posibilidad de sustituir la tecnología con otra similar; **(b)** costos de distribución; **(c)** la posibilidad del licenciatario de acudir a otro mercad; **(d)** restricciones regulatorias, entre otras.¹⁷⁴ Para los casos que involucran Patentes Esenciales, el mercado relevante podría definirse de la siguiente forma; “*mercado de licencias esenciales de la tecnología X para la producción de dispositivos móviles del sistema de 3G*”.

El segundo elemento para sancionar el abuso de poder es el objeto u efecto. Según el sistema jurídico del que hablemos, puede sancionarse a un agente económico cuando la conducta tiene el efecto u objeto, ya sea de: desplazar u obstaculizar a agentes económicos de un mercado o; si se obtiene un lucro excesivo por ejercer el poder de mercado (esta sólo aplica para el sistema europeo).

La negativa, ya sea de derecho o de facto, a celebrar un contrato de licencia sobre la Patente Esencial puede actualizar los supuestos normativos para que esta conducta sea considerada un abuso de dominancia (en México, una práctica monopólica relativa conforme a los artículos 54 y 56 de la LFCE). Pues es claro, que sin el acceso al estándar esencial un fabricante o potencial fabricante de dispositivos móviles para redes 3G no podrá entrar al mercado o será desplazado.

(ii) Colusión

Como se ha dicho, la colusión es la conducta que merece las sanciones más altas en el orden jurídico nacional, como también sucede en otras jurisdicciones. El riesgo que puede actualizarse deriva de la colaboración

¹⁷⁴ Criterios generales que prevé la LFCE.

entre competidores que tiene lugar en el 3GPP. Un acuerdo entre desarrolladores de tecnologías para no competir entre ellos podría ser considerado un cartel de grandes dimensiones.

Sin embargo, gracias a la diversidad de autoridades que participan en el 3GPP, un escenario colusivo y un papel coadyuvante del 3GPP parecen poco probables.

(iii) Barrera a la entrada

Las barreras a la entrada abordadas como un problema estructural del mercado en México son objeto de procedimientos especiales de investigación. Como hemos señalado, a partir de la REFORMA, la COFECE y el IFT cuentan con facultades incrementales que les permiten ordenar medidas contra problemas en la estructura del mercado (párrafo 14 del artículo 28 constitucional).

Así, conforme a la legislación mexicana, una Patente Esencial podría ser declarada un insumo esencial y puede sujetarse al titular de la patente a observar reglas de acceso (conforme al procedimiento especial de investigación, previsto en el artículo 94 de la LFCE).

Ahora bien, el 3GPP no es un órgano regulador en materia de competencia económica, pero el comité y los integrantes han adoptado medidas para que los estándares cumplan con los objetivos que hemos descrito, en razón del riesgo latente de que se restrinja el acceso a las tecnologías en términos justos.

Sin embargo, los Organismos de Estandarización, una vez que declaran a una tecnología con protección esencial, detonan las inversiones y decisiones de negocio de los fabricantes de dispositivos móviles y de elementos como los *chipsets* (circuitos integrados que suelen incorporar estas tecnologías), hecho que vuelve

prácticamente irreversible o con altísimos costos para la industria la revocación de la declaratoria.¹⁷⁵

La medida que los Organismos de Estandarización han tomado para evitar que el titular de una Patente Esencial no niegue la licencia sobre su tecnología de manera injustificada a los jugadores en el mercado, ha sido optar por esgrimir políticas y exigir compromisos a los dueños de las tecnologías.

La principal de estas medidas es requerir de los participantes en los Organismos de Estandarización, el compromiso de licenciar sus Patentes Esenciales en términos justos, razonables, y no discriminatorios¹⁷⁶ (por sus siglas en inglés se conocen como términos “FRAND”).¹⁷⁷

El Instituto Europeo, por ejemplo, en sus Políticas sobre Derechos de Propiedad Intelectual, cuenta con reglas específicas para establecer compromisos JUSTOS, RAZONABLES Y NO DISCRIMINATORIOS cuando de estándares protegidos por Patentes Esenciales se trata.¹⁷⁸ Así, cuando se le presenta al Instituto Europeo un potencial estándar esencial, su Director General requiere del titular de la Patente Esencial un compromiso irrevocable y por escrito de otorgar licencias en términos Justos, Razonables, y No Discriminatorios que incluya:¹⁷⁹

- (i) Derechos para usar la tecnología en manufactura, incluyendo el derecho para fabricarla o tenerla en componentes específicos y sub-sistemas bajo diseños del licenciataria;
- (ii) Vender, arrendar u otra disposición de equipos que contengan la tecnología protegida;
- (iii) Reparar, usar u operar equipo con la tecnología protegida,

¹⁷⁵ Cfr. Contreras Jorge, *op. cit.* nota 172, p. 49.

¹⁷⁶ *Ídem.*

¹⁷⁷ Del inglés, Fair, Reasonable, and Non-Discriminatory.

¹⁷⁸ Numerales 5 y 6 del *ETSI Intellectual Property Rights Policy*, 2016. Disponible en <http://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-ipr-policy.pdf>

¹⁷⁹ *Ídem.*

(iv) Y usar métodos que involucren las tecnologías.

El compromiso de otorgar licencias en Términos Justos, Razonables y No Discriminatorios que, exigen los Organismos de Estandarización son bien intencionados, sin embargo, cabe hacer algunas consideraciones sobre la limitación de estos compromisos pueden tener. Hay que tomar en cuenta que, la mayoría de las políticas de propiedad intelectual fueron adoptadas por los Organismos de Estandarización, en los noventa.¹⁸⁰ En primer lugar, los compromisos hechos por los titulares de las Patentes Esenciales no contienen el texto de las licencias, con lo cual queda a la discreción de las partes del contrato su redacción.

La indeterminación sobre las condiciones precisas que deben reflejarse en los contratos de licencia es natural, ya que son variables los intereses de las partes en un contrato y es deseable que los términos sean flexibles. Sin embargo, los términos precisos de la licencia o reglas suficientemente específicas bajo los cuales podemos decir que existen condiciones Justas, Razonables y No Discriminatorias, resolverían la incertidumbre sobre el alcance de los compromisos adoptados, sin que esto signifique que estas reglas estén escritas en piedra, pero sí bajo el escrutinio de las autoridades.

Como se verá en los casos que más adelante se exponen, la incertidumbre generada por los “Términos Justos, Razonables y No Discriminatorios”, ha mostrado generar dos tipos de abusos. El primero, que ya hemos abordado, consiste en conductas anticompetitivas o problemas estructurales. El segundo, la violación de derechos de patente de manera dolosa, es decir, cuando el fabricante de dispositivos móviles explota el estándar esencial pero no tiene interés en negociar y celebrar un contrato de licencia, o bien, pretende celebrarlo cuando el monto de las regalías haya bajado.

Usar las tecnologías patentadas sin una licencia puede ser relativamente sencillo previa en el mercado de dispositivos móviles. Equipos como los teléfonos celulares y tabletas utilizan insumos como los *Chipsets* o Sistemas en Chip (son circuitos

¹⁸⁰ European Commission, *op. cit.* nota 165, p. 11

integrados complejos que contienen diversos elementos que determinan la capacidad del equipo para procesar información, reproducir gráficos, entre otros) que tienen incorporados los estándares esenciales.¹⁸¹

Las empresas especializadas que se dedican a la fabricación de chipsets, como Intel, Mediatek o Qualcomm, proveen el *chipset* a los fabricantes de dispositivos móviles, pero no son ellos quienes exigen el pago de regalías para la empresa desarrolladora del estándar esencial, en la práctica son los titulares de las Patentes Esenciales quienes exigen el pago de regalías. Con esto, los fabricantes pueden incorporarlo a sus equipos sin haber celebrado el contrato de licencia con el desarrollador.¹⁸²

Generalmente los fabricantes de *chipsets* celebran contratos de licencia con los desarrolladores, pero estos acuerdos, por lo general, no otorgan derechos a fabricantes del dispositivo móvil sobre la patente esencial. El titular de la patente puede exigir el pago de regalías al fabricante.

Derivado de los conflictos generados por la falta de claridad en el alcance de los compromisos de otorgar licencias en Términos Justos, Razonables y No Discriminatorios, hemos observado en los últimos años un incremento en los litigios.

Las principales compañías que se dedican a la manufactura de dispositivos móviles o al desarrollo de tecnologías, tales como, Apple, Motorola, Samsung, Google y Microsoft, se han visto envueltas en casos de alto perfil en materia de competencia económica y propiedad intelectual que involucran a Patentes Esenciales.¹⁸³

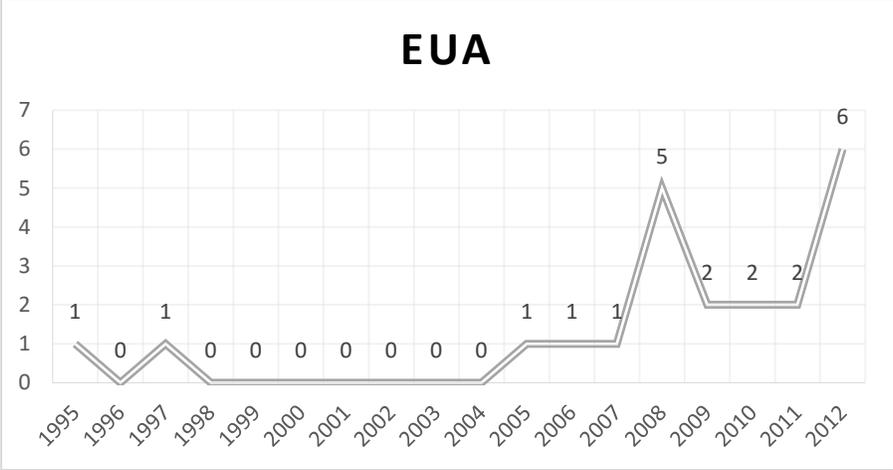
La determinación de reglas para resolver los problemas colaterales de los estándares esenciales no fue tarea de los Organismos de Estandarización ni de la voluntad de las partes, son las autoridades de competencia y los jueces (hasta

¹⁸¹ Tech2, *All you need to know about mobile phone chipsets*, se puede consultar en <http://tech.firstpost.com/news-analysis/all-you-need-to-know-about-mobile-phone-chipsets-27704.html>

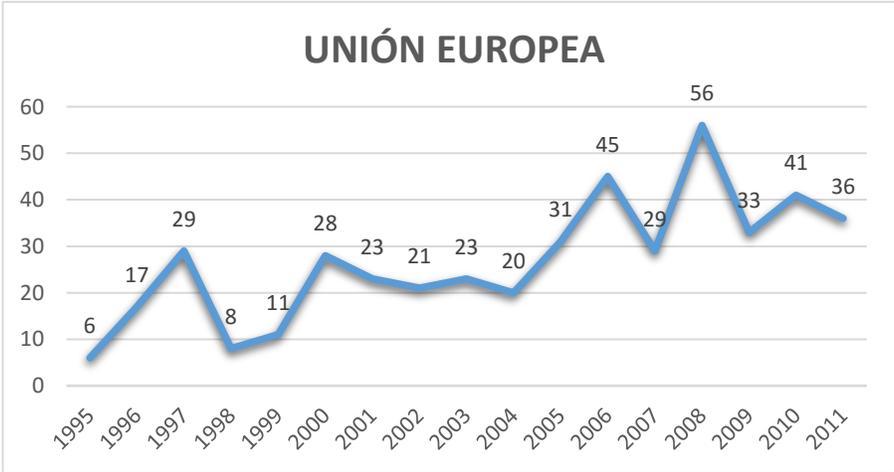
¹⁸² En la práctica jurídica pude observar este esquema contractual. Por razones de confidencialidad no proporciono datos del caso específico.

¹⁸³ European Commission, *op. cit.* nota 165.

ahora de las autoridades líderes de EUA y la Unión Europea) quienes, caso por caso, han emitido criterios que clarifican los límites de los compromisos de otorgar licencias en términos Justos, Razonables y No Discriminatorios. Lo anterior ha sido resultado de un incremento importante en el número de casos llevados ante esas autoridades, en los que está involucrada una Patente Esencial, como se observa en las siguientes gráficas:



Contreras L. Jorge, *Fixing FRAND: A Pseudo-Pool Approach to Standards-Based Patent Licensing*, *Antitrust Law Journal*, USA, 2013.



Comisión Europea, *Standard- essential Patents, Issue 8, Competition Policy Brief*, 2014.

3.4. CASOS DE REFERENCIA SOBRE PATENTES ESENCIALES

Como hemos dicho, la resolución de casos concretos por parte de las autoridades de competencia económica, ha dado luz sobre los criterios que pueden resolver las problemáticas generadas por las Patentes Esenciales. Enseguida se describen casos que son útiles para, por un lado, ejemplificar la problemática que motiva a este trabajo de tesis, y por otro, resaltar las conclusiones que pueden ser útiles para generar criterios ante potenciales casos en México.

(i) Caso Apple v. Motorola¹⁸⁴

En 2012, Motorola logró obtener una resolución preliminar de una corte alemana en materia de propiedad intelectual, en virtud de la cual, al ejecutarse, se ordenó la suspensión temporal de la venta de teléfonos celulares iPhone y tabletas iPad a través de internet.

La resolución preliminar por la infracción de patente, forzaba a Apple a celebrar un oneroso acuerdo con Motorola por el uso de su tecnología, así como a renunciar a su defensa.

En abril de 2014, la Comisión Europea determinó que Motorola había abusado de su poder de mercado contra Apple. Tomó en consideración que se trataba de una Patente Esencial y que Apple había mostrado desear contratar la licencia de Motorola. El mecanismo de desplazamiento en el mercado habían sido las resoluciones preliminares en materia de propiedad intelectual.

La Comisión Europea consideró los siguientes elementos para tomar su decisión:

- La tecnología de Motorola, a su solicitud, había sido declarada un estándar esencial para la tecnología 2G ante el Instituto Europeo. No se trataba de una patente común, sino de una de carácter esencial (que como se ha dicho no puede ser replicada o sustituida).

¹⁸⁴ Caso AT. 39985- Motorola – Enforcement of GPRS standard essential patents.

- Motorola asumió el compromiso de otorgar licencias sobre la Patente Esencial a terceros en Términos Justos, Razonables y No Discriminatorios.
- Apple acordó con Motorola que, en caso de disputa, las cortes alemanas determinarían la tarifa de regalías que fuera justa, o en Términos Justos, Razonables y No Discriminatorios, y Apple pagaría las regalías que determinara la corte.

Un elemento que la Comisión Europea consideró indicativo de la buena fe de Apple para celebrar el contrato de licencia, fue que acordó que fuera un tribunal quien en todo caso calcularía el monto de las regalías, con lo cual no habría aparente razón de Motorola de interponer un procedimiento en materia de propiedad intelectual contra Apple.

(ii) Caso Samsung v. Apple¹⁸⁵

En este caso, también se emplearon procedimientos de infracción de patentes contra un fabricante de dispositivos móviles dispuesto a celebrar un contrato de licencia en Términos Justos, Razonables y No Discriminatorios. En este caso, las demandas en materia de propiedad intelectual contra Apple se presentaron en cortes de Alemania, Italia, Holanda, Reino Unido y Francia.

El objetivo de los procedimientos entablados y las resoluciones preliminares contra Apple fue, sacar del mercado a los dispositivos móviles diseñados para la red 3G en esos mercados nacionales y exigir el pago de regalías. Todas las patentes objeto de los procedimientos habían sido declaradas esenciales en el 3GPP.

Como resultado de la investigación, Samsung acordó con la Dirección General de Competencia, no solicitar en un lapso de cinco años, resoluciones preliminares a autoridades jurisdiccionales de propiedad intelectual, en la Unión Europea, cuando las patentes que fueran objeto de los procedimientos hayan sido declaradas esenciales.

¹⁸⁵ Case AT.39939-Samsung - Enforcement of UMTS standard essential patents, Commission Decision of 29 April 2014.

Para lo anterior, el solicitante de una licencia de la tecnología de Samsung, tendría que aceptar un marco específico de licenciamiento. Este marco de licenciamiento impuesto por la autoridad comprende el acuerdo entre las partes para:

- Entrar a un periodo de negociación de doce meses para acordar el monto de las regalías por explotar la Patente Esencial y los demás términos del contrato.
- En caso de haber concluido el plazo anterior sin llegar a un acuerdo, entonces un tercero que designen las partes resolverá cuál es el monto de las regalías en Términos Justos, Razonables y No Discriminatorios. Si no hay un acuerdo entre las partes sobre quién resolverá, entonces será un tribunal quien lo decida. Si ambos están de acuerdo, pueden designar a un tercero como árbitro.
- La Comisión Europea, a través de un fideicomiso independiente, vigilaría que se cumpla con las condiciones impuestas.

(iii) Huawei v. ZTE¹⁸⁶

Como una de las más recientes resoluciones sobre un caso en el que se controvierte el acceso a Patentes Esenciales en términos Justos, Razonables y No Discriminatorios. La Corte de Justicia Europea, conoció de un procedimiento nacional en materia de propiedad intelectual a solicitud de un tribunal alemán de Düsseldorf, a fin de clarificar el alcance de los compromisos de otorgar licencias en términos Justos, Razonables y No Discriminatorios. El juez alemán quiso tener los mejores elementos para decidir si otorgaba una resolución preliminar contra ZTE.

Las tecnologías involucradas en este caso fueron declaradas como estándares esenciales por el Instituto Europeo para las tecnologías conocidas como *Long Term Evolution* (redes de cuarta generación).

¹⁸⁶ Court of Justice of European Union, *Advocate General's Opinion in Case C-170/13*, 2014.

Huawei solicitó al tribunal alemán que se retiraran del mercado los dispositivos móviles de ZTE que violaban sus derechos de patente, así como el pago de regalías, daños y perjuicios. ZTE, por su parte, dijo desear contratar la licencia para usar las tecnologías protegidas y alegó que Huawei estaba abusando de su poder y que la resolución preliminar lo desplazaría del mercado.

Del análisis del caso, hecho por la Corte de Justicia Europea, concluyó lo siguiente:

- La determinación de dominancia de una empresa titular de una patente esencial se debe analizar caso por caso.
- Las resoluciones preliminares en materia de propiedad intelectual cuando es sobre una Patente Esencial, sí puede constituir un abuso de dominancia, pues de hecho puede tener el efecto de desplazar empresas.
- Señala medidas que pueden servir para prevenir los abusos de dominancia por parte de los titulares de Patentes Esenciales, pero también del abuso de quien viola los derechos de patente de mala fe. Las medidas propuestas son:
 - Alertar por escrito al que infringe sobre la necesidad de celebrar un contrato de licencia y acordar el pago de regalías.
 - El que infringe debe responder de manera diligente y seria con una contraoferta.
 - Si no se llega a un acuerdo, las regalías pueden ser fijadas por un tribunal o un árbitro.
 - Reclamar daños y perjuicios por el uso previo sin licencia no es abuso de dominancia

Finalmente, la Corte encontró que ZTE actuaba de mala fe y sus actos indicaban actos dilatorios para no pagar las regalías a las que Huawei tenía derecho.

CAPÍTULO IV. PATENTES ESTÁNDARES ESENCIALES Y PROBLEMAS DE COMPETENCIA EN MÉXICO

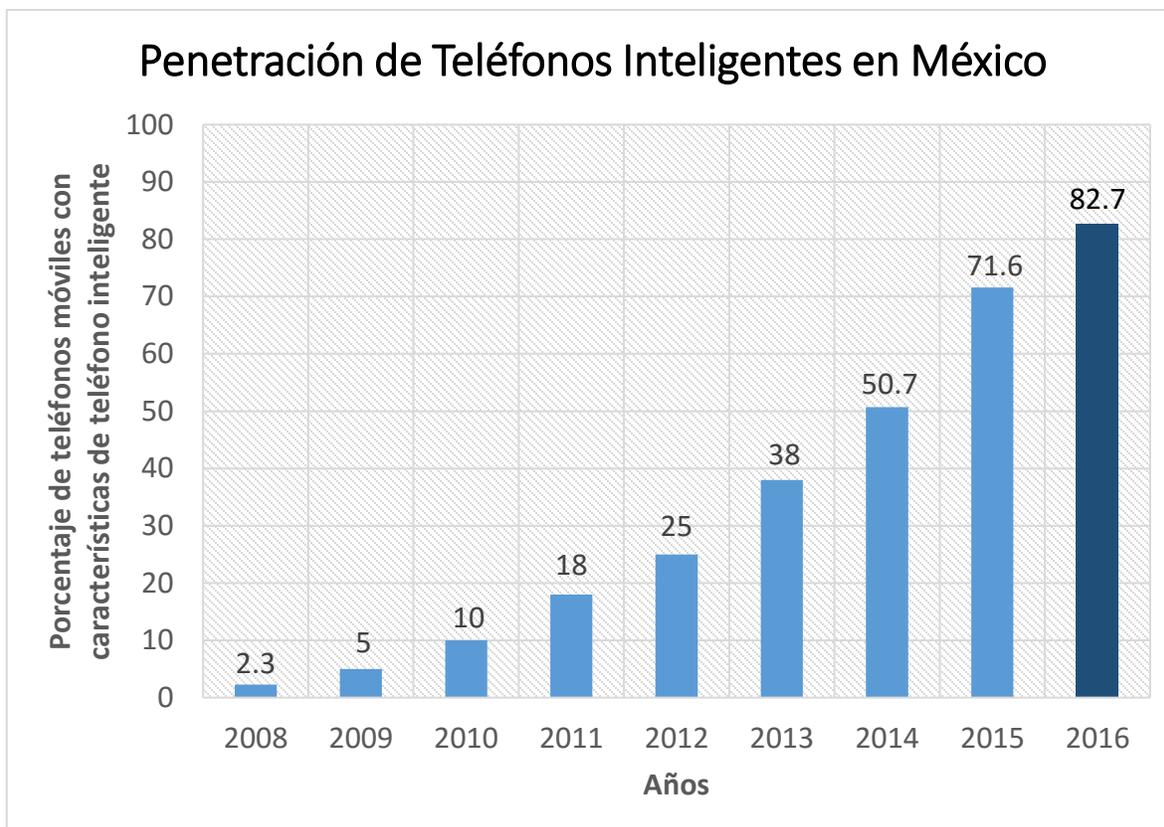
Los casos que analizamos en el capítulo anterior (Apple v. Motorola, Samsung v. Apple, y Huawei v. ZTE), muestran una problemática en materia de competencia económica y propiedad intelectual que, hasta 2016 no ha sido resuelta por órganos reguladores o tribunales mexicanos (conforme a la información pública disponible).

Si bien, el tamaño del mercado de dispositivos móviles ha crecido los últimos años, así como la presencia de empresas que participan tanto en el desarrollo de tecnologías para dispositivos móviles, como las que se dedican a fabricarlos, las denuncias por prácticas anticompetitivas o investigaciones bajo procedimientos especiales, han tenido como epicentro otras jurisdicciones como las europeas y estadounidenses, y no México.

Sin embargo, es un hecho que las empresas que participan en los mercados de manufactura de teléfonos móviles, mismas que se han visto involucradas en casos sustanciados en otras jurisdicciones, son de alcance global y tienen operaciones en territorio mexicano, lo cual hace viable pensar en potenciales casos ante autoridades mexicanas.

Por otro lado, el uso de dispositivos móviles que además de transmitir voz y mensajes de texto, transmiten datos, cuentan con un sistema operativo actualizable, conexión de internet *WiFi*, teclado completo y aplicaciones descargables con características similares a las de un ordenador personal, conocidos como teléfonos inteligentes o *smartphones*, ha crecido significativamente en México.

Lo anterior se puede confirmar con datos recientes. En la siguiente gráfica se puede observar que del total de teléfonos móviles (108.96 millones al cierre del primer trimestre de 2016), la penetración de teléfonos inteligentes ha tenido un crecimiento significativo en el mercado mexicano, para colocarse (según la estimación más reciente disponible) en el 82%.



Esquivel Fernando y Alamilla Rolando, *Mercado de Smartphones en México 1T16*, The Competitive Intelligence Unit, disponible en http://the-ciu.net/nwsltr/515_1Distro.html

**Nota: El dato de 2016 es una estimación a partir de los resultados del primer trimestre del mismo año.*

Por sus características tecnológicas más sofisticadas, los teléfonos inteligentes requieren de un mayor número de patentes para su fabricación, entre ellas las que tienen carácter esencial, en los términos que se han explicado en apartados anteriores. Por lo tanto, podemos decir que las condiciones están dadas para que surjan conflictos entre desarrolladores de tecnologías y fabricantes de dispositivos móviles en México.

En los siguientes párrafos se analizan los alcances de las patentes, el derecho que tienen los titulares para oponerse a su uso y las posibles investigaciones que los órganos reguladores con facultades en materia de competencia económica pueden iniciar contra los titulares de patentes esenciales por negar el acceso a las tecnologías protegidas. Todo a la luz de la legislación mexicana vigente.

4.1 ELEMENTOS GENERALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PATENTES EN MÉXICO

Con la finalidad de encontrar las intersecciones entre el derecho de la competencia económica y el derecho de la propiedad industrial, en el marco de potenciales casos llevados ante los órganos reguladores de competencia económica, cuando en aquellos se discutan los alcances de los derechos de patentarios sobre tecnologías esenciales, en esta sección se describen los elementos necesarios en cuanto a propiedad industrial se trata.

En la mayor parte del mundo, las patentes constituyen derechos económicos exclusivos y limitados en tiempo que se otorgan a los inventores, a cambio de desvelar la información técnica de la invención,¹⁸⁷ esto pone los incentivos necesarios para impulsar el desarrollo tecnológico.

De entrada, la constitución mexicana prohíbe las ventajas exclusivas a favor de particulares. Y las prohíbe cuando se está refiriendo a conductas que son retomadas y aplicadas, en buena parte, por el derecho de la competencia económica. Así, el artículo 28 constitucional, en su segundo párrafo, dispone que la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia:

“(...) todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social (...)”.

Sin embargo, en México, al igual que en otros países, el Estado reconoce la validez de derechos exclusivos para los inventores. Pues más adelante, en el mismo artículo 28 constitucional, párrafo décimo, se hace una excepción en materia de invenciones, al disponer que “tampoco constituye monopolios”:

¹⁸⁷ Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas, *Derechos de Propiedad Industrial, Una Estrategia para Europa*, 2008, p. 2.

“(...) los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.”

Esta excepción muestra el carácter mixto del régimen económico mexicano,¹⁸⁸ se observan derechos propios de un sistema liberal que protege la propiedad privada. Así, encontramos la base constitucional del régimen jurídico de la propiedad industrial y en específico de las patentes.

Como hemos dicho, la apertura económica que vino después de la época de la industrialización sustitutiva de importaciones trajo nuevas normas que regularían la actividad económica mexicana. En el primer lustro de la década de los 90' observamos la publicación de las leyes más relevantes, entre ellas, la ley de competencia económica, pero también la ley en materia de propiedad intelectual.

En junio de 1991 se publicó la Ley de la Propiedad Industrial (“LPI), ordenamiento secundario del párrafo décimo del artículo 28 constitucional, que viene a detallar las reglas que aplican en materia de patentes en el territorio nacional. Las disposiciones de esta ley (al igual que las contenidas en la Ley Federal de Competencia Económica) son de orden público y aplicables en todo el territorio nacional (artículo 1).

Las reglas relevantes para el objeto de este estudio las encontramos, principalmente, en el Capítulo II “De las Patentes”, del Título II, de la LPI (del artículo 15 al 26). En primer lugar, la LPI reconoce como inventos sujetos a protección a:

“Artículo 15.- Se considera invención toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas.”

¹⁸⁸ Cfr. Witker Velásquez Jorge, *Introducción al Derecho Económico*, Mc Graw Hill, 7° Ed., 2008, p.78.

Es amplia la definición de invención que ofrece la ley, sin embargo, la protección que otorga una patente es a invenciones concretas. Las patentes pueden proteger a nuevos productos, procesos o usos de creación humana, siempre que sean novedosos, resultado de la actividad inventiva (es decir, que no se deduzcan de manera evidente del estado de la técnica) y que tengan una aplicación industrial o mercantil.¹⁸⁹

Las patentes otorgan derechos de exclusividad a sus titulares por un periodo de veinte años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud, sujeta al pago de derechos.¹⁹⁰ Conforme a la LPI, la protección que ofrece un título de patente al inventor comprende:

“Artículo 25.- El derecho exclusivo de explotación de la invención patentada confiere a su titular las siguientes prerrogativas:

*I.- Si la materia objeto de la patente es un producto, el **derecho de impedir a otras personas que fabriquen, usen, vendan, ofrezcan en venta o importen el producto patentado, sin su consentimiento, y***

II.- Si la materia objeto de la patente es un proceso, el derecho de impedir a otras personas que utilicen ese proceso y que usen, vendan, ofrezcan en venta o importen el producto obtenido directamente de ese proceso, sin su consentimiento.

(...)

En México, las tecnologías esenciales, así declaradas por los Organismos de Estandarización, cuando estén protegidas por el título de patente que expida el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (fracc. III, artículo 6º de la LPI), gozarán de derechos de exclusividad sobre la invención en términos de la LPI. De este modo,

¹⁸⁹ Cfr. Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, *¿Y qué es una invención patentable?*, disponible en www.gob.mx/impi

¹⁹⁰ Artículo 23 de la Ley de Propiedad Industrial.

si alguien distinto al titular de la patente desea comercializar o producir dispositivos móviles que contengan la tecnología patentada, el titular de la patente puede oponerse a esto, o bien, puede otorgar derechos para explotar la invención al tercero, en virtud de la celebración de un contrato de licencia (conforme a lo previsto en el artículo 73 de la LPI).

En materia de propiedad industrial se ha convenido homologar las legislaciones de la mayor parte del mundo. El 14 de marzo de 1975 México ratificó el Convenio que establece la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (“OMPI”), organismo de las Naciones Unidas que cuenta con 189 Estados miembros. La OMPI tiene como objetivo llevar el desarrollo del sistema internacional de propiedad intelectual (artículo 3º del Convenio) y, entre sus funciones, la de fomentar la adopción de medidas destinadas a armonizar las legislaciones nacionales sobre la materia (fracc. I, artículo 4 del Convenio).¹⁹¹

4.2 SOLICITUD DE DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA DE INFRACCIÓN EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, MEDIDAS CAUTELARES Y DEFINITIVAS

El titular de la Patente Esencial goza de derechos exclusivos sobre el invento, y si lo desea, puede transmitirlos a través de un contrato de licencia. Esto implica que, sin una licencia, una persona o empresa no podrían fabricar, usar, vender, ofrecer en venta o importar el producto que contenga la patente.

De esta manera, al menos en principio, en México el titular de la Patente Esencial podría decidir no dar acceso al mercado de dispositivos móviles de 3G a un determinado agente económico o bien, cobrar regalías muy onerosas. Por otro lado, en caso de una violación a la patente (como podría suceder en el caso de que un fabricante compre *chipsets* con la tecnología protegida incluida), el titular cuenta con los mecanismos legales necesarios para la protección de su derecho exclusivo.

¹⁹¹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ver en www.wipo.int

Ante una violación a la Patente Esencial, en primer lugar, el titular puede solicitar al IMPI, la declaración de infracción a través del procedimiento de declaración administrativa, previsto de los artículos 187 al 199 BIS de la Ley de la Propiedad Industrial. Las infracciones administrativas con base en las cuales el actor puede fundamentar el procedimiento, serían las previstas en las fracciones XI y XII del artículo 213 de la LPI, que indican:

“Artículo 213.- Son infracciones administrativas:

*XI.- **Fabricar o elaborar productos amparados por una patente o por un registro de modelo de utilidad o diseño industrial, sin consentimiento de su titular o **sin la licencia respectiva;*****

*XII.- **Ofrecer en venta o poner en circulación productos amparados por una patente o por un registro de modelo de utilidad o diseño industrial, a sabiendas de que fueron fabricados o elaborados sin consentimiento del titular de la patente o registro o **sin la licencia respectiva;****”*

Agotados, si fuera el caso, los medios de impugnación y el juicio de amparo tendríamos que, si fue probada la violación de la Patente Esencial, el IMPI puede resolver imponer alguna de las siguientes medidas:

- Ordenar el retiro de circulación o impedir que se hagan circular los dispositivos móviles que contengan la tecnología protegida (fracc. I, a 199 BIS).
- Prohibir, de inmediato, la comercialización o uso de los dispositivos. (fracc. III, a 199 BIS)
- Ordenar el aseguramiento de los productos (fracc. IV, a 199 BIS).
- Ordenar al infractor y a terceros la suspensión o el cese de actos que constituyan la violación (fracc. V, a 199 BIS).

- Imponer la obligación de no enajenar los dispositivos móviles a los comerciantes que tengan estos productos en sus comercios. (fracc. VI, a 199 BIS)
- Imponer la obligación a los fabricantes, importadores y distribuidores de recuperar los de inmediato los productos que se encuentren en el comercio (fracc. VI, a 199 BIS).

Así tenemos que el titular de la Patente Esencial en México, a través de la declaración administrativa de infracción que ordene el IMPI, puede sacar del mercado los dispositivos móviles de tecnología 3G que contengan su invento. De tal forma que puede ser desplazado del mercado quien fabrique, por ejemplo, teléfonos inteligentes y no haya obtenido una licencia para explotar la Patente Esencial.

Las razones para no obtener la licencia pueden ser buscar explotar el invento sin pagar regalías, que el titular de la Patente se niegue a convenir la licencia (lo que podría suceder si, por ejemplo, quien le solicita la licencia es su competidor directo en el mercado de teléfonos móviles), o que las regalías excesivamente altas las vuelvan inaccesibles.

En el segundo de los casos, es decir, que el titular de la patente pretenda desplazar del mercado a un agente económico o bloquear su entrada, como hemos dicho en párrafos anteriores, pretende ser resuelto por los Organismos de Estandarización con el compromiso asumido por los titulares de Patentes Esenciales de otorgar licencias en términos FRAND (Justos, Razonables y No Discriminatorios). Sin embargo, la vaguedad de los compromisos, como ha sucedido en otras jurisdicciones, en México representarían un problema, pues el IMPI estaría frente a compromisos vagos que no modifican la aplicación de la LPI.

El fabricante de dispositivos móviles 3G, además de quedar fuera del mercado (al menos con el producto que objeto del procedimiento administrativo), puede sancionársele con multas (que pueden ser duplicadas en caso de reincidencia),

ordenes de clausura y arresto administrativo.¹⁹² Por otro lado, si el infractor reincide también puede hacerse acreedor a sanciones de carácter penal, en términos de la Ley de la Propiedad Industrial,¹⁹³ quien fue declarado en firme infractor en el procedimiento administrativo sustanciado ante el IMPI comete un delito en materia de propiedad industrial (las sanciones van de dos a seis años de prisión y multas de cien a diez mil días de unidad de medida).¹⁹⁴

Finalmente, el fabricante que haya sido declarado infractor podría responder por daños y perjuicios, y estar obligado a pagar una indemnización de al menos el cuarenta por ciento del precio de venta al público de cada producto.¹⁹⁵

4.3. POSIBLES VIOLACIONES A LA LFCE POR NEGAR EL ACCESO A PATENTES ESTÁNDARES ESENCIALES

En párrafos anteriores analizamos las reglas en materia de patentes, con lo cual pudimos aseverar que la protección de los derechos exclusivos sobre las tecnologías esenciales que otorga un título de patente en México, es legal y constitucionalmente válida. Asimismo, el derecho de la propiedad industrial mexicano cuenta con una autoridad especializada y reglas adjetivas que, en conjunto, brindan una razonable expectativa de sanción contra quien viole una patente.

Por otro lado, las autoridades especializadas en competencia económica, pueden ver con buenos ojos la estandarización de tecnologías, dadas las eficiencias que puede generar. Por ejemplo, efectos de red, la reducción de costos en la producción, el incremento en el valor para los consumidores¹⁹⁶ (en este caso por permitir conexiones entre más usuarios de la Red 3G).

¹⁹² A.214 de la Ley de la Propiedad Industrial.

¹⁹³ Fracc. I, 223, Ley de la Propiedad Industrial.

¹⁹⁴ A. 224 de la Ley de la Propiedad Industrial.

¹⁹⁵ A. 221 y 221 BIS, de la LPI.

¹⁹⁶ US Department of Justice & Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, 2007, p. 33.

Sin embargo, en otras jurisdicciones, (como vimos en los casos descritos en el capítulo tercero) el acceso a las tecnologías patentadas ha generado preocupaciones en materia de competencia económica, y se ha cuestionado el alcance de los derechos de exclusividad que tiene el titular de una patente que fue declarada esencial por los Organismos de Estandarización.

Fundamentalmente, la problemática en términos competencia económica, radica en la ambigüedad de los compromisos de otorgar licencias en Términos Justos, Razonables y No Discriminatorios ya que, por un lado, da la posibilidad a los titulares de una Patente Esencial de negar el acceso a la tecnología protegida, ya sea formalmente con una negativa o *de facto* al exigir honorarios tan altos que se vuelven inaccesibles.

Por otro lado, la indeterminación también puede ser aprovechada por los productores de dispositivos móviles, quienes a través de la promoción de procedimientos ante los órganos reguladores buscan retrasar o evitar el pago de regalías.

Para abordar los problemas descritos en el contexto de las legislaciones vigentes en México, cabe hacer el análisis de un caso hipotético. Este panorama nos permitirá alcanzar el objetivo planteado para este trabajo de tesis, que consiste en proponer criterios o directrices que inhiban el uso de los procedimientos en materia de competencia económica como estrategias jurídicas de carácter dilatorio y que, promuevan la presentación de denuncias cuando se esté ante casos reales de abuso de poder de mercado o prácticas monopólicas relativas.

En este sentido, es necesario delinear a qué órgano regulador especializado en competencia económica correspondería conocer de un potencial caso que involucre el acceso a Patentes Esenciales, así como, determinar bajo qué procedimientos, ya sea ante la Comisión Federal de Competencia Económica o el Instituto Federal de Telecomunicaciones, se tendría que sustanciar un caso potencial. Finalmente, también cabe analizar los efectos que podría tener contra una declaración administrativa de infracción en materia de propiedad industrial.

En los siguientes párrafos se describen los procedimientos bajo los cuales se podría sustanciar un caso que involucre Patentes Esenciales ante un órgano regulador en materia de competencia económica. En primer lugar, analizaremos la viabilidad del inicio de una investigación por prácticas monopólicas relativas y como segundo escenario un procedimiento especial para determinar insumos esenciales o barreras a la competencia.

4.3.1. INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS

La LFCE sanciona dos tipos de prácticas monopólicas, los acuerdos entre competidores para evitar la competencia clasificados como prácticas monopólicas absolutas, y las prácticas monopólicas relativas. Las investigaciones por prácticas monopólicas pueden proceder de una denuncia que haga cualquier agente económico (artículo 67 de la LFCE), por actos oficiosos de los órganos reguladores, o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría de Economía o de la Procuraduría Federal del Consumidor (artículo 66 de la LFCE).

Las prácticas monopólicas relativas previstas en nuestro sistema legal coinciden con lo que en otros sistemas se reconoce como abuso de dominancia o de poder de mercado. Como en otros países, el abuso de dominancia son ciertas conductas de los agentes económicos¹⁹⁷ con poder sustancial de mercado que pueden dañar los procesos de competencia y libre concurrencia.

El artículo 54 de la Ley Federal de Competencia Económica dispone que se consideran prácticas monopólicas relativas cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que:

¹⁹⁷ El concepto de Agente Económico lo define la LFCE en la fracc. I del artículo tercero como “*Toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica*”.

“Artículo 54. (...)

I. Encuadre en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 56 de esta Ley;

II. Lleve a cabo uno o más Agentes Económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica, y

III. Tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos.

De lo anterior, tenemos que la LFCE considera prácticas monopólicas relativas a aquellas conductas que actualizan alguno de los trece supuestos contenidos en el artículo 56 de la ley (los aplicables a casos con Patentes Esenciales se precisan más adelante), cuando quien las comente es un agente económico con poder sustancial de mercado (individual o conjuntamente) y estas conductas tienen como objeto o efecto desplazar u obstaculizar a otros agentes económicos.

Con base en el artículo 54 de la LFCE se define la política en materia de investigación y sanción de abusos de poder en México. El legislador mexicano tomó una clara dirección hacia sancionar sólo las conductas excluyentes (aquellas que eliminan a otros agentes económicos) y no las explotativas (cuando se cobran precios exagerados). En contraste, otros sistemas de competencia económica, como por ejemplo el de la Unión Europea, sí se persiguen y sancionan los abusos de poder cuando consisten en cobrar precios exagerados,¹⁹⁸ no obstante, se ha puesto sobre la mesa que se persigan únicamente las conductas excluyentes con

¹⁹⁸ Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

la finalidad de evitar ser demasiado restrictivo cuando se interviene en el mercado.¹⁹⁹

Antes de entrar a analizar las conductas concretas que pueden derivar en un abuso de poder de mercado o práctica monopólica relativa, intentaremos determinar si se actualizan los presupuestos básicos para que se dé la práctica. Los elementos a actualizar son: **(i)** el poder sustancial del agente que realiza la práctica, es decir, determinar si la empresa titular de la Patente Esencial detenta poder sustancial en el mercado relevante o no, y **(ii)** si la conducta, activa o pasiva, tiene como objeto o efecto desplazar a otros agentes económicos o impedir el acceso al mercado.²⁰⁰

Poder Sustancial en el Mercado Relevante

Sobre el primer presupuesto, para determinar si este se actualiza o no, debemos atender a la aplicación de los criterios jurídico-económicos que prevé la LFCE y las Disposiciones Regulatorias, así como, de un análisis económico adecuado. En la práctica, una definición de mercado generalmente es consistente con la que se ha hecho en casos anteriores, sin embargo, hasta la fecha de realización de este trabajo, las agencias de competencia en México no han sancionado a agentes económicos por la comisión de prácticas monopólicas relativas derivadas de acciones relacionadas con Patentes Esenciales.

Si bien no existen antecedentes en México, es común que los órganos reguladores en materia de competencia económica de países como el nuestro, en el que se está desarrollando la materia, tomen como referencia las resoluciones de otras autoridades de competencia, en especial de aquellas consideradas líderes por el alto desarrollo de sus normas y resoluciones. Cuando sea oportuno, mencionaremos las resoluciones que podrían orientarnos sobre la posible aplicación en México.

Mercado relevante

¹⁹⁹ Dirección General de Competencia, *Article 82 EC and Exploitative Conduct*, Comisión Europea, 2007, p. 1.

²⁰⁰ Ambos elementos reflejados en las fracciones II y III del artículo 54 de la LFCE.

Como primer paso para determinar la existencia del poder sustancial, trataremos de definir el mercado relevante, una vez definido este, podremos observar si el titular de la Patente Esencial puede restringir la oferta de la tecnología unilateralmente, sin que exista una reacción de los competidores. Lo anterior, implica determinar qué productos o servicios son sustitutos del que está siendo investigado (o que es objeto de la denuncia) en términos de precio y disponibilidad geográfica. Como hemos dicho, este mercado no ha sido definido antes por las autoridades mexicanas de competencia (conforme a la información pública disponible), no obstante, podemos hacer un acercamiento a la definición gracias reglas contenidas en la LFCE y criterios que gozan de un amplio consenso entre las principales autoridades, practicantes y académicos.²⁰¹

Un antecedente próximo sobre el concepto de mercado relevante lo emitió el Poder Judicial de la Federación en 2008, cuando definió el concepto previsto en la ley de competencia de 1992, derivado de amparos promovidos por Grupo Femsa contra las actuaciones de la Comisión Federal de Competencia en el marco de una investigación por prácticas monopólicas relativas. Así, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito definió al mercado relevante en los siguientes términos:

“MERCADO RELEVANTE. SU CONCEPTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA. (...) se compone de todos los productos que son razonablemente intercambiables o sustituibles (énfasis añadido), según los fines para los que fueron hechos, considerando las características de precio, uso y calidad. En forma más simple, el "mercado relevante" es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una doble dimensión: De productos o servicios y geográfica o territorial (énfasis añadido). En esa tesitura, para que exista mercado relevante es necesario que un conjunto de bienes o

²⁰¹ Comisión Federal de Competencia, *Documento de Referencia sobre Definición de Mercado Relevante*, México 2011, p.7.

servicios iguales o similares **estén al alcance del consumidor en un territorio lo suficientemente extenso como para que el consumidor esté dispuesto a obtener la mercancía o servicio en algún punto de ese espacio geográfico, en el tiempo en que aquél esté dispuesto a esperar** (énfasis añadido) para satisfacer su necesidad. En ese orden de ideas, se advierte que este concepto, que tiene una **triple delimitación: objetiva, geográfica y temporal**, (énfasis añadido) adquiere importancia si se considera que es en dicho mercado donde existe el riesgo de que los agentes económicos incurran en prácticas anticompetitivas que distorsionan la concurrencia y eficiencia económicas. Así, la definición de "**mercado relevante**" se convierte sólo en un medio para determinar la presencia o ausencia de poder en el mercado; no obstante, para evaluar si dicho poder de mercado existe, primero es **indispensable identificarlo** (énfasis añadido). Por otra parte, es importante precisar que el concepto jurídico indeterminado "mercado relevante" implica una valoración económica compleja de carácter discrecional que, prima facie, **sólo la Comisión Federal de Competencia puede construir** (énfasis añadido) a partir de la evidencia de que en principio dispone, por lo que opera una presunción de validez respecto a la conclusión obtenida, que exige a la parte investigada cuestionar, en su caso, la información y aplicación en lo sustancial y concreto de los hechos y criterios metodológicos o regulativos utilizados. (...) la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica se ha pronunciado en los siguientes términos: "**El mercado se compone de los productos que tienen un grado razonable de intercambiabilidad según los fines para los que fueron hechos, y considerando las características de precio, uso y calidad.**" (énfasis añadido) También el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea señala: "**El concepto de 'mercado relevante' implica que pueda existir una competencia efectiva entre los**

productos que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado." (énfasis añadido) De lo expuesto se concluye que las condiciones básicas a considerar para definir el "mercado relevante" son: **1. La posibilidad de sustituir un bien por otro, lo que requiere una prueba de sustituibilidad de bienes o servicios ante la oferta y demanda que pueda oscilar; 2. Los costos de distribución del bien y de sus insumos; 3. La posibilidad de los consumidores para obtener el bien en otro mercado; y, 4. Las restricciones normativas que limitan el acceso del consumidor a otras fuentes de abasto alternativas.**²⁰² (énfasis añadido)

Este criterio judicial dio elementos que en aquel entonces no precisaba la ley anterior. La tesis explica las dimensiones generales del mercado relevante, la de producto o servicio y la dimensión geográfica, además añade un tercer elemento, la temporalidad (que se refiere al tiempo que un consumidor está dispuesto a esperar para obtener un bien). El tribunal, también reconoce que definir el mercado relevante, es un medio para determinar el poder de mercado de un agente y que corresponde definir el mercado a la CFC, discrecionalmente, con base en una valoración económica. Finalmente concluye con cuatro condiciones básicas para definir el mercado: **(i)** la posibilidad de sustituir un bien por otro; **(ii)** los costos de distribución del bien y de sus insumos; **(iii)** la posibilidad de los consumidores para obtener el bien en otro mercado; y, **(iv)** las restricciones normativas que limitan el acceso del consumidor a otras fuentes de abasto alternativas.

La definición de mercado puede ser determinante para el éxito de una investigación y es útil, en la medida en que identifica posibles restricciones a la competencia.²⁰³ En la práctica he observado que la definición que se haga, en buena medida

²⁰² 168609. I.4o.A. J/75. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVIII, Octubre de 2008, Pág. 2225.

²⁰³ *Ibidem*, p.5.

determinará la participación de mercado que se le asigne al agente investigado. Si la definición del mercado es amplia, bajan las probabilidades de que el investigado sea considerado con poder sustancial y en consecuencia sancionado (los abogados del investigado suelen argumentar *ad nauseam* que el mercado es tan amplio como sea posible).²⁰⁴

En sentido contrario, una definición de mercado restringida eleva las probabilidades de que se considere con poder sustancial, pues los participantes visibles en el mercado relevante serían pocos y, en consecuencia, el agente económico investigado tendría una porción más grande del mercado (lo que puede ser indicativo de poder sustancial).

En la nueva legislación de 2014 se incluyeron normas sobre mercado relevante, que no son contrarias al criterio judicial de 2008, más bien complementarias. Para efectos de determinar el mercado relevante, la LFCE en su artículo 58 prevé los criterios generales que seguirá la autoridad de competencia para arribar a una definición de mercado relevante. Si aplicamos estas reglas al caso hipotético de una denuncia por prácticas monopólicas relativas en las que se involucre el acceso a una Patente Esencial, tendrían que considerarse los siguientes criterios:

“Artículo 58. Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

- I. **Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;***

(...)”

²⁰⁴ Por ejemplo, en el expediente DE-008, Teléfonos de México, S.A.B. de CV y Teléfonos del Noreste, SA de CV, resolución del Pleno de la CFC del 30 de enero de 2013 al expediente DE-008-2010 p. 94, *et al.*

Esta primera fracción del artículo 58 prevé el análisis sobre la posibilidad de que un consumidor opte por productos diferentes a los que ofrece el agente económico investigado, en este caso la tecnología protegida por la Patente Esencial. Generalmente, en el análisis en la dimensión de mercado producto, la sustitución va más allá de productos físicamente iguales, el objetivo consiste encontrar opciones reales para el consumidor (por ejemplo, si es muy cara la cerveza oscura, es probable que la pueda sustituir por una clara de menor precio).²⁰⁵

Encontrar un producto parecido o idéntico no basta, otro elemento clave es la dimensión geográfica del mercado.²⁰⁶ Si aquél producto o servicio se encuentra a una gran distancia del consumidor y resulta costoso acceder a él, puede concluirse que no es sustituto. Los criterios que atienden estas consideraciones económicas las podemos encontrar en las siguientes fracciones del artículo 58 de la LFCE:

Artículo 58 (...)

- II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;*
- III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados;*

Otro elemento a considerar en el análisis, que también forma parte del artículo 58, son las restricciones regulatorias. Si bien pueden existir productos o servicios sustitutos que existan dentro de la zona geográfica en la que, razonablemente,

²⁰⁵ CFC, *op. cit.*, nota 201, p. 6.

²⁰⁶ *Ídem.*

podría desplazarse un consumidor para optar por aquél, la sustitución podría verse frustrada por alguna barrera normativa, como pueden ser los regímenes de concesiones o los monopolios legales/constitucionales (por ejemplo el de patentes). Previendo este tipo de circunstancia, la fracción IV del artículo 58, dispone como un criterio más *“Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.”*

Finalmente, las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica, emitidas por la COFECE (para atender a la fracción V del artículo 58 que es una suerte de cajón de sastre) sintetizan el método de definición de mercado:

*“ARTÍCULO 5. Para la determinación del mercado relevante en términos de la fracción V del artículo 58 de la Ley, se deben analizar las circunstancias particulares del caso, **identificar los bienes o servicios producidos**, distribuidos, comercializados u ofrecidos y aquellos que los sustituyan o puedan **sustituirlos oportunamente**. Asimismo, se debe delimitar **el área geográfica** en la que se ofrecen o demandan dichos bienes o servicios, y si en la misma existe la opción de acudir indistintamente a los proveedores o clientes **sin incurrir en costos significativos.**”*

Ahora bien, ¿una tecnología protegida bajo una Patente Esencial es sustituible en su dimensión de producto? ¿qué dimensión geográfica tiene una tecnología esencial si es un estándar para dispositivos móviles de tercera generación? ¿existen restricciones normativas que limiten el acceso a la tecnología? Para contestar estas preguntas podemos tomar como referencia un caso de los descritos en el capítulo III.

Tomemos como ejemplo la tecnología “*inter alia*” que consiste en un método y aparato para establecer una señal de sincronización en un sistema de comunicación, este invento cuenta con la protección de una patente (registro de

patente europeo EP 2090050BI), propiedad de Huawei.²⁰⁷ En términos de la legislación mexicana en materia de propiedad industrial, la tecnología *inter alia* de Huawei puede ser protegida como una patente de proceso en términos de la Ley de la Propiedad Industrial en términos del artículo 12, fracc.V. Es sencillo encontrar un ejemplo de este tipo de invenciones protegidas por un título de patente mexicano, tal es el caso de la tecnología de Huawei Technologies Co. LTD registrada a su nombre bajo la clave MX 344043 B ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, la cual protege aparatos y métodos.²⁰⁸

Ahora bien, una tecnología esencial de Huawei protegida en México por un título de patente vigente no tendría productos sustitutos. Lo anterior se puede aseverar dado su carácter de estándar esencial, que como vimos, se lo dan los Organismos de Estandarización y, tiene como efecto que todos los productores de dispositivos móviles que quieran que sus productos funcionen en la red 3G, deberán contar con una licencia para explotar este invento.

¿Qué opciones tiene un productor de dispositivos móviles 3G, por ejemplo, de teléfonos inteligentes, para acceder a la tecnología esencial si no cuenta con una licencia? Generalmente, si alguien comercia un producto protegido por una patente y la licencia no le es otorgada o no la desea, quien comercializa puede optar por cualquiera de estos tres escenarios:

- (i) Dejar de vender el producto para evitar infringir la patente (reduciendo la posibilidad de ser sancionado);
- (ii) diseñar una un invento que resuelva la misma necesidad;

²⁰⁷ Decisión Prejudicial del Tribunal de Justicia Europeo ECLI:EU:C:2015:477, al caso C-170/13, disponible en

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165911&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1172>

²⁰⁸ Bajo el título “APARATO DE RECEPCION DE CHIP DE IDENTIFICACION, MODULO DE TERMINACION Y EMPALME DE FIBRA, APARATO DE ADMINISTRACION DE FIBRA Y METODO DE ENSAMBLE”.

(iii) o tomar el riesgo de ser sancionado y seguir infringiendo la patente.

Sin embargo, cuando se trata de Patentes Esenciales puede quedar descartada la opción de diseñar un invento alternativo que atienda la necesidad cubierta por la tecnología esencial, dado que puede resultar técnicamente imposible²⁰⁹ o simplemente resultar en que el dispositivo al no cumplir con el estándar sea incompatible. Con lo cual, ante la falta de tecnologías sustitutas viables, el productor de dispositivos móviles debe decidir entre violar la Patente Esencial con los riesgos en materia de sanciones administrativas y demandas civiles, o salir del mercado.

En cuanto a la dimensión geográfica del producto podemos decir que tiene alcance mundial, este elemento se puede deducir de los alcances del Comité 3GPP, en cuyo seno se determina la esencialidad de la patente. Como hemos dicho, el Comité 3GPP fue creado para desarrollar estándares técnicos para un Sistema Global para comunicación Móvil,²¹⁰ con el fin de alcanzar la compatibilidad de los dispositivos móviles, sin importar quién los haya fabricado, y de las redes de todo el mundo. Estos esfuerzos de estandarización han permitido que hoy sean una realidad las comunicaciones diarias entre personas de todos los continentes.

Hoy es posible, por ejemplo, comprar por la tienda digital de Amazon un teléfono inteligente fabricado en China, comercializado en EEUU y que funcione perfectamente en México, todo gracias a la estandarización.

Visto que no existen productos que sustituyan a la tecnología esencial protegida por la patente y su carácter global, podemos ofrecer la siguiente definición de mercado relevante, a la que, en su caso, podría arribar alguna de las autoridades mexicanas de competencia económica (COFECE o IFT), en el marco de una investigación por prácticas monopólicas relativas por restringir el acceso a una Patente Esencial necesaria para fabricar un teléfono inteligente:

²⁰⁹ Contreras Jorge, *op. cit.*, Nota. 172, pp. 48, 49.

²¹⁰ 3GPP, *Third Generation Partnership Project Agreement*, 2.3 Scope and objectives of 3GPP.

Mercado de licencias esenciales de la tecnología que consiste en un método y aparato para establecer una señal de sincronización en un sistema de comunicación, para la producción de dispositivos móviles del sistema de 3G, con una dimensión geográfica mundial.

Poder Sustancial

En la definición propuesta, la tecnología protegida por la Patente Esencial se consideraría un mercado por sí mismo, con lo cual el análisis de poder sustancial de mercado que detenta el titular de la patente sería obvio. Sin embargo, cabe confirmar esta conclusión analizando si se actualizan las disposiciones previstas en la LFCE y las Disposiciones Regulatorias que se refieren al poder de mercado.

Para determinar si el agente económico tiene poder sustancial de mercado (en nuestro ejemplo, Huawei como titular de la Patente Esencial), y por lo tanto puede ser sujeto a la investigación por prácticas monopólicas relativas, en primer momento, la Autoridad Investigadora que conozca del caso verificará si se actualizan los supuestos del artículo 59 de la LFCE.

En este artículo 59, se prevé como primer punto a tomar en cuenta, la participación de mercado del agente económico investigado (fracc. I). En el caso de la tecnología de Huawei, como titular del derecho exclusivo para comercializar su invento, éste sería el único proveedor de la licencia y, en consecuencia, detentaría el 100% del mercado. También podría ocurrir que el titular de la Patente Esencial tenga una fracción de mercado menor al 100%, si hubiere otorgado derechos para sublicenciar la tecnología a otro participante, pero este escenario no parece suceder (conforme a lo observado en los casos descritos en anterior capítulo), ya que un agente económico tiene pocos o inexistentes incentivos para renunciar a su monopolio.

El segundo elemento que prevé el artículo 59, consiste en hacer un análisis sobre la existencia de barreras a la entrada (fracc. II). Al respecto podemos decir, que el título de patente es una barrera a la entrada insalvable, pues cuenta con la protección constitucional prevista en el párrafo décimo del artículo 28, que otorga

una clara exclusividad sobre el invento (al menos por una temporalidad determinada), validando un monopolio sobre el invento en los siguientes términos:

*“(…) **Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.**”*

El tercer elemento a considerar conforme a la LFCE (artículo 59, fracc. III), es la existencia de competidores y su poder en el mercado. En este punto, podríamos concluir que no existen tales competidores, pues el titular de la Patente Esencial, detenta el monopolio del invento por el tiempo que dure la vigencia de la patente. Por lo que hace a las fracciones IV (posibilidades de acceso a fuentes de insumos) y V (comportamiento reciente de los participantes en el mercado), del artículo 59, tendríamos como conclusión que no hay fuentes alternativas de insumos.

Finalmente, la fracción VI del artículo 59 de la LFCE, deja a las disposiciones regulatorias que emitan los órganos reguladores, la oportunidad de añadir otros elementos. Así, las Disposiciones Regulatorias emitidas por la COFECE, por ejemplo, añaden los siguientes elementos:

“ARTÍCULO 8. Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, de conformidad con la fracción VI del artículo 59 de la Ley, la Comisión puede considerar, entre otros, los criterios siguientes:

I. El grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante;

II. La falta de acceso a importaciones o la existencia de costos elevados de internación; y

III. La existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores.”

Aún bajo estos elementos adicionales, la conclusión del análisis confirmará el poder sustancial del titular de la Patente Esencial, toda vez que no es viable que el productor de dispositivos móviles opte por una tecnología diferente a la esencial, pues como hemos dicho esto tendría como efecto que el equipo fabricado no funcione en una red 3G, no sea compatible con otros equipos terminales y no tenga oportunidades de colocarse entre los consumidores.

En conclusión, **Huawei conforme a las reglas previstas en la legislación mexicana, tendría poder sustancial en el mercado de Mercado de licencias esenciales de la tecnología que consiste en un método y aparato para establecer una señal de sincronización en un sistema de comunicación, para la producción de dispositivos móviles del sistema de 3G, con una dimensión geográfica mundial.** Con lo cual, la autoridad investigadora, ya sea de la COFECE o del IFT, podrían iniciar una investigación por prácticas monopólicas relativas en su contra, con el fin de establecer si actualizó alguna de las conductas previstas en el artículo 56 de la LFCE con el objeto u efecto de desplazar a algún agente económico.

Cabe destacar, que la autoridad investigadora, de cualquiera de los órganos reguladores, desechará las denuncias por prácticas monopólicas relativas cuando sea notorio que los agentes económicos involucrados no tienen poder sustancial de mercado (fracc. II, artículo 70 de la LFCE).

¿Instituto Federal de Telecomunicaciones o Comisión Federal de Competencia?

Ahora bien, una vez que hemos definido el mercado relevante, podemos determinar a qué órgano regulador le tocaría conocer de un caso como el que estamos planteando. Pareciera claro que es el Instituto Federal de Telecomunicaciones el órgano regulador competente, pues se trata de un mercado relevante en el sector

de las telecomunicaciones, pero hagamos el análisis de las reglas aplicables para comprobar, o no, esta suposición.

Generalmente la distribución de competencias de los órganos con funciones jurisdiccionales, sean formales o materiales, se determina en razón de materia, territorio y cuantía, sin embargo, cuando hablamos de los órganos reguladores en materia de competencia económica en México, quiso el legislador que el criterio diferenciador fuera el sector en el que ocurre el fenómeno anticompetitivo. Así, tanto la COFECE como el IFT están facultados para conocer de asuntos en materia de competencia, pero el segundo lo puede hacer sólo en los sectores telecomunicaciones y radiodifusión, mientras que la COFECE puede conocer asuntos en el resto de los mercados.

Lo anterior con base en lo dispuesto en el párrafo décimo sexto del artículo 28 constitucional que, establece al IFT como la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones. Esta distribución de competencias se reafirma en el artículo 5° de la LFCE. Ambos preceptos, de manera poco usual, hacen una división de competencias por sectores económicos, no obstante, de que se trate de una misma materia.

En este orden de ideas, correspondería entonces definir si las licencias de las Patentes Esenciales pertenecen a un mercado dentro del sector de telecomunicaciones.²¹¹ Sin duda las Patentes Esenciales y la fabricación de dispositivos móviles tienen relación con el sector, pero, de manera indirecta. Si bien las tecnologías protegidas por las Patentes Esenciales son un insumo indispensable para producir dispositivos móviles, que funcionan como equipos terminales, receptores y emisores, de señales en redes públicas de telecomunicaciones (en el ejemplo planteado, de redes con tecnología 3G), no se trata de un mercado de servicios de telecomunicaciones.

²¹¹ En este punto omitimos al sector de radiodifusión pues, resultaría ocioso analizar las razones por las que las Patentes Esenciales de este tipo no están directamente relacionadas con mercados del sector radiodifusión.

Los dispositivos móviles son los medios por los cuales los consumidores reciben los servicios públicos de telecomunicaciones previstos en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (“LFTR”), principalmente servicios de voz y datos. Y la LFTR prevé reglas que inciden en las características de los dispositivos móviles. Por ejemplo, se prevé en el capítulo denominado “De los Derechos de los Usuarios con Discapacidad” (artículos del 200 al 203), que los equipos terminales deban contar, previa solicitud del usuario, con funcionalidades, programas o aplicaciones que permitan la accesibilidad de personas con discapacidad motriz, visual y auditiva (fracc. III, artículo 200, LFTR); en materia de seguridad y justicia, los concesionarios de redes de telecomunicaciones deben contar con listas de equipos de comunicación móvil con reporte de robo (fracc. VI, artículo 200) y tienen la obligación de cancelar o anular “señales de telefonía celular” dentro de ciertos perímetros (VIII, artículo 200), asimismo, dentro de las medidas que el IFT puede aplicar al agente económico preponderante, se encuentran comprendidas aquellas que afecten a equipos terminales como los teléfonos inteligentes²¹² (artículo 262, LFTR).

Sin embargo, las reglas descritas en el párrafo anterior atienden temas particulares relacionados con los dispositivos móviles, pero de ellas no se desprende que el IFT sea la autoridad que regule su fabricación. De este modo, podemos decir que si bien el IFT es el órgano regulador en materia de servicios de telecomunicaciones (y radiodifusión), de la legislación en la materia, no se puede derivar directamente que también regule el mercado de dispositivos móviles y las tecnologías relacionados con éstos.

Así, nos inclinaríamos así a decir que corresponde a la COFECE conocer de un potencial caso (en tanto no se vean involucrados de alguna manera servicios de telecomunicaciones). Sin embargo, en caso de que la COFECE no se estime competente, puede remitir el expediente al IFT, quien en caso de tampoco considerarse competente, dará aviso a la COFECE y se remitirán los autos al Tribunal Colegiado de Circuito Especializado en Materia de Competencia

²¹² Pero no exclusivamente se trata de teléfonos inteligentes.

Económica, para sea quien fije la competencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la LFCE.

Actualización de conductas previstas en el artículo 56 de la LFCE

El siguiente elemento de análisis para determinar si la COFECE puede acreditar la existencia de una práctica monopólica relativa, es la identificación de la conducta del agente económico con poder sustancial de mercado con alguna de las fracciones previstas en el artículo 56 de la LFCE (prevé una serie de supuestos o conductas que pueden ser consideradas como prácticas anticompetitivas).

Para el caso que estamos planteando, el titular de una Patente Esencial podría ser investigado por prácticas monopólicas relativas bajo los supuestos de las fracciones V, X, XI, XII y XIII del artículo 56, siempre y cuando, además del poder sustancial de mercado, el agente indiciado tenga el objeto o efecto de desplazar a otro agente económico. En seguida se abordan las fracciones en cuestión:

“Artículo 56. Los supuestos a los que se refiere la fracción I del artículo 54 de esta Ley, consisten en cualquiera de los siguientes:

(...)

V. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender, comercializar o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;

(...)

X. El establecimiento de distintos precios o condiciones de venta o compra para diferentes compradores o vendedores situados en condiciones equivalentes;

XI. La acción de uno o varios Agentes Económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan otro u otros Agentes Económicos;

Las fracciones anteriores se refieren a conductas comerciales agresivas como la negativa de trato y la discriminación de precios que, en condiciones distintas a las previstas en el artículo 54 de la LFCE no serían consideradas ilícitas. Por otro lado, también se podrían actualizar nuevas fracciones incorporadas en la nueva LFCE de 2014, que tienen como elemento adicional la determinación de la existencia de un insumo esencial, que disponen:

“Artículo 56. (...)

XII. La denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias a un insumo esencial por parte de uno o varios Agentes Económicos, y

XIII. El estrechamiento de márgenes, consistente en reducir el margen existente entre el precio de acceso a un insumo esencial provisto por uno o varios agentes económicos y el precio del bien o servicio ofrecido al consumidor final por esos mismos agentes económicos, utilizando para su producción el mismo insumo.”

Para efectos de investigar y en su caso sancionar las prácticas a que se refieren las fracciones XII y XIII de este artículo, la Comisión podrá determinar la existencia de insumos esenciales sin acudir al procedimiento previsto en el artículo 94 de esta Ley.

Como precisa el propio artículo citado, el componente del insumo esencial no guarda relación con el procedimiento especial para determinar insumos esenciales, es decir, no tienen que ser agotado el procedimiento del 94 de la LFCE para determinar la existencia del insumo esencial. Si bien pueden utilizarse consideraciones similares de tipo económico en el análisis de insumos esenciales, en el marco de una investigación por prácticas monopólicas relativas se puede sancionar al agente económico, mientras que en el procedimiento especial no, como se verá más adelante.

De este modo, la negativa del titular de la Patente Esencial a licenciar la tecnología a un productor de dispositivos móviles determinado puede actualizar la fracción V, mientras que, ofrecer la licencia al productor a cambio de regalías considerablemente más altas a las que ofrece a otros productores, puede actualizar las fracciones X y XI. Si la autoridad durante la investigación considera que el acceso a la licencia es un insumo esencial, podrían actualizarse las fracciones XII y XIII.

Finalmente, el órgano regulador determinará si las conductas acreditadas tienen o pueden tener como efecto u objeto en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos (fracc. III, artículo 54 de la LFCE).

No obstante que se acrediten las conductas y los efectos, para que el IFT arribe a una sanción, debemos considerar que la esencia de la competencia es incrementar las ganancias, mediante una estrategia agresiva de mejores precios, mejor calidad o diversificación de oferta, por lo cual, competir agresivamente no es ilegal. Así el órgano regulador debe evaluar si la práctica tiene sentido económico más allá de dañar a los competidores o impedir su entrada al mercado y qué ganan o qué pierden los consumidores a consecuencia de la práctica, con el fin de determinar si sanciona o no.

Las evaluaciones que haga el órgano regulador para determinar si es sancionable la práctica se guían bajo la regla de la razón, pues la regulación de competencia fue diseñada para que la autoridad intervenga cuando está en peligro la eficiencia del mercado y no para rescatar empresas ineficientes. El Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones:

PRÁCTICA MONOPÓLICA RELATIVA. PARA SU DEMOSTRACIÓN DEBE ACUDIRSE A LA "REGLA DE LA RAZÓN".²¹³

*Entre las conductas anticompetitivas previstas en la abrogada Ley Federal de Competencia Económica se incluyen las prácticas monopólicas relativas que, en términos de sus artículos 10 y 11, son aquellas que realizan agentes económicos con poder sustancial en determinado mercado relevante, con el objeto o efecto de desplazar indebidamente a otros agentes, de impedirles sustancialmente su acceso o de establecer ventajas exclusivas en su favor o de otras personas (...). **Sin embargo, no todos los acuerdos que pudieran configurar esas prácticas deben sancionarse, en tanto que algunas permiten obtener beneficios o niveles de eficiencia favorables para la actividad empresarial o comercial, el desarrollo nacional o para los consumidores, sin tener un propósito de exclusión de la competencia; de ahí que para determinar si se configura este tipo de conducta anticompetitiva, debe realizarse una ponderación tanto de los beneficios, como de la afectación que pudiese ocasionar en casos concretos, lo que se conoce como "regla de la razón", es decir, valorar en su conjunto las circunstancias del caso para determinar la licitud del acuerdo, en función de sus fines y efectos.***

Incluso, aún acreditados los elementos de la práctica monopólica relativa, esta podría no ser sancionada si el titular de la Patente Esencial demuestra que con la práctica se generan más eficiencias que daños a los procesos de competencia. Así, términos del artículo 55 de la LFCE, será el Agente Económico sujeto al procedimiento quien debe demostrar que la práctica monopólica relativa que se le ha imputado, genera ganancias en eficiencia e incide favorablemente en el proceso

²¹³ Tesis: I.Io.A.E.163 A (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, número de registro 2012165, Décima Época.

de competencia económica y libre concurrencia superando sus posibles efectos anticompetitivos y resultan en una mejora del bienestar del consumidor.

En el caso en cuestión, si se acreditan las conductas del titular de la Patente Esencial y los efectos, sería sancionable, pues en principio, eliminar competidores en el mercado de venta de dispositivos móviles, limitaría las opciones de los consumidores de dispositivos como los teléfonos inteligentes y tabletas diseñadas para funcionar en la red 3G.

No obstante, cabe la posibilidad de que con base en el artículo 55 de la LFCE, se convenza al órgano regulador de que los daños a los procesos de competencia serían menores en el mercado si no se sanciona, pues puede ser el caso, como hemos visto en el capítulo III, que el agente económico denunciante (es decir, el productor de dispositivos móviles) utilice a las agencias de competencia como táctica dilatoria.

En este orden de ideas, habría que determinar si quien solicita la licencia al titular de la Patente Esencial, efectivamente la desea y está dispuesto a pagar un monto razonable, asimismo, habría que analizar, en caso de que el dueño de la tecnología oferte una licencia esencial, si esta oferta se da en términos Justos, Razonables y No Discriminatorios), como manda el compromiso adoptado por el desarrollador de la tecnología en el seno del Organismo de Estandarización que le otorgó la declaratoria de Estándar Esencial, en cuyo caso, se destimaría la denuncia.

En este último punto volvemos a hacer hincapié en la indeterminación de los compromisos de otorgar licencias en Términos Justos, Razonables y No Discriminatorios. En tanto los Organismos de Estandarización no definan las condiciones específicas que los contratos de licencia deben contener para ser considerados otorgados en Términos Justos, Razonables y No Discriminatorios, corresponderá a las autoridades de competencia económica hacer un acercamiento a sus alcances.

No podemos dejar de mencionar que el titular de la Patente Esencial si es sancionado, puede acudir al juicio de amparo indirecto contra la resolución del

órgano regulador. En este punto hay que considerar dos flancos potencialmente débiles de una resolución que sancione y obligue al titular de la Patente Esencial a cesar en sus conductas. En primer lugar, el titular de la Patente Esencial podría alegar vía amparo violaciones al derecho exclusivo sobre su invento derivado de la excepción prevista en el párrafo décimo del artículo 28 constitucional, ¿hasta qué punto la consideración de “no monopolio” sobre un invento, le permite realizar abusos de poder de mercado? El juez federal deberá ponderar entre un posible conflicto de normas de competencia económica y de propiedad intelectual, ambas leyes son de orden público e interés general.

En segundo lugar, si hablamos de una negativa de trato, el titular de la Patente Esencial, puede alegar una violación a su la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad, principio que ha sido considerado de rango constitucional.²¹⁴

4.3.2. PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA DETERMINAR INSUMOS ESENCIALES O BARRERAS A LA COMPETENCIA (ART. 94)

La política de competencia en México atiende a dos tipos de problemas: los conductuales y los estructurales. Para los primeros existen reglas aplicables a los agentes económicos en materia de concentraciones (notificaciones y concentraciones ilícitas), prácticas monopólicas absolutas y prácticas monopólicas relativas; y para los segundos, reglas para determinar barreras a la competencia y libre concurrencia e insumos esenciales, declaratorias de poder de mercado y barreras al comercio interestatal.²¹⁵

Como nuevas facultades para atender problemáticas estructurales de los mercados, en la reforma constitucional en materia de competencia de 2013 se añadió al párrafo 14 del artículo 28 constitucional el siguiente texto:

²¹⁴ Tesis: 1a. CDXXV/2014 (10a.), Primera Sala, Registro 2008086, Décima Época.

²¹⁵ Mena Labarthe, Carlos, *Investigaciones de Barreras a la Competencia y Libre Concurrencia e Insumos Esenciales*, presentación en PPT, noviembre de 2014.

*“(...) La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; **regular el acceso a insumos esenciales**, y ordenar la desincorporación de activos derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos...”*

Este texto se tradujo en la legislación secundaria en el título IV de la LFCE, en el que se incluyó el procedimiento especial en materia de barreras a la competencia e insumos esenciales. En nuestra consideración, al caso de restricciones de acceso a las licencias de la Patente Esencial, se le podría dar tratamiento de una investigación especial para determinar la existencia de insumos esenciales prevista en el artículo 94 de la LFCE.

Sin embargo, el caso debería tener tal relevancia que motive a las autoridades a iniciar un procedimiento especial, ya que sólo puede ser iniciado por la COFECCE, o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría de Economía, en términos del artículo 94 de la LFCE. El productor por sí mismo no podría activar este procedimiento.

Digamos que se inicia el procedimiento especial en el mercado relevante que ya hemos definido, en ese supuesto, el órgano regulador deberá considerar, para determinar si se está frente a un insumo esencial, los siguientes elementos:²¹⁶

- Si el insumo es controlado por uno, o varios Agentes Económicos con poder sustancial o que hayan sido determinados como preponderantes por el Instituto Federal de Telecomunicaciones (en caso de que fuera este el órgano competente). Sobre este punto, podríamos concluir que:

²¹⁶ Artículo 60 de la LFCE.

- El titular de la Patente Esencial, sí controla el insumo (la tecnología protegida) y tiene el 100% del mercado, dado que no existen insumos sustitutos viables.
- Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro Agente Económico.
 - Como vimos, una de las características de las tecnologías esenciales.
- Si el insumo resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos;
 - Sin el acceso a la licencia de la Patente Esencial no es posible que fabricar dispositivos móviles que funciones en la red 3G y se comunique con dispositivos que sí cuenten con la tecnología.
- Las circunstancias bajo las cuales el Agente Económico llegó a controlar el insumo, y
 - Por la declaración que hacen los Organismos de Estandarización.

Si atendemos a las consideraciones previstas en el artículo 60 de la LFCE, parece altamente probable la determinación de la licencia de la Patente Esencial como un insumo esencial. Lo cual tendría como consecuencia que se ordene la implementación de reglas de acceso, condiciones técnicas, entre otros (fracc. VII, artículo 94) a las licencias.

La resolución que emita el órgano regulador a la conclusión del procedimiento especial deberá tomar en consideración los compromisos de otorgar licencias en Términos Justos, Razonables y No Discriminatorios, y su alcance. Asimismo, deberá verificar si las medidas generarán incrementos de eficiencia en el mercado, con lo cual se abre la posibilidad de que el titular de la Patente Esencial demuestre ganancias en eficiencia (artículo 94).

CAPÍTULO V. PROPUESTA DE DIRECTRICES PARA TRATAR POTENCIALES CASOS EN MÉXICO

En apartados anteriores hemos descrito los problemas de competencia que puede generar el acceso a las licencias de Patentes Esenciales en México, los procedimientos que podrían iniciar las autoridades de competencia, así como la importancia de observar las experiencias internacionales, con el fin de estar preparados en caso de tener en México un capítulo de la llamada “*Smartphone Patent Wars*” (Guerra de Patentes de Teléfonos Inteligentes).²¹⁷

En este capítulo proponemos la emisión de directrices que la autoridad de competencia y los regulados tomen en consideración ante potenciales casos. Las directrices buscarían: **(i)** generar un buen nivel de predictibilidad en las resoluciones que la COFECE y/o del IFT; **(ii)** inhibir la presentación de denuncias que inciten investigaciones basadas en la mala fe y **(iii)** generar una rica discusión entre especialistas nacionales en materia de competencia.

Recapitemos los puntos que generan espacios para dañar los procesos de competencia y libre competencia. El primer problema consiste en la dificultad que representa determinar, en una relación contractual concreta, el alcance de los compromisos de otorgar licencias en Términos Justos, Razonables y no Discriminatorios, asumidos por los dueños de las tecnologías ante los Organismos de Estandarización. Si bien, es necesario declarar la esencialidad de ciertas tecnologías en pos de la estandarización, el acceso a éstas queda en entre dicho, porque se otorga un monopolio al titular de una Patente Esencial, mismo que pretende ser controlado con compromisos que no son claros.

De lo anterior, se deriva un segundo problema. El poder de negociación al celebrar un contrato de licencia lo detenta el titular de la Patente Esencial, pues quien desea ser licenciataria no tiene opciones de proveeduría, se ve obligado a usar la

²¹⁷ European Commission, *Standard-Essential Patents*, Competition Policy Brief, Junio 2014.

tecnología de aquél para poder participar en el mercado relacionado de fabricación y comercialización de dispositivos móviles. En esta posición, el titular de una Patente Esencial puede bloquear la entrada o desplazar a jugadores en el mercado de fabricación de dispositivos, ya sea cobrando regalías excesivas o negándose a otorgar una licencia.

El tercer problema consiste en la posibilidad de que sea el potencial licenciatarario quien abuse de la indeterminación de los términos Justos, Razonables y No Discriminatorios. Esta circunstancia puede ocurrir, si el fabricante disfruta de la tecnología protegida por la Patente Esencial infringiéndola, a través de la adquisición de componentes que la contienen, como los *chipsets*. Así, un adquirente de mala fe, podría simular negociar una licencia, agotar las instancias administrativas y judiciales en materia de propiedad industrial, para después presentar una denuncia por prácticas monopólicas relativas contra el titular de la Patente Esencial, alegando que se le quiere desplazar o bloquear del mercado, no obstante que no tuvo la voluntad de celebrar el contrato de licencia.

En los siguientes párrafos se abordan los instrumentos previstos en la LFCE que pueden servir para plasmar las directrices. Asimismo, retomamos experiencia internacional que es compatible con nuestro sistema jurídico y puede ser incluida en las directrices que se proponen.

5.1. INSTRUMENTOS PARA MEJORAR LA PREDICTIBILIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Los órganos reguladores económicos como la COFECE y el IFT, gozan de atribuciones que les permiten combinar diversas funciones adicionales a las propiamente administrativas, tales como, las materialmente legislativas o regulatorias y las en términos de la LFCE:

Facultades	Fundamento en la Ley Federal de Competencia Económica
<p>Facultades regulatorias materialmente legislativas</p>	<p>“Artículo 3 Para los efectos de esta Ley, se entiende por: o (...) Disposiciones Regulatorias: Las disposiciones administrativas de carácter general que la Comisión podrá emitir para el cumplimiento de su función regulatoria conforme a lo establecido en la fracción IV del párrafo vigésimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; “Artículo 12. La Comisión tendrá las siguientes atribuciones: (...) “XVII. Emitir Disposiciones Regulatorias exclusivamente para el cumplimiento de sus atribuciones, así como su estatuto orgánico, que deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación; (...) XXII. Publicar las Disposiciones Regulatorias que sean necesarias para el cumplimiento de sus atribuciones, entre las que deberán comprenderse las siguientes materias: (...) (g) Las que sean necesarias para el efectivo cumplimiento de esta Ley.</p>
<p>Facultades materialmente judiciales</p>	<p>“Artículo 12. La Comisión tendrá las siguientes atribuciones: (...) X. Resolver sobre los asuntos de su competencia y sancionar administrativamente la violación de esta Ley; *Entre los asuntos que resuelve se encuentran los sustanciados bajo el Procedimiento Seguido en Forma de Juicio (artículos del 80 al 85).</p>

Es con base en las facultades regulatorias los órganos reguladores pueden abordar con cierta flexibilidad fenómenos complejos, como el que se plantea en este trabajo.²¹⁸ La regulación emitida por estas autoridades puede innovar el

²¹⁸ Cfr. Faya Rodríguez, Alejandro, *FORTALECER a los Reguladores, Cambiando las Reglas del Juego en México*, p.20.

ordenamiento jurídico, es decir, producir nuevas normas en tanto no se contravenga la ley.²¹⁹

En este sentido, el Poder Judicial de la Federación ha considerado que, dotar a órganos administrativos de atribuciones legislativas es reflejo de desarrollo de las actividades administrativas, y se justifica en razón de que las situaciones que atiende el órgano regulador son “dinámicas y fluctuantes”, y en esta calidad, se requieren normas técnicas, específicas y complejas que den una solución dinámica, misma que no es posible prever con absoluta precisión en la ley.²²⁰

5.1.1. DIRECTRICES, GUÍAS, LINEAMIENTOS Y CRITERIOS TÉCNICOS

Conforme a las cláusulas habilitantes previstas en la LFCE, la COFECE y el IFT, tienen atribuciones para expedir normas generales a través de directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos (previa consulta pública), en los temas que sean necesarios para el efectivo cumplimiento de la LFCE (tercer párrafo, fracc. XXII, artículo 12):

“Artículo 12. La Comisión tendrá las siguientes atribuciones: (...)

*XXII. (...) la Comisión deberá expedir **directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos, previa consulta pública, en los términos del artículo 138 de esta Ley,**²²¹ en materia de:*

(...)

*b) **Investigaciones;***

²¹⁹ INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). NO EXISTE RAZÓN PARA AFIRMAR QUE ANTE LA AUSENCIA DE UNA LEY NO SEA DABLE CONSTITUCIONALMENTE QUE EMITA REGULACIÓN AUTÓNOMA DE CARÁCTER GENERAL, SIEMPRE Y CUANDO SEA EXCLUSIVAMENTE PARA CUMPLIR SU FUNCIÓN REGULADORA EN EL SECTOR DE SU COMPETENCIA. Localización: [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 26, Enero de 2016; Tomo I; Pág. 444. P./J. 47/2015 (10a.).

²²⁰ CLÁUSULAS HABILITANTES. SU NATURALEZA Y FINALIDAD. [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 26, Enero de 2016; Tomo IV; Pág. 3167. I.Io.A.E.110 A (10a.).

²²¹ Que se refiere al Procedimiento para la Elaboración de Directrices, Guías, Lineamientos y Criterios Técnicos.

(...)

d) **Suspensión de actos constitutivos de probables prácticas monopólicas** o probables concentraciones ilícitas;

(...)²²²

Por su parte los estatutos orgánicos de ambas autoridades de competencia económica incorporan las facultades que, como vimos, la LFCE les otorga. En el caso de la COFECE, se prevé en el artículo 5, fracción XIII, del Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica, publicado en el DOF el ocho de julio de dos mil catorce, señala que “*el Pleno tiene la atribución de emitir directrices, guías, lineamientos y los criterios técnicos para el eficaz cumplimiento de sus atribuciones*”.

El IFT en su estatuto orgánico también prevé facultades que inciden en la emisión de los instrumentos jurídicos multicitados, cuando dispone en la fracción XI del artículo 16 que, corresponde al Secretario Técnico del Pleno tramitar la publicación en el DOF de los “*extractos de las disposiciones que contengan las directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos a que hace referencia el artículo 12, fracción XXII, de la Ley de Competencia*”.

Cualquiera de estos instrumentos para ser publicados, deberán seguir el *Procedimiento para la Elaboración de Directrices, Guías, Lineamientos y Criterios Técnicos* previsto en el artículo 138 de la LFCE. El primer paso para su elaboración es la publicación de un anteproyecto de las directrices en el DOF y en la página web del órgano regulador, con la finalidad de abrir un periodo de consulta. Después se aplican los comentarios que se hayan recibido, se hacen las consideraciones pertinentes y se termina publicando el documento final. El instrumento que resulte

²²² Resaltamos las materias que guardan relación una posible investigación por prácticas monopólicas relacionadas con Patentes Esenciales.

deberá revisarse por lo menos cada cinco años. A continuación, se presenta gráficamente el procedimiento previsto en la LFCE:²²³



**Se revisarán cada cinco años.*

**Se puede solicitar opinión del otro órgano regulador de competencia.*

La finalidad y utilidad de cada uno de estos instrumentos se puede definir a partir de una interpretación literal y del uso que, en la práctica, la autoridad decide darle. En nuestra óptica, de estos instrumentos, el idóneo para incorporar reglas generales para el tipo de problemática que abordamos, son las directrices, según las siguientes consideraciones.

5.1.2. GUÍAS

Las guías en materia de competencia son documentos orientadores que la autoridad de competencia emite con fines de divulgación y sin efectos vinculantes.²²⁴ En la

²²³ Los días que se señalan en el esquema deben tomarse como días hábiles, en términos del artículo 114 de la LFCE.

²²⁴ Así se puede observar en las guías publicadas por la COFECE en distintos rubros, tales como la “*GUIA-001/2015: Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas*”, “*GUIA-007/2015: Para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos*”, entre otras.

práctica, sirven para orientar al agente económico sobre la tramitación de procedimientos específicos, así como, para recomendarle cómo acciones y precauciones para no violar la LFCE. Los ejemplos de guías que ha publicado la COFECE son:²²⁵

- *GUIA-005/2015: Guía de los Procedimientos de Dispensa y Reducción del Importe de Multas.* Esta guía tiene como objetivo orientar sobre la identificación y divulgación de las atribuciones de la COFECE en el procedimiento a seguir con motivo de la presentación de una solicitud de Dispensa o de Reducción del Importe de Multas, dentro de una investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas.
- *GUIA-001/2015: Guía para tramitar el procedimiento de investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas.* Esta guía tiene como objetivo difundir entre los Agentes Económicos, practicantes, autoridades y público en general, la forma en que la Autoridad Investigadora de la COFECE desahoga un procedimiento de investigación por la posible existencia de una práctica monopólica relativa o concentración ilícita, y B. Hacer del conocimiento de los Agentes Económicos, practicantes, autoridades y público en general, las etapas del procedimiento de investigación por la posible realización de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas.

Como se puede observar, este tipo de instrumentos describen con fines de divulgación detalles sobre los procedimientos que se pueden llevar a cabo ante los órganos reguladores de competencia económica. Este tipo de orientación general, en nuestra opinión, no es óptima para abordar casos que involucren Patentes Esenciales, dado la especificidad del problema.

²²⁵ Todas las guías vigentes pueden ser consultadas en la página electrónica de la COFECE, disponibles en <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/normateca>

5.1.3. LINEAMIENTOS

Por otro lado, como hemos mencionado, los órganos reguladores también pueden emitir documentos que detallan el funcionamiento y organización de la autoridad, denominados lineamientos. De las publicaciones hechas por las autoridades de competencia, podemos observar que estos lineamientos funcionan como reglamentos internos de los órganos reguladores, distintos al estatuto orgánico, que son necesarios para detallar los alcances de su organización y funcionamiento.

Por el ejemplo, entre las atribuciones previstas en la LFCE está la de emitir lineamientos para el funcionamiento del Pleno (fracc. XXIV, artículo 12), pero también podemos observar otros ejemplos:

- *“Lineamientos para la solicitud, pago y comprobación de viáticos y transportación en el desempeño de comisiones oficiales del IFT”,*
- *“Lineamientos Específicos en Materia de Ingreso” del IFT,*²²⁶
- *“Lineamientos de Austeridad de la gestión de la Comisión Federal de Competencia Económica”* o los
- *“Lineamientos Generales sobre la estructura organizacional de la Comisión Federal de Competencia Económica”.*²²⁷

Como se puede observar, tampoco los lineamientos son instrumentos idóneos para abordar casos de investigaciones que involucren Patentes Esenciales, pues no pretendemos proponer cambios al funcionamiento u organización de los órganos reguladores.

5.1.4. CRITERIOS TÉCNICOS

Los criterios técnicos, por su parte, son instrumentos que contienen normas de carácter general, estas sí vinculantes para temas regulatorios específicos, según se observa de ejemplos de este tipo de regulación. Cabe mencionar que el IFT en su

²²⁶ Este y otros ordenamientos similares pueden consultarse en la página oficial del Instituto Federal de Telecomunicaciones <http://www.ift.org.mx/transparencia/marco-normativo/lineamientos-y-reglas>

²²⁷ Este y otros ordenamientos similares pueden consultarse en la página oficial de la Comisión Federal de Competencia Económica, <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/normateca>

calidad de órgano regulador en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, emite otros tantos criterios técnicos en esas materias, además de los relacionados con la aplicación de la LFCE.

Así, podemos observar como ejemplos de criterios técnicos:

- *Criterio Técnico para el Cálculo y Aplicación de un Índice Cuantitativo a Fin de Determinar el Grado de Concentración en los Mercados y Servicios Correspondientes a los Sectores de Telecomunicaciones y Radiodifusión,*²²⁸del IFT.
- *Criterios Técnicos para el Cálculo y Aplicación de un Índice Cuantitativo para Medir la Concentración de Mercado” de la COFECE (Acuerdo CFCE-102-2015).*²²⁹
- *Criterio Técnico para la Solicitud del Sobreseimiento del Proceso Penal en los Casos a que se Refiere el Código Penal Federal, de la COFECE.*²³⁰
- *Criterios Técnicos de la Comisión Federal de Competencia Económica para la solicitud y emisión de medidas cautelares, así como para la fijación de cauciones.*²³¹

Como se observa, los criterios técnicos no son instrumentos para abordar casos novedosos en los que no esté claro cómo aplicar la LFCE, más bien responden a una necesidad de regulación específica en temas previstos por la legislación que requieren mayor detalle regulatorio.

5.1.5. DIRECTRICES

Las directrices son un instrumento que aún no ha sido utilizado por las autoridades de competencia en México, con lo cual se le puede empezar a dar un buen uso.

²²⁸ Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 2016.

²²⁹ Acuerdo de la COFECE del 23 de abril de 2015.

²³⁰ Acuerdo de la COFECE del 3 de diciembre de 2015.

²³¹ Acuerdo de la COFECE del 3 de diciembre de 2015.

Podrían ser el instrumento adecuado para incluir consideraciones generales sobre los problemas aquí planteados.

Los órganos reguladores aún no han expedidos directrices sobre algún tema particular, con lo cual podría aprovecharse la figura prevista en la LFCE para usarla como un instrumento de divulgación de temas específicos que requieran de un pronunciamiento para generar certidumbre en la aplicación de la LFCE, en especial para casos novedosos y complejos. Además, las directrices sobre casos novedoso cuando sean objeto del proceso de consulta respectivo, pueden abrir el debate para tener el mayor número de puntos de vista posible.

Por lo anterior, considero que dentro de los instrumentos regulatorias con los que cuentan los órganos reguladores en materia de competencia económica, las directrices son los idóneos para elaborar posturas sobre cómo abordar potenciales casos en México que involucren Patentes Esenciales.

5.2. SOLICITUD DE OPINIÓN FORMAL Y ORIENTACIONES GENERALES EN MATERIA DE LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA ECONÓMICA

Otro instrumento idóneo para abordar posturas sobre casos que involucren Patentes Esenciales puede ser acudir al Procedimiento de Solicitudes de Opinión Formal y Orientaciones Generales en Materia de Libre Concurrencia y Competencia Económica (previsto en los artículos del 104 al 110, LFCE).

De entrada, la opinión formal del órgano regulador de competencia la puede solicitar cualquier agente económico, cuando esté frente a la aparición de “cuestiones nuevas o sin resolver” en relación con la aplicación de la LFCE, aquellas sean relevantes (primer párrafo del artículo 104), además de cumplir con otras condiciones que se precisan más adelante. Para hacerlo ilustrativo, enseguida mostramos gráficamente el procedimiento que se seguiría para arribar a la solicitar una opinión formal:

Cualquier Agente Económico solicita Opinión Formal	<i>Cuando cumplan con los requisitos del artículo 104 (la evaluación de una conducta bajo la LFCE sea novedosa, no existan precedentes ni normas que la aclararen; que de la solicitud se desprende la utilidad de aclarar la cuestión nueva (entre otros).</i>
	<i>Cuando la solicitud sea por escrito cumpliendo con los requisitos previstos en el artículo 105 (identidad del agente solicitante, domicilio, cuestiones específicas planteadas, etc).</i>
Evaluación de la Autoridad	<i>El comisionado Presidente, dentro de los 10 días siguientes a la presentación de solicitud, pone a consideración del Pleno la procedencia de la misma.</i>
	<i>En caso de proceder, se turna al órgano encargado de la instrucción (5 días), quien integrará el expediente (tiene 10 días para requerir información adicional).</i>
	<i>Integrado, se turna a Comisionado Ponente, quien dentro de 15 días presenta proyecto de opinión al Pleno y se vota. El Pleno tienen 10 días para emitir la opinión formal.</i>
Opinión formal	<i>Serán vinculantes cuando aborden hechos concretos.</i>
	<i>Contendrán descripción sucinta de los hechos y principales argumentos jurídicos</i>
	<i>Pueden tratar una parte de las cuestiones planteadas y se deberán publicar en el sitio web de la autoridad .</i>

Ahora corresponde analizar si actualizan los supuestos dispuestos por los artículos en cuestión. El primer requisito previsto en la LFCE para acceder a una opinión formal consiste en:

“Artículo 104 (...) I. Que la evaluación sustantiva de una conducta a efectos de la aplicación de esta ley plantee una cuestión para la que el marco jurídico aplicable, incluidos los precedentes judiciales, no brinde aclaración alguna o para la que no haya directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos u orientaciones generales públicamente disponibles, ni precedentes en la práctica decisoria de la Comisión, ni opiniones formales y específicas en materia de libre competencia y competencia económica previas;”

Desde nuestro punto de vista, este requisito está de sobra justificado, pues sobre la problemática planteada no existen precedentes judiciales, documentos que aborden el tema o antecedentes de decisiones de las autoridades de competencia (de acuerdo a información pública disponible a enero de 2017).

El segundo requisito consiste en pasar una evaluación preliminar del asunto, de la que se deberá desprender la “utilidad de aclarar la cuestión nueva”. En esta evaluación se toman en consideración los siguientes elementos previstos en la LFCE:

“Artículo 104, (...) fracc. II

- a) La **importancia económica** desde el punto de vista del consumidor de los bienes y servicios afectados por el acuerdo o la práctica;*
- b) La medida en que la conducta referida en la solicitud de opinión formal refleja o es probable que refleje una conducta o uso **económico más extendido en el mercado**, o*
- c) La **importancia de las inversiones** correspondientes a la conducta referida en la solicitud de opinión formal en relación con el tamaño de las empresas afectadas”*

Al respecto, podemos decir que el abuso de poder o práctica monopólica relativa que cometa el titular de una Patente Esencial, puede potencialmente afectar al 80% de usuarios de telefonía móvil, pues alrededor de 90,109,920 de dispositivos son teléfonos inteligentes que necesitan licencias sobre Patentes Esenciales para ser producidos.²³² Por otro lado, si no advierte el uso de mala fe, que fabricantes de dispositivos que no desean una licencia, hagan de los procedimientos de

²³² Esquivel Fernando y Alamilla Rolando, Mercado de Smartphones en México IT16, The Competitive Intelligence Unit, disponible en http://the-ciu.net/nwsltr/515_1Distro.html

investigación previstos en la LFCE (como parte una estrategia litigiosa que, busque evitar el pago de regalías), entonces puede ocurrir que se protejan conductas ineficientes como el “*free riding*”,²³³ en perjuicio de las grandes inversiones que los desarrolladores de nuevas tecnologías realizan.

Una consecuencia, que al menos el IFT podría tomar en consideración, es que una afectación en los mercados relacionados con el de servicios de telecomunicaciones públicas como el de telefonía móvil (voz y datos), puede dañar el derecho fundamental previsto en el párrafo tercero del artículo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone:

“Artículo 6o. (...) El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios. (...)

El Acceso a la banda ancha, es un elemento fundamental para acceder a las tecnologías de la información y comunicaciones, garantizado en el 6º constitucional. Aún más, el acceso a la banda ancha es considerado un medio fundamental para el crecimiento económico, la creación de empleos, el aumento en la competitividad y una mejora en la calidad de vida de las personas.

En este orden de ideas, el acceso a la banda ancha y a las tecnologías de la información, en buena medida se lleva a cabo gracias a la disponibilidad de dispositivos móviles, con el cual, si se eliminan opciones para los usuarios, es previsible se reduzcan las presiones competitivas y, en consecuencia, los dispositivos suban de precio y la oferta en general no sea más agresiva.

²³³ Consiste en que el agente (en este caso el fabricante de dispositivos que no paga regalías) no afronta una parte justa del costo de producción, como el comportamiento del polizón. Ver en Stanford Encyclopedia of Philosophy, *The Free Rider Problem*, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/free-rider/>

El tercer requisito para que proceda la opinión formal, consiste en que se le proporcione la información necesaria para emitir la opinión, sin que exista la necesidad de que la autoridad inicie un procedimiento de investigación, para lo anterior, el órgano regulador podrá requerir al solicitante información adicional (primer párrafo, fracc. III, artículo 104, LFCE).

No obstante que se hayan cubierto los requisitos anteriores, si ocurre alguno de los siguientes supuestos, la COFECE o el IFT podrán desatender las solicitudes:²³⁴

- a) Que las cuestiones planteadas en la solicitud sean idénticas o similares a cuestiones planteadas en un asunto pendiente ante el órgano regulador o jurisdiccional;
- b) Que la conducta a que se refiere la solicitud esté siendo investigada por la Autoridad Investigadora o esté pendiente de un procedimiento ante la Comisión o ante un órgano jurisdiccional, o
- c) Cuando las cuestiones planteadas en la solicitud sean hipotéticas.²³⁵

Las opiniones formales del órgano regulador serán vinculantes, a menos de que se trate de solicitudes con base en supuestos hipotéticos o bien, los hechos planteados no coincidan con los reales, se modifique la legislación o cambien las circunstancias (último párrafo del artículo 104). Finalmente, la tramitación seguirá las reglas planteadas en los artículos 105 al 110 de la LFCE.

²³⁴ Fracción III, artículo 104, LFCE.

²³⁵ Sin embargo, los Agentes Económicos podrán presentar al órgano regulador una solicitud para obtener una opinión formal relativa a cuestiones planteadas en un acuerdo o una conducta que hayan proyectado y aún no se encuentre en práctica. En tal caso, la operación tiene que haber alcanzado una etapa suficientemente avanzada para que la solicitud pueda atenderse.

5.2. PROPUESTA DE REGLAS PARA ABORDAR POTENCIALES CASOS QUE INVOLUCREN PATENTES ESENCIALES EN MÉXICO

Ahora bien, ya sea a través de directrices o de una opinión formal, en este último apartado se han descrito las directrices y reglas, vinculantes o no, que los órganos reguladores podrían emitir para brindar certidumbre jurídica, tanto a los dueños de tecnologías esenciales como a los fabricantes de dispositivo móviles, sobre la aplicación de la LFCE en casos que versen sobre Patentes Esenciales. Estos criterios, en sentido amplio, pretenden dar luz sobre en qué casos podría proceder una denuncia por prácticas monopólicas relativas o un procedimiento especial para determinar insumos esenciales o barreras a la competencia.

Enseguida se exponen directrices concretas que, desde nuestro punto de vista, deberían estar considerados, ya sea en directrices o en una opinión formal del IFT o de la COFECE.

Las directrices propuestas tienen tres objetivos específicos: **(i)** determinar bajo qué condiciones se considera que el titular de una Patente Esencial ha ofrecido una licencia esencial en términos Justos, Razonables y no Discriminatorios (FRAND) al potencial licenciataria; **(ii)** señalar actos o hechos que pueden considerarse como indicios de una estrategia litigiosa por parte del potencial licenciataria, o bien, del titular de la Patente Esencial, **(iii)** impulsar la coordinación entre los órganos reguladores de competencia económica y el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, con el fin de que sus resoluciones protejan los bienes jurídicos tutelados por cada legislación de manera armónica y coordinada.

A continuación, se presentan la propuesta de ocho directrices para abordar potenciales casos que involucren Patentes Esenciales. Las directrices planteadas son útiles para casos potenciales de investigaciones por prácticas monopólicas relativas y procedimientos especiales sobre insumos esenciales.

PROPUESTA DE DIRECTRICES

PRIMERA. Se presume que el titular de una Patente Esencial tiene poder sustancial en el mercado relevante, que es la tecnología en sí. Lo anterior para efectos de la evaluación de prácticas monopólicas relativas previstas en la LFCE.

Asimismo, se presume que la Patente Esencial es un insumo esencial conforme a los criterios previstos en el artículo 60 de la LFCE.

SEGUNDA. Los titulares de una Patente Esencial que hayan adoptado, ante un Organismo de Estandarización, el compromiso de otorgar licencias en términos Justos, Razonables y no Discriminatorios están sujetos al escrutinio de la autoridad de competencia económica en el cumplimiento de aquellos, ya que la violación de dichos compromisos, pueden derivar en la comisión de prácticas monopólicas relativas, en la imposición de barreras a la competencia o en una explotación ineficiente de un insumo esencial.

TERCERA. Quien desee explotar una Patente Esencial, tuvo que haber solicitado la celebración de un contrato de licencia al titular de la Patente Esencial. La solicitud deberá incluir el compromiso incondicional del solicitante de terminar las negociaciones con la celebración del contrato. Es deseable que la solicitud esté acompañada de una propuesta de condiciones que incluiría el contrato de licencia.

La negativa del titular de la Patente Esencial para negociar el contrato de licencia o, que inicie un procedimiento de infracción contra quien usa el invento, podrían ser actos considerados causa objetiva²³⁶ de una práctica monopólica relativa, bajo la fracción V del artículo 56 de la LFCE (conocida como negativa de trato).

CUARTA. Dada la posibilidad de que el productor de dispositivos móviles, aproveche el invento antes de celebrar el contrato de licencia (porque los insumos para producir el dispositivo ya contienen la tecnología protegida), el potencial licenciatarario deberá estar dispuesto a pagar por los actos de uso que haya hecho de la tecnología antes de la celebración del contrato de licencia.

²³⁶ En términos del artículo 71 de la LFCE.

Cuando el solicitante de la licencia, de la Patente Esencial, se niegue a negociar o pagar regalías por actos de uso del invento anteriores a la celebración del contrato de licencia, se presumirá que no tiene voluntad de celebrar el contrato y, en consecuencia, está justificada la negativa del titular de la Patente Esencial para otorgarle el contrato.

QUINTA. Como regla general para considerar que las regalías que se cobran por explotar una Patente Esencial son razonables, aquellas no podrán ser excesivamente altas ni excesivamente bajas, conforme se pueda deducir de la práctica comercial observada en casos similares, así como de los contratos de licencia celebrados con otros agentes económicos, sobre la Patente Esencial en cuestión.

SEXTA. Acordar mecanismos para resolver desacuerdos sobre el monto de las regalías, es indicativo de la voluntad de las partes de celebrar el contrato de licencia. Designar a un tercero independiente para determinar el monto de las regalías y otras condiciones, puede ser una medida efectiva para resolver desacuerdos y acceder al insumo.

SÉPTIMA. Las autoridades de competencia económica y de propiedad industrial, coordinadamente, buscarán en sus resoluciones mantener un equilibrio entre proteger los procesos de competencia y libre concurrencia, así como los derechos de propiedad intelectual.²³⁷ Asimismo, tomarán en consideración que el derecho de exclusividad que otorgan una patente no es absoluto y debe sancionarse cuando se abuse de él.

Cuando la autoridad de propiedad industrial tenga conocimiento de un procedimiento de infracción en el que se conozca de la violación a una Patente

²³⁷ La coordinación entre autoridades puede tener como base la reformulación del “Acuerdo por el que se crea la Comisión Intersecretarial para la Protección, Vigilancia y Salvaguarda de los Derechos de Propiedad Intelectual”, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de octubre de 1993. En este acuerdo se reconocía en su segundo considerando: “*Que es importante que en la protección de los derechos de propiedad intelectual se respeten las normas constitucionales que establecen los principios de libre concurrencia y competencia económica, a fin de evitar el abuso en el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual (...)*”

Esencial, dará vista al órgano regulador de competencia, IFT (en su defecto a la COFECE), para que con base en las atribuciones previstas en la fracción XXVII, de la LFCE, oriente sobre los posibles efectos a los procesos de competencia y libre concurrencia.

OCTAVA. Para que el procedimiento de infracción en materia de patentes no sea considerado una práctica monopólica relativa, el titular de la Patente Esencial, antes de iniciar un procedimiento de infracción contra el fabricante de dispositivos móviles, deberá hacer del conocimiento de éste la infracción que está cometiendo y le hará una oferta formal de contrato de licencia en términos Justos, Razonables y No Discriminatorios, con la especificación de las regalías a pactar y la manera en la que estas se calculan. ²³⁸

En caso de que el fabricante del dispositivo no responda la oferta, conforme a la práctica comercial común, se presumirá que actúa de mala fe.

²³⁸ Tomado de las reglas preliminares emitidas por el Tribunal Europeo de Justicia el 21 de marzo de 2013, en respuesta a la solicitud del tribunal de Landgericht Düsseldorf (Alemania).

CONCLUSIONES

1. México adoptó una política de competencia económica y un sistema jurídico completo hasta la década de los noventa. Mucho antes de las modernas regulaciones en materia de competencia económica, el orden constitucional llegó a incorporar algunas prohibiciones relacionadas con conductas de mercado que hoy serían consideradas anticompetitivas. Sin embargo, esta incipiente regulación no fue exitosa en impedir su comisión.
2. En el periodo en el que estuvo vigente el modelo de industrialización sustitutiva de importaciones, que va de 1934 a 1982, el derecho de la competencia sufrió un claro estancamiento. Las nuevas reglas liberales (reforma constitucional de 1983, adhesión al GATT en 1986, directivas del Consenso de Washington de 1989 y la firma del TLCAN en 1992) sirvieron de preámbulo para las reglas modernas en la legislación de competencia mexicana.
3. La política de competencia en México surge a partir de la publicación de la Ley Federal de Competencia Económica y la constitución del primer órgano regulador especializado en competencia económica, la Comisión Federal de Competencia. La madurez del órgano regulador se alcanzó con las reformas a la ley de 2006 y 2011.
4. La reforma constitucional de 2013 fortaleció al sistema de competencia mexicano. Creó a los órganos constitucionalmente autónomos y a los tribunales especializados en la materia; otorgó facultades incrementales y facultades para emitir disposiciones de carácter general, y acotó los medios de impugnación de contra las resoluciones de los órganos reguladores.
5. La nueva Ley Federal de Competencia Económica supera en contenido y alcance a la ley abrogada. Se adicionaron nuevas reglas que, en general,

fortalecen el marco jurídico y particularmente las facultades de los órganos reguladores. Las facultades incrementales, por ejemplo, toman forma y fuerza en el procedimiento especial en materia de barreras a la competencia e insumos esenciales. Asimismo, los instrumentos regulatorios serán un elemento importante para resolver nuevos problemas.

6. Las Patentes Esenciales son un elemento clave para el éxito de las telecomunicaciones móviles pues se trata de estándares que generan efectos positivos en los procesos de producción, tales como la reducción de costos y la generación de eficiencias de red.
7. El problema con este tipo de estándares surge debido a que el derecho a explotar las Patentes Esenciales es indispensable para que cualquier jugador, o potencial jugador, pueda participar en el mercado de manufactura de dispositivos móviles. Esos derechos nacen a través de un contrato de licencia con el titular de la patente.
8. Los derechos de exclusividad que otorga una Patente Esencial tienen como límite inmediato los compromisos asumidos por los titulares ante los Organismos de Estandarización para otorgar licencias en Términos Justos, Razonables y No Discriminatorios para garantizar su acceso. Sin embargo, estos compromisos no son claros, por lo que en la práctica el titular de la Patente Esencial tiene la discrecionalidad suficiente para negar el acceso a la tecnología. La negativa significaría un bloqueo insuperable para entrar al mercado de fabricación de dispositivos móviles y el fracaso del estándar.
9. Es necesario que la COFECE y/o el IFT estén listos para conocer casos complejos de alcance global. La Guerra de Patentes de Teléfonos Inteligentes tendrá un capítulo en territorio mexicano, por lo que es necesario que las autoridades de competencia mexicanas estén listas para abordar de manera efectiva potenciales casos de prácticas monopólicas o procedimientos especiales en materia de insumos esenciales. Tener reglas

generales para abordar casos de Patentes Esenciales brindará certidumbre y ayudará a disuadir las denuncias de mala fe por parte de quien no desea contratar una licencia.

10. La COFECE y/o el IFT deben capitalizar las experiencias internacionales de los casos que las agencias de competencia económica de Estados Unidos de América y la Unión Europea han resuelto en el último lustro, así como las conclusiones de discusiones que se den entre académicos y practicantes para resolver casos en México.
11. Las directrices u opiniones formales son instrumentos con los que cuenta la COFECE y el IFT resultan idóneos para emitir su postura sobre cómo aplicar la ley a casos que involucren elementos complejos y novedosos, como los que involucran Patentes Esenciales. Hasta la fecha, estos instrumentos no han sido aprovechados por las autoridades de competencia.
12. Las directrices u opinión formal que propongo en el Capítulo V servirán para abordar casos que involucren Patentes Esenciales de manera efectiva. En concreto ayudarán a resolver los siguientes puntos: **(i)** aclarar los alcances de los compromisos para otorgar patentes en términos Justos, Razonables y no Discriminatorios, **(ii)** reconocer indicios de una estrategia litigiosa que tenga como objetivo evitar el pago de regalías a los patentes esenciales, y **(iii)** poner sobre la mesa la necesidad de que exista coordinación entre las autoridades de competencia económica y de propiedad industrial.

BIBLIOGRAFÍA

3GPP, “*Third Generation Partnership Project Agreement*”, 31 de Agosto de 2007. (nota 159)

Álvarez González de Castilla, Clara Luz, *Derecho de las Telecomunicaciones*, 2da. Edición, México, Fundación para la Libertad de Expresión y UNAM Posgrado Derecho, 2013. (nota 33)

Ávalos, Marcos y Vidal, Camilo, *La Política de Competencia en México, Fusiones*, México, CIDAC, 2007. (nota 63)

Carl Shapiro & Hal R. Varian, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, 1999. (nota 169)

Casilda Béjar, América Latina y el Consenso de Washington, *Boletín ICE Económico No 2803*, España, 2004. (nota 38)

Chomsky, Noam, *El Bien Común*, 1ª. Ed. en español, trad. de Bertha Ruíz de La Concha, México, Siglo XXI Editores, 2001. (nota 29)

Comisión de las Comunidades Europeas, *Derechos de Propiedad Industrial, Una Estrategia para Europa*, 2008. (nota 187)

Comisión Federal de Competencia, *Documento de Referencia sobre Definición de Mercado Relevante*, México 2011. (nota 201)

Contreras Jorge, *Fixing FRAND: A Pseudo-Pool Approach to Standards-Based Patent Licensing*, *Antitrust Journal*, No. 79, 2013. (nota 172)

Cortázar Mora, Javier, *Curso de Derecho de la Competencia (Antimonopolios)*, Colombia, Temis, 2011.

Court of Justice of European Union, *Advocate General’s Opinion in Case C-170/13*, 2014. (nota 186)

De la Madrid, Miguel, *Las Reformas Constitucionales de 1983 y Preceptos de Contenido Económico, Ochenta Años de Vida Constitucional*, México, Instituto de

Investigaciones Jurídicas, consultado el 14 de marzo de 2017 en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/127/11.pdf> (nota 15)

Diego-Fernández, Mateo, Brevísimas Explicación y Análisis de las Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Vol. 1. No.1, México, 2011. (nota 97)

Dirección General de Competencia, *Article 82 EC and Exploitative Conduct*, Comisión Europea, 2007. (nota 199)

El Norte-Staff, Llama Nobel a Mejorar Regulación, *diario Reforma*, México, 28 de abril de 2013. (nota 108)

Esquivel Fernando y Alamilla Rolando, *Mercado de Smartphones en México 1T16*, The Competitive Intelligence Unit, disponible en http://the-ciu.net/nwsltr/515_1Distro.html

ETSI, *Intellectual Property Rights Policy*, 2016. Disponible en <http://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-ipr-policy.pdf> (178)

European Commission, Fair, Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND) Licensing Terms, Research and Analysis of a Controversial Concept, *JRC Science and Policy Report*, 2015. Disponible en <http://is.jrc.ec.europa.eu/pages/ISG/EURIPIDIS/documents/05.FRANDreport.pdf> (nota 165)

European Commission, Standard-essential patents, *Competition Policy Brief*, 2014. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2014/008_en.pdf (nota 166)

Faya Rodríguez, Alejandro, et al, *De la Cofetel al Ifetel, Cinco Reguladores*, México, Cidac, 2013. El documento en formato digital se encuentra disponible en: <http://www.cidac.org> <http://reddecompetencia.cidac.org>

Faya, Alejandro, *Fortalecer a los Reguladores cambiando las Reglas del Juego en México*, México, CIDAC, p. 50. Consultado el 18 de enero de 2015 en <http://cidac.org/esp/uploads/1/FR.pdf> (nota 80)

Faya, Alejandro, *La Mano Invisible, Estado y reguladores, Reforma*, México, 21 de agosto de 2014. (nota 61)

Flores Bernés, Miguel, *Iniciativa de reforma constitucional en materia de competencia económica y telecomunicaciones*, México, p.1. Consultado el 08 de febrero de 2015 en http://www.competenciaeconomica.com.mx/telecom/Comentarios_reforma_Competencia_y_Telecom_20_marzo_2013.pdf (nota 95)

Flores Bernés, Miguel, *Ley Federal de Competencia Económica (comentada)*, consultado el 19 de noviembre de 2014 en http://kiobit.net/competenciae/pris_ley_coment.php (nota 26)

Flores Bernés, Miguel, *Que veinte años no es nada*. México, *Capital*, 26 de agosto de 2013. (nota 92)

Flores Cano, Enrique y Menegus, Margarita, “La Época de las Reformas Borbónicas”, *Historia General de México*, México, El Colegio de México, 2000. (nota 7)

García Martínez, Bernardo, “La Creación de la Nueva España”, *Historia General de México*, México, El Colegio de México, 2000. (nota 2)

González de Cossío, Francisco, *Competencia Económica; Aspectos Jurídicos y Económicos*, México, Porrúa, 2005. (nota 5)

Guillen Romo, Héctor, “México: de la sustitución de importaciones al nuevo modelo económico”, *Comercio Exterior*, México, 2013, vol. 63, número 4, julio-agosto de 2013. (nota 28)

Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, *¿Y qué es una invención patentable?*, disponible en www.gob.mx/imp (nota 189)

Krauze, Enrique, José López Portillo, *El presidente apostador, de la colección "Los Sexenios"*, México, Clío, 1998, documental consultado el 03 de enero de 2015 en <https://www.youtube.com/watch?feature=related&v=suuvVzBE108&hl=es&gl=ES> (nota 36)

Márquez Gómez, Daniel, tomo XVII, Comentario al artículo 28, *Derechos del Pueblo Mexicano*, México, Ed. Debate Legislativo, segunda edición, 2012. (nota 140)

Martínez Rangel Rubí y Soto Reyes Garmendia Ernesto, *El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina*, revisado en línea el 31 de diciembre de 2016, <http://www.redalyc.org/pdf/267/26723182003.pdf> (nota 39)

Matute González, Carlos, Palacios Prieto, Alejandra, No. 138, Los Organismos Autónomos Constitucionales, *Revista de Administración Pública*, 2008. (nota 145)

Medina, Julieta, "Sufre la Constitución 41 modificaciones", *Reforma*, México, diario del 16 de julio de 1994. (nota 56).

Mena Labarthe, Carlos, *Investigaciones de Barreras a la Competencia y Libre Concurrencia e Insumos Esenciales*, presentación en PPT, noviembre de 2014 (nota 2015)

Mendieta y Núñez, Lucio, *El Derecho Pre-colonial*, 6ta. Edición, México, Porrúa 1992. (nota 1)

Moreno Cruz, Maricela, *La Globalización: su concepto e impacto en los sistemas jurídicos*, Facultad de Derecho UNAM [en línea], México. disponible en http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ3_Art_13.pdf. (nota 49)

Muñoz Fraga, Rafael, *Derecho Económico*, 2da Edición, Porrúa, México, 2011.

OCDE, *Reforma Regulatoria en México, Volumen 2, Reportes Temáticos*, 2000.

Ojeda Paullada, *Cien Años de Derecho Económico en México*, UNAM, México, Disponible en línea <http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub05/13LicOJEDAyLicABAD.pdf> (nota 47)

Ortiz, Alicia, Anayantzin Romero y Díaz, Catalina, "1979: Cantarell, el salvador de un país", *CNN Expansión*, México, 2010, 1 de septiembre de 2010, consultada fecha

de consultada el 25 de diciembre de 2014 en <http://www.cnnexpansion.com/bicentenario/2010/08/27/bicentenario-historia-petroleo-mexico> (nota 35)

Paulis Emil, *Article 82, EC and Exploitative Conduct*, EC, DG Competition, 2007.

Pérez Miranda, Rafael, *Propiedad Industrial y Competencia en México, un enfoque de Derecho Económico*, Ed. Porrúa, 2da Edición, México 1999. (nota 141)

Pérez Motta, Eduardo, “Competencia y competitividad en la sociedad mexicana”, en Witker, Jorge (coord.), *Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica a la luz del derecho comparado actual*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2011. (nota 53)

Rabasa, Emilio Oscar, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, 4ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. (nota 16)

Ramos Manuel, *Normalización y Evaluación de la Conformidad*, PPT, 2015. (nota 154)

Roldán Xopa, José, Mena Labarthe Carlos y Méndez Rodríguez Laura A. (coordinadores), *Derecho de la Competencia en México*, México, Porrúa, 2015. (nota 82)

Sánchez Ugarte, Fernando, *Análisis económico de la legislación federal de competencia económica*, Competencia Económica en México, CFC, México, Porrúa, 2004.

Secretaría de Economía, *Blog ¿Qué es la Estandarización?*, disponible en <https://www.gob.mx/se/articulos/que-es-la-estandarizacion?idiom=es> , revisado el 23 de noviembre de 2016. (nota 152)

Serra Puche, Jaime, Conferencia magistral: Competencia y Apertura Económica en México, 27 de octubre de 2010, *4ª Conferencia Anual de Competencia y Regulación “Las Reglas del Juego”*, consultado el 22 de noviembre de 2014 en http://reddecompetencia.cidac.org/conferencias/4_Conferencia_Anual_de_Compentencia_y_Regulaci_n_Las_Reglas_del_Juego.php.

Tech2, *All you need to know about mobile phone chipsets*, Disponible en <http://tech.firstpost.com/news-analysis/all-you-need-to-know-about-mobile-phone-chipsets-27704.html>

Televisa, *Historia*, información consultada el 21 de diciembre de 2014 en <http://www.televisa.com/quienes/073492/historia-televisa/> (nota 32)

US Department of Justice & Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, 2007. (nota 196)

US. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for Licensing of Intellectual Property*, 1995. (nota 142)

Witker Velásquez Jorge, *Introducción al Derecho Económico*, Mc Graw Hill, 7° Ed., 2008. (nota 188)

Informes anuales

Comisión Federal de Competencia, *Informe Anual 2006*, México (nota 98)

Comisión Federal de Competencia, *Informe anual 2011*, México (nota 103)

Leyes y Decretos

Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional, Relativo a Monopolios (1931).

Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica (1950)

Ley abrogada Ley Federal de Competencia Económica de 1992 (73)

Ley Federal de Protección al Consumidor

Ley Federal sobre Metrología y Normalización (155)

Ley de la Propiedad Industrial

Ejecutivo Federal, Exposición de Motivos de la Iniciativa presentada el 26 de noviembre de 1992 ante la Cámara de Diputados. (nota 67)

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013.
(nota 109)

Expedientes

Expediente DE-021-2003-I (nota 86)

Expediente IO-003-2006. (nota 89)

Expediente DE-024-2010 (nota 134)

Expediente DE-008-2010. (nota 204)

Caso AT. 39985- Motorola – Enforcement of GPRS standard essential patents (nota 184)

Case AT.39939-Samsung - Enforcement of UMTS standard essential patents, Commission Decision of 29 April 2014.

Semanario judicial

[J]; 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 21, agosto de 2015; Tomo I; Pág. 806; 2a./J. 96/2015 (10a.);

[J]; 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 21, agosto de 2015; Tomo I; Pág. 812. 2a./J. 95/2015 (10a.);

[J]; 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 21, agosto de 2015; Tomo I; Pág. 814. 2a./J. 101/2015 (10a.)

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 16, Marzo de 2015; Tomo III; Pág. 2435. I.1o.A.E.20 A (10a.).

[J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Octubre de 2008; Pág. 2225. I.4o.A. J/75.

Tesis: I.1o.A.E.163 A (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, número de registro 2012165, Décima Época.

Sitios de internet

Página oficial del Consejo Administrativo para la Defensa Económica, visto el 8 de julio de 2016, <http://en.cade.gov.br/topics/leniency-program>

3GPP, Generation of Mobile Systems, ver en <http://www.3gpp.org/about-3gpp/about-3gpp>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ver en www.wipo.int