



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Facultad de Derecho

CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN EL USO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN MÉXICO

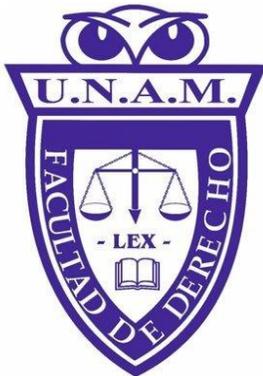
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

Alejandro Tonatiu Gallardo Lozano

ASESOR: Lic. Rosa Eloísa Montenegro Méndez





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.

A mi familia por acompañarme en estos años, en especial a mi madre.

Para la Facultad de Derecho de la UNAM por haberme compartido tanto.

CAPITULADO	
INTRODUCCIÓN.....	i
I. NATURALEZA JURÍDICA Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS PATENTES Y MARCAS	1
1.1 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PATENTES	2
1.2 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MARCAS	10
1.3 EL “MONOPOLIO” DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	20
1.4 EL LICENCIAMIENTO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	27
2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA	37
2.1 LA ESENCIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA	37
2.2 EL MONOPOLIO EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA	43
2.3. PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS	48
2.3.1 Prácticas Monopólicas Absolutas (PMAs).....	50
2.3.2 Prácticas Monopólicas Relativas (PMRs).....	53
2.3.3 Concentraciones ilícitas	54
2.4 LOS DERECHOS EXCLUSIVOS DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL ¿UN MONOPOLIO PARA LA COMPETENCIA ECONÓMICA?	56
3. PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS Y SU RELACIÓN CON PATENTES Y MARCAS.....	62
3.1 FIJACIÓN O MANIPULACIÓN DE PRECIOS DE PRODUCTOS Y SERVICIOS EN VENTA	64
3.2 RESTRICCIONES DE LAS CANTIDADES PRODUCIDAS O DISPONIBLES DE ESOS PRODUCTOS O SERVICIOS.....	71
3.3 REPARTICIÓN DE CLIENTES O MERCADOS	79
3.4 CONCERTACIÓN DE POSTURAS EN LICITACIONES.....	85
3.5 INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN.....	86
4. PRÁCTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS Y SUS VÍNCULOS CON LAS PATENTES Y MARCAS	92
4.1 CONDICIONES MATERIALES PARA LA REALIZACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS	92
4.1.1 Poder sustancial de mercado	92
4.1.2 Barreras a la entrada	103
4.2 SEGMENTACIÓN DE MERCADO.....	110
4.3 FIJACIÓN DE PRECIO DE REVENTA	113

4.4 VENTAS ATADAS	116
4.5 EXCLUSIVIDADES.....	122
4.6 NEGATIVA DE TRATO	125
4.7 BOICOT	129
4.8 DEPREDACIÓN DE PRECIOS.....	131
4.9 DESCUENTOS POR LEALTAD O VENTAS CONDICIONADAS	136
4.10 SUBSIDIOS CRUZADOS.....	138
4.11 DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS.....	140
4.12 ELEVACIÓN DE COSTO A RIVALES	143
4.13 OBSTÁCULOS A LA ADQUISICIÓN DE INSUMOS ESENCIALES.....	146
4.14 ESTRECHAMIENTO DE MÁRGENES	151
5. RIESGOS DE LAS CONCENTRACIONES DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA Y SUS VÍNCULOS CON LAS PATENTES Y MARCAS	154
5.1 NATURALEZA JURIDICA DE LAS CONCENTRACIONES	154
5.2 CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES	157
5.3 CASOS DE CONCENTRACIONES VINCULADAS CON PATENTES Y MARCAS	165
6. EFECTOS ECONÓMICOS INTERNACIONALES ENTRE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y LA COMPETENCIA ECONÓMICA	169
6.1 REPERCUSIONES ECONÓMICAS DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS DE LOS DERECHOS DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN LA ECONOMÍA NACIONAL E INTERNACIONAL.....	169
6.2 LAS RELACIONES COMERCIALES ENTRE MÉXICO Y LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN RELACIÓN A LA COMPETENCIA ECONÓMICA	173
6.3 POSIBLES EFECTOS POSITIVOS DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN LA ECONOMÍA NACIONAL Y MEJORAS EN LAS RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES	180
CONCLUSIONES.....	187
BIBLIOGRAFÍA.....	191

INTRODUCCIÓN

Hoy en día las economías más desarrolladas a nivel global tienen que convivir en un estado de derecho respaldado por los Estados, para que lleven a cabo sus actividades con estricto apego a la ley para la protección de los derechos de las personas junto con el interés público y social. Esto sólo se puede llevar a cabo en un estado constitucional, de legalidad, con la responsabilidad y fortaleza de las instituciones, y por el imperio de la ley.

No hay duda de que en la actualidad es muy importante la protección de la propiedad industrial para el desarrollo de un país, de su economía, de sus industrias, de su bienestar y hasta para la vida misma de sus habitantes. La propiedad industrial necesariamente debe ser protegida, promovida y reglamentada para incentivar a la creatividad y a la competitividad comercial, tanto a nivel Nacional e Internacional.

La estrecha convivencia de la propiedad industrial y la competencia económica hace que sea muy relevante conocer ambas áreas del derecho por parte de los abogados que ejerzan cualquiera de ambas. Si bien la naturaleza jurídica de cada una es distinta, paradójicamente, se relacionan en la cotidianidad. No son áreas antagónicas, más bien son complementarias para la protección de los consumidores de productos y servicios que tengan derechos de propiedad industrial. Por lo tanto, se puede generar un círculo virtuoso de la protección de todos los entes implicados y repercutir positivamente en la economía mexicana.

El uso cotidiano de las patentes y marcas por parte de sus titulares, así como por los abogados especialistas de la misma, ha llegado al abuso de los derechos de propiedad industrial en detrimento de la libre competencia de los mercados. Tales abusos de los derechos exclusivos de propiedad industrial pueden traducirse en conductas anticompetitivas del Derecho de la Competencia Económica. Las conductas anticompetitivas traen distorsiones a diversos mercados, afectan a los

consumidores, al desarrollo de la economía nacional y consecuentemente impacta en la competitividad de México en el mundo.

El tema de esta investigación es conocer las conductas anticompetitivas del Derecho de la Competencia Económica creadas por medio de los derechos de las patentes y marcas. En ciertas condiciones el uso y explotación de los derechos de propiedad industrial pueden afectar a la libre competencia económica porque algunas acciones pueden trascender a conductas anticompetitivas. Siendo estas dos áreas del derecho que podrían ser consideradas opuestas o antagónicas.

Las patentes, marcas y sus contratos de licencia son susceptibles de transgredir al derecho de competencia económica. Las conductas anticompetitivas en el derecho de la competencia económica son las prácticas monopólicas absolutas, prácticas monopólicas relativas y las concentraciones ilícitas.

La principal duda a resolver en esta investigación es: ¿El abuso de los derechos de las patentes y marcas puede afectar la libre competencia económica? Para ello analizo la naturaleza jurídica de las patentes y marcas desde la óptica de la propiedad industrial para luego analizar sus vínculos con las prácticas monopólicas absolutas, prácticas monopólicas relativas y las concentraciones.

Usare dos métodos simultáneamente para poder desarrollar el presente trabajo de investigación:

1.-El método analógico para realizar el estudio de las semejanzas, diferencias y relaciones para distinguir entre la propiedad industrial y derecho a la competencia económica con su interacción en cuanto a los riesgos de contener conductas anticompetitivas con derechos de patentes y marcas.

2.-El método analítico para distinguir y dividir cada una de las partes de esta interacción de los derechos de las patentes y marcas, y el derecho a la competencia económica con el objetivo de conocer su naturaleza jurídica para así comprender su relevancia de estas distintas disciplinas.

Al ser una tesis para obtener el grado de licenciatura utilizaré doctrina, leyes, jurisprudencia, tratados internacionales y estudios económicos. El presente trabajo de investigación está integrado por 6 capítulos.

En el primer capítulo “La Naturaleza jurídica de las patentes y marcas” se comprenden los conceptos básicos de los derechos de propiedad industrial de dichas figuras jurídicas. Un elemento muy importante de este primer capítulo fue extraer el concepto de “El monopolio de los derechos de propiedad intelectual” porque continuamente estará presente por las constantes interacciones y cuestionamientos con el derecho de la competencia económica que ésta investigación exige. Las “Características de licenciamiento desde la óptica de la propiedad industrial” muestran la trascendencia de los contratos de licencia en la cotidianidad del ejercicio de los derechos de la propiedad industrial.

Dentro del segundo capítulo “El Derecho de la Competencia Económica” explico el área especializada del derecho que analizo como contraparte de este trabajo. En el subcapítulo “El monopolio en el Derecho de la Competencia Económica” explico el concepto del monopolio, que estará en constante interacción entre los derechos exclusivos de la propiedad industrial con el Derecho de la Competencia Económica. El siguiente subcapítulo “Prácticas anticompetitivas” expongo las conductas ilegales que integran a dichas figuras. Finalmente el subcapítulo “Los derechos exclusivos de la propiedad industrial ¿un monopolio para la competencia económica?” profundizo en las características de los derechos exclusivos de la propiedad industrial en contraposición a las regulaciones del Derecho de la Competencia Económica para resolver tal cuestionamiento que reiteradamente se hace a dicha área del derecho.

En el tercer capítulo “Prácticas monopólicas absolutas y sus vínculos con las patentes y marcas” desarrollo cada práctica monopólica absoluta y explico los vínculos que tienen dichas prácticas con las patentes y marcas. De las cinco conductas establecidas en la legislación de competencia económica cuatro son sensibles a tener riesgos con los derechos de propiedad industrial. Dichos riesgos

se manifiestan si dichos derechos de propiedad industrial son ejercidos o licenciados entre competidores.

De igual forma en el cuarto capítulo explico las “Prácticas monopólicas relativas y sus vínculos con las patentes y marcas”, analizo las conductas consideradas como prácticas monopólicas relativas junto con sus vínculos con las patentes y marcas. En este capítulo examino cada conducta prescrita como prácticas monopólicas relativas y ejemplifico con algunos casos. En dicho capítulo hago la mención de la importancia del poder sustancial de mercado y de las barreras a la entrada para realizar dichas conductas anticompetitivas. Además, analizo algunos riesgos a la competencia en las patentes como los “*patent thickets*”, “*patent trolls*” “*pack license*”, “*pools of patents*”, “*technological pools*” y “*patent ambush*”.

Para el desarrollo del quinto capítulo “Riesgos de las concentraciones de la competencia económica y sus vínculos con las patentes y marcas” reviso el fenómeno de las concentraciones en el Derecho de la Competencia Económica y sus vínculos con las patentes y marcas. Las concentraciones son bastante comunes en el comercio, dichas conductas se encuentran reguladas por el Derecho de la Competencia Económica y también se encuentran estrechamente relacionadas con la adquisición de derechos de propiedad industrial. En ciertas condiciones dichas adquisiciones pueden traer afectaciones a la libre competencia por lo tanto las autoridades de competencia económica someten a su evaluación dichas operaciones para autorizarlas, negarlas o condicionarlas.

Por último, en el sexto capítulo “Efectos económicos internacionales entre la propiedad industrial y la competencia económica” expongo los cambios del Derecho de la Competencia Económica y de la propiedad industrial que han existido en nuestra historia hasta la actualidad y que han trascendido a nuestro entorno internacional. Durante décadas México experimentó las consecuencias de no generar condiciones mínimas para la libre competencia en sus mercados. Pero existieron diversos sucesos importantes que hicieron que tengamos hasta hoy un mercado de libre comercio con regulaciones de competencia económica, tratados

internacionales de propiedad intelectual y comercio exterior, y un marco jurídico de propiedad intelectual.

Con esta investigación puedo mostrar que ciertas conductas abusivas realizadas por agentes por medio los derechos exclusivos de las marcas y patentes, y que pueden trascender en prácticas anticompetitivas del Derecho de la Competencia Económica. Dichas conductas tienen la susceptibilidad de incidir en transgresiones a la libre competencia, al crecimiento y desarrollo económico de diversas zonas de México, al bienestar de los consumidores y habitantes del país. Por ello la propiedad industrial debe de tener un balance con el Derecho de la Competencia Económica, en favor de un estado de derecho y constitucional para el bienestar de nuestra población mexicana.

I. NATURALEZA JURÍDICA Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS PATENTES Y MARCAS

Una de las áreas de la propiedad intelectual es la de la propiedad industrial, por su especial naturaleza otorga privilegios temporales, exclusivos y limitados por la ley de la propiedad industrial a las creaciones industriales y a los signos distintivos.

Dentro de la propiedad industrial existen por lo menos tres grandes grupos importantes (claro que está sujeto a discusión posterior). Las primeras son las creaciones industriales las cuales a su vez se subdividen en patentes, modelos de utilidad y diseños industriales, éstos últimos se dividen en dibujos industriales y en modelos industriales. El segundo grupo lo integran los signos distintivos los cuales los integran las marcas, los avisos comerciales, los nombres comerciales, las denominaciones de origen e indicaciones geográficas, y por último los secretos industriales. El Dr. Rangel Medina define a la propiedad industrial como:

“En cuanto al derecho de la propiedad industrial, considerado como el privilegio de usar de forma exclusiva y temporal las creaciones y los signos distintivos de productos, establecimientos y servicios, se considera que comprende cuatro grupos de instituciones”.¹

Asimismo, el Dr. Rangel define a los actos que son objeto de la propiedad industrial:

“En cambio, si la actividad del intelecto humano se aplica a la búsqueda de soluciones concretas de problemas específicos en el campo de la industria y del comercio, o a la selección de medios diferenciadores de establecimientos, mercancías y servicios, entonces los actos son objeto de la propiedad industrial”².

¹ Rangel Medina, David, *Derecho de la propiedad industrial e intelectual*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1991, p. 1.

² Rangel Medina, David, *Derecho Intelectual*, México, McGraw-Hill, 1998, p. 9.

1.1 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PATENTES

La patente es un título concedido por el Estado para el titular, inventor o causahabiente, en el cual formaliza el derecho exclusivo y temporal para explotar comercialmente una invención.

Una de las bases constitucionales de los derechos exclusivos de la propiedad intelectual se encuentra en el artículo 28 décimo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

[...]

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.

[...]

Por lo tanto los inventores y las patentes (en general las invenciones) tienen fundamento y protección de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A su vez, la fracción XV del artículo 89 de la misma Constitución, de las facultades y obligaciones del Presidente:

[...]

XV. Conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado, con arreglo a la ley respectiva, a los descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria.

[...]

Dicha fracción muestra las facultades del presidente para la creación de normas generales en el sistema jurídico y político mexicano para presentar iniciativas de

leyes federales para que sean discutidas y revisadas por el Congreso de la Unión pasando por su debido proceso de reforma de ley. De igual forma el presidente puede crear y reformar las leyes de propiedad industrial.

Debe de señalarse que dicha fracción se refiere a los derechos exclusivos de la propiedad industrial por expresamente mencionar “*privilegios exclusivos por tiempo limitado*”, los cuales son los derechos exclusivos que el Estado mexicano concede por tiempo limitado a los “*inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria*”. También menciona a los perfeccionadores en el caso que sean titulares de registros de modelos de utilidad y/o diseños industriales. Además refiere a la ley respectiva, en este caso, a la Ley de Propiedad Industrial.

La fracción XXIX-F del artículo 73 de la Constitución, el Congreso tiene facultad:

[...]

XXIX-F. Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional.

[...]

Dicha disposición refiere a las facultades legislativas del Congreso de la Unión. Dentro del exhaustivo listado del artículo 73 de la Constitución la fracción XXIX-F menciona “*Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera*”, lo que se traduce en el menester de la federación en promover la economía nacional al promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera. La parte de “*la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional*” es uno de los objetivos centrales de dicha fracción porque se refiere a que el Estado mexicano tenga la directriz para regular la

tecnología, los conocimientos científicos y tecnológicos en todo el país para beneficio de toda la población.

Asimismo, el Dr. Rangel Medina considera que hay una relación del Estado mexicano con el otorgamiento de las patentes:

“En México siempre se ha considerado a la patente como un monopolio de explotación de la industria o arte a que el invento se refiere. El monopolio consiste en el esencial privilegio concedido por el Estado al autor de una invención que reúna determinadas exigencias legales, acreditándose la exigencia de tal concesión con el certificado llamado título de la patente que expide el Poder Ejecutivo”³.

Por lo tanto un título de patente es un documento en el cual el Estado mexicano autoriza a su titular para usar, explotar, licenciar y transmitir la invención de forma exclusiva, mientras reúna las exigencias legales. Asimismo, el Dr. De la Parra hace algunas precisiones:

“La expresión patente tiene muchos significados. Por ejemplo, desde un punto de vista semántico, significa hacer manifiesto o visible algo. Para el derecho de la propiedad intelectual, el vocablo patente se utiliza para identificar tanto el derecho a explotar en exclusiva ciertos inventos, como el documento expedido por el estado para hacer constar ese derecho subjetivo de carácter exclusivo”.⁴

Los derechos exclusivos de propiedad industrial son también derechos de propiedad porque finalmente son bienes susceptibles de entrar en el patrimonio de las personas. Al igual que cualquier bien son protegidos en sentido negativo en el texto constitucional, estableciendo los límites que la autoridad no puede transgredir

³*Ibidem*, p. 23.

⁴ De la Parra Trujillo, Eduardo, “*Derechos de los autores, artistas e inventores*”, México, Instituto de investigaciones jurídicas, 2015, p. 27.

injustificadamente. El artículo 14 constitucional segundo párrafo dispone al respecto:

[...]

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

[...]

Luego entonces, los derechos exclusivos de propiedad industrial tienen protección constitucional en relación con los derechos de propiedad. Al igual los derechos de propiedad industrial son protegidos contra los actos de molestia del artículo 16 constitucional primer párrafo, el cual señala:

[...]

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

[...]

El artículo 133 constitucional prescribe que son Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales que estén de acuerdo con la Constitución, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado.

Existen diversos tratados internacionales en materia de propiedad industrial firmados por México que incluyen protección para las patentes y sus titulares, como

el “*Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*”, el “*Tratado de Cooperación en materia de Patentes*”, el “*Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes*” y el “*Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes*”.

La Ley de la Propiedad Industrial (LPI) define a las invenciones en su artículo 15:

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.

Asimismo para el Dr. David Rangel Medina una invención es:

“La invención puede ser definida como el planteamiento de un problema en la industria y la propuesta de su solución”⁵

De las definiciones citadas puedo interpretar que una invención es una creación material y humana para crear soluciones a necesidades y problemas.

Las invenciones deben de ser presentadas ante las oficinas de concesión de patentes del país, en nuestro caso en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI).

Sin embargo una invención tiene que cumplir varios requisitos para obtener un título de patente. La ley de Propiedad Industrial es de gran ayuda al definir varios conceptos importantes como lo son los requisitos de patentabilidad; los cuales son novedad, actividad inventiva y aplicación industrial (art. 16 LPI). A su vez el artículo 12 de la LPI prescribe los tres requisitos:

Lo nuevo o novedad significa:

I.- Nuevo, a todo aquello que no se encuentre en el estado de la técnica;

⁵ *Ibidem*, p. 24.

El “estado de la técnica” es:

II.- Estado de la técnica, al conjunto de conocimientos técnicos que se han hecho públicos mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero;

La actividad inventiva es:

III.- Actividad inventiva, al proceso creativo cuyos resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para un técnico en la materia;

Y la aplicación industrial es:

IV.- Aplicación industrial, a la posibilidad de que una invención tenga una utilidad práctica o pueda ser producida o utilizada en cualquier rama de la actividad económica, para los fines que se describan en la solicitud;

Estos requisitos son las tres condiciones positivas de patentabilidad.

El derecho conferido por la patente estará consignado por las reivindicaciones aprobadas; las descripciones y los dibujos servirán para interpretarlas. La patente tendrá una vigencia de 20 años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud (art. 23 LPI); la vigencia estará sujeta al pago de las tarifas correspondientes (el pago de los derechos por la solicitud de patente y sus anualidades).

El Dr. De la Parra señala lo siguiente respecto sobre las invenciones y a su proceso de patentabilidad:

“En México, las patentes son otorgadas por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (previo trámite administrativo), cuya protección solo abarca el territorio nacional. Por lo tanto si queremos obtener la protección de un invento en otros lugares, es necesario obtener la patente en cada uno de los países donde se desee la protección, ya sea haciendo los tramites directos en cada lugar o simplificando el proceso a través de la tramitación prevista en el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT). Lo que si debe quedar muy claro es que no existe una patente mundial o internacional, sino que solo se puede obtener varias patentes nacionales”.⁶

Cabe señalar una precisión muy útil que hace el Dr. De la Parra al señalar que las invenciones deben de patentarse en cada país que se requiera proteger, ya sea solicitando en cada país su procedimiento doméstico o por medio del procedimiento PCT.

El IMPI para evaluar que una invención es nueva y resultado de actividad inventiva analiza y compara el estado de la técnica en la fecha de presentación de la solicitud de patente o de la prioridad señalada en la misma; estarán incluidas en el estado de la técnica todas las solicitudes de patente presentadas en este país con anterioridad a esa fecha, que se encuentren en trámite.

El titular de la patente, persona física o moral, o su causahabiente (con la autorización del titular) son quienes tienen el derecho exclusivo de explotar aquel invento (art. 9 LPI). El derecho para obtener la patente es de quien creó la invención, en el caso de que sea una pluralidad de inventores les pertenecerá a todos en conjunto el derecho de obtención. El inventor o inventores tienen derecho a ser mencionados en el título correspondiente o a oponerse a esta mención (art. 13 LPI).

⁶ *Ídem.*

También menciona la ley que el derecho de obtener una patente podrá ser transferido entre vivos o por vía sucesoria (art. 10 Bis párrafo tercero LPI).

La divulgación, la primera vez que la invención se da a conocer, no afectará que siga considerándose nueva, si dentro de los doce meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de patente o de la prioridad reconocida el inventor o su causahabiente hayan dado a conocer la invención públicamente por cualquier medio de comunicación, por la puesta en práctica de la invención o porque la hayan exhibido en una exposición nacional o internacional (art. 18 LPI). Por lo tanto si el inventor o el causahabiente dieron a conocer públicamente la invención deberán presentar la solicitud correspondiente de patente ante el IMPI, incluyendo los documentos o cualquier otra prueba para acreditar ese hecho.

El derecho conferido por la patente estará determinado por las reivindicaciones aprobadas. La descripción y los dibujos o, en su caso, el depósito de material biológico sirven para interpretar dichas reivindicaciones (art. 21 LPI).

Los derechos exclusivos al inventor o causahabiente de explotación de la invención patentada confieren algunas prerrogativas: Si el objeto de protección de la patente es un producto, el titular tiene el derecho de impedir a terceros que fabriquen, usen, vendan, ofrezcan en venta o importen el producto patentado, sin su autorización. La patente de un proceso, el titular tiene el derecho de impedir a otras personas que utilicen ese proceso, vendan, ofrezcan en venta o importen el producto obtenido directamente de ese proceso, todo esto en el caso que no haya dado su consentimiento expreso. La explotación realizada por licenciatarios se considerará como patente explotada por el titular de esta si la licencia fue inscrita en el IMPI.

Asimismo, los derechos de la concesión de una patente no producirán efectos ni serán infracciones administrativas o delitos contra las limitaciones que la ley regula como (art. 22 LPI).

Concluida la parte de las patentes continúo con las marcas.

1.2 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MARCAS

La Ley de la Propiedad Industrial en su artículo 88 define como marca:

Se entiende por marca, todo signo perceptible por los sentidos y susceptible de representarse de manera que permita determinar el objeto claro y preciso de la protección, que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado.

El Dr. Rangel Medina define a la marca como:

“Se considera marca como el signo de que se valen los industriales, comerciantes y, prestadores de servicios para diferenciar sus mercancías o servicios de los de sus competidores”.⁷

El fundamento constitucional de las marcas es un tanto complejo por el trato particular que se le ha dado en nuestra legislación nacional, en este caso los artículos constitucionales 28 décimo párrafo, 73 fracción XXIX-F y 89 fracción XV que protegen las creaciones nuevas y derechos de autor, en sus respectivas menciones, no protegen estos mismos a los signos distintivos, entre ellos las marcas. Por lo tanto las diferencias del derecho intelectual o propiedad intelectual entre sus mismas áreas de estudio quedan diferenciadas por la misma Constitución. Las invenciones, derechos de autor y signos distintivos son diferenciadas por la misma ley porque tienen objetos de protección, contenido de los derechos exclusivos, características y finalidades distintas.

Pero que no tengamos de una manera muy expresa y taxativa la protección de las marcas en nuestra Constitución no quiere decir que los signos distintivos no tengan

⁷ Rangel Medina, David, “*Tratado de derecho marcario*”, México, Editorial Libros de México, 1960, p.153.

tutela en la norma suprema, por lo tanto habrá que echar mano de los principios constitucionales y de la interpretación sistemática.

El artículo 73 fracción X de la Constitución establece:

El Congreso tiene facultad:

X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123.

Por lo tanto, dentro de las facultades exclusivas del Congreso de la Unión es la de legislar en materia comercio. En las facultades reglamentarias del Congreso federal el comercio incluye a los signos distintivos porque en la exposición de motivos de la LPI señala el Dr. Rangel:

“La Ley que se expide tiene apoyo constitucional en los artículos 28 y 89 fracción XV, que se refieren a las facultades de la Federación para legislar sobre privilegios industriales de invención y de mejoras, y asimismo tiene fundamento en el artículo 73 fracción X, que faculta al Congreso Federal para legislar sobre Comercio”.⁸

Por lo tanto conjuntamente se refiere esta exposición de motivos a ambas facultades del Congreso legislar en materia de Propiedad Industrial y en materia de Comercio, los signos distintivos tienen una naturaleza especial dentro de la propiedad intelectual por tener elementos de ambas.

Asimismo, la Ley de la Propiedad Industrial expresamente señala que:

Artículo 2º.- Esta ley tiene por objeto:

⁸ *Ibidem*, p. 98.

I.- Establecer las bases para que, en las actividades industriales y comerciales del país, tenga lugar un sistema permanente de perfeccionamiento de sus procesos y productos;

II.- [...]

III.- Propiciar e impulsar el mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios en la industria y en el comercio, conforme a los intereses de los consumidores;

IV.- Favorecer la creatividad para el diseño y la presentación de productos nuevos y útiles.

V.- [...]

VI. Prevenir los actos que atenten contra la propiedad industrial o que constituyan competencia desleal relacionada con la misma y establecer las sanciones y penas respecto de ellos, y

[...]

Existen diversos tratados internacionales de los que México forma parte y que protegen a los signos distintivos como el *“Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial”*, el *“Acuerdo de Viena por el que se establece una Clasificación Internacional de los elementos figurativos de las marcas”*, el *“Arreglo de Niza Relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas”* y el *“Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas”*.

Al igual que en el subcapítulo pasado, considero que las marcas también están protegidas contra los actos privativos y de molestia puesto que son bienes que están dentro del patrimonio de las personas.

Las marcas se dividen en denominativas, holográficas, tridimensionales, sonoras, olfativas, con elementos operativos y la combinación de las características señaladas.

En nuestro sistema jurídico de propiedad industrial el derecho sobre la marca nace de dos formas: del registro ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, o por uso previo sin registro (también le reconoce derechos a quien usa la marca como la prelación para registrar la marca o acción de nulidad).

Existen en México varios principios que regulan a los signos distintivos. Dichos principios son: el principio de territorialidad, temporalidad, especialidad, exclusividad y novedad; los citados no son todos los principios, diversos autores y legislaciones han considerado algunos distintos. Brevemente explicare cada principio.

El principio de territorialidad consiste en que para que la marca tenga protección debe ser registrada o usada en el país en el que se quiera explotarla (art. 87 LPI). Además el Sistema de Madrid (conformado por el Arreglo de Madrid y el Protocolo) permite proteger mediante el registro internacional que surte efecto en cada una de los países firmantes de los tratados. El principio de territorialidad, es el mismo que para las invenciones, se refiere a que una marca solo tendrá protección si se registra en el país donde desea proteger.

El principio de temporalidad trata de que los registros marcarios tienen una vigencia de 10 años prorrogables ilimitados (art. 95 LPI).

Otro principio es el de especialidad, consiste en que a una marca se le debe asignar los productos o servicios que se desean proteger. El titular de la marca debe decidir a cuál de las 45 clases de productos y servicios quiere que protejan sus marcas por medio de la Clasificación de Niza, creada por el Arreglo de Niza (1957), que ha establecido la clasificación internacional de productos y servicios que se aplica para el registro de marcas. Por lo tanto el titular de la marca no puede elegir ilimitadamente a que productos y servicios dará protección a su marca (sin embargo ya existe en diversos países el sistema multiclase establecido en el Tratado de

Singapur, que protege el registro a varias clases de la clasificación de Niza, y que en algún momento podría llegar a México).

Al respecto el Dr. Rangel Medina hace algunas consideraciones del principio de especialidad:

“De cuyo principio se deduce la regla general según la cual la marca no puede registrarse para proteger, indeterminadamente, cualquier mercadería, ya que el alcance de la propiedad de una marca se limita a la protección de los productos para que fue registrada. Esa misma marca puede ser registrada por cualquier otra persona para distinguir productos de otra clase”.⁹

El principio de exclusividad consiste en que los derechos de las marcas son exclusivos porque no pueden ser usados ni explotados sin la autorización del titular de las mismas.

Por último, el principio de novedad lo explica el Dr. Nava Negrete:

“De la misma capacidad o eficacia distintiva de la marca surge su inconfundibilidad con otras marcas existentes ya registradas o usadas para los mismos o similares productos o servicios, en esto consiste la novedad”.¹⁰

Cabe señalar que la existencia de las marcas notoriamente conocidas y famosas rompen con los principios de especialidad y territorialidad porque una marca que es ampliamente conocida, incluso mundialmente, no puede ser registrada por alguien diverso al titular de la marca, que sea similar en grado de confusión ni que se intente registrar para clases distintas de las que ya existen registros previos. Por ello existe prohibición expresa de su registro en el artículo 90, fracción XV.

⁹ Rangel Medina, David, *“Tratado de derecho...”*, op cit., p. 191.

¹⁰ Nava Negrete, Justo, *“Derecho de las marcas”*, México, Editorial Porrúa, 1985, p. 171.

El titular de una marca tiene derecho de protegerla por medio de las infracciones administrativas que ofrece la Ley de la Propiedad Industrial en su “Título Séptimo De la Inspección, de las Infracciones y Sanciones Administrativas y de los Delitos” en el “Capítulo II De las Infracciones y Sanciones Administrativas” El titular también puede denunciar los delitos del “Capítulo III De los Delitos” ante las autoridades penales federales. Asimismo, el titular puede demandar daños y perjuicios ante tribunales civiles.

Por otro lado, la marca concede la ventaja de poseer distinción a su titular contra sus competidores porque crea una reputación moral y comercial por la calidad de sus bienes y/o servicios, esto tiene relación con la función de protección de la marca que explico unas líneas más abajo. Cuando es más aceptada y reconocida una marca mayor valor tiene y por lo tanto resulta atractivo para la competencia de realizar actos de competencia desleal (sobre todo de realizar apariencias ficticias, entre otras conductas ilícitas) por lo tanto esta protección que otorga sirve para que el titular pueda ejercer sus derechos de producción, distribución, difusión y venta de los bienes y/o servicios de forma pacífica.

Además, algunos tratadistas han analizado algunas de las funciones más importantes de las marcas, tales funciones son de procedencia, garantía de calidad, protección y publicitaria.

Para el Dr. Rangel Medina la “función o indicación de procedencia” es:

“Esta es la esencial finalidad de la marca en el concepto clásico legal de la misma, en tanto se emplea primordialmente para dar al probable comprador una indicación sobre la procedencia de los productos”.¹¹

Entonces, la función de procedencia cumple una tarea muy sencilla pero muy importante como es el establecer un vínculo del producto o servicio con la persona física o colectiva que lo produce.

¹¹ *Ibidem*, p. 173.

Para el Dr. Justo Nava Negrete la “función de garantía de calidad” consiste en:

“Por otra parte, M. Gabay afirma que, gracias a función de garantía de calidad el consumidor tiene los medios para reconocer una marca particular como representación de una calidad constante de productos determinados. Y agrega, que la mayor parte de los especialistas del derecho de las marcas admiten ahora, lo que ha llamado la “función de garantía de calidad” y el hecho de que la marca no solamente el origen de un producto sino maniobra su nivel de calidad”.¹²

La función de garantía de calidad por la presión competitiva que existe en muchos mercados de bienes y servicios, la calidad de estos es muy relevante para el éxito de sus productores que se visibilizan a través de la marca.

De igual forma para el jurista Nava Negrete la “función de protección” trata de:

“Por otra parte, la marca tiene por función la de proteger al titular contra sus competidores, posibles usurpaciones y sobre todo, ella constituye una de los instrumentos por los cuales tanto el fabricante como el comerciante solicitan la confianza del consumidor habituado a reconocer ciertos productos con determinada marca”.¹³

Por lo tanto, la función de protección es de mucha utilidad para sus titulares al brindar certeza jurídica de su uso y explotación contra terceros.

Asimismo, para el citado tratadista Nava Negrete la “función publicitaria” consiste en:

“En relación con esta función, es importante indicar que la actual doctrina italiana (Franceschelli, Adriano Vanzetti, Renato Corrado, Ezio Capizzano, Mario Casanova, etc.), además de admitir la función distintiva de la marca,

¹² Nava Negrete, Justo, “*Tratado de derecho...*”, *op cit.*, p. 155.

¹³ *Ibidem*, p. 157.

ésta desempeña una función publicitaria, de reclame de la clientela. Por su parte, la actual doctrina francesa (Saint Gal, Yves, Chavanne, Jacques, Burts), sostiene que la marca no sólo desempeña una función jurídica sino también económica, ya que constituye uno de los factores esenciales de toda economía; asimismo, tiene una influencia importante en el mercado y cumple un papel de reclame (la marca, por medio de la publicidad adquiere una fuerza de atracción sobre los consumidores y constituye a menudo el elemento primordial de una empresa)".¹⁴

La función publicitaria desempeña tareas más relacionadas con el ámbito económico que con el jurídico. Por el otro lado, una marca le brinda al titular la certeza jurídica y exclusividad de poder realizar dichos actos publicitarios para sus productos o servicios.

Las marcas también tienen un importante ámbito económico por su trascendencia comercial en los mercados. Las marcas pueden tener una gran valoración económica respaldada por las preferencias de los consumidores, lo cual trae consigo amplias ganancias para las empresas. Al respecto el Dr. Jalife Daher opina:

“El derecho al uso exclusivo de una marca, por citar un caso, es un imán que garantiza la preferencia de un segmento del público consumidor por cierto producto o servicio como consecuencia de ello, la marca, como signo distintivo, se convierte en un elemento de valor independiente, propio, que suele ser el activo de mayor valor en cualquier empresa”.¹⁵

Asimismo, las marcas, desde el ámbito económico, son considerados activos. Dichos activos marcarios pueden llegar a trascender en fenómenos comerciales que

¹⁴ *Ibidem*, p. 159.

¹⁵ Jalife Daher, Mauricio, “*Uso y valor de la propiedad intelectual*”, México, Editorial Gasca Sicco, 2004, p. 6.

aportan significativas rentas económicas a sus titulares. De la misma forma expone el Dr. Jalife al respecto:

“Por su presencia en el mercado, la marca inicia una acumulación progresiva de valor intrínseco, que suele superar el que globalmente la empresa pueda llegar a representar por medio de la posesión de otros activos. El activo está constituido por la percepción que se configura en la mente de los consumidores a través de los años de presencia, de publicidad y de distribución de una marca acreditada en el mercado entendido como el resultado de una inversión realizada en el pasado, que si administra adecuadamente, con mucha certeza seguirá produciendo unidades en el futuro”.¹⁶

En la actualidad el valor de las marcas ha alcanzado niveles, si bien ya se habían visto en la segunda mitad del siglo pasado, que irrumpen en la vida cotidiana, ya no sólo de los consumidores de marcas sino del público en general. Es un auténtico fenómeno de nuestra historia, por citar un ejemplo, el caso de Apple con las ventas, utilidades, valor de sus acciones y hasta una especie de consumismo, fanatismo o modo de vida de sus consumidores, incluso es un referente de la cultura actual.

Expuesta la naturaleza jurídica de las marcas, expondré su registro de forma resumida.

Para obtener el registro de una marca se deberá presentarse solicitud por escrito ante el IMPI con los datos requeridos del artículo 113 de la Ley de la Propiedad Industrial. Además, al registro de marca deberá acompañarse el comprobante del pago de las tarifas correspondientes al estudio de la solicitud, registro y expedición del título, así como los ejemplares de la marca cuando sea innominada, tridimensional o mixta (art. 114 LPI). Si la marca es solicitada a nombre de dos o

¹⁶ *Ibíd.*, p. 78.

más personas se deberán presentar con la solicitud, las reglas sobre el uso, licencia y transmisión de derechos de la marca convenidos por los solicitantes (art. 116 LPI). Las marcas tienen por lo menos seis meses de plazo de gracia para reclamar una prioridad de un registro de marca concedido en otro país (art. 117 LPI).

Una vez recibida la solicitud, el Instituto procederá a su publicación en la Gaceta, efectuará un examen de forma de la misma, así como de la documentación exhibida, para comprobar si se cumplen los requisitos de la ley y su reglamento (art. 117 LPI). Concluido el examen de forma, se procederá a realizar el examen de fondo, a fin de verificar si la marca es registrable (art. 122 LPI). Concluido el trámite de la solicitud y satisfechos los requisitos legales y reglamentarios, se expedirá el título (art. 125 LPI).

Nuestra legislación de propiedad industrial cuenta con un sistema de oposición y que fue reformada la respectiva ley el primero de junio del 2016. La oposición consiste en que un tercero que estime que alguna solicitud o publicación de marca pueda invadir sus derechos de marca registrada en relación con los artículos 4 y 90 de la Ley de Propiedad Industrial. La notable ventaja de la oposición es que, a diferencia de las declaraciones administrativas de nulidad, esta se promueve antes del registro de una marca, evitando así futuros conflictos, daños e impugnaciones que se traducen en costos de oportunidad.

Una vez en que surta efectos la publicación en la Gaceta del IMPI cualquier tercero, que considere tiene interés, en un plazo de un mes debe de presentar su escrito de oposición con sus respectivas pruebas y comprobante de pago de la tarifa (art. 120 LPI). Vencido el mes el IMPI notificará las oposiciones presentadas al solicitante por medio de la Gaceta. El solicitante tiene un plazo improrrogable de un mes para contestar por escrito y presentar pruebas contra los escritos de oposición (art. 120 Bis LPI). Desahogada dicha contestación y fenecido su respectivo plazo, el IMPI comunicará las actuaciones al solicitante y a sus opositores para que en un plazo de dos días formulen sus alegatos, los cuales serán tomados en cuenta por el Instituto. Una vez transcurrido dicho plazo el IMPI procederá al examen de fondo

(art. 120 Bis-2 LPI). Una vez que haya transcurrido el trámite de la solicitud el IMPI resolverá sobre las oposiciones recibidas, expresando los motivos y fundamentos legales de su resolución (art. 125 tercer párrafo LPI).

1.3 EL “MONOPOLIO” DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

Debo hacer una revisión acerca del “monopolio” de los derechos de propiedad industrial. El Dr. Fernández Novoa señala que los derechos exclusivos de la propiedad industrial consisten en:

“La exclusividad del derecho subjetivo legalmente atribuido al titular es una nota común a todos los derechos de propiedad industrial. En materia de marcas el carácter exclusivo del derecho subjetivo del titular registral está íntimamente entroncado a él”.¹⁷

Por lo anterior señalado, como característica central los derechos de la propiedad industrial contienen la exclusividad de ser ejercidos por su titular.

Por el contrario nuestra Constitución no considera a los derechos de propiedad intelectual como monopolios, de nuevo señalo al artículo 28 constitucional décimo párrafo:

[...]

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

[...]

¹⁷ Fernández Novoa, Carlos, “*Derecho de marcas*”, Madrid, Editorial Montecarlo, 1990, p. 162.

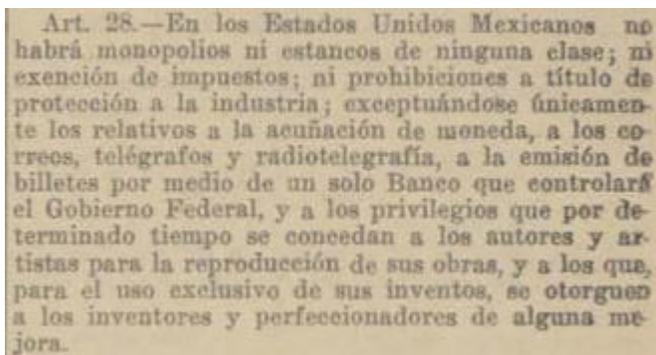
A su vez, la fracción XV del artículo 89 de la misma Constitución, de “Las facultades y obligaciones del Presidente”:

[...]

XV. Conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado, con arreglo a la ley respectiva, a los descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria.

[...]

Ambas disposiciones constitucionales señalan a los derechos de propiedad intelectual como “privilegios”. Incluso el mismo texto constitucional íntegro del 5 de febrero de 1917 mencionaba a los “privilegios”:



Art. 28.—En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo Banco que controlará el Gobierno Federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

18

Por lo tanto, desde la misma redacción del constituyente de 1917, el artículo 28 constitucional menciona textualmente que los “privilegios” otorgados a inventores y perfeccionadores no constituyen monopolios.

De igual forma, el artículo 28 constitucional de la Constitución de 1857 señalaba:

28. No habrá monopolios ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones á título de proteccion á la industria. Exceptúanse únicamente, los relativos á la acuñacion de moneda, á los correos, á los privilegios que, por tiempo

¹⁸ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917”, Enero 2017, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf

limitado, conceda la ley á los inventores ó perfeccionadores de alguna mejora.¹⁹

De la misma manera el texto constitucional menciona que los “privilegios” de los inventores y perfeccionadores de alguna mejora no constituyen ningún “monopolio” (dicho texto fue retomado y reformado por el constituyente de 1917 en nuestra Constitución vigente).

Nuestras Constituciones de 1857 y 1917 fueron inspiradas por otras constituciones occidentales y liberales del siglo XVIII y XIX (Francia, Estados Unidos e Inglaterra), las cuales justamente expresaban en su texto la no aceptación de monopolios en sus respectivos países. Además aquellos países estaban viviendo la primera revolución industrial en su conformación como Estados modernos, por ello exceptuaron de los particulares algunas actividades económicas que debía ejercer el mismo Estado. A su vez, aquellas naciones consideraban a los derechos de propiedad industrial como monopolios por diversas teorías económicas de esos siglos, como el mercantilismo o la economía clásica; sin embargo fue limitado el estudio exhaustivo del concepto de monopolio en esa época, había poco consenso en la importancia de los derechos de propiedad intelectual y ni siquiera estaban claros los parámetros de estudio.

Los “privilegios” fueron mencionados por primera vez en el estatuto de la reina Ana en la Inglaterra de 1710, los cuales fueron concedidos por la monarquía británica a consecuencia de la invención de la imprenta en el siglo XV, y que tardó dos siglos en ser adoptada en varios países de Europa. Dichos privilegios consistían en derechos exclusivos para imprimir libros por parte de los editores de libros, excluyendo así a terceros de su impresión, y tenían vigencia por 14 años. Tales

¹⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas “*Constitución Política de la República Mexicana de 1857*”, Enero 2017, Número 4888, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/legislacion/federal/historicos/1857.pdf>

privilegios, a su vez, eran una manera de control político de la información por parte de la monarquía. El Dr. De la Parra hace algunas precisiones sobre el tema:

“A mediados del siglo XV se da la invención de la imprenta en Europa por Gutenberg, lo que ocasiona un cambio radical en la reproducción y distribución de libros. En esta época todavía no hay derechos de autor como los conocemos, pero si ya algo más parecido. Los monopolios o privilegios de impresión que, por lo general, se les concedieron a impresores. De esta forma, en el siglo XV los estado-naciones concedían diversos monopolios con el propósito de atraer tecnología e inversiones, a estos monopolios se les llamo privilegios”.²⁰

Es importante mencionar que también en Inglaterra existió el Estatuto de Monopolios que explicaremos en el siguiente capítulo.

Independientemente de la específica fecha de la invención de la imprenta (porque hay controversia histórica de la imprenta de oriente y occidente, y de esta misma sobre la temporalidad de la invención) la denominación “privilegios” de los derechos exclusivos de propiedad industrial que hace nuestra constitución actual es errónea por estar desactualizada de las teorías más recientes de propiedad intelectual o industrial y del derecho a la competencia económica. Incluso al llamar a los derechos exclusivos de propiedad intelectual como “privilegios” podría ser interpretado como una denostación por la referencia de aquellos privilegios, en toda la extensión de la palabra, que le otorgaba un monarca permiso a las imprentas para la fijación de obras literarias. Además toma como referencia a una época de grandes diferencias entre los sistemas jurídicos y de propiedad industrial.

Existen diversas teorías que justifican la naturaleza de la propiedad industrial, en esta investigación expondré una de ellas, la teoría utilitarista. La teoría utilitarista, una de las teorías más antiguas, consiste en que la concesión de derechos

²⁰ De la Parra Trujillo, Eduardo, “*Derechos humanos y derechos de autor. Las restricciones al derecho de explotación*”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 141.

exclusivos de propiedad intelectual por parte del Estado, los cuales son una herramienta para estimular la creación de invenciones, obras artísticas y literarias para el beneficio social; el valor social de estos avances industriales es para desempeñar tareas a un costo menor, dicha teoría es más cercana al derecho anglosajón de propiedad intelectual.

Los beneficios de la teoría utilitarista sucedieron en el contexto histórico en occidente durante la revolución industrial y en el inicio del capitalismo, que justificaron las razones político-económicas para los Estados modernos de incentivar los derechos exclusivos de explotar las invenciones para otorgar ventajas competitivas a sus industrias internas y captar la riqueza. Fue una especie de política industrial de protección a las innovaciones industriales para aumentar la productividad interna y mejorar la economía.

Asimismo, Solorio Pérez señala el significado que Adam Smith le dió a los derechos de propiedad intelectual:

“La filosofía utilitarista de la propiedad intelectual se desarrolló en respuesta al uso del poder monopólico para incentivar la innovación. El mismo Adam Smith, pese a ser un gran crítico del poder monopólico como un factor perjudicial para la operación de la mano invisible, justificaba la necesidad de monopolios limitados para promover la innovación y las actividades comerciales que requerían grandes cantidades de inversión inicial y entrañaban grandes riesgos”.²¹

En la teoría utilitarista el caso más claro que sucede en las patentes, en su derecho exclusivo de explotación por parte del inventor o causahabiente causa un efecto monopólico, el cual es temporal. El Dr. González de Cossío opina de forma similar:

“La economía detrás de la patente es clara: incentiva la actividad inventiva dando una recompensa a quien invente algo útil. Y la recompensa es nada

²¹ Solorio Pérez, Oscar Javier, “*Derecho de la propiedad intelectual*”, México, Oxford University Press, 2010, p. 38.

más y nada menos que un monopolio. Al hacerlo genera un imán poderoso que propicia investigación y desarrollo. Sin una protección el inventor vería que sus ideas son copiadas y vendidas a un precio inferior, pues el agente económico copión no tendría la necesidad de amortizar el costo de desarrollo de la invención”.²²

Por lo tanto, se puede observar nuestra Constitución la importancia que representan los derechos exclusivos de propiedad industrial para las industrias, para los inventores y hasta para las sociedades. Si bien en un principio la sociedad se ve despojada de utilizar esa invención patentada por la exclusividad de su derecho de explotación, ese derecho tiene vigencia, así que al concluir sus 20 años de vigencia será del dominio público. Al respecto el Dr. González de Cossío señala que:

“Si bien los monopolios son-desde unas perspectivas agregada-reprochables, su utilización vía patente es astuta: intercambian un mal temporal por un bien permanente a cambio de su contribución al dominio público concluida su vigencia”.²³

Luego entonces, existe un equilibrio entre los derechos exclusivos de los inventores y los derechos económicos sociales, porque estos derechos exclusivos de los inventores son temporales y tienen restricciones en ley. La explotación exclusiva de una patente le devolverá el esfuerzo y recursos invertidos al titular, terminada la vigencia de esos derechos creará valor social al incorporarse al dominio público para el beneficio de todos. De nuevo el Dr. González de Cossío observa la creación de valor social:

“Además los intereses individuales, hay intereses agregados que se procuran. Al creador de una idea le es difícil apropiarse su valor social. Al otorgársele derechos de propiedad exclusivos se le permite apropiarse de

²² González de Cossío, Francisco, *“Competencia Económica y Propiedad Intelectual ¿Complementarios o Antagónicos?”* en Ojeda Lucia, Santos Luis y Roldan José (Coords.), *“Propiedad intelectual y competencia económica”*, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 22.

²³ *Ídem.*

mucho del valor social que genera. Consecuentemente, incentiva ideas al alinear sus beneficios con el valor social que generen, lo cual es necesario para fomentar eficientemente la innovación. Y la innovación fomenta el progreso”.²⁴

Todo lo anterior expuesto justifica la protección de los derechos exclusivos de la propiedad industrial. El abogado Roncero Sánchez señala que los derechos exclusivos le otorgan a su titular dos facultades:

“La protección jurídica se articula en todos los casos, básicamente, sobre la concesión de un derecho de uso exclusivo (monopolio de explotación) y de un derecho de exclusión o prohibición (*ius probendi*) ejercitable *erga omnes*”.²⁵

Sin estas dos facultades, uso exclusivo y derecho de prohibir ese uso a terceros, los derechos exclusivos sobre la propiedad industrial e intelectual carecerían de protección, y hasta de sentido. Debemos de recordar que la propiedad industrial e intelectual protege los derechos sobre bienes inmateriales los cuales son compuestos por 2 elementos *corpus misticum* (la esencia del bien inmaterial sin fijación) y *corpus mechanicum* (el bien inmaterial ya fijado en un soporte material, por lo tanto convertido en un bien material).

A manera de conclusión, en este punto de si los derechos de propiedad industrial o intelectual son monopolios la respuesta es sí. Los derechos exclusivos de la propiedad industrial son monopolios desde un sentido amplio (técnico y económico) puesto que excluyen del uso y explotación a cualquier tercero que no sea su titular. Sin embargo no son monopolios desde un sentido estricto de derecho porque, como señalé, desde la constitución de 1857 y la constitución de 1917 excluyen como monopolios aquellos derechos de propiedad industrial o intelectual. Si bien los derechos de propiedad industrial son un monopolio en sentido amplio, estos fueron

²⁴ *Ídem*.

²⁵ Roncero Sánchez, Antonio, “*El contrato de licencia de marca*”, Madrid, Civitas Ediciones, 1999, p. 25.

analizados por diversos Estados desde hace siglos. El derecho, la política y la economía justifican la existencia y protección de la propiedad industrial o intelectual, y los Estados prefieren proteger los derechos de propiedad intelectual por sus diversos beneficios.

Los beneficios de tener propiedad intelectual en un sistema jurídico son innegables por su tendencia a crear, a perseguir la innovación y su uso social para el bienestar de todos. Sin embargo los derechos de la propiedad industrial pueden ejercerse en forma anticompetitiva.

1.4 EL LICENCIAMIENTO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

El titular de derechos de propiedad industrial podrá conceder licencias para su explotación a una o más personas porque los derechos que confieren una patente o registro (en el caso de modelos de utilidad y diseños industriales), cualquier signo distintivo (para uno o más productos y servicios), o aquéllos que deriven de una solicitud en trámite también se podrán inscribir gravamen y transmitirse total o parcialmente en los términos, con las formalidades que establece la legislación común y a voluntad de las partes contratantes de la licencia. El abogado Roncero Sánchez expone la utilidad de esta figura:

“En la actualidad, entre los negocios jurídicos puede ser un objeto un bien inmaterial protegido con un derecho de propiedad industrial, singularmente, invenciones patentadas y marcas registradas, en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, así como en la normativa internacional aplicable se reconoce y se regula el denominado contrato de licencia o simplemente licencia”.²⁶

Es observable la importancia, la utilidad y la facilidad de la naturaleza de la propiedad industrial para realizar licenciamientos como una manera de transmisión

²⁶ *Ibidem*, p. 58.

de los derechos exclusivos de sus titulares a licenciarios, para que estos puedan usar, explotar, comerciar e incluso sublicenciar a terceros (si detentan dichas facultades).

El concepto de licencia es delimitado por el citado jurista Roncero Sánchez:

“Por contrato de licencia se entiende el contrato en virtud del cual un sujeto titular de un derecho de la propiedad industrial (licenciante) autoriza a otro (licenciario) la utilización o explotación del bien inmaterial protegido con dicho derecho generalmente a cambio de un precio...en el supuesto de que su objeto sea una patente como un derecho de marca se desprende que, a través de su conclusión, se trata de posibilitar que un sujeto (licenciario) pueda usar y explotar el objeto licenciado (en principio un bien inmaterial protegido con un derecho de propiedad industrial) sin adquirir su titularidad y sin que ello impida en principio que el propio licenciante pueda continuar usando o explotando aquel o pueda conceder simultáneamente autorizaciones a otros sujetos para su explotación”.²⁷

En este concepto de las licencias podemos observar que debe existir un contrato, la clásica figura de derecho privado por lo que debe de tener todos los elementos de existencia y de validez de los contratos, siempre deben existir dos partes, el licenciante (persona física o moral titular del derecho de propiedad industrial) que concede al(os) licenciario(s) el uso y explotación de aquellos derechos de propiedad industrial (de la invención, signo distintivo, o cualquier figura de la propiedad industrial), sin adquirir su titularidad y a cambio de un precio.

Incluso al continuar delimitando el concepto de licencia Roncero Sánchez reitera que:

“Los elementos definidores del contrato de licencia son su objeto (en principio, un bien inmaterial protegido por un derecho de la propiedad

²⁷ *Ibidem*, p. 64

industrial), su causa (facilitar a un tercero el uso o explotación del bien inmaterial protegido) y, en estrecha conexión con esta, la prestación esencial derivada del mismo que se concreta en la obligación del licenciante de autorizar al licenciatarario el uso o explotación del bien inmaterial y hacer todo lo necesario para que este pueda ejercer su derecho”²⁸

Luego entonces, se puede observar de la cita que el licenciante debe de realizar todas aquellas actividades para que el licenciatarario pueda explotar el derecho de propiedad industrial pacíficamente, como son que el licenciante renueve los derechos de la creación nueva o del signo distintivo, persiga los actos de competencia desleal, entre otras. Roncero Sánchez señala como se conforman los derechos del titular de un derecho de propiedad intelectual:

“La posición jurídica con la que el ordenamiento inviste al titular de una invención (patentable) tiene una vertiente activa (derechos, facultades, poderes) y una vertiente pasiva (cargas). A su vez, aquella presenta un aspecto positivo (derecho de uso exclusivo) y un aspecto negativo (*ius probendi*) ejercitable erga omnes”.²⁹

Un punto muy importante a reiterar sobre la naturaleza jurídica de la composición de los derechos de propiedad industrial es que tienen dos componentes: el aspecto positivo que es el derecho de uso exclusivo y el aspecto negativo (el *ius probendi*) el cual al ser ejercitable contra todos aquellos que no son titulares de ese derecho; lo cual impide a todo el que no sea titular de dichos derechos su uso y explotación comercial. Por lo tanto en las licencias se transmite el derecho de uso exclusivo y se suspende el ejercicio del *ius probendi* del titular de la propiedad industrial contra el licenciatarario.

Como ya se sabe, los derechos exclusivos de explotación del inventor o causahabiente de la invención patentada confieren algunas prerrogativas, si el

²⁸ *Ídem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 28.

objeto de protección de la patente es un producto el titular tiene el derecho de impedir a terceros que fabriquen, usen, vendan, ofrezcan en venta o importen el producto patentado sin su autorización; el titular de la patente puede autorizar el uso y explotación de una o varias facultades a su licenciataria. En la patente de un proceso el titular tiene el derecho de impedir a otras personas que utilicen ese proceso, vendan, ofrezcan en venta o importen el producto obtenido directamente de ese proceso; de igual forma el titular de la patente de un proceso puede autorizar en la licencia a su licenciataria ejercer diversas facultades sobre dicha invención.

Asimismo, sirve reiterar que la marca crea distintividad en los productos y servicios de su titular entre sus competidores, para que este pueda ejercer sus derechos de producción, distribución, difusión y venta de los bienes y/o servicios, de forma pacífica, también lo faculta para ejercitar acciones legales contra actos de competencia desleal (como realizar apariencias ficticias, entre otras conductas ilegales). De la misma forma, como en las patentes, el titular de una marca autoriza a su licenciataria a ejercer diversas facultades sobre la marca licenciada.

Desde luego, es importante reiterar que si se celebra un licenciamiento, la licencia debe ser inscrita ante el *IMPI* para que pueda producir efectos en contra terceros; Incluso si no se inscribe aún surte efectos entre las partes en caso de controversia. En el contrato deberá especificarse si se quiere que ambas partes (licenciante y licenciataria), o solo una de ellas, persigan los actos de competencia desleal, teniendo así la legitimación y personalidad acreditada; esto dependerá de la voluntad de las partes y de sus condiciones materiales (por ejemplo hay marcas en el extranjero que celebran licencias en este país pero no pueden trasladarse hasta México a litigar los actos de competencia desleal, así que es más conveniente que el licenciataria lo realice).

En el caso de las patentes se prevén las licencias en el “Capítulo VI De las Licencias y la Transmisión de Derechos” de la Ley De La Propiedad Industrial:

Artículo 62.- Los derechos que confiere una patente o registro, o aquéllos que deriven de una solicitud en trámite, podrán gravarse y transmitirse total o parcialmente en los términos y con las formalidades que establece la legislación común...

Artículo 63.- El titular de la patente o registro podrá conceder, mediante convenio, licencia para su explotación.

En el caso de las marcas están reconocidas en el “Capítulo VI De las Licencias y la Transmisión de Derechos” de la misma ley.

Artículo 136.- El titular de una marca registrada o en trámite podrá conceder, mediante convenio, licencia de uso a una o más personas, con relación a todos o algunos de los productos o servicios a los que se aplique dicha marca. til

Las licencias por ley no son exclusivas, salvo estipulación en contrario. La concesión de una licencia no exclusiva no impide que el titular de la patente o registro pueda conceder otras licencias ni que este pueda realizar su explotación simultánea por sí mismo; por lo tanto si se quiere una licencia en exclusiva se deberá redactar expresamente tal característica en el contrato. En sentido contrario, si el licenciante concede una licencia en exclusiva estará impedido para explotar aquel derecho de propiedad industrial o de conceder otras licencias posteriores (exclusivas o no exclusivas) a terceros; en el caso de que el licenciante conceda tales licencias, el licenciario puede demandar al licenciante la rescisión del contrato o el cumplimiento forzoso, y el pago de daños y perjuicios.

El abogado Roncero Sánchez explica las diferencias de los contratos de licencia de figuras de la propiedad industrial que tienen un registro (patentes, marcas, etc.) y las figuras que no lo tienen, como el secreto industrial.

“La distinción entre contratos de licencia que tienen por objeto bienes protegidos mediante derechos de la propiedad industrial (básicamente invenciones patentadas y marcas registradas) y aquellos otros que tienen por

objeto bienes inmateriales no protegidos mediante el otorgamiento de derechos de uso exclusivo (bien porque no sean susceptibles de protección –Know-how-bien porque todavía no hayan sido objeto de la misma)..., en el primer caso, de un lado, se encuentra de antemano con una delimitación precisa del bien inmaterial objeto del contrato y, de otro, el licenciante-titular del objeto licenciado ocupa una posición jurídica cuyo lado activo se integra por un derecho de uso exclusivo y un derecho de exclusión o *ius probendi*. En relación con bienes inmateriales no susceptibles de protección, en el caso de know-how se carece de esa descripción previa y su titular no dispone de *ius probendi* ni tampoco de un derecho de uso exclusivo jurídicamente protegido sino solo de un monopolio de hecho derivado del carácter secreto de los conocimientos que lo integran y de una protección jurídica a través de las normas sobre competencia desleal. Esta diferencia ha llevado incluso a cuestionar que el contrato de licencia pudiera tener por objeto ese conjunto de conocimientos técnicos que se conocen con la denominación del know-how".³⁰

De igual forma, es frecuente el uso comercial que en las licencias de marca, secreto industrial y franquicias se pacte el "control de calidad" por la exigencia por parte del licenciante al licenciatarario que los productos que se vendan o los servicios que se presten deben de ser de la misma calidad que los elaborados por el titular de la marca; en ello existen muchos por menores en el clausulado de la licencia.

La franquicia es un contrato por el cual el franquiciante transmite el uso y explotación de los derechos de propiedad industrial, ya sea signos distintivos, secretos industriales, trade dress y know-how al franquiciatario. Siempre deberá de existir el know-how porque es el elemento central dentro de la franquicia. El abogado Roncero Sánchez explica las diversas modalidades del contrato de franquicia:

³⁰ *Ibidem*, p. 128.

“Entre las diferentes modalidades de franquicia, han adquirido mayor relieve las denominadas franquicias de distribución, de producción y de servicios. En la primera (product franchise), el franquiciador se limita a conceder al franquiciatario un exclusiva de distribución o venta de sus productos o servicios para que los comercialice en un establecimiento dotado con sus signos distintivos, en la franquicia de producción (franquicia estilo empresarial o package franchise, el franquiciado queda autorizado para fabricar el correspondiente producto, siguiendo las indicaciones impartidas por el franquiciador quien también le proporciona asistencia técnica, el uso de la marca para contraseñarlos y, en ocasiones, incluso los materiales utilizados para la fabricación; por ultimo en la franquicia de servicios (service franchise), el franquiciado ofrece un servicio bajo los signos distintivos (nombre comercial, marca) y conforme a las directrices del franquiciador”.³¹

Es muy probable que el contrato de franquicia sea pactado por sus diversas modalidades, ya sea de producción, distribución y comercialización, solo una modalidad, dos o las tres, y atendiendo a cada caso específico pueden existir otras modalidades.

En la ley de propiedad industrial se señalan los elementos mínimos del contrato de franquicia, a saber: que el franquiciante está obligado a proporcionar asistencia técnica, proporcionar la información relativa sobre el estado que guarda su empresa, la zona geográfica en la que el franquiciatario ejercerá las actividades, la ubicación, dimensión mínima y características de las inversiones en infraestructura, el establecimiento físico de la franquicia, las políticas de inventarios, mercadotecnia y publicidad, así como las disposiciones relativas al suministro de mercancías y contratación con proveedores, los criterios y métodos aplicables a la determinación de los márgenes de utilidad y/o comisiones, las características de la capacitación

³¹ Roncero Sánchez, Antonio, “El contrato de...”, *op cit.*, p. 166.

técnica y operativa del personal del franquiciatario, los criterios, métodos y procedimientos de supervisión, información, evaluación y calificación del desempeño, establecer los términos y condiciones para subfranquiciar, las causales para la terminación del contrato, entre otras cláusulas (artículo 142 Bis LPI).

Todo lo anterior por la razón de que el franquiciante pueda producir y vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el franquiciante tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios de la franquicia.

Es común que los licenciantes/franquiciantes exijan contractualmente a los licenciarios/franquiciarios realizar actos de publicidad de los productos o servicios contrasñados para competir contra otras marcas. En el caso de las patentes es poco común que exista aquella obligación (por ejemplo en los medicamentos la publicidad es mayor en la marca que en la patente). El abogado Roncero indica algunas precisiones al respecto:

“Como hemos señalado anteriormente, el licenciario asume la obligación de cumplir los diferentes deberes de prestación que derivan de la imposición de un régimen de control cuando este se pacte expresamente en el contrato. Para algunos autores, dicha obligación derivaría también de una obligación más general que habría de entenderse impuesta al licenciario en todo caso y que se refiere al mantenimiento e incremento del *goodwill* de la marca licenciada. Esta obligación fundamentaría igualmente la obligación del licenciario de desarrollar actividades publicitarias y de promoción de los productos y servicios distribuidos bajo la marca”.³²

En los artículos 142, 142 Bis fracciones III y VII y 142 Bis de la Ley de la Propiedad Industrial exige conductas relativas a la publicidad en la parte que regula el contrato

³² *Ibidem*, p. 253.

de franquicia. Por lo tanto, expresamente dicha ley exige que existan mutuas obligaciones entre las partes en cuanto a un régimen de publicidad. Esto no es insignificante puesto que en la relación contractual existen propósitos similares para ambas partes, y tienen que competir contra otras empresas, lo cual trae algunos fenómenos comerciales.

El Dr. González de Cossío opina al respecto:

“Las restricciones verticales tienen justificaciones y propósitos económicos distintos. Por ejemplo resolver el problema de *Free rider*; promoción de competencia intermarcas; fomento de servicios del distribuidor; permitir una escala mínima eficiente; cuidar una imagen de marca; proteger *goodwill* del productor, proteger *goodwill*; crear una imagen de marca de buena calidad o de moda; lograr una preferencia por distribuidores de múltiples marcas; generar responsabilidad del distribuidor por la calidad y seguridad del producto; lograr una penetración de mercado”.³³

Comercialmente es muy útil que se cuente con publicidad de por medio en los esquemas empresariales (ya sea distribuidores exclusivos, tiendas departamentales, franquicias, etc.) porque se genera mayor atracción al público y esto genera mayor competitividad en los mercados. Imaginemos una tienda exclusiva o especializada en dispositivos móviles (como iShop o Best Buy), la cual que tiene realizar campañas de publicidad, atención especializada a los clientes y exhibición de sus productos al público, y todas estas acciones se traducen en gastos para la empresa; esto se ve reflejado en los precios de sus productos y servicios. En cambio, si hay otra tienda o distribuidor que no invierta recursos en actividades publicitarias, se “ahorra” esos gastos y esto le permitiría ofrecer sus productos y servicios a menores precios. Esto puede generar que el público asista a la primera tienda para observar y obtener información de los productos y/o servicios para luego

³³ González de Cossío, Francisco, “Competencia Económica y Propiedad...”, *op cit.*, p. 37.

ir a la segunda tienda a comprarlos. Incluso puede incrementarse esta disparidad al llegar al punto en el que ninguno de los distribuidores o tiendas quiera destinar recursos en publicidad, lo cual afectará a la marca, que a su vez compite contra otras marcas. Este fenómeno es conocido como "*Free riding*"; el abogado Peredo lo explica:

“Esta ventaja o aprovechamiento que está adquiriendo el segundo de los distribuidores, de los recursos invertidos por el primero de ellos, es lo que inglés se denomina "*Free riding*" y a lo que nosotros nos referiremos como "aprovechamiento de terceros".³⁴

Para evitar fenómenos como el "*Free riding*", los licenciantes/franquiciantes exigen contractualmente a todos los licenciarios/franquiciarios realizar actos de publicidad de los productos o servicios contraseñados para competir contra otras marcas.

³⁴Peredo Rivera, Amilcar, "*Competencia económica. Teoría y práctica*", México, Editorial Porrúa, 2004, p. 158.

2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

2.1 LA ESENCIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

Podemos entender la competencia económica de dos formas básicas, una definición es en sentido económico y la otra en sentido jurídico, también llamada política de competencia.

La primera definición (en sentido económico) es que la competencia económica es el esfuerzo que hacen dos o más agentes económicos (empresas por ejemplo) para obtener mayores ventas de sus bienes y servicios con mejor calidad, y mejores precios del mercado. En un ecosistema de libre competencia cada agente económico debe competir legalmente por obtener mayores ganancias. La libre competencia hace que exista diversidad de ofertas, diferentes competidores, pluralidad de consumidores, mayor cantidad de bienes y servicios, y mejores precios. Incluso hay más valor social adquirido en un entorno de libre competencia, los agentes económicos tienen mayor disposición a innovar sus productos y servicios para el público, este a su vez se ve beneficiado con mayores ingresos, mayor y mejor oferta de empleo, y al mismo tiempo mayor crecimiento económico. La eficiencia y la competitividad son sus fines.

La siguiente ilustración puede resumir el concepto:

Figura 1. Beneficios de la competencia



35

³⁵ COFECE, “Herramientas de competencia económica”, México, USAID, 2015, Febrero 2017, p. 5. https://www.cofece.mx/cofece/images/Documentos_Micrositios/Herramientas_CompetenciaEconómica_vf250815.pdf

El Dr. González de Cossío asegura que los fines del derecho de la competencia económica son (poniendo justo un énfasis en la eficiencia):

“Correctamente entendida, la legislación de competencia económica únicamente protege la eficiencia... Los beneficios genéricos de la competencia consisten en que procura un resultado en el cual, vistos en forma agregada, el beneficio del consumidor y el beneficio del productor son maximizados, evitando una pérdida del bienestar. Es decir el monopolio resulta en desperdicio social agregado”.³⁶

La segunda definición en (en sentido jurídico) del derecho de la competencia económica, también llamada política de competencia, es el conjunto de leyes, instituciones, principios, autoridades, procedimientos y herramientas tuteladas por el Estado para prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y eliminar las barreras a la competencia para la protección de los derechos económicos de los consumidores y ciudadanos para asegurar un ambiente de libre competencia y concurrencia.

En México el derecho de la competencia económica tiene el objetivo de proteger la libre competencia y concurrencia, prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y eliminar las barreras a la competencia, así como las demás distorsiones anticompetitivas que afectan a los mercados, en los términos que establecen la Constitución, los tratados y las leyes.

Nuestro entramado jurídico del derecho de la competencia económica se conforma principalmente de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) y la autoridad principal es la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), esta tiene tres tipos de facultades, las correctivas, preventivas y de promoción.

Muy difícilmente los mercados estarán bien regulados por sí solos (postura de la economía clásica de Adam Smith, postura ortodoxa), por lo tanto no hay garantía

³⁶ González de Cossío, Francisco, *“Competencia Económica y Propiedad...”*, op cit., p. 25.

moral de que estos no violen los derechos de otros competidores ni los derechos de los consumidores al alterar la libre competencia, mucho menos esperar resultados óptimos. Por lo tanto la política de competencia se traduce en un marco normativo desde la constitución, leyes secundarias-sustantivas, leyes procedimentales-adjetivas, sentencias y políticas públicas impulsadas por los tres niveles de gobierno y del pacto federal. Son instrumentos que utiliza el Estado para proteger y promover la eficiencia de los mercados en protección y defensa del consumidor y de la economía en general.

De la misma manera Dr. González de Cossío expone los beneficios de competencia desde la perspectiva del “bienestar social”:

“El bienestar social se maximiza mediante la competencia. La competencia maximiza el valor total de los bienes producidos en una sociedad. Los mercados perfectamente competitivos son los más propicios a lograr el objetivo de proveer a los consumidores con bienes al costo de su producción. En un mercado competitivo ninguna firma solo tiene el poder para reducir el suministro de los bienes ni para incrementar el precio por arriba del nivel de mercado”.³⁷

La base constitucional del derecho de la competencia económica, las facultades de la COFECE, la prohibición de los monopolios y prácticas monopólicas están en el artículo 28 constitucional primer párrafo. En ese dicho párrafo se encuentra prohibición textual de los monopolios y prácticas monopólicas en México:

En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, prácticas monopólicas...

En el mismo artículo, segundo párrafo regula lo que respecta al derecho de libre competencia con el derecho de los consumidores y del público en general:

³⁷ González de Cossío, Francisco, *“Competencia Económica. Aspectos Jurídicos y Económicos”*, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 26.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; 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 o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, 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.

En cuanto a la autoridad investigadora en materia de competencia económica, la COFECE, se encuentra regulada en el citado artículo párrafo decimocuarto:

El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. 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.

De estos párrafos citados de la constitución podemos observar que los monopolios están prohibidos (salvo algunas excepciones de carácter distinto como la propiedad intelectual, las actividades estratégicas y prioritarias del Estado, entre otras); también están prohibidas las prácticas monopólicas (más adelante trataré con mucho detalle en este capítulo) como las concentraciones ilícitas, la fijación de

precios de productos y servicios, entre otras. Asimismo en la constitución están reglamentadas las facultades de la COFECE, es un órgano constitucional autónomo con carácter de autoridad especializada en materia de competencia económica, tiene un órgano colegiado, esta embestida con las facultades de investigación y sanción de prácticas anticompetitivas.

Al respecto el Dr. Ginebra Serrabou señala la importancia del fomento por parte del Estado de la competencia económica:

“El fomento a la competencia juega un papel imprescindible, al igual que le promoción tecnológica. Ante las fallas del mercado, de los mercados competitivos, el Estado-a través de sus políticas de competencia-, debe tomar a su cargo, en base al ideal competitivo, sancionar las prácticas empresariales anticompetitivas, posibilitadas por el poder de mercado y las prácticas colusorias”.³⁸

Considero que el artículo 28 constitucional, entre las muchas lecturas que cada quien pueda interpretar, no solamente se está prohibiendo los monopolios y las prácticas monopólicas ya que ese artículo tiene una doble naturaleza en materia de competencia económica porque también se está protegiendo desde la constitución a la libre competencia de las actividades económicas (estamos en un sistema de libre mercado) y esta a su vez garantiza la efectividad de varios derechos humanos, o al menos a su no afectación. Esto no quiere decir que considero que el derecho a la competencia económica sea un derecho humano pero puede afectar directamente o indirectamente a derechos humanos porque la constitución protege también el derecho de los consumidores y público en general de los monopolios, de las prácticas monopólicas y sus consecuencias que pueden dañar una amplia cantidad de derechos humanos, como son el derecho a la alimentación o el derecho a la salud al tomar como ejemplo que una empresa hospitalaria o de alimentos, respectivamente; fije precios o acapare los bienes y servicios al punto que para el

³⁸ Ginebra Serrabou, Xavier, *“Teoría general del derecho de la competencia económica aspectos económicos jurídicos y humanísticos”*, México, Porrúa, 2012, p. 32.

público se vuelva incosteable acceder a los mismos, lo cual repercutirá indirectamente en el incumplimiento a la protección efectiva de un derecho humano.

El Estado debe de regular parcialmente y bajo determinadas condiciones a las actividades económicas aunque no siempre se afectara directa o indirectamente un derecho humano, dependerá de cada caso concreto definir si eso sucede.

La COFECE tiene los objetivos de investigación y sanción de los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y las barreras a la competencia, COFECE tiene tres tipos de facultades, las preventivas, correctivas y de promoción, son muy importantes estas atribuciones porque son las funciones más importantes de la Comisión, y que sin duda repercutirán en el tratamiento de las prácticas anticompetitivas realizadas a través de la propiedad industrial.

Dentro de las medidas preventivas (ex ante) la Comisión, evalúa las concentraciones para analizar si pueden distorsionar los mercados, para ello condiciona, niega o las autoriza, puede opinar sobre el otorgamiento de licitaciones, concesiones y permisos, y opina sobre propuestas de normas generales que tengan relación directa o indirectamente con el derecho de la competencia. En el capítulo quinto analizare más a profundidad las concentraciones en relación con las patentes y marcas.

Las medidas correctivas (ex post) de la Comisión son: investigar y sancionar prácticas anticompetitivas, investigar mercados con problemas de competencia, exigir eliminar las barreras a la competencia, emitir lineamientos regulatorios para el acceso de insumos esenciales, interponer controversias constitucionales y opina sobre restricciones anticompetitivas de normas generales que tengan relación con el derecho de la competencia. En el tercer y cuarto capítulo revisare con mayor profundidad las prácticas monopólicas absolutas y relativas con relación a las patentes y marcas.

Y las medidas de promoción de la Comisión consisten en promover la cultura de la competencia económica a las autoridades, al sector privado, a las instituciones

académicas, a la sociedad civil y a todo el público. Estas facultades no tendrán tratamiento en esta investigación.

2.2 EL MONOPOLIO EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

Es muy importante darle un tratamiento a la figura del “monopolio” por la importancia de tener un concepto claro del mismo en este trabajo, también porque se ha usado esta figura indiscriminadamente para referir a muchas situaciones económicas y jurídicas que no siempre son acertadas. En el diccionario de la Real Academia Española monopolio significa:

Monopolio

Del lat. *Monopolium*, y este del gr. *μονοπώλιον monopolión*.

1. m. Concesión otorgada por la autoridad competente a una empresa para que esta aproveche con carácter exclusivo alguna industria o comercio.
2. m. Convenio hecho entre los mercaderes de vender los géneros a un determinado precio.
3. m. acaparamiento.
4. m. Ejercicio exclusivo de una actividad, con el dominio o influencia consiguientes. Monopolio del poder político, de la enseñanza.
5. m. Situación de mercado en que la oferta de un producto se reduce a un solo vendedor.
6. m. *desus. Monipodio*.³⁹

³⁹ Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, Marzo 2017, <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=monopolio>

Estos conceptos parten de muy útiles planteamientos para dar forma al significado del monopolio; entonces partimos de la premisa que es el ejercicio de una actividad (cualquiera que sea) por parte por un solo ente (persona física, moral, pública, privada, etc.) y que tiene cuatro orígenes distintos: 1) que ese monopolio sea otorgado por una autoridad competente a un particular; 2) de origen solo exista un único titular de ese monopolio; 3) un convenio hecho entre competidores para formar un monopolio; y 4) que el monopolio sea ejercido por el Estado en alguna de sus facultades. Este último si bien es un monopolio en sentido económico (como clasificamos en el subcapítulo anterior) no es un monopolio en sentido jurídico porque la ley lo excluye de su tratamiento como monopolio y por lo tanto es lícito. En este primer acercamiento en una definición de monopolio podemos concluir que un monopolio es el ejercicio de alguna actividad, principalmente económica, por un solo titular o varios (que aunque sean varios, el efecto y fin es el mismo) y sus beneficios solo son detentados por estos mismos. Reitero lo que nuestra Constitución dispone sobre esta figura:

Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios.

No podría ser más expresa esta declaración. Las razones de la generalizada prohibición de los monopolios en las economías de libre mercado son claras porque el monopolio, con algunas excepciones, no debería de existir en ese sistema económico, ya que de lo contrario sería una contradicción. Incluso los monopolios son criticados por amplios sectores de la población (presunción propia) por las opiniones sobre la inequidad de que únicamente alguien ejerza poder sobre un objeto o actividad y que por lo tanto no haya competencia a cual recurrir; eso a la vista de muchos es reprochable por su exclusión a terceros poniéndolos en situaciones generalizadas de desventaja.

El artículo 28 constitucional párrafo cuarto hace algunas precisiones más allá sobre el monopolio;

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva 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, respectivamente; así como las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

En cuanto a las excepciones que la Constitución hace sobre los monopolios son textuales esas actividades estratégicas del Estado por varias razones económicas, políticas y jurídicas ya que es prioritario que sea titular y ejercida por el Estado por su importancia y sensibilidad para el desarrollo de la Nación. Por el contrario estas actividades implican que no pueden ser ejercidas por una diversidad de competidores en el sector privado; excepcionalmente podrán ser concesionadas a particulares con algunos controles que el gobierno les impondrá para salvaguardar la legislación y el interés público del país como se supone que será en la reforma energética.

Además de las razones expuestas contra los monopolios hay otras razones que agrega el Dr. Richard A. Posner:

“Algunos economistas creen también que el monopolio reduce el incentivo de una empresa para innovar y emplear sus insumos con eficiencia...El

monopolista tiene menos que ganar de la innovación, Ya se ha apropiado de gran parte del excedente del consumidor disponible la empresa competitiva que podría convertirse en un monopolista mediante la innovación no lo ha hecho, El monopolista tiene menos que perder que la empresa competitiva por la ausencia de innovación”.⁴⁰

La misma observación hace el Mtro. Morales Elcoro acerca de las empresas que tienen dominio en un mercado y no tienen la necesidad de innovar:

“Se ha observado que las empresas con poder de mercado cuentan con menores incentivos a la innovación ya que la renta derivada de un nuevo producto reemplazara la renta que ya obtiene la empresa en su portafolio actual de productos. Una mayor presión de la competencia en los mercados evita que las empresas enfrenten el desincentivo que constituye ese efecto remplazo”.⁴¹

Luego entonces al monopolista no necesita ni le importa innovar, tampoco ser eficiente puesto que es el único beneficiado al no existir otros competidores que los consumidores puedan acudir. Esto es delicado y sumamente dañino para la sociedad porque si no hay innovación en el mejoramiento de productos y servicios se afecta al desarrollo económico, científico y tecnológico a capricho de un abusivo ente que ejerce un monopolio. También afecta de manera grave a la sociedad que un monopolista no sea eficiente porque por su posición ventajosa de no tener competidores no tiene la necesidad ni en el incentivo de ser competitivo, mejorar la calidad de sus productos y servicios, con menores precios.

El Dr. Richard A. Posner agrega otros de los problemas que se crean al existir un monopolio es en la distorsión en los mercados:

⁴⁰ Posner, Richard A., “*El análisis económico del derecho*”, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 267.

⁴¹ González de Cossío, Francisco, “*Competencia Económica y Propiedad...*”, *op cit.*, p. 30.

“La posibilidad de entrada parece convertir el monopolio en un concepto puramente académico, sin embargo, la entrada requiere a veces largo tiempo, o está prohibida, o el nuevo competidor no puede producir a un costo tan bajo como el de la empresa existente. Un ejemplo importante del impedimento a la entrada es el monopolio de protección gubernamental, como el caso de las patentes”.⁴²

Entonces si un competidor o un competidor en formación quisiera entrar a un mercado controlado por el monopolista (por sí misma la idea es mala), este tiene muchas más ventajas que el competidor (que esta cuesta arriba para siquiera entrar a competir), no se diga la dificultad de poder competir contra el monopolista. Esta abismal desigualdad de condiciones es injusta y distorsiona el desarrollo económico en muchos mercados. Los obstáculos para entrar a competir en el mercado se llaman barreras de entrada (como las patentes), que explicaré en el cuarto capítulo.

Las consecuencias de un monopolio es que el monopolista tiene la capacidad de fijar o manipular los precios de los productos o servicios y restringir la oferta (cantidades producidas u ofrecidas de bienes y servicios). Estas simples acciones pueden afectar significativamente el mercado porque al poder fijar precios por el simple gusto o conveniencia del monopolista, los consumidores no podrán ir con la “competencia” porque esta simplemente no existe, así que a menos que encuentren otra opción, que es casi nula, como fabricar por ellos mismos el bien o servicio, solo podrán resignarse a comprar a ese precio injusto aquel producto o servicio que requieren. Un ejemplo de esto es que antes de las reformas de telecomunicaciones del 2013 y 2014 había muy poca competencia con América móvil (como único, o al menos de los muy pocos competidores) en los servicios de telefonía móvil; los peores estragos se sufrieron hace 10-15 años en que prácticamente había solo un competidor, los precios eran altos, los servicios deficientes (ya sea en áreas cobertura, pocos paquetes en oferta, interrupción de las llamadas, suspensión

⁴² Posner, Richard A., “*El análisis económico...*”, *op cit.*, p. 262.

esporádica del servicio, entre otras), limitados productos (teléfonos celulares y accesorios) y con poca innovación tecnológica.

Para concluir con el monopolio podemos asegurar que los monopolios de las actividades económicas estratégicas y prioritarias que la constitución permite (no los llama monopolios) tienen un específico marco jurídico y están regulados a través de instituciones para el interés público por estrategia política, económica y jurídica del Estado porque forman parte de la administración pública. Los demás monopolios son reprochables por el daño y pérdida social, por lo general en los monopolios los consumidores y el público en general pierden mucho, y el monopolista se ve beneficiado injustamente en detrimento de los primeros. Concluida la definición del monopolio, continuaremos con el tema de las prácticas anticompetitivas.

2.3. PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

En este subcapítulo hago una introducción de una de las partes centrales de este trabajo.

Las prácticas anticompetitivas son aquellas acciones realizadas por un agente económico para disminuir, obstaculizar, dañar e impedir de cualquier forma la libre competencia o la competencia económica en la producción, distribución o comercialización de productos o servicios para obtener ventajas afectando directamente o indirectamente a los consumidores y público en general. En las normas generales de derecho de la competencia económica vigentes, en la doctrina y en leyes extranjeras las prácticas anticompetitivas se dividen en prácticas monopólicas absolutas, prácticas monopólicas relativas y concentraciones ilícitas.

Nuestra constitución menciona en su artículo 28 párrafo segundo la prohibición, investigación y sanción de las prácticas monopólicas:

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, 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.

No es muy afortunada la redacción y la sintaxis de este párrafo pero sin duda se puede interpretar como señalamiento expreso de las prácticas monopólicas en nuestra Constitución. También el artículo 52 de la Ley Federal de Competencia Económica menciona la prohibición de las prácticas monopólicas:

Están prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y las barreras que, en términos de esta Ley, disminuyan, dañen, impidan o condicionen de cualquier forma la libre concurrencia o la competencia económica en la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios.

Es importante señalar que la Ley Federal de Competencia Económica en su artículo 3 fracción primera define a los agentes económicos como:

- I. Agente Económico: 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.

Esta definición es muy amplia y no es limitativa porque prácticamente cualquier persona es un agente económico si tiene participación directa o indirecta en la

actividad económica, ya sea persona física, persona moral con o sin fines de lucro (como las empresas en esta última) e incluso las personas morales oficiales (cualquier ente de la administración pública), entre otros, es considerado como agente económico.

Como lo señalé, las prácticas anticompetitivas dañan a la libre competencia económica por lo tanto deben de tener un tratamiento expreso en la ley por el principio de taxatividad, legalidad y certeza jurídica. Todas las conductas ilegales que representan dichas prácticas anticompetitivas, prácticas absolutas y relativas, y concentraciones ilícitas se encuentran previstas en la Ley Federal de Competencia Económica; al igual que las leyes sancionadoras en materia penal, administrativa y fiscal tienen conductas expresas en los enunciados normativos existen algunas pautas de interpretación y que analizaré en los siguientes capítulos.

2.3.1 Prácticas Monopólicas Absolutas (PMAs)

Son acciones horizontales conocidos como cárteles económicos o acuerdos colusorios. Se consideran prácticas monopólicas absolutas las acciones entre agentes económicos que consisten en acuerdos contratos, convenios o arreglos para fijar los precios de productos o servicios, restricción del abasto de productos y servicios, dividir el mercado, coordinar posturas en licitaciones, o intercambiar información para llevar a cabo estas acciones sin que sea necesario que consten por escrito estos acuerdos y se sanciona tanto el propósito como sus efectos (sin que sea condición que existan daños para su sanción); estas acciones se consideran ilegales *per se*. Las prácticas monopólicas absolutas están reglamentadas en la Ley Federal de Competencia Económica en su artículo 53:

Artículo 53. Se consideran ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre

Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes:

I.- Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;

II.- Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

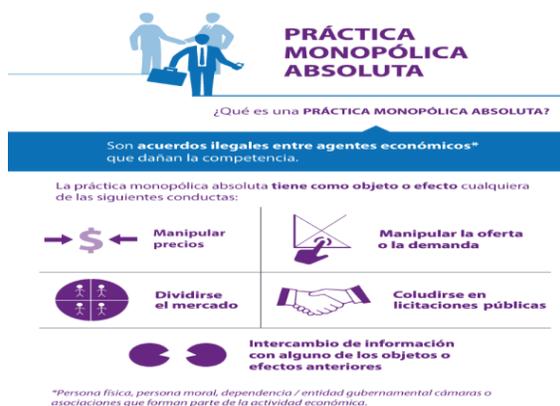
III.-Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;

IV.-Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas, y

V.-Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones.

[...]

Como muestra esta infografía de la página web de la COFECE:



43

⁴³ COFECE, “¿Qué es una Práctica Monopólica Absoluta?”, Mayo 2017, <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/Colusion-v3-MODIFICADO-29ENE18.png>

Estas conductas afectan significativamente a la libre competencia, al mercado, a los consumidores y al público en general, crean simulación de la existencia de libre competencia pero tienen efectos de un monopolio porque manipulan los precios, se restringe la oferta, divide el mercado entre los competidores, en las licitaciones públicas los competidores se coordinan simulando competir para ganarlas, o el intercambio de información para llevar a cabo todas estas acciones.

Las consecuencias a corto plazo serán que ante la simulación de competencia los precios son manipulados del costo real, también la cantidad de bienes y servicios son controlados afectando a su abastecimiento, esto afecta en la calidad de los bienes y servicios porque en estas condiciones se vuelve complicado para otro agente poder competir en las condiciones manipuladas en el mercado en cuestión (que en sí individualmente esa acción ya es ilegal); puede afectar en los bolsillos de los consumidores. En el largo plazo las prácticas monopólicas absolutas dañan la inversión, la innovación, mejores condiciones laborales de un mercado o industria repercutiendo el crecimiento y desarrollo de las economías locales, regionales, nacionales y hasta internacionales.

Por el daño que representan y por las consecuencias que casi siempre traen las prácticas monopólicas absolutas son sumamente cuestionables porque es un despropósito que se simule competir en una economía de libre mercado para luego coludirse para no competir y beneficiarse de las ilegalidades de esos acuerdos, muchas legislaciones le dan tratamiento de prácticas ilegales *per se*, lo que quiere decir que son ilegales siempre y sin que se admita interpretación. De igual manera en México cualquier acuerdo para realizar cualquier práctica monopólica absoluta es ilegal.

2.3.2 Prácticas Monopólicas Relativas (PMRs)

Son acciones verticales, en general no se dan entre competidores del mismo mercado, las cuales consisten en conductas ilegales para desplazar ilegalmente a otros competidores, a diferencia de las prácticas monopólicas absolutas, aquí si hay un ambiente de libre competencia donde hay varios competidores, unos son más eficientes que otros y por ello en su éxito han logrado obtener dominancia, llamada también poder sustancial de mercado en el mercado relevante en el que se encuentran compitiendo estos agentes (la dominancia es condición necesaria para que se realicen dichas prácticas monopólicas relativas). El poder sustancial de mercado por sí mismo no es una conducta ilegal *per se* como en las prácticas monopólicas absolutas pero con este poder sustancial existe una condición razonable de probabilidad de realizar estas prácticas monopólicas relativas.

La dominancia que algunos competidores pueden tener pudo haberse construido ilegalmente. Un ejemplo de estas ilegalidades son las “barreras de entrada” o “barreras a la competencia y libre concurrencia” del artículo 3 fra. IV de la Ley Federal de Competencia Económica:

- IV. Barreras a la Competencia y la Libre Concurrencia: Cualquier característica estructural del mercado, hecho o acto de los Agentes Económicos que tenga por objeto o efecto impedir el acceso de competidores o limitar su capacidad para competir en los mercados; que impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia, así como las disposiciones jurídicas emitidas por cualquier orden de gobierno que indebidamente impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia.

Las barreras de entrada son cualquier característica estructural del mercado, disposiciones jurídicas o las conductas de los agentes que compiten en el mercado para distorsionar la libre competencia (en el capítulo cuarto hare algunas precisiones).

En nuestro país están prohibidas las prácticas monopólicas relativas, sus efectos son disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de productos o servicios. Los requisitos para realizar una práctica monopólica relativa son:

-Los competidores deben de tener poder sustancial en el mercado relevante en el que compiten.

-Realizar alguna de las conductas del artículo 56 de la Ley Federal de Competencia Económica donde prescribe trece prácticas monopólicas relativas.

-Estas conductas del artículo 56 deben desplazar indebidamente a otros participantes de mercado, otorgar ventajas exclusivas a un tercero o impedir que otros competidores accedan a competir al mismo mercado.

2.3.3 Concentraciones ilícitas

Son las uniones de dos o más agentes económicos (también llamadas fusiones), los cuales pueden ser competidores del mismo mercado o no, son ilícitas si tienen por objeto o consecuencia obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia afectando así a la competencia económica. La Ley Federal de Competencia Económica en su artículo 61 dispone que:

Artículo 61. Para los efectos de esta Ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos.

Muchas veces las concentraciones se realizan por agentes económicos para su beneficio para expandirse en sus mercados, ser más eficientes, realizar sinergias, abaratar costos y por lo tanto pueden traer efectos positivos en los mercados,

reducir los precios de los bienes y servicios, obtener mejores ventajas como consumidores, entre otras. Sin embargo, en algunos casos pueden dañar al proceso de libre competencia y generar efectos anticompetitivos.

Las concentraciones ilícitas se encuentran en el artículo 62 de la misma ley:

Artículo 62. Se consideran ilícitas aquellas concentraciones que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica.

Las concentraciones ilícitas tienen gran relevancia dentro del derecho de la competencia económica, por ella la especial atención de las autoridades respectivas. Ante eso el Mtro. Carlos Mena refiere:

“Por el otro lado, la revisión puede ser *ex post*, es decir, posterior al cierre de la operación, si éstas no hubieren sido notificadas; o habiéndose notificado, si se hubiera presentado información falsa o incumplido con las condiciones impuestas y se tienen indicios de que pudieran dañar la competencia. En estos casos, la autoridad debe realizar una investigación para determinar si una concentración es ilícita”.⁴⁴

Si ciertas concentraciones no se notifican a la COFECE para que las evalué pueden tener riesgo de ser consideradas como concentraciones ilícitas si no cumplen con la ley. A contrario *sensu*, las concentraciones que deben notificarse y someterse a la autorización de la Comisión, son las que tengan umbrales del artículo 86 de la Ley Federal de Competencia Económica.

En dicho artículo 86, fracción I se debe de notificar las concentraciones cuando la transacción, independientemente del lugar de su celebración, implique un monto superior a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para

⁴⁴ Mena Labarthe, Carlos, “Leche y concentraciones de mercado”, El Financiero, 16.02.2017, <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/leche-y-concentraciones-de-mercado.html>

el Distrito Federal (\$1, 590,480,000.00 aprox.); fracción II si la transacción implica la acumulación del 35% o más de los activos o acciones de un agente económico, cuyas ventas anuales o activos en territorio nacional importen más del equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal (\$1, 590,480,000.00 aprox.); fracción III si la transacción implica la acumulación en el territorio de activos o capital social superior al equivalente a ocho millones cuatrocientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal (\$ 742,224,000.00 aprox.); y si en la concentración participen dos o más Agentes Económicos las ventas anuales de los Agentes Económicos participantes, de forma conjunta o separada, importen más de cuarenta y ocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal. (\$4,241,280,000.00 aprox.). Dichos montos fueron tomando en cuenta que el salario mínimo general es \$88.36⁴⁵ pesos diarios a partir del 1º de diciembre de 2017 hasta hora.

Ya explicadas de manera general las prácticas anticompetitivas, en el cuarto y quinto capítulo serán analizadas con mayor profundidad.

2.4 LOS DERECHOS EXCLUSIVOS DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL ¿UN MONOPOLIO PARA LA COMPETENCIA ECONÓMICA?

Los derechos exclusivos de la propiedad industrial son, como lo mencioné antes son monopolios de hecho pero no de derecho, monopolios de hecho regulados por el Derecho de la propiedad industrial y tienen condiciones en ley para que el Estado las reconozca y/o conceda títulos de concesión. Dichos derechos exclusivos de propiedad industrial tienen limitaciones (como su duración en el caso de las patentes, la especialidad en el caso de las marcas, entre otras), pueden litigarse ante las autoridades competentes en caso de controversia (si hay invasión entre las

⁴⁵Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, “Nuevo Salario Mínimo General \$88.36 pesos diarios”, 2017, <https://www.gob.mx/conasami/articulos/nuevo-salario-minimo-general-88-36-pesos-diarios?idiom=e>

reivindicaciones de las patentes, similitud entre las marcas, etc.), entre otras restricciones que la ley, jurisprudencia y tratados internacionales les pueda reconocer. Por lo tanto los derechos exclusivos de propiedad industrial están limitados en muchos ámbitos, no son derechos de un poder desproporcionado ni injusto bajo el cumplimiento de la ley.

El abogado González de Cossío, aclara la confusión de los monopolios en relación con las patentes y por si solas no le dan poder de mercado a su titular:

“Una aclaración terminológica es procedente. La calificación de derechos derivados de una patente como monopolio ha generado debate. Correctamente entendida, una patente no necesariamente hace de su titular un monopolista. Y lo inverso también es cierto: un monopolista puede no contar con una patente. Pero tampoco quiere decir que no lo sea. El derecho que una patente otorga es excluir a terceros del uso de su invención. El que ello convierta a su titular en un monopolista-o para ser más exactos, otorgue poder de mercado- obedecerá a otras circunstancias”.⁴⁶

Existe una percepción generalizada en una amplia cantidad de abogados de propiedad industrial o intelectual que han tenido un limitado contacto con el Derecho de la competencia económica de que hay una polaridad entre estas áreas del derecho, incluso que se excluyen mutuamente porque la primera concede exclusividades a sus titulares y la otra combate los monopolios, pero esto no es así.

Como escribí anteriormente los derechos exclusivos de la propiedad industrial o intelectual excluyen a terceros de su uso y explotación sin la autorización de su titular, por lo ello popularmente hay una cierta negativa fama de la propiedad industrial en algunos grupos de la sociedad. Dichos derechos no deben considerarse anticompetitivos por su propia naturaleza de limitar su ejercicio a quien no sea su titular; todo lo contrario los derechos exclusivos son procompetitivos

⁴⁶ González de Cossío, Francisco, *“Competencia Económica y Propiedad...”*, op cit., p. 22.

porque incentivan la competitividad comercial, la innovación, la explotación comercial de bienes y servicios, la eficiencia, el crecimiento y desarrollo económico. Como lo indica el Dr. González de Cossío:

“La propiedad intelectual incentiva progreso otorgando derechos exclusivos a quien genera un valor un valor agregado social. La competencia económica procura eficiencia evitando las consecuencias del poder de mercado”.⁴⁷

La Ley Federal de Competencia Económica excluye como monopolios a los “privilegios” a los derechos de propiedad intelectual en su artículo 7 segundo párrafo:

[...]

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se conceden a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que se otorguen a los inventores y perfeccionadores para el uso exclusivo de sus inventos o mejoras.

[...]

Entonces los derechos exclusivos de la propiedad industrial no serán considerados monopolios *per se* por el derecho de la competencia económica.

Sin embargo los titulares de los derechos exclusivos de propiedad industrial son agentes económicos por lo cual estarán sujetos, como cualquier otro agente, a lo dispuesto a la Ley Federal de Competencia Económica; por lo tanto hay posibilidades que por medio de las patentes y las marcas se realicen prácticas monopólicas absolutas y relativas, y concentraciones ilícitas. Los derechos exclusivos de las marcas y las patentes pueden ser un vehículo para cometer tales conductas anticompetitivas (ejemplo en las concentraciones ilícitas hay activos como las marcas que pueden ser importantes activos del agente económico). Esta

⁴⁷ *Ibidem*, p. 26.

precisión es igualmente propuesta por el Dr. González de Cossío en estas sencillas palabras:

“Un derecho de propiedad intelectual es-bajo la óptica de la competencia económica-como cualquier otro, no es en sí pro o anticompetitivo. Es la forma en que es utilizado lo que puede ser tildado de ilícito bajo la legislación de competencia”.⁴⁸

De la misma manera opina Amigo Castañeda señala los límites de la propiedad industrial y su interacción el Derecho de la competencia económica:

“Aunque cada sistema jurídico tiene características propias, las principales legislaciones contra monopolios han fundamentado la elaboración de reglas aplicables a competencia económica en el principio de que el ejercicio de la Propiedad Intelectual es lícito, siempre y cuando no se extienda el poder de monopolio, de mercado o exclusividad, y existe una clara tendencia a la armonización regional. Un ejemplo es el uso de marcas comunitarias”.⁴⁹

Hay que tener muy en cuenta que en la virtual interacción entre propiedad industrial y el Derecho de la competencia económica debe ser armónica, complementaria e interdependiente, como señale no son contrarias entre sí, y en el caso de que se realicen prácticas anticompetitivas realizadas por medio de las figuras de la propiedad industrial deben de ser investigados y sancionar a sus responsables. El Derecho de la propiedad industrial y competencia económica deben de solucionar los conflictos sobre violaciones a sus respectivas leyes usando sus propias normas generales, instituciones, figuras, principios y autoridades respectivas, ninguna de las dos materias puede intervenir directamente en el ámbito jurídico de la otra. De

⁴⁸ *Ibidem*, p 42.

⁴⁹ Amigo Castañeda, Jorge, “*Reflexiones sobre Competencia Económica Y Propiedad Industrial*” en Ojeda Lucia, Santos Luis y Roldan José (Coords.), “*Propiedad intelectual y competencia económica*”, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 7.

la misma manera Amigo Castañeda precisa que los derechos de propiedad industrial, si se abusan de estos, pueden afectar a la libre competencia:

“El abuso en el ejercicio de los Derechos de Propiedad Intelectual puede dar lugar a conductas anticompetitivas. Ante ello es posible utilizar medidas de frontera con intenciones anticompetitivas. Las medidas de materia de observancia deben permitir que se protejan los intereses legítimos de los titulares de los mismos, pero deben de brindar igual protección contra abusos que puedan distorsionar la competencia injustamente”.⁵⁰

En la misma línea el abogado Moguel Gloria señala que:

“La Comisión Federal de Competencia ha establecido que el derecho de la competencia y el derecho de propiedad industrial o intelectual son instituciones que buscan el bienestar social. En sus determinaciones no se percibe un conflicto entre estas instituciones”.⁵¹

Esto quiere decir que si hay prácticas desleales dentro de la propiedad industrial (invasiones, similitud en grado de confusión, etc.) serán sus respectivos instrumentos normativos los que deben ser empleados para solucionar el conflicto; a su vez, si hay prácticas anticompetitivas (concentraciones ilícitas, prácticas monopólicas absolutas y las prácticas monopólicas relativas) deben ser empleados los instrumentos normativos del Derecho de la competencia económica para dirimir la controversia. Ambas áreas no violan sus propias leyes entre sí.

Sin embargo, si se comete una práctica anticompetitiva en la que se ejerzan derechos de propiedad industrial corresponderá al Derecho de la competencia económica investigar y sancionar al agente económico puesto que ya entra a su área de estudio y de acción. Por lo tanto no puede usarse al Derecho de la propiedad

⁵⁰ *Ibidem*, p. 6.

⁵¹ Moguel Gloria, Martín, “Estudio y Evolución sobre los casos que involucran derechos de Propiedad Intelectual e Industrial en la Comisión Federal de Competencia” en Ojeda Lucia, Santos Luis y Roldan José (Coords.), “*Propiedad intelectual y competencia económica*”, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 110.

industrial para solucionar el conflicto puesto que las acciones del agente económico ya salieron de su campo normativo. Justamente Amigo Castañeda señala que ambas materias tendrán sus respectivas legislaciones para regirse, las cuales deberán ser aplicadas por las autoridades competentes para fijar importantes criterios a seguir:

“Los Derechos de Propiedad Intelectual en México, y específicamente el Derecho de Propiedad Industrial, a pesar de ser relativamente novedosos para las instancias jurisdiccionales y administrativas que se encargan de fijar criterios en relación a las Leyes que los rigen (Ley de la Propiedad Industrial y Ley Federal de Derechos de Autor) se han convertido en verdaderas herramientas relativas a la protección y armonización de una adecuada competencia económica referente a los derechos que acuden a los titulares de figuras como Marcas, Patentes, Diseños Industriales, Reservas de Derechos, entre otras”.⁵²

En conclusión los derechos exclusivos de la propiedad industrial no son considerados monopolios por el Derecho de la competencia económica. Ambas especialidades del Derecho no se excluyen mutuamente, sino que se complementan para lograr mayores beneficios para la sociedad. La interacción entre propiedad industrial y el Derecho de la competencia económica debe ser armónica, complementaria e interdependiente, en el caso de que por medio de los derechos exclusivos de propiedad intelectual se realicen prácticas anticompetitivas, dichas conductas deben de ser investigadas y sancionar a los agentes económicos responsables. Si se comete una práctica anticompetitiva en la que se ejerzan derechos de propiedad industrial corresponderá al Derecho de la competencia económica investigar y sancionar al agente económico.

⁵² Amigo Castañeda, Jorge, *“Reflexiones sobre Competencia Económica Y Propiedad...”*, op cit., p.14.

3. PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS Y SU RELACIÓN CON PATENTES Y MARCAS.

En este punto entro en el quid más importante de este trabajo de investigación, además de conocer la interacción de las regulaciones de la propiedad industrial y competencia económica para comprobar si existen riesgos de la primera para afectar a la segunda. Es relevante analizar a profundidad las prácticas monopólicas absolutas y relativas, y su relación con el uso (en este caso licenciamiento como su principal actividad cotidiana) de la propiedad industrial. En este capítulo expongo las prácticas monopólicas absolutas.

Si bien no existe un marco internacional de la protección del derecho de la competencia económica con relación a la propiedad industrial, en el “*Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*” (ADPIC) en su artículo 40, en su “SECCIÓN 8: CONTROL DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LAS LICENCIAS CONTRACTUALES” dicta que:

1. Los Miembros convienen en que ciertas prácticas o condiciones relativas a la concesión de las licencias de los derechos de propiedad intelectual, que restringen la competencia, pueden tener efectos perjudiciales para el comercio y pueden impedir la transferencia y la divulgación de la tecnología.
2. Ninguna disposición del presente Acuerdo impedirá que los Miembros especifiquen en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir en determinados casos un abuso de los derechos de propiedad intelectual que tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente. Como se establece supra, un Miembro podrá adoptar, de forma compatible con las restantes disposiciones del presente Acuerdo, medidas apropiadas para impedir o controlar dichas prácticas, que pueden incluir las condiciones exclusivas de retrocesión, las condiciones que impidan la impugnación de la validez y las

licencias conjuntas obligatorias, a la luz de las leyes y reglamentos pertinentes de ese Miembro.⁵³

Por lo tanto el ADPIC habilita a que los Estados miembros puedan crear sus propias medidas internas para evitar prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales de propiedad industrial.

Asimismo es posible encontrar posturas sobre si en el ejercicio de un derecho de propiedad intelectual se puede realizar un “abuso del derecho” por cometer alguna conducta ilícita. En el Código Civil Federal, en el “CAPITULO V De las Obligaciones que Nacen de los Actos Ilícitos” en su artículo 1912 dispone que:

Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

Al revisar el enunciado normativo se puede interpretar que debe de existir un derecho, este se ejerce o se ejerció, hay un daño causado por el abuso de dicho derecho, hay intención de causar daño por responsable, que no hay o hubo utilidad para el titular del derecho, y que si todo lo anterior se demuestra hay obligación de indemnización. El código civil Federal no es supletorio de la Ley Federal de Competencia Económica.

No tengo ninguna objeción sobre si un derecho de propiedad intelectual puede causar un daño desde la figura del “abuso del derecho” por realizar una conducta ilegal del derecho de la competencia económica (prácticas monopólicas absolutas, relativas y concentraciones ilícitas). Sin embargo el abuso del derecho es una figura del derecho civil. En el caso de que la autoridad antimonopolios investigue y

⁵³ OMPI, “Acuerdo de la Ronda Uruguay: ADPIC Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio”, http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=305906

sancione una práctica anticompetitiva los particulares que estimen sufrieron algún daño pueden demandar por la vía civil (tiene que ser por “cuerda separada”) para exigir una indemnización ante los tribunales civiles.

Revisaré cada una las prácticas monopólicas absolutas.

Un muy claro e importante elemento que aporta la ley está en su artículo 53 primer párrafo:

Las prácticas monopólicas absolutas serán nulas de pleno derecho.

Por lo tanto, no producirán efecto jurídico alguno. De igual forma si un contrato de licencia de marca o de patente fue celebrado para realizar una práctica monopólica absoluta será anulada de pleno derecho.

3.1 FIJACIÓN O MANIPULACIÓN DE PRECIOS DE PRODUCTOS Y SERVICIOS EN VENTA

La fijación o manipulación los precios es el acto de fijar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados por medio de algún acuerdo entre competidores (que están en la misma cadena de producción) para obtener beneficios indebidos, a costa de dañar o impedir el proceso de competencia y libre concurrencia. En condiciones de mercado, de oferta y demanda, los competidores no deben de determinar arbitrariamente los precios de productos y servicios.



⁵⁴COFECE, “¿Qué es una práctica...”, *op cit.*

Al respecto Peredo Rivera afirma:

“Cualquier acuerdo que tenga la capacidad de fijar precios, será ilegal en sí mismo sin importar si los precios son razonables, ya que el gobierno no tiene por qué estar revisando día a día si los precios son razonables o no”.⁵⁵

La Ley Federal de Competencia Económica expresamente prohíbe la fijación de precios:

Artículo 53. Se consideran ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes:

- I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;
- II. [...]

Estas conductas son muy dañinas para la economía en la que se realicen (local, estatal, regional o hasta mundial) ya que las consecuencias van en contra de los consumidores, sus competidores, agentes económicos que no participan en el acuerdo y hasta el público en general. Existe mucha diferencia de los precios que se generan en un ambiente de libre de competencia. Los actos de un acuerdo de fijación de precios generan beneficios económicos injustos para los participantes de los arreglos colusivos.

Tengo que mencionar algunos capítulos en la historia de México en los cuales se enfrentó la gravedad de fijar precios.

⁵⁵Peredo Rivera, Amilcar, "*Competencia económica...*", op cit., p. 112.

La historiadora Josefina Muriel narra que en 1692 en la Ciudad de México durante la colonia hubo un saqueo masivo contra los comerciantes y sus alhóndigas, que fue provocado por un aumento excesivo en el precio del maíz. Este episodio de nuestra historia está respaldada por el escritor Carlos de Sigüenza y Góngora, además él asegura que en 1691 hubo tormentas que inundaron los campos y las cosechas que quedaron fueron contagiadas por el hongo llamado “*chahuistle*”. Esto trajo una insuficiencia de alimentos, especialmente de maíz, lo cual hizo que los comerciantes aumentaran los precios.

El historiador Héctor De Mauleón comenta algunos detalles de aquellos momentos:

“Las autoridades virreinales intentaron abastecer el almacén de la ciudad-la Alhóndiga-con granos importados de Toluca, Chalco y Celaya. Pero en abril la Alhóndiga estaba prácticamente vacía y una carga de maíz costaba ya 56 reales. A los indios les resulto imposible comprarlo. En reuniones celebradas en pulquerías, relata el cronista de la Tercera Orden, Thomas de la Fuente Salazar, comenzaron a pensar en “quemar México”...

En solo media hora, cuenta Thomas de la Fuente y Salazar, los amotinados hicieron “una Troya de esta ciudad”. Incendiaron el palacio, le prendieron fuego a la alhóndiga, quemaron el edificio del Ayuntamiento, luego saquearon los comercios de la plaza.

Un testigo relató que los indios lanzaban gritos que “daban miedo”. No solo los indios tomaron parte, sin embargo en el alboroto. Según la enumeración clásica de Sigüenza también hubo negros, bozales, mulatos, moriscos, zambaigos, lobos y españoles zaramullos, “que es lo mismo que pícaros, chulos y arrebatacapas”.⁵⁶

⁵⁶ De Mauleón, Héctor, “*La tarde del motín*”, El Universal, 11/01/2017, <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/columna/hector-de-mauleon/nacion/2017/01/11/la-tarde-del-motin>

Se puede observar claramente los daños que puede hacer el simple acto de fijar precios arbitrariamente de productos para, injustificadamente, obtener ganancias. Para evitar ello existen legislaciones alrededor del mundo para prohibir y sancionar la fijación de precios.

Los contratos de licencia de marcas y patentes pueden ser utilizados como vehículos para realizar prácticas monopólicas absolutas puesto que, como ya había mencionado, en la naturaleza de la propiedad intelectual es que existe la posibilidad de que el titular de un derecho exclusivo conceda licencias a terceros.

Asimismo, por medio de un contrato de licencia de patente y/o marca el titular y/o licenciante de esta para autorizar al uso y explotación de los derechos de propiedad industrial puede condicionar al licenciataria para fijar los precios de productos o servicios.

La propiedad industrial es considerada por el derecho corporativo, administración de empresas, contabilidad, entre otras disciplinas, como activo para las personas físicas y morales porque es una propiedad que entra a su patrimonio. Es por ello que la facilidad de ser usadas en negociaciones y ser pactadas cláusulas de contratos empresariales para coordinar prácticas monopólicas absolutas (ejemplo: los contratos de franquicias).

Las prácticas monopólicas absolutas no son inusuales en México; se han presentado algunos casos:

En el libro del abogado Peredo Rivera (*Competencia económica. Teoría y práctica*⁵⁷) explica que en 1999 la Comisión Federal de Competencia realizó una investigación por prácticas monopólicas absolutas en la venta de cerveza. Tales prácticas fueron realizadas por medio de convenios en los cuales se establecieron precios mínimos al público con la obligación de no vender a menores precios de los fijados (los agentes relacionados fueron Cervezas del Caribe, S.A. de C.V.,

⁵⁷ Peredo Rivera, Amilcar, "*Competencia económica...*", op cit., p. 117.

Cervecería Cuauhtémoc Moctezuma de Quintana Roo, S.A. de C.V., entre otras personas morales). Por medio de las diversas marcas de cerveza fueron realizadas esas prácticas monopólicas absolutas. Tales conductas ilegales son fijaciones de precios, por ello se violentó a la ley y dañó a la libre competencia. Finalmente el pleno de la Comisión Federal de Competencia resolvió condenar como responsables a los agentes económicos involucrados por la comisión de prácticas monopólicas absolutas; además la Comisión ordenó suprimir esas prácticas, terminar con los convenios ilegales y a los responsables les multó. Este caso refleja la utilidad de las marcas para cometer estas conductas ilegales por medio de contratos como vehículos.

Considero que hay potenciales riesgos de fijación de precios en las modalidades de pago en un contrato de licencia de patente y/o marca.

En la obligación del pago, el contrato de licencia de marca o de patente es, por lo general, un contrato oneroso, Por lo tanto habrá intercambio recíproco de atribuciones patrimoniales; existe la obligación de una retribución pecuniaria del licenciatario como contraprestación por el uso y explotación de los derechos de propiedad industrial. En el derecho privado (en este caso, contratos de licencia de patentes o marcas) las partes tienen plena libertad de estipular el pago. En relación al pago existen, por lo general, dos modalidades, un pago único o por pagos periódicos; o de otra forma, una cantidad fija o un pago por porcentaje por explotación de los productos o servicios derivados del uso y explotación de la marca o patente.

En el caso de un pago único el licenciatario se obliga a pagar al licenciante por una única vez. En el caso de que sea por pagos periódicos será por diversidad de pagos a lo largo de un determinado tiempo en el que haya sido previsto en el contrato. Cabe señalar que aquí no hay un pago al licenciatario en la participación de la explotación de la marca o patente, sino que los pagos son independientes del éxito de la explotación, lo cual es útil para el licenciatario ya que al pagar le está amortizando su retribución al licenciante.

Una precisión que hace la abogada Pilar Martin en el caso de las patentes:

“A pesar de todo, el establecimiento de una suma única puede revestir interés para el licenciante, puesto que posibilita a este sujeto repercutir sobre el licenciario los costes del desarrollo de la invención y su protección a través de la patente, en efecto, la obligación del licenciario de pagar ya sea en uno o en varios plazos una cantidad a tanto alzado, fijada con independencia de la rentabilidad de la explotación asegura al licenciante una amortización a corto o medio plazo –en cualquier caso cierta- de una parte de los costes asumidos con la puesta en marcha de la tecnología”.⁵⁸

El caso del pago por el porcentaje de la explotación de la marca o patente el licenciario está obligado a pagar una parte de los ingresos obtenidos de la explotación económica de la patente o marca. Lo anterior tendrá que ser pactado en el contrato con todo lo que eso implica (como las diversas obligaciones entre el licenciario y el licenciante para fijar porcentajes, sumas de dinero, formas de control de la explotación, entre otras cláusulas que consideren necesarias). Otro apunte la abogada Pilar Martin agrega sobre el tema:

“Esta circunstancia explica que la adopción de esta forma de pago no sea usual, y que, de acogerse en el contrato, se haga en combinación con otras que, fijadas en función del rendimiento que el licenciante obtiene con la explotación de la patente, si permiten al licenciante recibir una contraprestación proporcional a la marcha de aquella”.⁵⁹

Desde luego se puede acordar el pago en el contrato de licencia, pero será por el uso y la explotación de la patente y/o marca. La parte importante es que no se

⁵⁸ Martin Aresti, Pilar, “*La licencia Contractual de Patente*”, Madrid, Editorial Aranzadi, 1997, p. 208

⁵⁹ *Ídem*.

pacten en el contrato fijaciones de precios de los productos entre competidores. Esto quiere decir que si el licenciataria de la patente o marca son competidores entre si no deberán fijar precios de venta de los productos o servicios. Sin embargo pueden y deben fijar el precio del pago como contraprestación en los contratos de licencia.

Un ejemplo del riesgo de fijación de precios en el licenciamiento de una patente es en el "licenciamiento cruzado", Cesar Alejandro Hernández Alva y Carlos Mena Labarthe explican esta situación:

"El licenciamiento cruzado se refiere a la situación en la que dos empresas o más se permiten mutuamente el uso de su tecnología patentada.

Como resulta evidente, estos acuerdos pueden representar problemas en términos de competencia por muchas causas, pues pudieran en muchos casos representar afectaciones al proceso de competencia y libre concurrencia y especialmente la facilitación o la constitución del vehículo para la colusión".⁶⁰

"Quizá el mayor riesgo viene de la posibilidad de desincentivar la competencia por la patente, teniendo como resultado el que quienes detentan la misma 'compren' a sus competidores que les otorguen en términos generosos, lo que tendría como consecuencia disfrazar a un cártel de licenciamiento de patente".⁶¹

El ejemplo citado, sobre "licenciamiento cruzado" de patentes, muestra sensibles riesgos para la comisión de prácticas monopólicas absolutas puesto que el acuerdo se da entre competidores, en el cual se da un licenciamiento (el contrato es el

⁶⁰ Hernández, César y Mena, Carlos "*Propiedad Intelectual y Prácticas Monopólicas*" en Ojeda Lucia, Santos Luis y Roldan José (Coords.), "*Propiedad intelectual y competencia económica*", México, Editorial Porrúa, 2010, p. 150.

⁶¹ *Ídem*.

vehículo del acuerdo) de patentes (es el objeto material del acuerdo). No aseguro que todo licenciamiento de propiedad industrial entre competidores debe de ser una colusión para llevar a cabo prácticas monopólicas, sino que se debe de poner especial atención a los licenciamientos por el riesgo sensible que puede presentar tal acuerdo.

3.2 RESTRICCIONES DE LAS CANTIDADES PRODUCIDAS O DISPONIBLES DE ESOS PRODUCTOS O SERVICIOS.

Otra práctica monopólica absoluta es la llamada “fijación de la oferta”. Esta conducta consiste en que los agentes involucrados no van a producir, procesar, distribuir, adquirir o vender algún bien o servicio para así fijar los precios, o para afectar a otros competidores y sacarlos del mercado.



**Manipular la oferta
o la demanda**

62

La fijación de la oferta va muy de la mano de la fijación de precios porque la fijación de la oferta crea escasez simulada de productos y servicios, y esto le permite a los responsables aumentar los precios de los mismos.

La fijación de la oferta también es llamada como “acaparamiento”, conocida así por la población en otras épocas de México. Castañeda Batres narra los diversos problemas durante el Porfiriato en su libro “La Revolución Mexicana”, en las

⁶² COFECE, “¿Qué es una práctica monopólica...”, *op. cit.*

haciendas o latifundios los hacendados fijaban la cantidad producir, distribuir, vender, etc., incluso escondían insumos como el maíz, el frijol, harina, etc. Esto trae como consecuencia la simulación de que el producto escasea o “se acaba” para así aumentar sus precios, afectando así a la libre competencia y a la población.⁶³

La Ley Federal de Competencia Económica establece en su artículo 53 fracción II que:

Artículo 53. Se consideran ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes:

[...]

II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

[...]

Cabe recordar otro capítulo de la historia de México para ejemplificar esta conducta ilegal y sus efectos.

Al año 1915 se le recuerda en la Ciudad de México como el año de hambre. En 1915 en la ciudad de México hubo motines y saqueos porque después de la revolución de 1910 y de la caída de Victoriano Huerta en 1914 los ferrocarriles dejaron de traer alimentos para traer armas y transportar tropas, la entrada de tropas (obregonistas, zapatistas, villistas y carrancistas) terminó ocupando todo el transporte a la ciudad. Como no transportaron alimentos a la ciudad hubo rápidamente escasez de los mismos. Ante la escasez de alimentos los comerciantes

⁶³ Castañeda Batres, Oscar, “*La Revolución Mexicana*”, México, Miguel Ángel Porrúa, 1989.

se aprovecharon, modificaron las medidas y pesas, ocultaron alimentos, acapararon reservas y posteriormente aumentaron precios. Los artículos de primera necesidad como maíz, frijol, harina, entre otros, aumentaron varias veces su precio, lo cual trajo mucho enojo en la población de la ciudad. Los comerciantes pedían vigilancia a sus comercios a Álvaro Obregón pero este declinó atenderlos porque sabía los abusos que ellos hacían y lo que la población iba a hacer. Varios grupos de personas tomaron el mercado de la Lagunilla, San Cosme, la Merced y otros más.

De nuevo el historiador Héctor De Mauleón comenta algunos detalles de aquellos momentos:

“Avisos de ocasión publicados de la época permiten imaginar los días de horror. Alguien ofrecía un piano de cola a cambio de algunas cargas de maíz, un ciudadano acomodado ponía en suerte un Cadillac flamante por dos o tres sacos de frijol...

...Los resultados no se hicieron esperar. Un cronista de aquellos días Francisco Ramírez Plancarte, relata que la escasez de víveres llegó a tal extremo “que muchísimas personas al andar por las calles, súbitamente azotaban contra el suelo en medio de horribles convulsiones a causa del hambre”, mientras otras “caminaban macilentamente apoyándose en la pared...

En una reunión celebrada en el teatro Hidalgo Álvaro Obregón, les había dicho a los comerciantes que exigían la protección del ejército *que el hambre no se mitiga a balazos y que el pueblo acabaría echándose sobre los acaparadores*”.⁶⁴

⁶⁴ De Mauleón, Héctor, “Crónica del saqueo”. El Universal, 10/01/2017, <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/columna/hector-de-mauleon/nacion/2017/01/10/cronica-del-saqueo>

Un caso actual y ejemplar es la “Colusión para manipular el precio y restringir la venta de azúcar”:

“En el caso del ciclo de producción de azúcar 2013- 2014, la Autoridad Investigadora de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), detectó que un grupo de empresas dedicadas a la producción, distribución y comercialización de azúcar en México a través de directivos y/o gerentes que las representaban, en vez de competir, acordaron manipular a la alza el precio del azúcar estándar y refinada, además de establecer la obligación de comercializar una cantidad restringida o limitada de este producto; arreglos ilegales en los que también participaron como coadyuvantes la Cámara Nacional de las Industrias Alcohólica y Azucarera (CNIAA) y su director general⁶⁵.

“En este contexto de bajos precios, distintos competidores en la producción y comercialización de azúcar llevaron a cabo reuniones en la CNIAA para gestar un acuerdo conjunto en el que manipularían el precio del azúcar estándar y refinada con el propósito de evitar que éste continuara a la baja, así como restringir la venta del producto a distribuidores y mayoristas, a fin de que éstos no pudieran vender a precios más bajos que los ofrecidos por los ingenios”⁶⁶.

Este es un claro ejemplo de fijación de la oferta en la cual varias empresas del mercado del azúcar decidieron coludirse para restringir su oferta y así poder justificar aumentar los precios de esta. Por lo tanto también realizaron acuerdos para no vender a precios más bajos de los que ya habían fijado. Por la gravedad de la ilegalidad de estas acciones de las empresas involucradas la autoridad determinó la existencia de elementos suficientes para acreditar la responsabilidad de las

⁶⁵ COFECE, “Análisis de Caso Colusión para manipular el precio y restringir la venta de azúcar”, Junio 2017, p. 1 <https://www.cofece.mx/cofece/images/Promocion/Historias/AZUCARv6f.pdf>

⁶⁶ *Ibidem*, p. 3.

empresas en la comisión de prácticas monopólicas absolutas y resolvió sancionar a los agentes económicos involucrados con multas que sumaron 88.8 millones de pesos.

Es importante que en los diversos contratos de licencia de marcas no se estipulen restricciones a la oferta por la susceptibilidad de cometer restricciones a la oferta o demanda.

Debo de plantear algunos sensibles conflictos con relación a licencia de fabricación, la franquicia, y sus respectivos vínculos con la protección de la imagen de la patente y/o marca.

En el caso de que sea una licencia de fabricación la abogada Pilar Martin expone:

“La máxima protección territorial en este escalón de producción se consigue a través de cláusulas que excluyen la posibilidad de personas distintas al licenciatario fabriquen el producto bajo licencia en el territorio a este concedido. En virtud de estas cláusulas, el licenciante se obliga frente al licenciatario-por todo el periodo de duración de la licencia, o por un periodo de tiempo más limitado-a no conceder a terceros el derecho de fabricar el producto patentado o a utilizar el procedimiento patentado en el territorio concedido, y, en su caso, a no fabricar el mismo producto que la patente protege, o a utilizar el procedimiento patentado en ese territorio”.⁶⁷

Por ello, el licenciatario tendrá la obligación y facultad de fabricar los productos patentados o usar el procedimiento patentado. Dependerá en el contrato que se hayan pactado cláusulas donde el licenciante tenga el control y vigilancia de los productos (entre muchos otros detalles como periodicidad de la fabricación, materiales, volumen de producción, entre otros). Es posible que el licenciante exija al licenciatario volúmenes de producción para productos en específico, así que de

⁶⁷ Martin Aresti, Pilar, “*La licencia Contractual...*”, *op cit.*, p. 250

alguna forma indirectamente está controlando contractualmente la oferta, para los mismos efectos estaría fijando la oferta.

De nuevo el ejemplo de las licencias cruzadas es donde este tema se vuelve sensible porque es un acuerdo de fijación de la oferta entre competidores y se estaría violando las leyes de competencia. Al respecto Cesar Alejandro Hernández Alva y Carlos Mena Labarthe opinan:

“Sin embargo, la construcción de dichos arreglos puede dar lugar a importantes problemas de desincentivos a competir o de frontera con arreglos colusivos. Por ejemplo, si dichas patentes se licencian a cambio de pagos por unidades, generaran importantes incentivos a reducir la oferta y por tanto a reducir la competencia”.⁶⁸

Por lo tanto hay que tener en cuenta los riesgos al estipular la fijación de la oferta, incluso el control indirecto de la oferta, por medio de un contrato de licencia de fabricación.

La fijación de la oferta también puede tener vínculos con los contratos de licencia de marca porque existe protección del *goodwill* (protección a la calidad de los productos y/o servicios) como obligación del licenciatario y como facultad del licenciante, indirectamente también se protege al consumidor y al público en general.

La Ley De La Propiedad Industrial exige al licenciatario que:

Artículo 139.- Los productos que se vendan o los servicios que se presten por el usuario deberán ser de la misma calidad que los fabricados o prestados por el titular de la marca.

Es en esta disposición que fácilmente se puede interpretar que el licenciante puede exigir contractualmente el control y supervisión de la calidad de los productos y/o

⁶⁸ Hernández, César y Mena, Carlos “*Propiedad Intelectual y Prácticas...*”, *op cit.*, p. 151.

servicios al licenciario. Por lo tanto el licenciante tiene el control indirecto de la oferta.

El cuidado de la calidad de los productos contraseñados por la marca también guarda relación con el contrato de franquicia, el cual también tiene licenciamiento(s) de marca(s). Al respecto el abogado Roncero expone:

“En la franquicia de producción, franquicia estilo empresarial, o package franchise, el franquiciario, queda autorizado para fabricar el correspondiente producto, siguiendo las indicaciones impartidas por el franquiciador quien también le proporciona asistencia técnica, el uso de la marca para contraseñarlos y, en ocasiones, incluso los materiales utilizados en la fabricación”.⁶⁹

Asimismo, la Ley De La Propiedad Industrial define a la franquicia como:

Artículo 142.- Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca, otorgada por escrito, se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.

Además se debe de considerar otras disposiciones subsecuentes más detalladas en cuanto al contrato de franquicia:

Artículo 142 Bis.- El contrato de franquicia deberá constar por escrito y deberá contener, cuando menos, los siguientes requisitos:

[...]

⁶⁹ Roncero Sánchez, Antonio, “*El contrato de licencia...*”, *op cit.*, p. 165.

III. Las políticas de inventarios, mercadotecnia y publicidad, así como las disposiciones relativas al suministro de mercancías y contratación con proveedores, en el caso de que sean aplicables;

[...]

VII. Los criterios, métodos y procedimientos de supervisión, información, evaluación y calificación del desempeño, así como la calidad de los servicios a cargo del franquiciante y del franquiciatario;

[...]

Al interpretar en conjunto estas disposiciones acerca de la formalidad de los contratos de franquicia se podría inferir cierto grado de control del licenciataria por parte del licenciante, control que podría llegar a fijar la oferta. Ejemplo, si el franquiciante dispone de la facultad y obligación del suministro al franquiciatario de mercancías para la elaboración del producto y/o servicio, junto con la facultad del primero para supervisar la calidad de los servicios del segundo; fácilmente el franquiciante puede disponer de fijar la cantidad de productos/servicios que el franquiciatario puede ofrecer al público. Por lo tanto el franquiciante puede fijar la oferta indirectamente.

Si lo anterior llega a pasar, el franquiciante al obligar al licenciataria a no producir, procesar, distribuir, adquirir o vender algún bien o servicio para estaría creando una fijación de la oferta. Esto sería ilegal mientras el contrato sea entre competidores, pero eso sería excepcional porque las empresas compiten entre sí usando sus propias franquicias. Así que mientras las partes en el contrato no sean competidores, el franquiciante unilateralmente o junto con el licenciataria pueden fijar la oferta, lo cual es totalmente legal. De igual manera, es muy útil recordar en las licencias cruzadas de patentes también pueden existir riesgos sensibles de fijación de la oferta.

3.3 REPARTICIÓN DE CLIENTES O MERCADOS

Es otra práctica monopólica absoluta que consiste en el acuerdo de repartirse clientes o mercados. Esto quiere decir que los competidores segmentan un mercado con el fin de distribuir, asignar o imponer porciones de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados. Esta conducta es ilegal porque daña al proceso de libre competencia en el momento en que los agentes acuerdan no competir, lo cual trae como consecuencia que en sus respectivas zonas no habrá competencia, trayendo consigo afectaciones en el mercado respectivo. A falta de participantes en un determinado mercado, los responsables de la repartición pueden subir precios, evitar tener que dar sus productos o servicios con calidad, y es posible que dejen de innovar en sus industrias. Todo lo anterior daña seriamente al proceso de libre competencia.



**Dividirse
el mercado**

70

El abogado Amílcar Peredo opina al respecto:

“Es por eso que cuando las circunstancias lo permiten, los miembros de un cártel preferirán dividir mercados, en vez de afectar directamente al precio. Al efecto, podrán asignarse entre ellos porcentajes de mercado, dividir las ventas por territorio o asignarse los clientes”.⁷¹

En el mismo artículo 53 fracción III de la Ley Federal de Competencia Económica prohíbe las llamadas “reparticiones de mercados”:

⁷⁰ COFECE, “¿Qué es una práctica monopólica...”, *op. cit.*

⁷¹ Peredo Rivera, Amílcar, “Competencia económica...”, *op. cit.*, p. 130.

Artículo 53. Se consideran ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes:

[...]

III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables.

[...]

Por lo tanto los agentes económicos responsables de estas conductas realizan actividades independientes con respecto de ellos mismos. No son parte del mismo grupo económico, filiales, ni licenciantes.

Un precedente de una división de mercado es el caso del transporte marítimo de pasajeros de Quintana Roo:

“Tras el análisis del expediente DE-002-2014, el Pleno de la Comisión concluyó que existen elementos suficientes que permiten determinar que los agentes económicos sancionados, se coludieron entre septiembre de 2013 y noviembre de 2015 para: i) fijar, elevar, concertar o manipular los precios de los servicios que prestan, y (ii) dividirse porciones o segmentos del mercado investigado mediante la coordinación de los horarios en que prestaban el servicio de transporte marítimo de pasajeros en la ruta Playa del Carmen-Cozumel”.⁷²

⁷²COFECE, “Sanciona COFECE a empresas de transporte marítimo de pasajeros de Quintana Roo por la realización de prácticas monopólicas absolutas”, COFECE-057-2016, Julio 2017, p. 1. <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/prensa/historico-de-noticias/sanciona-cofece-a-empresas-de-transporte-maritimo-de-pasajeros-de-quintana-roo-por-la-realizacion-de-practicas-monopolicas-absolutas?tmpl=component&format=pdf>

Claramente se puede observar la ilegalidad de concretar acuerdos para repartirse mercados. En este ejemplo las empresas sancionadas alternaban horarios y días de servicio, dividieron prácticamente a la mitad el mercado; además cobraban tarifas similares y con pocas diferencias.

Los acuerdos de repartición de clientes y/o mercados muestra la gravedad de afectar al libre mercado, que incide en afectar a otras empresas que compiten en el mismo mercado y a los consumidores. Por ello es muy importante que en cualquier licenciamiento de propiedad intelectual entre competidores no exista ninguna cláusula para repartir clientes ni mercados.

Un claro ejemplo que sucedió en la historia de la industria paletera mexicana donde a mediados de los años 50 en una clara expansión en la Ciudad de México, arribaron las pequeñas empresas paleteras originarias de Michoacán por la atomización del mercado local de las principales calles de la ciudad; sin embargo frecuentemente había conflictos entre los vendedores. Así lo explica textualmente el cronista de la Ciudad de México Alberto Barranco Chavarría:

“Aunque las peleterías no necesariamente correspondían a una cadena, tampoco tenían la posibilidad de una franquicia. Como quiera que sea, había cierta integración; por ejemplo cuando un problema se daba entre la competencia, entonces se dirimían en reuniones que se hacían justamente en el local de Ignacio Alcázar, allá en la Ronda, en Peralvillo. Había un cierto código que impedía que hubiera competencia entre una y otra peletería, es decir que tuvieran una distancia mínima para evitar la competencia.”⁷³

En esos años no teníamos algún marco jurídico del Derecho de la competencia económica; por ello infiero que aquellos arreglos eran perjudiciales para la libre competencia.

⁷³ ADN 40, “La Michoacana”, Agosto 2017, <http://www.adn40.mx/videoteca/cultura/leyenda-urbana/2017-08-20-18-30/la-michoacana/#>

En la propiedad industrial existe el principio de territorialidad por la protección que le otorga reconocimiento por parte de los Estados. Las licencias deben de tener siempre un ámbito territorial (incluso si no está textualmente pactado en el contrato y se tuviera alguna controversia judicial, el juez deberá interpretar el ámbito territorial de la licencia). El licenciante tendrá que pactar protección territorial de la licencia al licenciatarlo; es muy común que el licenciante divida geográficamente la concesión de la licencia a su(s) licenciatarlo(s). Si es una licencia exclusiva el licenciante no puede otorgar otras licencias posteriores que coincidan temporal, territorial ni materialmente. Así que el licenciatarlo exclusivo es el único que puede usar y explotar la marca o patente, incluso sobre el mismo licenciante (porque este ya concedió su propio uso y explotación la licencia exclusiva). La abogada Pilar Martin señala al respecto:

“Así, en el contrato de licencia, el licenciante puede asumir la obligación de no conceder licencia a terceros en ese territorio y no explotar el mismo la invención patentada. Con fundamento en estas cláusulas-que conforman la licencia exclusiva plena en nuestro Derecho-el licenciatarlo puede alcanzar ya una cierta protección territorial, en tanto se le garantiza que podrá explotar la patente sin tener que soportar la competencia de su licenciante, y que tampoco se concederán otras licencias en su territorio”.⁷⁴

De nuevo la Ley De La Propiedad Industrial refiere algunos detalles acerca de facultad del titular de la marca en relación a la franquicia de otorgar licencias en diversos territorios:

Artículo 142 Bis.- El contrato de franquicia deberá constar por escrito y deberá contener, cuando menos, los siguientes requisitos:

- I. La zona geográfica en la que el franquiciatarlo ejercerá las actividades objeto del contrato;

⁷⁴ Martin Aresti, Pilar, “La licencia Contractual...”, *op cit.*, p. 254.

Entonces, se puede observar que en nuestro régimen de propiedad industrial existe plenamente la división territorial en los contratos de licencia de marca y patente (sin importar si sea en exclusiva o no exclusiva). El licenciante al estipular la división geográfica del territorio en la licencia de marca, patente o franquicia, fácilmente se puede interpretar en una repartición de clientes o mercados entre el licenciante(s) y el licenciario(s). De nuevo es pertinente recordar que para que existan riesgos el contrato debe ser celebrado entre competidores.

Un ejemplo que sirve de mucho señalar son los acuerdos de resolución de conflictos “*reverse payments*” o “*pay-for-delay*”; el Dr. Framiñán Santos los explica:

“Las empresas de medicamentos genéricos que se encuentran con que existe una patente sobre el medicamento original que podría bloquear su acceso al mercado no siempre se resignan y, en muchas ocasiones, cuestionan la propia patente. Es decir, entienden que pueden acceder al mercado porque la patente sobre el medicamento de referencia es nula, porque el medicamento genérico no la infringe o ambas cosas. En cualquiera de estas situaciones, el titular de la patente sobre el medicamento original y la empresa del medicamento genérico enfrentan pudiendo llegar a un conflicto a los tribunales.

Pues bien, el término *reverse payment agreement* -que podríamos traducir como acuerdo con un pago inverso o con pago a la inversa- se acuñó en los Estados Unidos para designar un tipo de acuerdo que resuelve el conflicto descrito en el párrafo anterior: la empresa del medicamento original sostiene que el medicamento genérico infringe su patente, la empresa del medicamento genérico mantiene justamente lo contrario que la patente del titular del medicamento de referencia no es un obstáculo para poner el genérico en el mercado. En virtud del acuerdo con *reverse payment*, la empresa del medicamento genérico, presunto infractor o potencial infractor de la patente del titular del medicamento de referencia, renuncia a entrar en el mercado de forma inmediata, o se compromete a salir de éste durante un

tiempo. A cambio, la empresa del medicamento genérico recibe una compensación económica del titular del medicamento de referencia. Por tanto tres son los rasgos definitorios de los *reverse payment agreements*: a) son acuerdos que ponen fin a un conflicto entre el titular de la patente sobre el medicamento original y la empresa del medicamento genérico concernientes a la patente sobre el medicamento original; b) son acuerdos que limitan o restringen la capacidad de la empresa del medicamento genérico para comercializar su fármaco; c) los acuerdos de esa naturaleza prevén que siempre una transferencia de valor de la empresa del medicamento de referencia a la del genérico.”⁷⁵

Entonces estos *reverse payment agreements* se traducen en un complejo caso de conflictos entre patentes y derecho de la competencia económica. Si bien sirven para solucionar conflictos legales entre sin tener que ir a tribunales pueden generar conflictos en Derecho de la competencia al repartirse mercados. En esta misma línea el Dr. Framiñán Santas expone:

“Supongamos también que el titular de la patente tiene poder de mercado. Resulta claro que el acuerdo con *reverse payment* daña ilegítimamente el bienestar del consumidor si la patente sobre el medicamento de referencia hubiera sido anulada en el litigio de fondo o se hubiera declarado que el medicamento genérico no infringe la patente, (o probablemente hubiera sido así). En este caso, al mantener el medicamento genérico fuera del mercado temporalmente, la oferta de medicamentos no aumenta y los precios pueden mantenerse en niveles supracompetitivos en perjuicio de los consumidores. Esa reducción del bienestar del consumidor en el corto plazo no resulta compensada por el efecto promotor de la innovación del Derecho de patentes

⁷⁵ Framiñán Santas, Javier, 2015, “*Los acuerdos de resolución de conflictos reverse payments o pay-for-delay* en el sector farmacéutico: Una panorámica”, en María del Mar y Framiñán, Francisco (coords.), “*Patentes Farmacéuticas y derecho de la competencia*”, España, Thomson Reuters Aranzadi, p. 162

en el medio o largo plazo puesto que la patente sobre el medicamento de referencia es nula o no infracción. En definitiva, en estas circunstancias, el acuerdo con *reverse payment* no es más que un acuerdo de reparto de mercado que en nada se diferencia – desde la perspectiva del consumidor- de los acuerdos de este tipo realizados fuera del contexto de los conflictos sobre derechos de propiedad industrial y, en particular del Derecho de patentes.”⁷⁶

Luego entonces, los *reverse payment agreements* consisten en que el titular de la patente y la empresa del medicamento genérico se repartan el mercado. Por un lado el medicamento genérico no entra en el mercado recibiendo una compensación económica por el titular del medicamento, el mercado del medicamento sigue siendo controlado por el titular de la patente y los precios del medicamento de patente siguen siendo altos. Sin la existencia de competidores ni de productos que sean sustitutos de la patente, el mercado estará repartido entre ambos agentes, o al menos tiene los mismos efectos de una repartición de mercado.

3.4 CONCERTACIÓN DE POSTURAS EN LICITACIONES

Esta práctica monopólica absoluta consiste en que los agentes económicos coordinen sus posturas en licitaciones públicas.

Desde un principio los agentes pactan una oferta ganadora junto con las ofertas las perdedoras, las cuales tienen sobreprecio, para que puedan ganar proceso licitatorio. Las posturas ganadoras de los licitantes son idénticas o casi idénticas, tienden a aumentar artificialmente los precios (para intencionalmente unas “pierdan”

⁷⁶ *Ibidem*, p. 165.

el concurso), y es habitual que se repartan las ganancias entre las empresas en conjunto.



Coludirse en licitaciones públicas

77

La colusión es una conducta anticompetitiva que afecta mucho a los mercados y a los consumidores. Las colusiones en licitación públicas están prohibidas en el artículo 53, fracción IV de la Ley Federal de Competencia Económica:

Artículo 53. Se consideran ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes:

[...]

IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas.

[...]

Esta conducta no merece mayor atención por la escasa relación con la propiedad industrial.

3.5 INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Esta conducta consiste en el intercambio de información sensible entre competidores y que puede ser utilizada para realizar las demás prácticas monopólicas absolutas. Esto quiere decir que es ilegal que los agentes

⁷⁷ COFECE, “¿Qué es una práctica monopólica...”, *op. cit.*

competidores compartan información acerca de ventas, clientes, estrategias (comercialización, fabricación, publicidad, distribución, entre otra información de la cadena productiva), canales de distribución, y en general cualquier información que pueda representar una estrategia competitiva para realizar prácticas monopólicas absolutas.



Intercambio de información con alguno de los objetos o efectos anteriores

78

El artículo 53 de la Ley Federal de Competencia Económica en su fracción V:

V. Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones.

Por lo tanto esta conducta ilegal está relacionada en realizar o intentar realizar las anteriores conductas (fijación de precios, fijación de la oferta, repartición de mercados y la concertación de posturas en licitaciones) con sus respectivas afectaciones en los mercados.

Por lo tanto, se prohíbe que los agentes económicos compartan cierta información comercial por la fragilidad, flexibilidad y facilidad que por su naturaleza representa para luego realizar prácticas monopólicas absolutas. Obtener información comercial privilegiada es un importante primer paso para cometer conductas ilícitas contra la libre competencia. Por ello la Ley federal de competencia económica prohíbe explícitamente el intercambio de información. Al respecto Peredo Rivera afirma:

“Un aspecto fundamental con el cual deben contar los agentes que se vayan a coludir, es la información sobre los precios, características de los productos y demás elementos necesarios para lograr alcanzar un acuerdo. Es por esto que el intercambio de información entre competidores es un elemento al cual

⁷⁸ COFECE, “¿Qué es una práctica monopólica...”, *op. cit.*

las autoridades de competencia de diferentes países ponen extrema atención”.⁷⁹

Hay que tener muy en cuenta que hay riesgos en los intercambios de información detallada sobre costos, productos, clientes específicos, reportes de ventas, producción, segmentos de mercado, información de estrategias a futuro, entre otras.

El intercambio de información guarda una estrecha relación con los secretos industriales puesto que la información comercial resguardada puede representar ventajas competitivas. La Ley De La Propiedad Industrial en su artículo 82 regula los secretos industriales, específicamente en el primer y segundo párrafo establece su naturaleza:

Artículo 82.- Se considera secreto industrial a toda información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.

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

En el intercambio de información y al igual que con los secretos industriales el titular de esta información debe de tener la responsabilidad de resguardarla de cualquier tercero.

Artículo 84.- La persona que guarde un secreto industrial podrá transmitirlo o autorizar su uso a un tercero. El usuario autorizado tendrá la obligación de no divulgar el secreto industrial por ningún medio. En los convenios por los

⁷⁹Peredo Rivera, Amilcar, "*Competencia económica...*", *op cit.*, p. 99.

que se transmitan conocimientos técnicos, asistencia técnica, provisión de ingeniería básica o de detalle, se podrán establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos industriales que contemplen, las cuales deberán precisar los aspectos que comprenden como confidenciales.

El licenciamiento de secretos industriales entre competidores puede generar riesgos a la libre competencia y no tiene un tratamiento diferente si este se transmite por medio de un contrato. Por lo tanto puede ser considerado ilegal que dos o más agentes económicos que son competidores licencien secretos industriales por medio de un contrato de propiedad industrial. Sin embargo considero que existe la manera de transmitir tales derechos y sería por medio de una concentración (lo expongo en el quinto capítulo).

La Guía para el intercambio de información entre agentes económicos de la COFECE, muestra más detalles acerca de la información que es considerada con mayores riesgos en el intercambio de información entre competidores:

“Tipo y valor comercial o importancia estratégica de la información

El intercambio de información de valor estratégico corre mayor riesgo de ser considerado como anticompetitivo al reducir los incentivos a competir de los agentes económicos, pues permite anticipar las acciones de los competidores. La información estratégica está generalmente relacionada con la determinación de precios futuros, actuales o recientes, descuentos y promociones en precios, cambios en precios, condiciones de venta, listas de clientes o proveedores, capacidades de producción o de instalación, insumos, inventarios inversiones, tamaño y proyecciones de la oferta, costos de producción, ingresos, márgenes de ganancia, ventas, volúmenes o cuotas de producción, instalación, control de calidad, planes y estrategias de producción, distribución o comercialización (incluyendo territorios o áreas geográficas objetivo), riesgos, tecnologías, desarrollo e investigación, así

como cualquier otro factor que sea necesario para la determinación de lo anterior”.⁸⁰

Para aminorar riesgos en un licenciamiento de marcas y/o patentes entre competidores se debe considerar el “tipo y valor comercial o importancia estratégica de la información”(como menciona la citada Guía de la COFECE). Hay que tener en consideración que se toman riesgos al compartir información estratégica, es recomendable ajustar en compartir menos información estratégica en el contrato de licencia. Solamente se debe compartir la información estrictamente necesaria para llevar a cabo la negociación del contrato y su posterior redacción, así como los elementos técnicos necesarios para el uso y explotación de la patente y/o marca, y que, normalmente, podría ser confidencial. Por lo tanto, entre más información innecesaria y ajena al contrato se corren más riesgos de un intercambio ilegal de información.

Desde el punto de vista del derecho de la competencia económica la información es accesoria al logro de un propósito compatible con la ley, el intercambio de información solo debe de ser el estrictamente necesario para alcanzar aquel objetivo lícito y por ello se deben de llevar las medidas necesarias para evitar riesgos. El intercambio de información puede generar riesgos a la competencia económica si no tiene algún propósito comercial lícito o si rebasa lo estrictamente necesario para alcanzar ese propósito. Existen aún más riesgos si no se llevan a cabo las medidas necesarias para evitar riesgos mediante una administración apropiada para el acceso de aquella información.

Por último, en caso de controversia la autoridad analizará la información que se compartió contractualmente.

⁸⁰ Cofece, Comisión Federal de Competencia Económica, “GUÍA PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE AGENTES ECONÓMICOS”, México, 2015, Septiembre 2017, p. 13. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/01/guia-0072015_intercambioinf.pdf#pdf

“Para determinar si el intercambio de información pudiera ser riesgoso para la competencia en términos de la LFCE y por lo tanto, determinar su investigación, se deberá considerar sus particularidades, atendiendo al propósito del intercambio, la naturaleza de la información revelada, las características del mercado y a los mecanismos a través de los cuales se realiza dicho intercambio. Cuando el intercambio de información se realice por mandato de alguna legislación vigente, podrá ser investigado cuando se estime que los agentes económicos rebasan el deber de intercambio o, cuando a partir ella se generen otras conductas prohibidas por la LFCE”.⁸¹

Por ello hay que reiterar que es sumamente delicado compartir información. No hay que incurrir en riesgos innecesarios al redactar un contrato de licencia de marca y/o patente; que este no se convierta en un vehículo para compartir información sensible que pueda ser usada para realizar prácticas monopólicas absolutas y después afectar la libre competencia.

⁸¹ *Ibíd*em, p. 8.

4. PRÁCTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS Y SUS VÍNCULOS CON LAS PATENTES Y MARCAS

En nuestro régimen jurídico están prohibidas las prácticas monopólicas relativas que disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios. Un elemento que siempre las diferencia de las prácticas monopólicas absolutas es que son restricciones verticales, lo que quiere decir que serán conductas restrictivas realizadas en la misma cadena de producción (ejemplo un que un productor obligue a una tienda a no adquirir o vender bienes o servicios de otras empresas). Otro elemento las diferencia de las prácticas monopólicas absolutas es que estas no son ilegales *per se*, sino que para que sean calificadas como tales deberán que tener ciertas condiciones.

En nuestra legislación de competencia económica existen trece conductas consideradas como prácticas monopólicas relativas: 1) segmentación de mercado, 2) fijación de precios de reventa, 3) ventas atadas, 4) exclusividades, 5) negativa de trato, 6) boicot, 7) depredación de precios, 8) descuentos por lealtad o ventas condicionadas, 9) subsidios cruzados, 10) discriminación de precios, 11) elevación de costo a rivales, 12) obstáculos a la adquisición de un insumo esencial y 13) estrechamiento de márgenes.

4.1 CONDICIONES MATERIALES PARA LA REALIZACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS

4.1.1 Poder sustancial de mercado

Antes de analizar todas y cada una de las prácticas monopólicas relativas, se debe tener muy presente que para que las mismas puedan suceder los agentes económicos deben de tener poder sustancial de mercado (también le llaman dominancia). El poder sustancial de mercado es una condición económica real y material, de si alguna empresa tiene fuerza suficiente para fijar los precios o la

cantidad de productos o servicios ofrecidos, sin que nadie pueda contrarrestar dicho poder, es considerada como una empresa con poder sustancial de mercado.

La infografía de la página web de la COFECE sobre dichas conductas:



82

La Ley Federal de Competencia Económica regula como se puede determinar la existencia de poder sustancial de mercado:

Artículo 59. Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras Leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:

⁸² COFECE, *¿Qué es una Práctica Monopólica Relativa?*, Octubre 2017, <https://cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/PMR-COLOR-28MAR2017.png>

I. Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

Para determinar la participación de mercado, la Comisión podrá tener en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva, así como cualquier otro factor que considere pertinente;

II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

III. La existencia y poder de sus competidores;

V. Las posibilidades de acceso del o de los Agentes Económicos y sus competidores a fuentes de insumos;

V. El comportamiento reciente del o los Agentes Económicos que participan en dicho mercado, y

VI. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.

La autoridad antimonopolios tiene que evaluar el poder sustancial de mercado por medio de diversos instrumentos técnicos.

En su artículo 58 de la misma ley, dicta como determinar el mercado relevante de los agentes económicos.

Determinación del Mercado Relevante:

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;

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;

IV. 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;

V. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.

Además, las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica establecen tales criterios técnicos en su quinto artículo:

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

Existen algunos criterios del poder judicial que pueden servir para ilustrar y guiar acerca de la determinación del poder sustancial de mercado (aunque sean criterios acerca de la ley federal de competencia económica abrogada):

COMPETENCIA ECONÓMICA. CONCEPTO DE "PODER SUSTANCIAL" EN ESA MATERIA.

Los artículos 13 de la abrogada Ley Federal de Competencia Económica y 11 a 13 de su reglamento, establecen un marco regulatorio que delimita los elementos integradores del concepto "poder sustancial", al señalar que, para evaluar el que un agente económico tiene en un mercado relevante y, en su caso, el posible abuso de su posición dominante, deben tomarse en cuenta: a) su participación en el mercado; b) la capacidad que tiene para fijar precios unilateralmente o restringir el abasto; c) las barreras de entrada; d) la existencia y poder de sus competidores; e) el acceso a insumos por éstos y el agente; f) los hechos que hubieran sido calificados como comportamientos abusivos; y, g) otros elementos que establezca la normativa aplicable. De acuerdo con los elementos enunciados, la noción de "poder sustancial" en la materia señalada, consiste en la capacidad de un agente económico para incrementar los precios de un producto o servicio por encima de su costo marginal, pero también puede definirse como la capacidad para fijar precios por encima del de competencia, entendido éste como el que se cobraría en condiciones de competencia perfecta (costo marginal).⁸³

Asimismo, existen más elementos al analizar el poder sustancial de mercado de un agente económico.

PODER SUSTANCIAL EN UN MERCADO RELEVANTE. VARIABLES QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA DETERMINARLO.

El análisis del poder sustancial en un mercado relevante no puede realizarse en términos abstractos, bajo una perspectiva de competencia perfecta, como refiere el modelo de Jean Louis Francois Bertrand ("modelo de Bertrand"), pues en condiciones reales en las que los productos y servicios existentes en

⁸³ Tesis: I.1o.A.E.122 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 27, Febrero de 2016, Tomo III, p. 2036.

los distintos mercados no son percibidos por los consumidores como sustitutos perfectos, los diversos agentes económicos tienen cierto grado de poder. Esta circunstancia obliga a determinar tanto la medida como el umbral de poder de mercado con que cuentan los agentes económicos; de ahí la dificultad que representa la utilización de modelos econométricos - como el análisis de elasticidad inversa de la demanda residual-, dado el amplio volumen de datos que requieren (usualmente difíciles de recabar), lo que hace necesario acudir a un enfoque tradicional basado en métodos indirectos, que si bien es cierto que atienden preferentemente a la participación de mercado que ostenta el agente económico investigado, como el elemento central y más importante, también lo es que no se trata de la única variable que debe considerarse, pues la posición que los demás competidores guardan en el mercado relevante, la existencia de potenciales entrantes al mercado, así como el contrapeso que pueden ejercer los compradores, son aspectos que pueden resultar indicativos del poder sustancial que efectivamente se tiene en un mercado relevante, como acontece, por ejemplo, en ciertas industrias en que la producción se encuentra limitada por un insumo esencial.⁸⁴

Por lo que se puede observar, se deben de realizar diversos cálculos econométricos para poder saber si un agente económico tiene poder sustancial de mercado. Para efectos de esta investigación no voy a analizar cómo se debe de calcular económicamente dicho mercado. En todo caso para analizar las prácticas monopólicas relativas considerare que existe poder sustancial de mercado.

Entonces, es tan importante saber si un agente económico cuenta con poder sustancial de mercado porque si realiza una restricción (que la autoridad aun no la ha calificado como práctica monopólica relativa) y no cuenta con poder sustancial de mercado no será ilegal tal conducta, y lo más probable es que no haya dañado

⁸⁴ Tesis: I.1o.A.E.123 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 27, Febrero de 2016, Tomo III, p. 2110.

al proceso de libre competencia; en cambio es muy diferente cuando se cuenta con poder sustancial de mercado. El abogado Peredo muestra un claro ejemplo:

“Por ejemplo, una cadena de renta de películas con una participación de mercado del 20% podrá establecer divisiones territoriales libremente, con el fin de no competir entre ellos, sino por el contrario, competir con las cadenas que tienen el otro 80% del mercado. Que pasa en este caso, cada uno de los franquiciatarios de esta cadena no podrá elevar el precio de renta de películas por encima del nivel competitivo, dentro de su respectivo territorio, debido a que los consumidores tienen la opción de acudir con el otro 80% del mercado.

Cosa distinta sucede en el caso de que la cadena tuviera el 80% del mercado y dividiera territorios entre sus franquiciatarios. Aquí los franquiciatarios sí tendrían la opción de rentar películas por encima del precio competitivo, ya que muy probablemente los consumidores tendrían que pagar este precio, ante las pocas alternativas existentes. Entonces, las restricciones internas estarán también afectando el ámbito de competencia externa”.⁸⁵

En este ejemplo sobre franquicias de renta de películas, al no tener poder sustancial de mercado, el agente puede realizar restricciones horizontales ya que estará compitiendo contra otras marcas; en cambio sí tiene una fuerte presencia y grandes volúmenes de ventas en el área, lo más probable es que tenga poder sustancial y las conductas sean ilegales.

En el caso de las patentes también es muy importante conocer el mercado relevante de la patente en cuestión, para posteriormente saber si el agente titular de la patente tiene poder sustancial de mercado; sin embargo la mayoría de las veces se traduce un trabajo complejo. Tal como opina la Dra. María del Mar:

⁸⁵ Peredo Rivera, Amilcar, *“Competencia económica...”*, *op cit.*, p. 154.

“Para determinar que el titular de una patente detenta una posición de dominio será necesario analizar el caso concreto y determinar cuál es el mercado de referencia, determinándolo tanto desde el punto de vista del producto, como desde el punto de vista geográfico. Sólo así se podría establecer si la empresa titular del derecho de patente posee, en el respectivo mercado, una posición dominante. Con todo, se puede advertir que la titularidad del derecho de patente podrá situar a la empresa titular en una posición de dominio especialmente cuando el objeto de la patente constituya en sí mismo el mercado relevante”.⁸⁶

Otro elemento que hay que tener muy presente es que una vez que se ha determinado el poder sustancial de mercado y el mercado relevante de un agente económico también hay que analizar las conductas realizadas como saber si hay afectaciones al mercado, a sus competidores y/o a los consumidores; o por el contrario hubo beneficios procompetitivos. El siguiente criterio del poder judicial puede mostrar un método para resolver esto:

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

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, y que pueden consistir, entre otras, en la imposición de restricciones verticales (a proveedores o distribuidores), restricción vertical de precios (a proveedores o distribuidores), ventas atadas (condicionar la

⁸⁶ Maroño Gargallo, María del Mar, 2015, “*La negativa injustificada a la concesión de licencias de patentes farmacéuticas*”, en María del Mar y Framiñán, Francisco (coords.), “*Patentes Farmacéuticas y derecho de la competencia*”, España, Thomson Reuters Aranzadi, p. 109.

venta de un bien a la compra de otro), exclusividades en la distribución de bienes o servicios, negativa de trato, descuentos por lealtad, o en la discriminación en precios (establecer precios o condiciones de venta distintos a agentes en igualdad de circunstancias). 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.⁸⁷

Por lo tanto, esta "regla de la razón" es un método por el cual las autoridades de competencia y las autoridades judiciales deberán analizar si a la luz de los efectos y consecuencias de las restricciones (aun no calificadas como prácticas monopólicas relativas) ya que pueden tener efectos positivos para la competencia o por el contrario traen daños a la competencia.

La Ley Federal de Competencia Económica exige tres condiciones elementales para que una restricción comercial sea considerada una práctica monopólica relativa:

Artículo 54. Se consideran prácticas monopólicas relativas, las consistentes en cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que:

⁸⁷ Tesis: I.1o.A.E.163 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 32, Julio de 2016, Tomo II, p. 2181.

- 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.

Entonces son tres los requisitos para saber que estamos frente a una práctica monopólica relativa:

- El agente económico cuenta con poder sustancial en el mercado relevante.
- Las conductas que realiza son las del artículo 56 de la Ley Federal de Competencia Económica.
- Esas conductas dañan al proceso de libre mercado porque desplaza indebidamente a otros participantes de mercado e impide que otros competidores accedan al mercado.

Incluso alguna(s) marca(s) puede(n) ser un elemento para determinar el mercado relevante de un bien o servicio. Como lo explica el abogado Moguel Gloria:

“En el análisis de competencia económica, la autoridad, en ciertos casos, ha identificado a la marca con el bien o servicio para determinar el mercado relevante”.⁸⁸

Otro elemento para tener en cuenta, es que una marca puede competir dentro de su misma marca o competir contra otras marcas, porque dependerá que tipo de público consumidor tiene cada mercado. Por ejemplo si la marca Audi realiza

⁸⁸Moguel Gloria, Martín, “Estudio y Evolución sobre los casos que involucran...”, *op cit.*, p. 111.

restricciones verticales a sus distribuidores de autos, lo más probable es que no cuente con poder sustancial de mercado ya que está compitiendo contra otras grandes marcas como Mazda, BMW, Volkswagen, SEAT, Toyota, Renault, Peugeot, Honda, entre otras. En cambio Audi puede tener otros mercados con base a su competencia dentro de su misma marca, pensemos en su línea de refacciones (que seguramente cuenta con especificaciones técnicas particulares que no tienen otros vehículos de las otras marcas), lo más seguro es que Audi tenga el 100% del mercado de refacciones porque solo Audi fabrica, distribuye o vende sus propias refacciones.

Luego entonces, si Audi llegara a realizar restricciones en su mercado de venta de automóviles no tendrá riesgos de cometer alguna práctica monopólica relativa ya que lo más probable es que no tenga poder sustancial porque está compitiendo con otras marcas de autos, lo que llaman competencia inter-marca (*interbrand*). En cambio sí Audi decide realizar restricciones verticales en su mercado de refacciones, competencia intra-marca (*intrabrand*), en contra de sus distribuidores muy probablemente estará abusando de su posición dominante en su mercado de las refacciones y estará cometiendo alguna práctica monopólica relativa. El abogado Peredo puede explicar a detalle esta situación:

“Para tratar de comprender un poco más la óptica bajo la cual las autoridades de competencia observan las restricciones verticales, explicaremos los conceptos de “*intraband-interband competition*” desarrollados en Estados Unidos. La competencia “*intrabrand*” es aquella que se registra entre los agentes participantes en la producción, venta o comercialización de bienes o servicios pertenecientes a una misma marca. Para efectos de este capítulo, en lo sucesivo la denominaremos “competencia dentro de la marca”. La competencia “*interbrand*” es aquella que se registra entre los agentes participantes en la producción, venta o comercialización de bienes o servicios

de diferentes marcas. A este término nos referiremos en lo sucesivo como 'competencia entre las marcas'.⁸⁹

Por lo tanto, siempre hay que tener en cuenta que situación de competencia entre empresas tenemos en frente. Hay que saber si es competencia dentro de la marca o por el contrario es competencia entre las marcas porque ello será de mucha utilidad para saber si hay restricciones y si las hay, cuáles son aquellas. Fácilmente al redactar las diversas cláusulas de contratos de licencia de marcas o patentes se puede concluir en qué tipo de competencia de marcas (sí se está pactando competencia fuera o dentro de las mismas) y por lo tanto que tipo de restricciones son (por el tipo de obligaciones que tiene el licenciataro con el licenciante como en las prácticas monopólicas absolutas ya analizadas).

4.1.2 Barreras a la entrada

Son consideradas barreras a la entrada los obstáculos materiales, jurídicos y financieros en las estructuras de los mercados que limitan la entrada y permanencia de los agentes económicos, disminuyendo así sus capacidades para competir.

La ley Federal de Competencia Económica en su artículo 3 fracción IV dicta un concepto de "barreras a la competencia":

IV. Barreras a la Competencia y la Libre Concurrencia: Cualquier característica estructural del mercado, hecho o acto de los Agentes Económicos que tenga por objeto o efecto impedir el acceso de competidores o limitar su capacidad para competir en los mercados; que impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia, así como las disposiciones jurídicas emitidas por

⁸⁹ Peredo Rivera, Amilcar, "*Competencia económica...*", *op cit.*, p. 152.

cualquier orden de gobierno que indebidamente impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia;

Asimismo, sirve reiterar la fracción II del artículo 59 de la Ley Federal de Competencia Económica donde se establecen las condiciones para la determinar si un agente económico cuenta con poder sustancial de mercado:

Artículo 59. Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras Leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:

- II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;
[...]

También en las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica se establecen criterios sobre las barreras a la entrada en su artículo 7, fracción III textualmente considera a los derechos de propiedad intelectual como barreras a la entrada:

- III. La necesidad de contar con concesiones, licencias, permisos o cualquier clase de autorización gubernamental, así como con derechos de uso o explotación protegidos por la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial;

Asimismo menciona el abogado Peredo:

“Como barrera la necesidad de contar con concesiones, licencias, permisos o cualquier clase de autorización gubernamental, así como con derechos de

uso o exploración protegidos por la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial”.⁹⁰

Con toda claridad el derecho de la competencia económica, en ciertas condiciones, puede considerar a los derechos de propiedad industrial como barreras a la entrada. En el mismo tema Peredo asegura que:

“Como barrera a la entrada es el acceso a la tecnología. Esto es porque existen productos cuya elaboración requiere de tecnologías muy avanzadas. No obstante pueda haber agentes económicos con los recursos suficientes para ingresar a otro mercado, si no cuentan con la tecnología necesaria para desarrollar el producto, será difícil acceder al mismo”.⁹¹

Se puede observar que el acceso a tecnologías puede ser una barrera a la entrada (en ciertas condiciones); incluso se puede considerar a las patentes como barreras a la entrada. Algunos mercados tienen mayores condiciones técnicas, en los cuales las patentes (y en general cualquier elemento tecnológico y científico) generan un ambiente de mayor competitividad. Si los agentes económicos pretenden ingresar a competir a un mercado deberán de invertir muchos recursos en investigación y desarrollo de investigación (I+D), por ejemplo en los mercados farmacéuticos y en el automotriz.

El abogado Moguel Gloria explica dicho fenómeno:

“En el análisis de las barreras a la entrada, las consideraciones con respecto a los derechos de propiedad industrial e intelectual están relacionados también con argumentos de gastos en publicidad o en investigación y desarrollo. La autoridad de competencia económica ha evaluado la capacidad de los competidores para determinar si pueden contrarrestar la presencia significativa de una marca o patente en el mercado”.⁹²

⁹⁰ *Ibidem*, p. 295.

⁹¹ *Ídem*.

⁹² Moguel Gloria, Martín, “Estudio y Evolución sobre los casos que involucran...”, *op cit.*, p. 111.

Además, en el caso de las patentes existe el fenómeno *patent thickets* y los *patent trolls* (un fenómeno que hay que señalar y que es poco estudiado en México tanto por autoridades administrativas como jurisdiccionales y en la academia). Este tipo de patentes pueden significar barreras a la libre competencia. Como lo explica la abogada Martínez Pérez:

“En este sentido los *patent thickets* y los *patent trolls* son dos de las estrategias más comúnmente utilizadas con esta finalidad anticompetitiva. Ambas albergan un mismo objetivo: la imposición de barreras a la entrada en el mercado a competidores, en aras de fortalecer la posición privilegiada derivada de la titularidad de derechos exclusivos de patente. Aunque puede decirse que el primer fenómeno es la antesala del segundo, la doctrina ha venido estudiando ambas figuras por separado”.⁹³

Se puede apreciar que estas patentes (*patent thickets*) sirven para bloquear la entrada de competidores al mercado respectivo, es una estrategia defensiva; son maquinaciones para poder ser utilizadas como barreras a la libre competencia al impedir la entrada de competidores porque al crear patentes innecesarias o débiles, y dificulta que los competidores accedan a alguna tecnología sin tener que infringir patentes. La abogada Martínez Pérez hace algunas precisiones:

“En relación con las estrategias defensivas son aquellas encaminadas a construir una densa maraña de patentes creando diferentes ‘capas de defensa’. De este modo, cuanto mayor sea la densidad de la maraña, más complicado será para los competidores encontrar la forma de novar sin infringir ninguna de las patentes que conforman a la maraña. Este es, precisamente, el caso de los *patent thickets*. La estrategia se basa en construir una maraña de patentes alrededor de una misma patente base. Cada patente constituye un derecho o un obstáculo más que a los

⁹³Martínez Miriam, Maroño, 2015, “Los *patent thickets* y los *patent trolls*: Análisis desde la perspectiva europea”, en María del Mar y Framiñán, Francisco (coords.), “*Patentes Farmacéuticas y derecho de la competencia*”, España, Thomson Reuters Aranzadi, p. 68.

competidores tendrán que sortear para acceder al sector tecnológico protegido por el *thickets*⁹⁴.

Asimismo, existen los *patent trolls* que son consecuencia de los *patent thickets*, y son aún más agresivas que estos. Así lo explica la abogada Martínez Pérez:

“A diferencia de las estrategias defensivas encaminadas a la creación de la maraña de patentes, por su parte, las estrategias ofensivas son la puesta en práctica activa de esa cartera de patentes que se ha creado *a priori*. Las estrategias anticompetitivas están orientadas aquí a frenar la entrada de competidores en el mercado mediante prácticas tales como la negativa injustificada a la concesión de licencias, la amenaza con interposición de litigios por infracción carentes de fundamento y la exigencia del pago de *royalties* abusivos, entre otras. Las patentes se utilizan para amedrentar a posibles competidores en el sector, evitando así la entrada de estos en los sectores tecnológicos afectados. Estas son las estrategias utilizadas por los denominados *patent trolls*”.⁹⁵

Por lo tanto los *patent trolls* al ser estrategias ofensivas para evitar la entrada de competidores en el mercado respectivo; y no solo ello, también pueden considerarse prácticas monopólicas relativas (ej. negativa de trato, exclusividades o elevación de costo a rivales), aunque son necesarias algunas condiciones materiales para ello.

Las marcas también son consideradas barreras a la competencia. El abogado Peredo opina acerca de las marcas como barreras a la entrada:

“Tanto en el derecho norteamericano como en el mexicano, se reconoce al prestigio de una marca como una barrera a la entrada. El Reglamento, en la fracción cuarta de su artículo 11, establece como una barrera a la entrada la inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial

⁹⁴ *Ídem.*

⁹⁵ *Ídem.*

adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos”.⁹⁶

Asimismo el abogado Moguel Gloria opina de acerca de las barreras a la entrada:

“La autoridad consideró que la inversión en publicidad para permitir que un nuevo agente económico pudiera competir con marcas ya establecidas y con amplio reconocimiento constituía una barrera a la entrada”.⁹⁷

Por lo tanto, el derecho de la competencia económica abiertamente se ha enfocado en analizar a la lealtad de las marcas como barrera a la entrada. Se ha estudiado desde muchos ámbitos a la lealtad a las marcas (económico, publicitario, estadístico, entre otros), es común el uso de diversos estudios para considerar si una marca ha logrado un reconocimiento entre las poblaciones (como los procedimientos de marca notoria y marca famosa elaborados por el IMPI). También las autoridades reguladoras de la competencia económica analizan diversos indicadores econométricos para considerar a las marcas como barreras a la entrada. Esto es de utilidad para dichas autoridades, en general para los competidores, puesto que al conocer la lealtad de las marcas en determinados mercados, podrán conocer información útil para poder competir con mayores eficiencias (inversiones en publicidad, dificultad de ingreso al mercado, entre otros), además de conocer las dificultades a la competencia que pueden enfrentar. Por ejemplo si una empresa de tecnología en telefonía móvil planea competir en los teléfonos celulares de la llamada “gama alta” deberá conocer la lealtad de las marcas de sus competidores (Apple-IPhone y Samsung-Galaxy); al igual es de mucha utilidad para la autoridad antimonopolios conocer si existen barreras a la entrada.

La Cofece tiene la facultad de investigar y posteriormente determinar la existencia de barreras a la entrada. La Ley Federal de Competencia Económica en su artículo

⁹⁶ Peredo Rivera, Amilcar, “Competencia económica...”, *op cit.*, p. 296.

⁹⁷ Moguel Gloria, Martín, “Estudio y Evolución sobre los casos que involucran...”, *op cit.*, p. 85.

94 primer párrafo en “TÍTULO IV DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES, Capítulo I De las Investigaciones para Determinar Insumos Esenciales o Barreras a la Competencia” establece que:

ARTÍCULO 94.- La Comisión iniciará de oficio o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, el procedimiento de investigación cuando existan elementos que hagan suponer que no existen condiciones de competencia efectiva en un mercado y con el fin de determinar la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia o insumos esenciales que puedan generar efectos anticompetitivos, mismo que se realizará conforme a lo siguiente:

[...]

Posteriormente describe paso a paso el procedimiento que desarrollará la Autoridad Investigadora de la Cofece, una vez concluida la investigación, redactará un dictamen preliminar donde propondrá las medidas correctivas para eliminar las restricciones al funcionamiento eficiente del mercado investigado. Esta es la parte relevante de la investigación, posteriormente la Autoridad Investigadora da oportunidad en diversos momentos para que el agente manifieste sus actuaciones de defensa. Una vez integrado el expediente, el Pleno emitirá la resolución, la cual puede incluir la orden al Agente Económico responsable para eliminar las barreras que afectan indebidamente el proceso de libre concurrencia y competencia.

Finalmente, hay que tener muy presente que si las autoridades consideran que en determinados mercados existen barreras a la entrada, es posible que haya patentes y/o marcas involucradas, según corresponda respectivamente a cada caso. Que una marca y/o patente sea considerada como barrera a la entrada no es concluyente que se estén realizando prácticas monopólicas relativas, sino que son solo elementos a considerar en las condiciones de los mercados.

Comprendido esto es momento de analizar cada una de las prácticas monopólicas relativas a través de los derechos de las marcas y patentes.

4.2 SEGMENTACIÓN DE MERCADO

Los fabricantes tienden a crear redes de distribución de bienes y servicios con otras empresas a través de centros de distribución, tiendas departamentales, agentes de ventas, franquiciatarios, entre otros (por ejemplo los productos de Apple son comercializados en tiendas de diversas empresas, incluyendo las iShop Mixup que sus tiendas oficiales); pueden ser sus distribuidores exclusivos o no (como es el caso de automóviles de lujo que solo son comercializados por tiendas exclusivas). Incluso entre las empresas fabricantes y las tiendas puede haber alguna relación corporativa (empresa controlador-filial, coinversionistas, asociación en participación, entre otras); y por lo general son relaciones contractuales mercantiles. De igual forma el fabricante puede haber celebrado contratos de franquicia o licencia de marca con sus distribuidores. Por lo anterior es común que las empresas impongan contractualmente la comercialización a sus distribuidores dividiéndoles el mercado, ya sea dividiendo áreas geográficas, clientes, momentos, proveedores, entre otros.

El artículo 56 fracción I de la Ley Federal de Competencia Económica dicta que:

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

- I. Entre Agentes Económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;

[...]

Sin embargo, que esta restricción sea ilegal puede parecer confuso puesto que es muy común que un licenciante/franquiciante imponga cláusulas que incidan en una segmentación de mercado al licenciataro/franquiciatario. En el caso de las patentes suele suceder que una empresa titular de alguna patente (como puede ser el fabricante originario o una empresa matriz) le imponga a sus licenciataros (que también serán fabricantes al emplear la patente de producto o de fabricación) diversas cláusulas que segmenten el mercado. Un ejemplo de segmentación de mercado es si un franquiciante le impone contractualmente mínimos de distancia a los establecimientos a sus franquiciatarios. Por ello Peredo explica que:

“Es precisamente en este punto en donde, por así convenir a los intereses, los fabricantes podrán establecer el nivel de competencia que impera entre sus distribuidores o franquiciatarios. Suele suceder con las personas que inician a familiarizarse con la materia de competencia, que cuando escuchan el término “franquicia” inmediatamente les surge la duda de cómo es que se manejan este tipo de contratos, ya que establecen una serie de restricciones al comercio relacionadas con las exclusivas, asignaciones territoriales, por tiempo, por clientes, precios de reventa, ventas atadas, entre otras”.⁹⁸

En las asignaciones territoriales Peredo manifiesta que:

“Es común que un fabricante pretenda establecer territorios en los que sus distribuidores podrán vender o los clientes a los que podrán atender. Este tipo de restricciones se establecen a través d diversos tipos de cláusulas, las cuales unas son más restrictivas que otras”⁹⁹.

Entonces el licenciante/franquiciante puede imponer restricciones en las cláusulas del contrato de licencia/franquicia que segmenten el mercado y son totalmente libres

⁹⁸ *Ibidem*, p.153.

⁹⁹ *Ibidem*, p.166.

de hacerlo puesto que la ley las permite mientras no tengan poder sustancial de mercado (como en todas las prácticas monopólicas relativas) ni desplace indebidamente a otros agentes económicos. Si el licenciante/franquiciante no tiene poder sustancial aunque divida territorios, clientes, proveedores, etc. no les preocupa a las autoridades de competencia porque al no tener dominancia del mercado no genera impactos relevantes para el proceso de libre competencia y es muy poco probable que desplace a sus competidores. Si llegara a implementar restricciones más agresivas en sus contratos de licencia de marca, patente o franquicia los consumidores tienen la opción de consumir a otras empresas; incluso los licenciarios/franquiciarios al ver los contratos con esas cláusulas que les pueden generar varias obligaciones, pueden no contratar con ese licenciante/franquiciante para irse con sus competidores.

Asimismo, es común que al titular de la marca y/o patente le interesa tener un sistema de distribución y comercialización donde separe a sus licenciarios/franquiciarios para que no compitan entre ellos, evitando así la competencia dentro de la marca, y se concentren en competir contra otras marcas. También les es conveniente a los licenciarios/franquiciarios no tener que competir entre ellos, evitando así mayor competencia; además estos están interesados en que la inversión por una licencia y franquicia les sea retribuida con más incentivos para competir y menos dificultades para ello. El resultado es que la relación contractual entre las partes encuentra una sinergia al dividirse el mercado, logrando con ello eficiencias y una mayor competitividad.

Por el contrario, sería muy diferente si el licenciante/franquiciante tuviera poder sustancial de mercado puesto que podría unilateralmente imponer sus licenciarios/franquiciarios restricciones que segmenten al mercado sin que los competidores puedan contrarrestar su dominancia. Esto daña al proceso de libre competencia.

Finalmente, se pueden pactar restricciones que incidan en segmentar el mercado en los contratos de licencia de marca, patente o franquicia mientras no se cuente con poder sustancial en el mercado relevante. Por el contrario si cuenta con poder sustancial mercado y al imponer restricciones en los contratos que incidan en segmentar el mercado existen mayores riesgos de ser investigado y posteriormente ser sancionado por la autoridad de competencia. Si no se van a pactar restricciones en los contratos para lograr mayores eficiencias y se hace para desplazar a la competencia es muy probable que la autoridad de competencia posteriormente a una sanción económica condene también al agente para que “libere” a sus licenciarios de las cláusulas restrictivas para lograr una mayor presión competitiva.

4.3 FIJACIÓN DE PRECIO DE REVENTA

Esta conducta se refiere a la fijación de precios de reventa (no es la misma que la fijación de precios horizontal de las prácticas monopólicas absolutas) es una conducta vertical que el agente económico (ej. El fabricante del bien o servicio) teniendo poder sustancial de mercado, establezca un precio de reventa a su distribuidor, para que este posteriormente lo comercialice. Incluso si los distribuidores no pertenecen a la misma empresa titular del bien o servicio, que el fabricante y los distribuidores son empresas distintas, todas pueden verse involucradas activamente en el abuso de la posición dominante. Esto daña a la libre competencia porque el agente económico al poseer poder sustancial y al establecer un precio de reventa obtiene ganancias monetarias al aprovecharse de su posición dominante en el mercado (en el cual enfrenta poca competencia), así que los consumidores estarían prácticamente obligados a comprarle los productos o servicios al ser el único comerciante, o de los muy pocos competidores, y así se repite todo el ciclo.

El citado jurista Peredo expone sobre las fijaciones de precios en las reventas:

“En resumen, la fijación de precios de reventa puede ser perjudicial para el mercado, ya que puede ayudar a crear un cártel en cualquiera de los dos niveles, el de los fabricantes y el de los distribuidores”.¹⁰⁰

El artículo 56 fracción II de la Ley Federal de Competencia Económica con precisión prohíbe tal conducta:

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

[...]

II. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor deba observar al prestar, comercializar o distribuir bienes o servicios;

[...]

Recordemos el ejemplo de la diferenciación de la competencia dentro y fuera de la marca del Audi y sus refacciones, Audi tiene una porción del mercado de los automóviles en general pero tiene una mayor participación en el de las refacciones puesto que sus refacciones son exclusivas de sus autos por ser Audi el mismo fabricante de estas. Si Audi fijara los precios de reventa a las tiendas de refacciones, distribuidores, talleres mecánicos, etc. estaría abusando de su posición dominante en el mercado de las refacciones de Audi. Los propietarios de los autos de la marca están prácticamente obligados a consumir a mayores precios las refacciones al no haber competencia. De nuevo el jurista Peredo explica:

“Un tercer efecto que puede causar la fijación de precios vertical, es ejercer un poder monopólico, claro, cuando el agente involucrado cuenta con el poder de mercado suficiente y se reúnen otras condiciones”.¹⁰¹

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 156.

¹⁰¹ *Ídem*.

Algunas veces, dependiendo de las licencias, el licenciante de la marca o patente puede establecer contractualmente algún precio de reventa, aunque otras veces no es necesario; por ejemplo en los productos de merchandising como juguetes, objetos de colección, ropa, entre otros, es poco probable que el licenciataro este previamente obligado a observar precios específicos. Sin embargo también es posible que en los contratos que licencia de marca y/o patente se pacte que el licenciataro deberá observar los precios de los productos o servicios. En los contratos de franquicia es común que se pacten precios de reventa.

Hay varias razones para justificar que un agente económico que es titular de marcas o patentes, contratos de licencias redacte cláusulas donde se fijen los precios de reventa como:

1. Para la atracción de licenciataros, porque para el fabricante titular de la marca y/o patente es razonable fijar un precio de reventa para dejar un margen de utilidad a estos y así generar incentivos.
2. Para evitar el fenómeno del “*Free riding*” o el “aprovechamiento de terceros”, (más del lado de las marcas) esto se logra ya que al fijar precios de reventa los licenciataros tienen uniformidad de llevar actos de publicidad y de precios en sus productos y/o servicios.
3. Para evitar que se organice un cártel a nivel de licenciataros, porque el licenciante al fijarles precios de reventa les quita la oportunidad de manipular los precios de los bienes y/o servicios; también busca precios competitivos (más baratos), evitando así precios monopólicos (por lo general precios altos, así fijados por la poca competencia que existe en el mercado).

Seguramente pueden existir otras justificaciones del por qué fijar los precios de reventa que promuevan la eficiencia de la competitividad de los titulares de marcas y/o patentes (porque los pueden ser tan casuísticos como la realidad misma). Sin embargo se tiene que recordar que, al igual que en todas las prácticas monopólicas relativas (artículo 54 de la Ley Federal de Competencia económica), el agente económico licenciante de la marca y/o patente no debe de contar con poder

sustancial en el mercado relevante. Cabe señalar que en el caso de la fijación de precios existe la posibilidad de que se pueda organizar un cártel a nivel de los licenciarios si cuentan con poder sustancial de mercado y fijan unilateralmente los precios de reventa.

Finalmente, en el caso de que el licenciante tenga poder sustancial de mercado deberá de considerar eliminar la fijación de precios de reventa en los contratos de licencia (posiblemente por medio de un convenio modificadorio), liberando así a los licenciarios. La fijación de precios de reventa no debe de dañar al proceso de libre mercado ni desplazar indebidamente a otros participantes o que puedan ingresar al mercado.

4.4 VENTAS ATADAS

Las ventas atadas son transacciones condicionadas a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional distinto o distinguible (ej. una persona compra una mesa y el vendedor le condiciona a comprar una silla para adquirir la primera). Incluso caben interpretaciones que el bien o servicio adicional sea proporcionado por un tercero, además pueden ser adquisiciones reciprocas entre el comprador y el vendedor (Ej. el comprador condiciona al vendedor de comprarle si este a su vez le compra).

Un ejemplo claro de una venta atada lo expone la Cofece:



102

¹⁰² COFECE, "¿Qué es una Práctica Monopólica Relativa?", Octubre 2017, <https://cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/PMR-COLOR-28MAR2017.png>



103

El artículo 56, fracción III de la Ley Federal de Competencia Económica:

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

[...]

III. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio, normalmente distinto o distinguible o sobre bases de reciprocidad;

[...]

Debe de tenerse presente los elementos de una venta atada:

1. Deben de ser al menos dos productos diferentes (por general sólo son dos los productos distintos),
2. El bien o servicio atado debe de ser adicional y debe de ser distinto al bien o servicio condicionado.
3. El vendedor (agente económico) debe de obligar a sus clientes para adquirir el producto o servicio atado, como condición para vender el producto o servicio principal.

¹⁰³ Cofece, "Pymes y la competencia económica", Octubre 2017, https://cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/Info_pymes_vf_100316.jpg

4. El vendedor debe de tener poder sustancial de mercado.
5. El mercado del producto o servicio atado manifiesta daños a la libre competencia.

Asimismo se puede interpretar de la fracción III del artículo 56 que no solo existen las ventas atadas en las transacciones del derecho mercantil y civil, también la propiedad intelectual cabe perfectamente en el supuesto de las mismas. En ello el abogado Peredo ejemplifica:

“Otro ejemplo. Una franquicia para la venta de hamburguesas, en la que el franquiciante exija a sus franquiciatarios que le compren, por ejemplo, la salsa cátsup. Lo que está sucediendo es que se está privando a todos los competidores del mercado de la salsa cátsup, de poder ofrecer su producto a toda la cadena de franquiciatarios”.¹⁰⁴

En el caso de las franquicias, las ventas atadas generan fuertes tensiones en la propiedad intelectual y el derecho de la competencia económica. En esta misma línea el citado abogado señala:

“Ejemplo sencillo. Un fabricante vende televisiones muy sofisticadas de plasma junto con un reproductor DVD. Puede ser que los consumidores, ante lo sofisticado de la televisión decidan adquirirla, no obstante no deseen un aparato DVD y tengan que pagar por él. En este caso no hay venta atada. En teoría, la venta atada sería cuando el consumidor necesita tanto el bien principal como el atado. Por ejemplo, en el caso de las hamburguesas, el franquiciatario necesariamente debe adquirir la cátsup para preparar la hamburguesa por eso es que si hay venta atada. El franquiciante sabe que el franquiciatario tiene la necesidad de la cátsup y por eso le ata esa venta a la franquicia. En otras palabras para hacerse la pregunta si en la supuesta

¹⁰⁴ *Ibidem*, p.189.

venta atada, el consumidor realmente se le está privando de la posibilidad de adquirir el producto atado en condiciones de competencia normales, si efectivamente se le está aplicando coerción para adquirir el producto”.¹⁰⁵

Por lo tanto esto crea fuertes controversias puesto que las franquicias por su propia naturaleza incorporan regímenes de control por parte del licenciante al licenciario para mantener el *goodwill*, para ello el franquiciante debe de proveer al franquiciario de todos los insumos tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue. Cabe señalar regulación del contrato de franquicia en la Ley de la Propiedad Industrial:

Artículo 142 Bis.- El contrato de franquicia deberá constar por escrito y deberá contener, cuando menos, los siguientes requisitos:

[...]

III. Las políticas de inventarios, mercadotecnia y publicidad, así como las disposiciones relativas al suministro de mercancías y contratación con proveedores, en el caso de que sean aplicables;

[...]

Entonces, se puede apreciar claramente la franquicia tiene previsto el suministro de insumos y servicios para su operación. El franquiciante está obligado a proveer los insumos al franquiciario para su operación, de igual forma el franquiciario está obligado a mantener calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios de la franquicia, y eso incluye cumplir con proveerse de los productos y servicios indicados por el franquiciante. Desde luego que es muy común que se pacte así en los contratos de franquicia, incluso si no se hace se estaría incumpliendo la ley (además de una obvia afectación al licenciario). Por lo tanto se puede percibir una frontera de legalidad del suministro de materiales y servicios por parte del

¹⁰⁵ *Ídem*.

licenciante al licenciario en el contrato de franquicia y cuando se transforma en una venta atada.

Pensemos en el pasado ejemplo citado del abogado Peredo: una franquicia de hamburguesas (ej. McDonald's o Burger King), donde el franquiciante exige a sus franquiciarios que le compren la cátsup (ej. Heinz) sería una venta atada si se cumple con lo que prescribe la Ley Federal de Competencia Económica: 1) deben de ser al menos dos productos diferentes (la hamburguesa y la cátsup); 2) el bien o servicio atado debe de ser adicional y debe de ser distinto al bien o servicio condicionado (claramente con los dos productos del ejemplo); 3) el franquiciante debe de obligar a sus franquiciarios para adquirir la cátsup como condición obtener la franquicia de hamburguesas -hasta esta parte la provisión de la cátsup por parte del licenciario se parece a una venta atada (prácticamente todas las franquicias llegarían a este punto), sin embargo las otras dos condiciones son sumamente importantes y determinan si se está ante una venta atada-; 4) el vendedor debe de tener poder sustancial de mercado (lo cual no lo detalla el ejemplo del abogado Peredo); 5) el mercado de la cátsup manifiesta daños a la libre competencia (tampoco es mencionado en el ejemplo citado). Para que este ejemplo fuera una venta atada el franquiciante debería tener poder sustancial de mercado (tendría que tener poca competencia en el mercado de las franquicias de alimentos) y tendría que afectar al mercado de la cátsup.

Por lo tanto la provisión de insumos de la franquicia tiene varios elementos de las ventas atadas, sin embargo es necesario que existan dos de los elementos más importantes, que el franquiciante tenga poder sustancial de mercado y que el mercado del producto o servicio atado tenga afectaciones a la libre competencia. Si la provisión de insumos no tiene las condiciones anteriores no debería de tener riesgos de realizar alguna conducta anticompetitiva, debería de ser como todo contrato de franquicia. Por ello es importante que si la franquicia tiene poder sustancial de mercado, el licenciante no debería obtener ventas atadas con sus

franquiciarios; de hecho es mejor que las cláusulas de provisión de insumos sean más laxas.

Las ventas atadas también pueden ser realizadas con patentes por medio de las “*Patents Thickets*” y de las “*Pack License*” (paquete de licencias), al obligar a los licenciarios a adquirir patentes que posiblemente necesiten y otras que no: prácticamente es el mismo esquema de ventas atadas analizado. El profesor Carbajo Cascón lo explica:

“La existencia de tecnologías complejas cubiertas por varias patentes pertenecientes a uno o varios titulares de derechos, muchas de las cuales tienen carácter complementario y en ocasiones sucesivo (patentes con fechas de extinción sucesivas), que son necesarias para la explotación de esa tecnologías en el mercado, da lugar a peculiares situaciones de mercado que se conocen comúnmente como “marañas o racimos de patentes (*‘Patents Thickets’*), y que obligan a las empresas interesadas en mejorar o desarrollar un determinado, producto o servicio a negociar y adquirir un paquete de licencias sobre varias patentes (*‘Pack License’*). Las marañas de patentes sobre una misma tecnología pueden aumentar el número de litigios sobre la nulidad o infracción de derechos exclusivos, incrementar considerablemente los costes de transacción y los productos de adquisición de licencias, entorpecer la innovación subsiguiente si existen negativas a contratar por parte de uno o varios titulares de derechos o si los precios reclamados (regalías) por uno o por varios de los titulares son excesivos, sin descartar el riesgo de vinculación contractual (*‘tying agreements’*) que obliga al interesado a adquirir en bloque un paquete completo de patentes para poder acceder a las que verdaderamente le interesan, a pesar de que

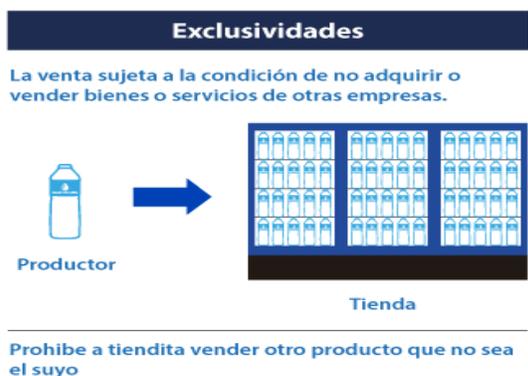
algunas de ellas pueden no serle necesarias, ser irrelevantes objetivamente e incluso nulas por incumplir algunos de los requisitos de patentabilidad”.¹⁰⁶

Finalmente, los paquetes de patentes (*“Patents Thickets”*) pueden ser un vehículo para llevar a cabo ventas atadas puesto que algunas tecnologías complejas tienen incorporadas varias patentes, los interesados en contratarlas son obligados a adquirir el paquete de patentes (ya sea que incluya patentes que usara o no); por lo tanto estas acciones, junto con las condiciones necesarias ya expuestas, podrían ser consideradas como ventas atadas.

4.5 EXCLUSIVIDADES

En el derecho de la competencia económica las exclusividades son la venta o compra sujeta a la condición de no usar, adquirir o vender los bienes o servicios de un tercero, o dicho de otra forma, el vendedor condiciona la venta al comprador (o viceversa) a que este no use, adquiera o venda los bienes o servicios de un tercero. Se debe de aclarar que las exclusividades como prácticas monopólicas relativas no se refieren a las facultades de los derechos exclusivos de la propiedad intelectual.

La Cofece expone las exclusividades:



107

¹⁰⁶ Carbajo Cascón, Fernando, 2015, “Los consorcios de patentes”, en María del Mar y Framiñán, Francisco (coords.), “Patentes Farmacéuticas y derecho de la competencia”, España, Thomson Reuters Aranzadi, p. 132.

¹⁰⁷ COFECE, “¿Qué es una Práctica Monopólica...”, *op cit.*



108

La Ley Federal de Competencia Económica prescribe a las exclusividades en su artículo 56 fracción V.

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

[...]

IV. La venta, compra o transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

[...]

En relación a la propiedad intelectual esta conducta no tiene su aplicación directa en el licenciamiento de la propiedad industrial porque la exclusión no sucede al acordar una licencia o ser excluido de esta, más bien es una consecuencia indirecta derivada de tener una licencia puesto que el vendedor o comprador necesita tener en subordinación a su contraparte vendedor/comprador por medio de algún instrumento de control. El instrumento más común y sencillo de control es un contrato, no es necesario que el objeto del contrato sea alguna propiedad intelectual, puede ser un contrato mercantil incluso puede no haber contrato porque el vendedor/comprador puede someter a su contraparte a sus condiciones al ser su distribuidor. Sin embargo el contrato de franquicia es un vehículo que puede usarse

¹⁰⁸ Cofece, "Pymes y la competencia...", *op cit.*

para las exclusividades por la facilidad del control del licenciario por parte del licenciante. En ese mismo sentido el abogado Jorge Amigo señala que:

“Este tipo de contratos están sujetos a la regulación de la LFCE debido a que se trata de contratos que tienen por objeto la ‘producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios’. La ley establece que ‘la distribución exclusiva de bienes y servicios’ puede ser una práctica monopólica relativa, si el franquiciante llegara a tener un poder sustancial sobre el mercado relevante. En estos casos, la Comisión Federal de Competencia Económica puede intervenir, si de algún modo se está en los supuestos de prácticas monopólicas”.¹⁰⁹

Al igual que las prácticas monopólicas relativas ya analizadas es común que se utilice el contrato de franquicia en el que el franquiciante obligue al franquiciario a no usar, adquirir o vender los bienes o servicios de un tercero, pero como señala el abogado Amigo, si el franquiciante posee poder sustancial de mercado debe de ser observado por la ley de competencia.

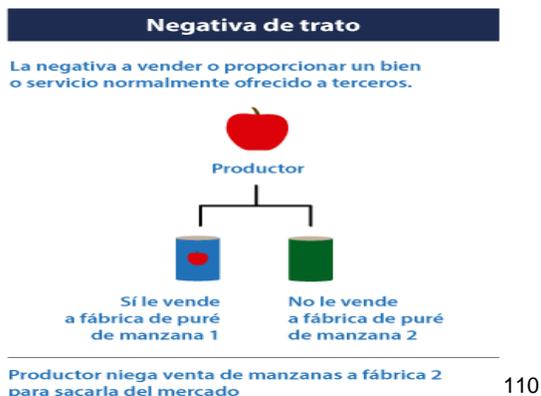
Imaginemos el caso de que la franquicia “7-Eleven” tiene poder sustancial de mercado, y su franquiciante obligue a sus franquiciarios a no adquirir las bebidas de la marca Pepsi; esto sería ilegal puesto que 7-Eleven al tener dominancia excluye de una considerable parte mercado a Pepsi, y lo más probable es que esta experimente afectaciones económicas.

Finalmente, con los riesgos que pueden implicar las exclusividades como prácticas monopólicas relativas es recomendable que las franquicias que tengan dominancia en sus mercados no obliguen a sus franquiciarios a no adquirir bienes o servicios de terceros, así como como no estipular cláusulas con el mismo objeto.

¹⁰⁹ Amigo Castañeda, Jorge, “*Reflexiones sobre Competencia Económica...*”, *op cit.*, p. 11.

4.6 NEGATIVA DE TRATO

Esta práctica consiste en la acción unilateral de negarse a vender a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros. Así lo ejemplifica la Cofece:



Como puede observarse en las imágenes citadas, con el pretexto la elección libre y unilateral por parte del productor/vendedor de no comerciar con un comprador con el propósito de desplazar a competidores, causando así daños a la libre competencia.

La Ley Federal de Competencia Económica prohíbe la negativa de trato en su artículo 56 fracción V:

¹¹⁰ COFECE, "¿Qué es una Práctica Monopólica...", *op cit.*

¹¹¹ Cofece, "Pymes y la competencia...", *op cit.*

Artículo 56. Los supuestos a los que se refiere la fracción V 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;

[...]

En relación a la propiedad intelectual con la negativa de trato puede parecer controversial puesto que pareciera que hay una contradicción entre el derecho de la competencia económica y la propiedad intelectual; sin embargo no es así, porque si bien los derechos exclusivos de la propiedad intelectual (como lo son la facultades de uso exclusivo, de exclusión o prohibición, y de autorizar el uso a terceros) permitirían que el titular de los derechos de propiedad intelectual poder decidir con quién contratar una licencia o por el contrario, excluirlo de la misma, pero no se puede ejercer cuando hay afectaciones a la libre competencia.

Existen mayores riesgos en las negativas de trato que involucren patentes porque estas tienen la facilidad de excluir su uso de terceros por su presencia en algunos mercados que impliquen el uso, desarrollo, fabricación y explotación de tecnologías (como el farmacéutico). Este fenómeno no sucede en las marcas o franquicias puesto que en su naturaleza no tienen un papel importante en la innovación tecnológica y pueden enfrentar mayor presión competitiva por la cantidad de competidores que existen.

Las patentes pueden ser usadas como un vehículo en la negativa de trato para crear artificialmente barreras a la entrada a mercados específicos, e incluso pueden llegar a ser una herramienta para desplazar a competidores. El Dr. Gonzales de Cossío lo explica:

“La respuesta es que una negativa de trato puede ser una forma de impedir a un agente económico el acceso a, o desplazar de, un mercado, y los derechos de propiedad intelectual pueden ser una herramienta para lograrlo.

Los derechos de propiedad intelectual pueden generar un cuello de botella o barrera de entrada a la competencia. Por ejemplo, piénsese en una innovación que sea tan trascendente que cambie un mercado o nicho de mercado a tal grado que, sin la misma, el otro agente económico no pueda competir en el mercado en cuestión. De obtener protección como patente, podría ser utilizada como una (eficaz) herramienta de exclusión (una barrera de entrada) o un mecanismo para extraer todo el beneficio del rival que requiere la misma.”¹¹²

La negativa de trato expresada en no licenciar patentes puede generar importantes afectaciones a la libre competencia, especialmente en mercados en los cuales el desarrollo de tecnología es muy importante. De tal forma que esta negativa de trato usa a las patentes para impedir a los competidores la entrada a mercados. Un elemento muy importante que exige la ley es que el bien debe de ser ofrecido normalmente a terceros; por lo tanto la patente debe de ser ofrecida a licenciar.

También puede generar daños a la libre competencia si las tecnologías son integradas por patentes complementarias puesto que un tercero que necesite acceder a una patente complementaria puede ser excluido por su titular; como lo explica el profesor Carbajo Cascón:

“Cuando en un mercado se solapan varias patentes que cubren invenciones complementarias sobre una misma tecnología, los titulares de derechos pueden tener que solicitar una licencia sobre otras patentes para poder usar su propia tecnología, y los terceros que desean desarrollar nuevos productos se ven obligados a solicitar varias licencias a distintos titulares de derechos. En estas situaciones, los detentadores de patentes pueden excluir a los otros

¹¹² González de Cossío, Francisco, “*Competencia Económica y Propiedad...*”, *op cit.*, p. 29.

titulares de patentes invocando su “*ius probendi*”, así como impedir la entrada de terceros en el mercado que necesitan su tecnología para desarrollar nuevos productos, poniendo así barreras a la competencia y a la innovación”.¹¹³

Por lo tanto puede suceder que los titulares de una patente no sean los mismos de una patente complementaria y viceversa; puede ocasionar que unos impidan licenciar la tecnología necesitada a los otros. De igual forma el profesor Carbajo Cascón lo ilustra:

“La existencia en un mismo mercado de distintas tecnologías patentadas que son necesarias (complementarias) para el desarrollo de una tecnología o para la producción de un concreto servicio, puede generar, problemas o riesgos de bloqueo entre los propios titulares de patentes que necesitan acceder a la tecnología ajena para producir y comercializar un bien o servicio competitivo, y un cierre de mercado para los terceros que necesitan acceder a esas diferentes tecnologías complementarias para el desarrollo, producción y comercialización de bienes y servicios en mercado de referencia. En concreto, el ejercicio individual de los derechos de patentes complementarias por sus respectivos titulares puede producir así problemas graves de “*hold up*” (contención) y “*hold out*” (resistencia).”¹¹⁴

Luego entonces, se puede observar las claras dificultades que traen las negativas de licenciar patentes en los ejemplos mencionados, por lo cual se traduce en riesgos a la libre competencia. Al igual que todas las prácticas monopólicas relativas, es necesario que el titular de la patente y que niega a licenciar tenga poder sustancial de mercado para poder afirmar que se está cometiendo una negativa de trato. Entonces si un agente económico que licencia de patentes y si tiene poder sustancial de mercado debería considerar, como una de las soluciones, licenciar las mismas por medio de las llamadas licencias FRAND (fair, reasonable and non

¹¹³ Carbajo Cascón, Fernando, 2015, “Los consorcios de patentes...”, *op cit.*, p. 132.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 152.

discriminatory/justas, razonables y no discriminatorias) y licencias RAND (reasonable, and non discriminatory/justas, razonables y no discriminatorias).

4.7 BOICOT

Esta conducta consiste en la concertación entre agentes económicos o la invitación a éstos para ejercer presión sobre algún otro agente económico o para rehusarse a vender o adquirir bienes o servicios al agente y con el objetivo de disuadirlo de realizar alguna determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado. La Cofece nos ilustra con un ejemplo gráfico:



La Ley Federal de Competencia Económica prohíbe el boicot en su artículo 56 fracción VI:

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

[...]

- VI. La concertación entre varios Agentes Económicos o la invitación a éstos para ejercer presión contra algún Agente Económico o para rehusarse a vender, comercializar o adquirir bienes o servicios a dicho Agente Económico, con el propósito de disuadirlo de una determinada

¹¹⁵ COFECE, “¿Qué es una práctica...”, *op cit.*

conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado;

[...]

Una clara evidencia del boicot es la pluralidad de agentes económicos que participan para lograr mayor presión contra el agente afectado. La presión puede traducirse también a lo económico, ejercida para forzar al agente a actuar de determinadas formas como lo exige la ley, como lo es disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado (las cuales pueden incidir en varias conductas a la vez).

El boicot en competencia económica encuentra como vehículo idóneo en la propiedad industrial a las patentes, puesto que las marcas se enfrentan a su misma naturaleza preponderantemente comercial, y en el comercio puede existir una diversidad de competidores y marcas de las cuales pueden elegir como alternativas ante los boicots.

En las patentes sucede un fenómeno llamado “*Pools of Patents*” o consorcios de patentes (en su adaptación técnica al español). El profesor Carbajo Cascón las explica:

“Los consorcios de patentes (*“Pools of Patents”*) o consorcios tecnológicos (*“Technological Pools”*) son acuerdos entre dos o más titulares de derechos por medio de los cuales se comprometen a concederse licencias de explotación recíprocamente sobre una o varias de sus patentes, así como licenciarlos unitariamente a terceros interesados”.¹¹⁶

Estos consorcios de patentes tienen propósitos procompetitivos que pueden facilitar el acceso de competidores a los mercados tecnológicos. Sin embargo también generan importantes riesgos a la competencia si poseen dominancia en su mercado

¹¹⁶ Carbajo Cascón, Fernando, 2015, “*Los consorcios de patentes...*”, *op cit.*, p. 135

relevante y si no se cuida la transparencia del otorgamiento de las licencias. De nuevo expone el profesor Carbajo Cascón:

“Ahora bien, los acuerdos de licencias cruzadas y los consorcios de patentes implican asimismo un riesgo para el mercado, ya que, en función de las circunstancias en que se produzcan, pueden generar efectos anticompetitivos en tanto la cooperación o coordinación entre titulares de patentes conlleva siempre un elevado riesgo de colusión. Por lo tanto los acuerdos de licencias cruzadas y los consorcios de patentes pueden tener efectos procompetitivos si, por las circunstancias que concurran en cada caso, no producen efectos anticompetitivos”.¹¹⁷

Entonces los riesgos de formarse un consorcio de patentes es que al incorporar a diversos titulares de patentes, estos pueden organizarse para realizar diversas prácticas monopólicas relativas, en este caso fácilmente pueden organizar un boicot contra terceros que deseen contratar licencias de patentes; y con los mismos objetivos de disuadir alguna determinada conducta, aplicar represalias u obligar a actuar en un sentido determinado.

Finalmente, si se forma un consorcio de patente se debe de procurar que estos no tengan poder sustancial de mercado, en el caso de que lo tenga la dinámica de los licenciamientos de patentes deben de ser transparentes dentro y fuera del consorcio. De igual forma es recomendable que se considere crear licencias FRAND y RAND.

4.8 DEPREDACIÓN DE PRECIOS

Esta conducta consiste en que el vendedor (agente económico) vende sus productos o servicios por debajo de costos de producción (por lo tanto se puede percibir a dichos precios más baratos), junto con la existencia de elementos que permiten presumir la posibilidad que después aumente sus precios para recuperar

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 137.

las pérdidas. Como siempre en las prácticas monopólicas relativas es que el agente económico cuenta con poder sustancial de mercado. Lo que busca el vendedor al bajar sus precios (lo cual posiblemente le genere pérdidas económicas, las cuales absorberá) es forzar a los competidores a bajar sus precios también, lo cual podría sacarlos del mercado porque también experimentarán pérdidas económicas, para luego entonces sin competidores en el mercado, el vendedor aumente sus precios (incluso a niveles monopólicos).

El abogado Peredo explica a la depredación de precios:

“En términos generales, se podría definir a una actividad predatoria, como aquella actividad encaminada a excluir a los competidores del mercado, sin acarrear eficiencias. Podríamos decir que es una actividad en la que un agente sacrifica parte de la utilidad que podría estar ganando en circunstancias competitivas normales, con el fin de inducir la salida de otro agente y posteriormente obtener utilidades adicionales de tipo monopólico. En otras palabras, una actividad predatoria, para clasificar como tal, requiere del sacrificio de un ingreso neto que no puede explicarse de ninguna otra forma, más que como un intento de eliminar competencia y así poder ganar posteriormente, utilidades de tipo monopólico.”¹¹⁸

Es muy importante indicar que la depredación de precios no es por sí misma una simple guerra de precios donde por medio de la eficiencia y la competitividad se busque reducir los precios de bienes o servicios para ganar ventas y clientes en los mercados; lo que se busca es eliminar anticompetitivamente a los competidores para luego el agente responsable recupere pérdidas al aumentar los precios en detrimento de los consumidores. De nuevo el abogado Peredo lo expone con claridad:

“Pero en otras ocasiones, las estrategias adoptadas, aunque en principio pudieran parecer benéficas para el consumidor, son contrarias a la Ley. Por

¹¹⁸ Peredo Rivera, Amilcar, "Competencia económica...", *op cit.* 212.

ejemplo, hay veces que el mejor precio, no obstante el efecto inmediato sea benéfico para los consumidores, a largo plazo puede ser nocivo para ellos, ya que su finalidad es sacar a los demás competidores del mercado, con las consecuencias obvias que esto acarrea”.¹¹⁹

La Ley Federal de Competencia Económica prohíbe la depredación de precios en su artículo 56 fracción VII:

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

[...]

VII. La venta por debajo de su costo medio variable o la venta por debajo de su costo medio total, pero por arriba de su costo medio variable, si existen elementos para presumir que le permitirá al Agente Económico recuperar sus pérdidas mediante incrementos futuros de precios, en los términos de las Disposiciones Regulatorias;

[...]

El Dr. González de Cossío define al costo medio total y al costo medio variable:

Costo Medio Total

“El costo medio total (‘CMT’) también conocido como Costo Promedio (‘CF’) y (‘full cost’) es el costo de dividir el costo total (la suma de costos fijos y costos variables) entre abasto ($CMT=C(q)/q$).”¹²⁰

Costo Medio Variable:

¹¹⁹ Ídem.

¹²⁰ González de Cossío, Francisco, *“Competencia económica. Aspectos jurídicos y económicos”*, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 198.

“El costo medio variable (‘CMV’) es la suma de todos los costos variables divididos entre abasto: $CMT=C(q)/q$.”¹²¹

Todo esto quiere decir que el agente debe de vender sus productos o servicios por debajo de los costos totales de producción o por unidad de producción. Esto quiere decir que el agente está vendiendo sus productos o servicios por debajo de tales costos y es muy probable que como consecuencia el agente obtiene pérdidas.

La Ley no exige que el agente responsable debe de desplazar a los competidores ni que deba de aumentar sus precios; con sólo que existan las condiciones de que vende los productos o servicios niveles por debajo de su costo medio variable o por debajo de su costo medio total, junto con elementos que le permitan a la autoridad presumir que el agente aumentará sus precios para recuperar sus pérdidas.

Asimismo la Ley exige que en la depredación de precios algunas condiciones establecidas en el artículo 4 de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica:

Artículo 4. Para el caso de la práctica monopólica relativa a que se refiere la fracción VII del artículo 56 de la Ley, se considerará lo siguiente:

- I. La distribución del costo medio total y del costo medio variable entre subproductos o co-productos en el caso de empresas multi-producto, para lo cual se debe tomar en cuenta las características técnicas de los procesos de producción, distribución o comercialización, así como los principios económicos de determinación de costos. El costo medio se calculará para el periodo en el que se alega que se observa la conducta;
- II. En caso de una investigación iniciada a petición de parte, el denunciante debe presentar a la Comisión los elementos en los que basa la estimación de costos de su denuncia; y

¹²¹ *Ibidem*, p. 199.

- III. Que uno o varios Agentes Económicos pueden recuperar las pérdidas cuando, además de contar con poder sustancial en el mercado relevante en el que se realiza la práctica, existan elementos para presumir que continuarán con dicho poder sustancial en la etapa de recuperación de las pérdidas.

[...]

La relación entre la depredación de precios con las marcas y patentes, no es una relación central puesto que en sí las marcas y patentes no son un vehículo para cometer la depredación de precios, el vehículo más bien sería el producto o servicio ofertado dentro de la dinámica de su venta por debajo de los costos ya mencionados. Sin embargo las marcas son un elemento que acompaña al bien y servicio ofertado así que forzosamente al haber depredación de precios, hay productos y servicios, y si estos participan seguramente hay marcas implicadas. Las patentes no tienen ese papel central dentro del comercio, así que muy difícilmente podrían tener alguna relación con la depredación de precios.

Un caso hipotético para ejemplificar: Imaginemos dos empresas de galletas, Bimbo que elabora las galletas de la marca “Príncipe” y la empresa Gamesa que elabora las galletas marca “Emperador”, Bimbo tiene poder sustancial de mercado, Gamesa no tiene dominancia; entonces Bimbo decide bajar los precios de Príncipe al grado de tener pérdidas, para obtener más ventas, para luego sacar del mercado a las galletas Emperador. Del ejemplo expuesto se puede observar que las marcas si bien no fueron el objeto central de la conducta, acompañaron en todo momento a los productos involucrados. Como mencione en diversas ocasiones las marcas pueden llegar a ser un elemento muy importante en la competencia económica, al llegar a obtener alto reconocimiento en el público consumidor al grado de ser una barrera a la entrada.

Por otro lado, los contratos de franquicia pueden ser usados como medio para cometer depredación de precios, como en otras prácticas monopólicas relativas son

un medio de control del franquiciante con el franquiciatario. Un ejemplo: Dos empresas franquiciantes de cafeterías Starbucks Corporation y Coffee Depot, la primera tiene poder sustancial de mercado y la segunda no, Starbucks Corporation tiene como franquiciatario en México a Alsea y Coffee Depot tiene como franquiciatarios a diversas personas morales y particulares. Starbucks Corporation puede persuadir o hasta obligar a Alsea a cometer depredación de precios contra Coffee Depot, usando como forma de control el contrato de franquicia. Como se puede apreciar la depredación de precios no es ajena a las franquicias.

Finalmente, sin importar si se utilizan contratos de franquicia para ordenar una depredación de precios o cuáles sean las marcas de los productos o servicios vendidos en la misma práctica monopólica, es ilegal. Por lo tanto cualquier agente económico debe abstenerse de realizar dicha conducta.

4.9 DESCUENTOS POR LEALTAD O VENTAS CONDICIONADAS

Son dos conductas reguladas en una misma fracción en la ley de competencia, la primera se refiere en que una parte (el productor o proveedor) otorga descuentos, incentivos o beneficios a la otra parte (un comprador) a condición de no usar, adquirir o vender los productos o servicios de un tercero, y la segunda conducta es si el vendedor condiciona la venta al comprador cambio de no proporcionar o vender estos productos a terceros. Esta práctica monopólica relativa consiste en afectar a uno de dos mercados, el de los fabricantes o distribuidores terceros, o al mercado de los consumidores, y tal práctica puede llevar a desplazar competidores en ambos mercados.

La Ley Federal de Competencia Económica prohíbe los descuentos por lealtad o ventas condicionadas en su artículo 56 fracción VIII:

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

[...]

- VIII. El otorgamiento de descuentos, incentivos o beneficios por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción;

[...]

Puede llegar a existir daño a dos mercados, el primer mercado donde participa el vendedor y este mercado es conocido como línea de afectación primaria, y el mercado donde participan los agentes que son compradores, conocido como línea de afectación secundaria. Un ejemplo de los dos casos de afectación a los dos mercados: 1) descuentos por lealtad, una empresa de harina decide que hará un descuento del 50% al valor de sus productos sólo a los dueños de las panaderías que no vendan productos de otras empresas de harina, lo cual termina por afectar productor de harina (línea de afectación primaria); 2) en la venta condicionada, una empresa productora de harina condiciona venderle harina a una panadería si esta no le compra azúcar a cierta empresa, la afectación se daría en el mercado del azúcar, el cual es productor (línea de afectación secundaria).

En los descuentos por lealtad o ventas condicionadas tampoco utilizan como vehículo a las patentes o a las marcas, el vehículo más bien sería el producto o servicio ofertado dentro de la dinámica de condicionar su venta a no vender o comprar a terceros. Al igual que en la depredación de precios, las marcas son un elemento que acompaña al bien o servicio vendido u ofrecido a descuento, y condicionado a no comprar a terceros. Como ya he expuesto, las marcas al contraseñar los productos y servicios es un elemento central de la distintividad comercial, por lo tanto seguramente hay marcas implicadas en los descuentos por

lealtad o ventas condicionadas. Las patentes no tienen ese papel central dentro del comercio, así que muy difícilmente podrían tener alguna relación con dichas prácticas monopólicas relativas.

Como ya he mencionado, los contratos de franquicia, como en otras prácticas monopólicas relativas, son un medio de control del franquiciante con el franquiciatario y pueden ser usados como medio para cometer descuentos por lealtad o ventas condicionadas.

Finalmente, los descuentos por lealtad o ventas condicionadas al tener parciales similitudes con las exclusividades y negativas de trato no merecerían mayor aclaración. Sin importar si se utilizan contratos de franquicia o cuáles son las marcas de los productos o servicios vendidos para ordenar los descuentos por lealtad o ventas condicionadas, esta conducta es ilegal. Por lo tanto cualquier agente económico debe de abstenerse de realizar dicha conducta.

4.10 SUBSIDIOS CRUZADOS

Esta práctica consiste en que el agente económico utiliza de las ganancias obtenidas por la venta o prestación de un bien o servicio para financiar las pérdidas incurridas por la venta o prestación de otro bien o servicio.

La Cofece explica usa este ejemplo:



122

¹²² COFECE, *¿Qué es una práctica...?*, op cit.

Entonces los subsidios cruzados consisten en que un agente que es competitivo en un mercado pero no lo es en otro; usa las ganancias del primero para sostenerse en el segundo. Esto puede dañar al segundo mercado puesto que en realidad no está siendo competitivo, sino que simula serlo. Por medio de dicha práctica monopólica relativa distorsiona su participación en el mercado y puede llegar a desplazar a otros competidores.

El Dr. González de Cossío expone algunas precisiones:

“Las restricciones verticales pueden ser un elemento de un esquema que busque proyectar la posición dominante de un mercado sobre otro que es competido. A esto se le conoce como ‘*Leverage*’, que he traducido como ‘apalancamiento’ dado su efecto. Piénsese por ejemplo en el caso en que un agente económico con dos líneas de producción cuenta con una posición dominante en una (*producto A*) y enfrenta un mercado un mercado competido en la otra (*producto B*).”¹²³

La Ley Federal de Competencia Económica prohíbe los subsidios cruzados en su artículo 56 fracción IX:

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

[...]

IX. El uso de las ganancias que un Agente Económico obtenga de la venta, comercialización o prestación de un bien o servicio para financiar las pérdidas con motivo de la venta, comercialización o prestación de otro bien o servicio;

[...]

¹²³ González de Cossío, Francisco, “*Competencia Económica y Propiedad...*”, *op cit.*, p. 37.

Esta es otra práctica monopólica relativa que no utiliza a alguna figura de la propiedad industrial como vehículo para su comisión, sin embargo también está vinculada en el comercio el uso de las marcas de productos y servicios. La Cofece en "*Herramientas de competencia económica*" plantea un ejemplo donde utiliza marcas:

"Ejemplo 9. Subsidios cruzados, fracción IX, artículo 56 de la LFCE

La empresa Choco Xoco es una gran productora de chocolates, domina gran parte de su mercado. La empresa acaba de incursionar en el mercado de goma de mascar con la marca Xantano, y no ha tenido mucho éxito. Como la empresa tiene excelentes ganancias en el mercado de chocolates, decide utilizar esas ganancias para poder vender sus productos de goma de mascar por debajo del costo de producción. Así, puede ofrecer un precio mucho menor al de su competencia, ganando mayor participación de mercado y desplazando a sus competidores."¹²⁴

La propiedad industrial al no trascender su uso en los subsidios cruzados, no merece mayor explicación.

4.11 DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS

Esta conducta consiste en el establecimiento de distintos precios o condiciones de venta o compra para diferentes compradores o vendedores situados en igualdad de condiciones. La Cofece explica a la discriminación de precios:

¹²⁴ COFECE, "*Herramientas de competencia...*", *op cit.* p. 26

Discriminación de precios

Establecer precios o condiciones diferentes para compradores en circunstancias equivalentes.



125

De la misma forma la Cofece expone otro ejemplo:



126

La Ley Federal de Competencia Económica prohíbe la discriminación de precios en su artículo 56 fracción X:

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

[...]

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

[...]

¹²⁵ COFECE, *¿Qué es una práctica...?*, op cit.

¹²⁶ Cofece, *“Pymes y la competencia...”*, op cit.

De nuevo nos encontramos con una práctica monopólica relativa que no utiliza como vehículo a alguna figura de la propiedad industrial, ya sea patentes o marcas. Sin embargo pueden llegar a existir riesgos en los contratos de franquicia en los que el franquiciante ordene al franquiciatario, o el franquiciatario unilateralmente discrimine precios.

El abogado Peredo expone un ejemplo sobre la discriminación de precios:

“Un ejemplo de discriminación de precios en la línea primaria, sería cuando por ejemplo, un fabricante de helados que tiene una alta participación de mercado en la zona A del país, pero en la zona B su participación es poco significativa, vende los helados a sus distribuidores de la zona B a un precio más bajo que en la zona A. Esto con el fin de ganar mayor participación en el mercado B, afectando de esta forma a sus competidores de la zona B. En este ejemplo, queda claro que no obstante los precios de venta a los distribuidores de la A y de la zona B sean diferentes, ellos no están siendo afectados, ya que no están compitiendo entre sí, los que también están siendo afectados son los fabricantes de helados competidores. Cosa distinta sucede en la línea secundaria, en donde las personas a las que les están dando los diferentes precios, si compiten entre sí. En el mismo ejemplo de los helados, habría discriminación si el fabricante vende a diferentes precios a dos competidores ubicados dentro de la misma zona B.”¹²⁷

En este ejemplo expuesto queda claro el daño que el fabricante de helados realiza en la línea de afectación primaria por discriminar precios en el mercado B con respecto al mercado A, causando así daños a los competidores por bajar sus precios en dicho mercado; de la misma forma hay daños en el mercado B si el fabricante discrimina precios entre sus distribuidores de dicho mercado. Se puede plantear que en lugar de un fabricante y sus distribuidores pueden ser un fabricante

¹²⁷ Peredo Rivera, Amilcar, "Competencia económica...", *op cit.*, p. 230.

que discrimina precios a un franquiciante y por reflejo a sus franquiciatarios (que sería la línea de afectación secundaria).

Como se sabe, si el agente económico que discrimina precios no cuenta con poder sustancial de mercado no tendría riesgos de ser investigado o hasta sancionado por las autoridades de competencia económica, sin embargo es muy probable que pueda ser denunciado ante las autoridades de protección al consumidor, ante la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco). Para evitar riesgos los agentes económicos deben de hacer públicas todas sus políticas de ofertas y descuentos.

4.12 ELEVACIÓN DE COSTO A RIVALES

Esta conducta consiste en la intervención de uno o varios Agentes Económicos cuyo objeto o efecto sea incrementar directa o indirectamente los costos, obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrenta otro Agente Económico.

La Ley Federal de Competencia Económica prohíbe la elevación de costo a rivales en su artículo 56 fracción XI:

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

[...]

- 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;

[...]

Esta conducta es muy similar a la discriminación de precios con la diferencia que la elevación de costo a rivales agrega las conductas de incrementar costos,

obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda. Las acciones de incrementar costos y obstaculizar el proceso productivo agregan una mayor cantidad de conductas específicas que inciden en el que se eleven los costos a los competidores. Tales conductas son tan amplias como la realidad las presente, como puede ser aumentar los precios por la prestación de servicios, por el arrendamiento de bienes muebles o inmuebles, entre otras. En cambio la discriminación de precios solo se traduce en el aumento o descuento de precios de compra y venta de productos. La última acción de la elevación de costos a rivales es reducir la demanda contra el agente afectado, esto sucede a consecuencia del aumento de precios de bienes y servicios, y termina afectando también al proceso productivo.

Un ejemplo claro es si una empresa de transporte de carga aumenta los precios de sus servicios de transporte de mercancías a cierta tienda, mientras que a otra tienda en condiciones similares no aumenta sus precios.

La elevación de costos a rivales puede ser realizada por medio de las patentes, puesto que estas pueden llegar a ser muy importantes en el proceso productivo de un agente económico. Si algún agente licenciante aumenta los precios de las licencias de patentes con el propósito de desplazar, impedir acceso al mercado o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios agentes económicos contra el licenciatarario, se está cometiendo la práctica monopólica relativa de la elevación de costos a rivales.

En específico sucede en los *patent trolls*, los cuales no sólo pueden ser una barrera a la entrada sino que se pueden convertir en una herramienta para la elevación de costos a rivales. Como lo señala la abogada Martínez Pérez:

“Distinta de la forma de explotación tradicional es la que consiste en la mera explotación financiera del derecho. Esto es lo que sucede en el caso de los *patent trolls*. Cuando un *troll* hace valer sus derechos de exclusiva frente a terceros, el interés que subyace de esas actuaciones es únicamente financiero. El *patent troll* no actúa para defender la tecnología protegida por

sus derechos de patente. Se ha venido considerando que la utilización de la patente como un mero mecanismo financiero con fines de capitalización constituye una forma de explotación distinta de la tradicional consistente en la comercialización de bienes o servicios.”¹²⁸

Entonces los *patent trolls* son usados para extraer recursos injustificadamente a terceros. Análogamente podemos considerar que un licenciataria es presionado por su licenciante para contratar licencias de *patent trolls*. En cuanto a los precios desproporcionados Martínez Pérez señala:

“La cuestión fundamental radica en determinar cuando la utilización de patentes como meros mecanismos financieros para la obtención de beneficios económicos es lícita y cuando deja de serlo para convertirse en una conducta que contraviene la legalidad”

En el caso de que la explotación financiera de las patentes se lleve a cabo mediante el otorgamiento de contratos de licencia, el problema surge cuando, la retribución obtenida se considera excesiva, por la imposición al licenciataria del pago de *royalties* abusivos.”

Luego entonces, los *patent trolls* pueden actuar en la elevación de costo a rivales puesto que las regalías pueden llegar a ser tan altas que desplace, impida acceso al mercado o establezca ventajas exclusivas en favor de uno o varios agentes económicos. Asimismo, los *patent trolls* al generar conflictos legales probablemente después de una investigación y su posterior sanción, por parte de las autoridades, se ordene suprimir tal elevación de costos.

¹²⁸ Martínez Miriam, Maroño, 2015, “*Los patent thickets y los patent trolls...*”, *op cit.* p. 90.

4.13 OBSTÁCULOS A LA ADQUISICIÓN DE INSUMOS ESENCIALES

Esta conducta consiste en acciones de denegación, restricción de acceso o acceso en condiciones discriminatorias a un insumo esencial por parte de un competidor o varios contra otro.

La Ley Federal de Competencia Económica prohíbe los obstáculos a la adquisición de un insumo esencial en su artículo 56 fracción XII:

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

[...]

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,

[...]

El acceso a insumos esenciales controlados por una o varias empresas en condiciones razonables de calidad, precio, cantidad y oportunidad, puede ser fundamental para el ingreso o permanencia de una empresa en un determinado mercado. Un ejemplo, un puerto o una vía de tren son un recurso esencial para una empresa de transporte. El Dr. González de Cossío explica más elementos de un recurso esencial:

“La negativa puede ser abusiva únicamente cuando dichas partes y materiales sean ‘esenciales’ para la producción de otros bienes y servicios. Para determinar si un producto es ‘esencial’ es necesario ver si existen productos o servicios que puedan ser soluciones alternativas, aunque sean menos ventajosas, y si existen obstáculos (técnicos, legales o económicos) capaces de hacer imposible o razonablemente difícil para cualquiera que busque operar en dicho mercado el crear dichos productos o servicios

alternativos. Para ello, debe establecerse que la creación de dichos productos o servicios no es económicamente viable,”¹²⁹ p. 35

Un elemento muy importante del recurso esencial o insumo esencial es que los obstáculos (técnicos, legales o económicos) para elaborar otro recurso o recurrir a este son muy altos. Dichos obstáculos son: la dificultad de fabricar ciertos bienes, tener autorizaciones por autoridades o invertir altas cantidades de dinero; como en el ejemplo expuesto un puerto o una vía de tren son técnicamente, legalmente y económicamente muy difíciles de crear.

La Ley Federal de Competencia Económica establece en su artículo 94 que la Cofece puede investigar mercados que manifiesten problemas de competencia (es el mismo procedimiento que mencionado de barreras a la entrada) con relación al acceso de insumos esenciales que puedan generar efectos anticompetitivos. Dicha facultad está en el artículo 94 fracción VII inciso C:

Artículo 94. La Comisión iniciará de oficio o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, el procedimiento de investigación cuando existan elementos que hagan suponer que no existen condiciones de competencia efectiva en un mercado y con el fin de determinar la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia o insumos esenciales que puedan generar efectos anticompetitivos, mismo que se realizará conforme a lo siguiente:

[...]

VII.C. La determinación sobre la existencia de insumos esenciales y lineamientos para regular, según sea el caso, las modalidades de acceso, precios o tarifas, condiciones técnicas y calidad, así como el calendario de aplicación,

[...]

¹²⁹ González de Cossío, Francisco, “Competencia Económica y Propiedad...”, *op cit.*, p. 35.

Además la Cofece deberá determinar la existencia de un insumo esencial de conformidad con el artículo 60 de la Ley Federal de Competencia Económica:

Artículo 60. Para determinar la existencia de insumo esencial, la Comisión deberá considerar:

- I. 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;
- II. Si no es viable la reproducción del insumo desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro Agente Económico;
- III. Si el insumo resulta indispensable para la provisión de bienes o servicios en uno o más mercados, y no tiene sustitutos cercanos;
- IV. Las circunstancias bajo las cuales el Agente Económico llegó a controlar el insumo:
- V. Los demás criterios que, en su caso, se establezcan en las Disposiciones Regulatorias.

Entonces la autoridad evaluará si existen condiciones para determinar que un recurso sea esencial o no.

Asimismo, las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica en su artículo 10 determinan que:

Artículo 10. Para efectos de la fracción V del artículo 60 de la Ley, la Autoridad Investigadora debe evaluar, en el dictamen preliminar, si regular el acceso al insumo o permitir su uso por parte de terceros generará eficiencia en los mercados.

Una vez que la Cofece haya realizado el proceso de investigación de la existencia de algún recurso esencial del artículo 94 de la ley citada y haya determinado que

existen problemas en su acceso, puede evaluar y posteriormente permitir su acceso a los competidores desplazados.

La relación con esta práctica monopólica relativa con la propiedad industrial no es sencilla puesto que las patentes pueden ser un consideradas un recurso esencial (las marcas no podrían por su presión competitiva). En la misma línea el Dr. González de Cossío manifiesta que:

“La teoría del Recurso Esencial (*Essencial Facilities Doctrine*) ha sido utilizada para atacar el derecho exclusivo de un derecho de propiedad intelectual cuando tiene por efecto impedir a un competidor competir en un mercado localizado en un escaño posterior de la cadena productiva.”¹³⁰

Por lo tanto, efectivamente alguna(s) patente(s) puede(n) convertirse en un recurso esencial para los competidores en el mercado que se manifieste dicho recurso, y que los titulares de dicha(s) patente(s) pueden negar su acceso, generando así obstáculos a la competencia. En este mismo sentido el Dr. González de Cossío señala que:

“El tratamiento de la teoría del recurso esencial tanto por la autoridades europeas como estadounidenses converge en la dirección que el activo en cuestión sea virtualmente indispensable para la competencia en el mercado secundario a grado tal que la negativa a tratar le limitaría cualquier posibilidad de competencia a un competidor.”¹³¹

Los casos de patentes que sean considerados insumos esenciales pueden ser tan amplios como la realidad lo permita, pero hay situaciones comunes en las que una patente empiece a manifestar cualidades a un recurso esencial como lo son los *patent thickets* en los que generan afectaciones a la competencia puesto que

¹³⁰ *Ibidem*, p. 32.

¹³¹ *Ibidem*, p. 36.

además de ser una berrera de entrada, son patentes que excluyen a terceros de acceder a patentes esenciales. La abogada Martínez Pérez explica este fenómeno:

“El problema de los *patent thickets* se ha agravado en aquellos sectores en los que se ha llevado a cabo un proceso de estandarización normativa y las patentes que conforman el *thicket* tienen la consideración de patentes esenciales (SEPs). Patentes esenciales o indispensables, son aquellas que protegen invenciones dentro del *thicket* que necesariamente han de ponerse en práctica para la correcta ejecución de la norma técnica que corresponda. Precisamente, los estándares técnicos se crean para promover la interoperabilidad de las patentes que conforman el *patent thickets* en sectores tecnológicos complejos en los que un mismo producto final puede llegar a estar sujeto a más de 15, 000 patentes.”¹³²

Entonces, las patentes esenciales o indispensables (SEPs) tienen muchas características de los insumos esenciales, la más importante es que una patente esencial puede no ser reproducida desde un punto de vista técnico, legal o económico por otro agente económico. Quiero hacer hincapié en que una patente esencial no puede ser reproducida por el agente desde el ámbito legal puesto que una solicitud de una patente similar no podría ser otorgada por la autoridad (IMPI) por invadir derechos de la patente esencial o que simplemente no tiene novedad.

Además una patente esencial puede generar otro fenómeno conocido como *patent ambush*. La abogada Martínez Pérez expone este fenómeno:

“El *patent ambush* tiene lugar cuando el titular de una patente participa en un proceso de estandarización e, intencionalmente, omite la comunicación al organismo de normalización que es el titular de la patente y que la puesta en

¹³² Martínez Miriam, Maroño, 2015, “*Los patent thickets y los patent trolls...*”, *op cit.*, p. 73

funcionamiento del estándar técnico implicará, en todo caso-se trata de patentes esenciales-, la violación de esa patente.”¹³³

Esto quiere decir que en un sector de alguna industria los actores como autoridades y particulares generan un proceso estandarización de las tecnologías que se quiera crear estándares técnicos, y un titular de una patente dolosamente no comunica que es titular de alguna(s) patente(s) que forma el estándar para posteriormente crear facciosamente una patente esencial que puede ser considerara un insumo esencial, generando un *patent ambush* y que posiblemente lo use para excluir a los competidores del mercado.

Finalmente, el tema de las patentes como obstáculos a la adquisición de un insumo esencial es poco estudiado en nuestro país por las relativamente recientes regulaciones de la propiedad industrial y el derecho de la competencia económica.

4.14 ESTRECHAMIENTO DE MÁRGENES

Esta práctica monopólica relativa consiste en que el agente económico responsable aumenta los precios a los competidores por acceder al insumo esencial y como consecuencia provoca una reducción de márgenes entre el precio de acceso a un insumo esencial y el precio del bien o servicio final ofrecido al consumidor final. Entonces al aumentar los precios de acceder al insumo esencial los competidores ven afectados sus ingresos, lo cual puede afectarlos hasta desplazarlos del mercado.

La Ley Federal de Competencia Económica prohíbe el estrechamiento de márgenes en su artículo 56 fracción XIII:

¹³³ *Ibidem*, p.79

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

[...]

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.

[...]

Esta disposición tiene la particularidad de prescribir el estrechamiento de márgenes como la consecuencia del aumento de precio por acceder al insumo esencial.

Se puede apreciar que esta conducta tiene relación con los obstáculos a la adquisición de un insumo esencial. De hecho el estrechamiento de márgenes es un obstáculo a la adquisición de un insumo esencial, sin embargo el estrechamiento de márgenes sucede si el agente económico responsable permite a los competidores acceder al insumo esencial pero los precios son tan altos que se estrechan los márgenes del precio de acceso a un insumo esencial y el margen del precio del bien o servicio ofrecido al consumidor final, lo cual trae la reducción los ingresos de los competidores.

Al igual que los obstáculos a la adquisición de un insumo esencial el estrechamiento de márgenes puede ser realizada a través de contratos de licencia de patentes. En condiciones de los ejemplos expuestos de las *patent trolls* y/o un *patent ambush* tienen como objeto obtener altos ingresos al obligar a contratar para poder acceder a la patente esencial, o a patentes en general.

Un ejemplo hipotético, una empresa de smartphones necesita una patente que recientemente fue estandarizada pero sucedió un *patent ambush*, entonces el titular

de la patente exige regalías desproporcionadas para acceder a la tecnología estandarizada, por lo tanto el aumento de precio del acceso a una patente esencial genera el estrechamiento de márgenes al licenciataria. La abogada Martínez Pérez señala que:

“Se habla de *royalties* exorbitantes puesto que dichas sumas de dinero están muy por encima del valor real de la tecnología patentada, que los presuntos infractores acceden a pagar por miedo a verse incurso en un proceso de infracción con los elevados costes que ello supondría, o incluso, a verse obligados a la retirada de todos sus productos del mercado en virtud de una sentencia de las pretensiones del *troll*.”¹³⁴

Asimismo, como se señala en la opinión de la abogada Martínez, el competidor se encuentra en condiciones adversas por no contratar una licencia de patente porque es una patente esencial (por resultado de un proceso de estandarización), pero por el otro lado las regalías que solicita el licenciante son tan altas que corre el riesgo el licenciataria de estrechar sus márgenes, y así tener condiciones negativas en cuenta a ingresos.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 94

5. RIESGOS DE LAS CONCENTRACIONES DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA Y SUS VÍNCULOS CON LAS PATENTES Y MARCAS

Las concentraciones conocidas también como fusiones y adquisiciones son muy comunes dentro del sector empresarial puesto que son estrategias para generar eficiencias, reducir costos, obtener tecnología, ingresar a mercados, aumentar participaciones en sus mercados, entre otras. Incluso las concentraciones pueden generar beneficios a los consumidores cuando reducen sus precios, mejoran su calidad, aumentan la tecnología, entre otros.

5.1 NATURALEZA JURIDICA DE LAS CONCENTRACIONES

Una concentración es la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realiza entre competidores, proveedores, clientes o cualesquier otro agente económico.

La Cofece expone en sus documentos un ejemplo de una concentración:



135

¹³⁵ COFECE, *¿Qué es una concentración?*, Diciembre 2017, <https://cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/Vertical-SIN-Leyenda.jpg>

La Ley Federal de Competencia Económica define a las concentraciones en su artículo 61 en “De la Definición de Concentración”:

Artículo 61. Para los efectos de esta Ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión no autorizará o en su caso investigará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

Como se puede observar la definición legal de las concentraciones es bastante amplia, no es limitativa porque en la realidad una concentración puede tener diversas particularidades que la distinguen de cualquier otra. El punto central es que se unan agentes económicos como persona moral o jurídico colectiva (ej. sociedades mercantiles o asociaciones civiles); o que se adquiera instrumentos que se adquiera el control de las mismas como acciones, partes sociales, fideicomisos o activos; la fusión puede ser entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. Esta última parte es muy particular puesto que una concentración puede ser horizontal cuando se concentran competidores si un agente económico adquiere a su competidor; o puede ser una concentración vertical, también llamada integración en vertical, que sucede cuando los agentes económicos que se concentran no son competidores pero que forman parte de una cadena de producción (ej. un productor adquiere a su distribuidor).

Asimismo, una concentración en su amplia definición incorpora a figuras de la propiedad intelectual. Tal como lo menciona el Dr. González de Cossío:

“Una ‘concentración’ es cualquier amalgamación de activos. Un ejemplo típico es la adquisición de un agente económico por otro. Pero también

abarca la adquisición de un activo, como puede ser un derecho de propiedad intelectual.”¹³⁶

Igualmente el abogado Peredo considera que a los derechos de propiedad intelectual se les debe de considerar como activos dentro de la definición de concentración:

“El último de los conceptos es el de activos en general, lo cual implica que una concentración se refiere no sólo a la fusión o adquisición de entes jurídicos, sino también a activos dentro de los cuales se incluyen una gran variedad de conceptos, dentro de los que podemos mencionar como los más obvios: maquinaria y equipo, derechos de propiedad intelectual incluyendo patentes, marcas, y secretos industriales y bienes raíces. Sin embargo, al ser tan genérica la referencia de ‘activos en general’ se puede incluir una gran variedad de ellos tales como cartera de clientes, cuentas por cobrar, entre otros.”¹³⁷

Incluso en algunas concentraciones sólo se busca adquirir marcas, patentes, modelos de utilidad, nombres comerciales, entre otros. De nuevo el Dr. González de Cossío exalta tal situación:

“Las implicaciones de la propiedad en las concentraciones pueden ser diversas. Lo que es más, pueden ser la motivación misma de la concentración.”¹³⁸

Sin embargo los agentes económicos que sean resultado de una concentración pueden adquirir con ello poder sustancial de mercado, por lo cual podrían fijar unilateralmente precios, reducir la oferta de productos o servicios, desplazar e impedir la entrada de nuevos competidores sin que sus competidores puedan contrarrestarlo.

¹³⁶ González de Cossío, Francisco, “*Competencia Económica y Propiedad...*”, *op cit.*, p. 40.

¹³⁷ Peredo Rivera, Amilcar, “*Competencia económica...*”, *op cit.*, p. 250.

¹³⁸ González de Cossío, Francisco, “*Competencia Económica y Propiedad...*”, *op cit.*, p. 40.

El Dr. González de Cossío señala en esa misma línea que:

“Las fusiones, adquisiciones y cualquier tipo de operación por la cual se logra la anulación de activos genera aristas de competencia económica por la siguiente razón: *pueden reducir competencia, restringir el comercio o monopolizar un mercado.*”¹³⁹

Por lo tanto algunas concentraciones pueden ser nocivas al dañar el proceso de libre competencia. Adicionalmente el citado autor señala también que las concentraciones afectan a otros competidores también:

“Una concentración puede eliminar la competencia entre los agentes económicos involucrados o entre la firma post-fusión y demás rivales en el mercado.”¹⁴⁰

5.2 CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES

Por los riesgos a la libre competencia que algunas concentraciones pueden generar, los poderes legislativos en muchos países crean medidas *ex ante* (antes de la concentración) a través de un proceso de evaluación de concentraciones, el cual es un instrumento efectivo para prevenir fenómenos anticompetitivos de concentración.

En México la Cofece tiene facultades para autorizar, no autorizar o sujetar al cumplimiento de condiciones aquellas concentraciones que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la competencia económica o la libre concurrencia; dichas facultades se encuentran en el artículo 28 constitucional, párrafo décimo cuarto:

¹³⁹ González de Cossío, Francisco, “Competencia económica...”, *op cit.*, p. 223.

¹⁴⁰ *Ídem.*

[...]

El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. 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.

[...]

Entonces, la Cofece está facultada por la carta magna para intervenir en las concentraciones. En lo que respecta a la propiedad intelectual el citado órgano constitucional autónomo tiene las facultades para ordenar la desincorporación de activos y derechos; por lo tanto puede limitar el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

La regulación de las concentraciones se encuentra en los artículos 61 al 65 en la parte “De las Concentraciones” de la Ley Federal de Competencia Económica; el procedimiento de notificación de las concentraciones se encuentra en los artículos 86 al 93 “Del Procedimiento en la Notificación de Concentraciones de la misma ley: y existen condiciones adicionales del procedimiento en los artículos 14 al 29 en el “Capítulo III De las Concentraciones” de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica que explican el procedimiento que realiza la Cofece en materia de concentraciones.

Se deben de notificar las concentraciones que rebasen los umbrales que establece el artículo 86 de la Ley Federal de Competencia Económica Tales umbrales se exponen en documentos de la Cofece:

Figura 5. Umbrales para la notificación de concentraciones

UNA CONCENTRACIÓN DEBE NOTIFICARSE:		
Cuando la transacción implique un monto superior a 18 millones de veces el SMGDVDF.**	Cuando la transacción implique la acumulación del 35% o más de los activos o acciones de un Agente Económico, cuyas ventas anuales o activos en territorio nacional sean más de 18 millones de veces el SMGDVDF.	Cuando la transacción implique la acumulación de activos o capital social superior a 8 millones 400 mil veces el SMGDVDF** y que las ventas anuales de los Agentes Económicos participantes, de forma conjunta o separada, importen más de 48 millones de veces el SMGDVDF.***

* Esto equivale a \$1,261,800,000.00 MXN.

** Esto equivale a \$588,840,000.00 MXN.

*** Esto equivale a \$3,364,800,000.00 MXN.

*SMGDVDF: Salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.

El salario mínimo general vigente al momento de la publicación de este documento es de \$70.10 MXN. (Establecido por la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos mediante resolución publicada en el Diario Oficial de la Federación del 30 de marzo de 2015. Vigente a partir del 1 de abril de 2015.)

141

Esto quiere decir que cuando una concentración se encuentre en alguno de estos tres supuestos, los agentes deben de notificar tal concentración ante la Cofece.

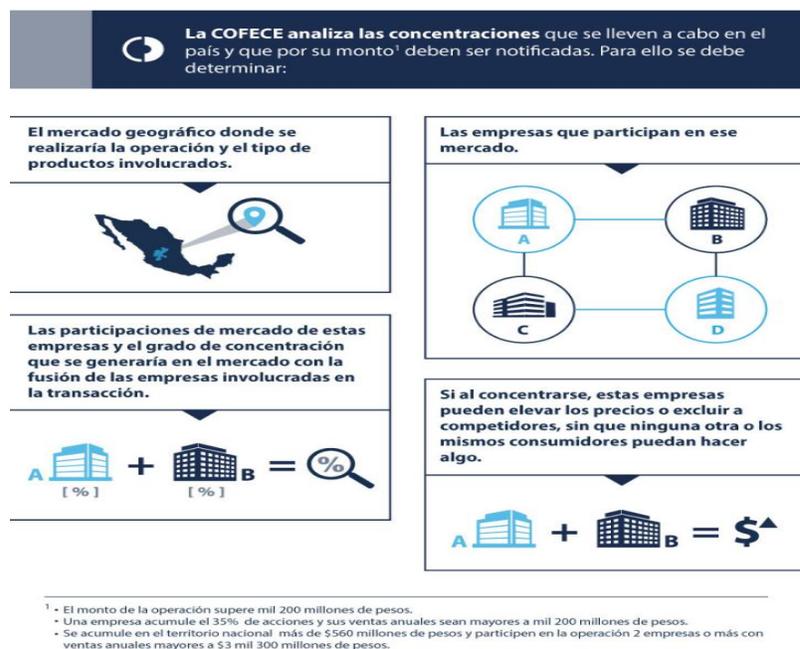
La notificación de concentración (artículo 89) se hará por escrito y deberá contener: 1) nombre, denominación o razón social de los agentes económicos que notifican la concentración; 2) nombre del representante legal o del representante común, y domicilio para oír y recibir notificaciones; 3) descripción de la concentración; 4) información que expliquen el objetivo y motivo de la concentración; 5) escritura constitutiva de los agentes económicos; 6) estados financieros del ejercicio inmediato anterior de los agentes; 7) descripción de la estructura del capital social de los agentes, identificando la participación de cada socio o accionista directo e indirecto, antes y después de la concentración; 8) mención sobre los agentes en la concentración que tengan directa o indirectamente participación en el capital social, de otros agentes que produzcan o comercialicen bienes o servicios iguales con los bienes o servicios de los primeros; 9) datos de la participación en el mercado de los agentes económicos y de sus competidores; 10) localización de las plantas o

¹⁴¹ COFECE, "Herramientas de...", *op cit.*, p. 12.

establecimientos de los agentes; 11) descripción de los principales bienes o servicios que produce u ofrece cada agente; y 12) los demás elementos que estimen pertinentes los agentes.

La evaluación de las concentraciones se encuentra en el artículo 63 “De la Evaluación de las Concentraciones” de la Ley Federal de Competencia Económica, la Cofece evaluará: 1) el mercado relevante; 2) identificará a los principales agentes que abastecen dicho mercado y su grado de concentración en dicho mercado; 3) los efectos de la concentración en el mercado relevante con respecto a los demás; 4) la participación de los involucrados en la concentración en otros agentes económicos y la participación de otros agentes económicos en los involucrados en la concentración; 5) los elementos que aporten los agentes económicos para acreditar la mayor eficiencia del mercado que se lograría derivada de la concentración; y 6) los demás criterios que establezcan en las Disposiciones Regulatorias y los criterios técnicos.

La Cofece en sus documentos explica la evaluación de las concentraciones:



¹⁴² COFECE, *¿Qué es una concentración...?*, op cit.

La autoridad antimonopolios cuenta con un plazo de 60 días hábiles para emitir su resolución en Pleno de la concentración contados a partir de la recepción de la notificación; en casos complejos la autoridad puede ampliar los plazos para emitir resolución, hasta por 40 días hábiles adicionales (artículo 90, fracción V primer párrafo y fracción VI).

Al evaluar una concentración, la Cofece debe de considerar las consecuencias de la misma, así como los efectos que ésta puede generar en el proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados. La autoridad de competencia al hacer tal evaluación, hace estimaciones sobre los riesgos que trae tal concentración. La misma autoridad debe de analizar si la concentración podría generar a una empresa con poder sustancial que le permita realizar prácticas monopólicas, con el fin de desplazar o impedir la entrada de competidores; o si la estructura del mercado resultante facilitaría que la empresa junto con otros competidores pueda realizar prácticas monopólicas absolutas.

Asimismo, la Cofece puede considerar que la concentración no tendrá efectos adversos sobre el proceso de competencia y libre concurrencia del mercado, y por lo tanto la Cofece autoriza tal concentración.

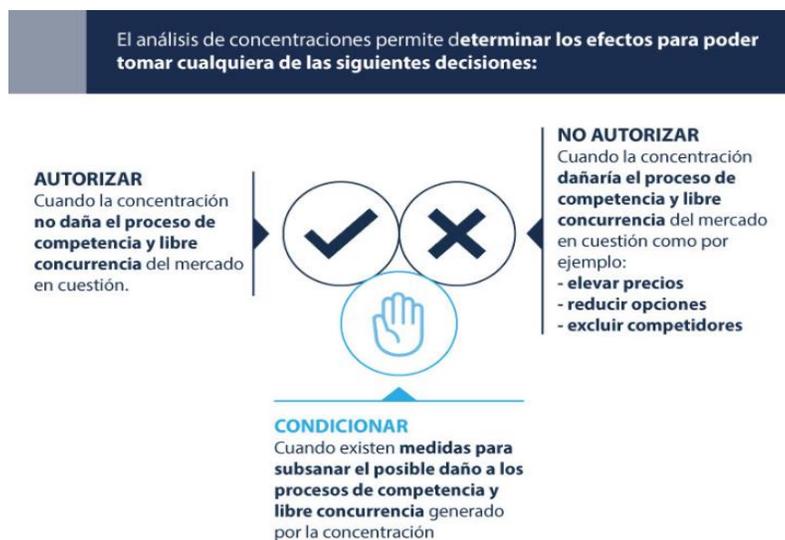
Por el contrario, si la autoridad antimonopolios considera que hay riesgos de que la concentración pueda generar daños a la competencia, y si considera también que tales riesgos pueden ser neutralizados por medio de la modificación de los términos que en un principio se establecieron en la concentración. La autoridad puede condicionar la concentración para evitar aquellos riesgos.

En cambio, cuando no existen condiciones que permitan neutralizar los riesgos anticompetitivos de una concentración o si los agentes que se están fusionando no están dispuestos a aceptar las condiciones planteadas por la Cofece, esta no autoriza dicha operación.

Luego entonces, la autoridad puede autorizar, objetar o condicionar la autorización de la concentración al cumplimiento medidas destinadas a prevenir los riesgos a la

libre concurrencia y al proceso de competencia que pudieran derivar de la concentración (artículo 90, fracción V tercer párrafo).

La Cofece lo muestra de forma sintetizada en sus documentos:



143

Luego entonces, si al evaluar una concentración existen medidas viables que pueden neutralizar los riesgos a la competencia la Cofece puede condicionar una concentración, las condiciones se establecen en el artículo 91 de la Ley Feral de Competencia Económica:

Artículo 91. Las condiciones que la Comisión podrá establecer o aceptar de los Agentes Económicos, en términos del artículo anterior, podrán consistir en:

- I. Llevar a cabo una determinada conducta o abstenerse de realizarla;
- II. Enajenar a terceros determinados activos, derechos, partes sociales o acciones;

¹⁴³ Ídem.

- III. Modificar o eliminar términos o condiciones de los actos que pretendan celebrar;
- IV. Obligarse a realizar actos orientados a fomentar la participación de los competidores en el mercado, así como dar acceso o vender bienes o servicios a éstos, o
- V. Las demás que tengan por objeto evitar que la concentración pueda disminuir, dañar o impedir la competencia o libre concurrencia.

La Comisión sólo podrá imponer o aceptar condiciones que estén directamente vinculadas a la corrección de los efectos de la concentración. Las condiciones que se impongan o acepten deben guardar proporción con la corrección que se pretenda.

Por lo tanto, los agentes que sean condicionados a realizar alguna de estas medidas tendrán que cumplir con sus compromisos. Y es justamente que durante la evaluación de la concentración la existencia de riesgos anticompetitivos y posteriormente el condicionamiento de medidas preventivas por parte de la Cofece tiene un estrecho vínculo con la propiedad intelectual y con mayor frecuencia con la propiedad industrial, especialmente con las patentes y marcas. De hecho es muy común que una concentración condicionada intervenga derechos de propiedad industrial y se tenga que realizar alguna de las medidas del citado artículo 91 para evitar distorsiones a la libre competencia. El abogado Moguel Gloria explica esta circunstancia:

“En el análisis de competencia económica relacionado con la propiedad industrial e intelectual, la Comisión Federal de Competencia ha definido los mercados de bienes o servicios por su vinculación o reconocimiento de marcas. En algunos casos ordenó la desincorporación de algún elemento de la propiedad industrial de los agentes económicos involucrados en la

concentración, por considerar que podría afectar el proceso de competencia y libre concurrencia.”¹⁴⁴

En esa misma tesitura el abogado Moguel Gloria opina que:

“En varios casos ha ordenado la desincorporación de una marca. Ello en virtud de que los productos amparados por la marca implican un alto grado de concentración, y en la mayoría de los casos en que ha ordenado la desincorporación de una marca, hay una vinculación importante con una patente, *Know how* o los secretos industriales, como en los casos de la desconcentración del Aderogyil o Adekon, o de las licencias de la marca Cargill”.¹⁴⁵

Entonces, es muy común que en una concentración un derecho de propiedad industrial pueda tener tanto reconocimiento en los consumidores y que su alto valor comercial dentro de su mercado relevante signifique que los agentes obtengan poder sustancial o este se pueda incrementar. Los derechos de propiedad intelectual pueden ser utilizados para establecer barreras a la entrada para impedir a terceros el acceso al mercado relevante o a insumos esenciales y que finalmente obstaculicen, disminuyan, dañen o impidan la libre concurrencia o la competencia económica.

Asimismo, considero que una concentración es un instrumento ideal para adquirir o licenciar un secreto industrial entre competidores (artículo 82 de la Ley de la Propiedad Industrial) porque dicha figura de la propiedad industrial es un activo comercial que representa una ventaja competitiva, y es susceptible de ser información que comercial privilegiada que pueda representar riesgos de realizar un

¹⁴⁴ Moguel Gloria, Martín, “*Estudio y Evolución sobre los casos que involucran...*”, *op cit.*, p. 81.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 111.

intercambio de información para llevar a cabo prácticas monopólicas absolutas (artículo 53 fracción V de la Ley Federal de Competencia Económica). Entonces al ser notificada dicha adquisición de secretos industriales ante la autoridad antimonopolios (si se cumplen los requisitos de ley) será evaluada para averiguar si la información que representa es o no susceptible de ser un intercambio de información para cometer prácticas anticompetitivas, o para conocer si con dicha adquisición de secretos industriales por parte del comprador puede adquirir poder sustancial en su mercado relevante y con ello distorsionar la libre competencia.

5.3 CASOS DE CONCENTRACIONES VINCULADAS CON PATENTES Y MARCAS

La concentración condicionada Nestlé-Pfizer: fórmulas lácteas¹⁴⁶

En 2012 Nestlé notifico a la Cofece la compra de Pfizer Nutrition en México. El objeto de la concentración fue que Nestlé buscaba obtener las patentes y marcas de los productos vitaminas prenatal y maternal, toda la gama de fórmulas lácteas para infantes y comprar la única planta en Latinoamérica de Pfizer para producir dichas fórmulas lácteas. La Cofece evaluó la concentración y resolvió no autorizarla porque Nestlé obtendría el poder sustancial de mercado, y con ello podría fijar precios unilateralmente y restringir el abasto en el mercado. Los agentes presentaron una propuesta de condiciones para neutralizar riesgos a la competencia y libre concurrencia derivado de su concentración en el mercado de las fórmulas lácteas infantiles.

¹⁴⁶ COFECE, “Análisis de Caso Análisis de concentración condicionada Nestlé-Pfizer: fórmulas lácteas”, Enero 2018, https://cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/AnalisisFormulasLacteas_vf_170615.pdf#pdf

Tales condiciones consistieron en la desincorporación del negocio de fórmulas lácteas infantiles de Pfizer en México, ello consistió en la transmisión de las licencias de todas las marcas a terceros que no participaban en México. Con ello se evitó riesgos anticompetitivos al mercado de las fórmulas lácteas infantiles. Nestlé termino por sólo adquirir las marcas y patentes de los productos vitaminas prenatal y maternal de Pfizer Nutrition.

“Condiciona COFECE operación de Sanofi y Boehringer en el negocio de salud animal”¹⁴⁷

En 2017 Sanofi y Boehringer notificaron su concentración a la Cofece. Sanofi es una empresa de investigación, desarrollo, fabricación y venta de productos para la salud que se divide en farmacéutica, vacunas humanas y salud animal; Boehringer es una empresa de desarrollo, fabricación, distribución y comercialización de productos farmacéuticos de prescripción, que se pueden dividir en “OTC” (*Over The Counter*), bio-farmacéuticos y productos de salud animal. La operación consiste en que Boehringer adquiere el negocio de salud animal de Sanofi en México.

En la evaluación de la concentración la Cofece, Sanofi y Boehringer se encuentran en los mismos mercados de la comercialización de diversos medicamentos y vacunas indicados para aves de corral, cerdos, bovinos, caprinos y ovinos, entre otros, lo cual terminaba por dar a Boehringer dominancia en el mercado, especialmente fue la titularidad en las patentes de vacunas donde se encontraron riesgos a la competencia. Consecuentemente, la Cofece no autorizó tal concentración. El Pleno de la autoridad condicionó a transmitir cuatro patentes de vacunas de Boehringer y una de Sanofi al a un tercero.

¹⁴⁷ Cofece, “Condiciona COFECE operación de Sanofi y Boehringer en el negocio de salud animal”, COFECE-20-2017, Enero 2018, <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/prensa/historico-de-noticias/condiciona-cofece-operacion-de-sanofi-y-boehringer-en-el-negocio-de-salud-animal>

Casos no recientes:

En 1999, la concentración de Monsanto con Asgrow y Cargill¹⁴⁸ tuvo por objeto la transmisión de los derechos de secretos industriales de semillas híbridas. El abogado Moguel Gloria explica tal operación:

“La Comisión había objetado inicialmente la concentración notificada, pero en el recurso de reconsideración, aceptó los compromisos presentados por los notificantes, entre ellos, que Asgrow sus pendería el uso de la marca Cargill durante un tiempo, y que otorgaría licencias para la producción y venta de semillas híbridas de maíz y sorgo de la marca “Cargill” a cualquier agente económico.”¹⁴⁹

En 1999, Coca-Cola y Cadbury Schweppes¹⁵⁰ intentaron realizar una concentración. El objeto de la operación fue la compra de las marcas de Schweppes por parte de Coca-Cola, tales marcas fueron Orange Crush, Wink, Extra Poma, Dr. Pepper, Peñafiel, Etiqueta Azul, Balseca, Dietafiel, Diet Limón, Club Soda, Schweppes Tonic, Peñafiel Tonic, Canadá Dry, Canadá Dry Ginger Ale, Soda Water, Quinack, Aguafiel y el derecho preferencial de adquirir la marca Squirt.

La Cofeco al analizar la operación encontró que los consumidores tienen una alta lealtad a las marcas de bebidas carbonatadas, lo cual se consideró como barrera a la entrada. De nuevo el abogado Moguel Gloria explica:

“La concentración llevaría a Coca-Cola a tener una cartera amplia de marcas lo que le facilitaría celebrar contratos de exclusividad y al tener marcas líderes en el mercado, podría permitirle subsidiar marcas de refrescos de sabores,

¹⁴⁸ CNT-114-98, “*Monsanto Company (Asgrow Mexicana/Cargill de México)*”, Comisión Federal de Competencia, Gaceta de Competencia Económica, Año 2, número 4, mayo-agosto, 1999, p. 45-54.

¹⁴⁹ Moguel Gloria, Martín, “*Estudio y Evolución sobre los casos que involucran...*”, *op cit.*, p. 83.

¹⁵⁰ CNT-166.-98, “*The Coca-Cola Company/Cadbury Schweppes*”, Comisión Federal de Competencia, Gaceta de Competencia Económica, Año 2, número 4, mayo-agosto, 1999, p. 100-112.

todo ello para desplazar a los competidores, por lo que la concentración no fue autorizada.”¹⁵¹

En conclusión, de los ejemplos presentados se puede observar la importancia que los activos, en específico los derechos de propiedad industrial (sobre todo las marcas y patentes), en una evaluación de una concentración y su posterior negativa, condicionamiento o autorización. Considero que existen diversos fenómenos comerciales que hacen resaltar la relevancia económica de los derechos de propiedad industrial en las concentraciones, que llegan a representar riesgos en algún punto en el proceso de competencia y libre concurrencia, y que por ello deben limitarse.

¹⁵¹ Moguel Gloria, Martín, “*Estudio y Evolución sobre los casos que involucran...*”, *op cit.*, p. 82.

6. EFECTOS ECONÓMICOS INTERNACIONALES ENTRE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y LA COMPETENCIA ECONÓMICA

6.1 REPERCUSIONES ECONÓMICAS DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS DE LOS DERECHOS DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN LA ECONOMÍA NACIONAL E INTERNACIONAL

Por muchos años en México no existió el proceso de libre competencia porque se implementaron diversas políticas económicas proteccionistas, como el control de precios y especialmente la sustitución de importaciones; el gobierno mexicano ejerció una importante intervención gubernamental en la economía. De hecho se puede afirmar que el gobierno mexicano realizó distorsiones a la libre competencia por lo cual afectaron a la competitividad comercial y consecuentemente afectó al crecimiento económico nacional.

La OCDE en su estudio “Perspectivas OCDE: México Políticas Clave para un Desarrollo Sostenible” afirma que:

“Por muchos años, la economía mexicana se ha visto debilitada por una práctica y una regulación anticompunitivas. Como lo afirma un análisis conjunto de México y la OCDE, el 30% del gasto familiar en México se lleva a cabo en mercados con problemas de competencia. En estos mercados, los consumidores gastan alrededor de un 40% más que si existiese competencia. Esta situación es peor para el decir más pobre de la población, que gasta alrededor de un 42% de sus ingresos en mercados altamente concentrados.”¹⁵²

Hay que mencionar las diversas leyes sobre la propiedad industrial que hemos tenido en México durante el siglo XX: “Ley de Marcas Industriales y de Comercio

¹⁵² OCDE, “*Perspectivas OCDE: México Políticas Clave para un Desarrollo Sostenible*, Octubre 2010”, Febrero 2018, p. 17, <https://www.oecd.org/mexico/45391108.pdf>

del 25 de agosto de 1903”, “Ley de Marcas y de Avisos y Nombres Comerciales del 26 de junio de 1928”, “La Ley de la Propiedad Industrial de 1942 del 31 de diciembre de 1942”, “Ley de Invenciones y Marcas del 30 de diciembre de 1975” y la “Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial del 26 de junio de 1991”. Cabe señalar que el “Decreto del 29 de julio de 1994 por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial” cambió la denominación de la misma para denominarla como “Ley de Propiedad Industrial”, la cual se encuentra vigente. Entonces, en México hemos tenido al menos 5 leyes de propiedad industrial (cabe la interpretación de que sean 6 leyes por el Decreto mencionado) durante el siglo pasado. Asimismo, sirve reiterar sobre las bases constitucionales de la propiedad industrial (artículo 28 décimo párrafo, artículo 73 fracciones X y XXIX-F, y artículo 89 fracción XV). En México se ha creado un fuerte marco normativo de propiedad industrial.

En cuanto a indicadores sobre la creación de patentes, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial en sus estadísticas actualizadas publica “IMPI EN CIFRAS 2018: Cifras 1993 - enero/ septiembre 2018”. Hago uso de dicho documento para analizar las cifras de solicitudes de patente, patentes otorgadas, solicitudes de marcas y marcas registradas para comparar cifras de dos tiempos distintos: los primeros años hasta la primera mitad de la década de los noventa del siglo pasado (a razón de la vigencia de la Ley de la Propiedad Industrial y la Ley Federal de Competencia Económica actualmente abrogada) y de la segunda mitad de la década hasta septiembre de 2017.

El documento muestra el cuadro “Solicitudes de patente por nacionalidad/principales países/1993– enero/septiembre de 2018”:

Solicitudes de patente por nacionalidad / principales países / 1993 - enero/septiembre de 2018											
Patent applications by nationality / main countries / 1993 - January/September 2018											
Año	Total	México	Alemania	Estados Unidos	Francia	Italia	Japón	Reino Unido	España	Suiza	Otros países
Year	Total	Mexico	Germany	United States	France	Italy	Japan	United Kingdom	Spain	Switzerland	Other countries
1993	8,212	553	633	4,948	280	125	225	348	51	289	760
1994	9,944	498	742	6,191	360	156	262	389	71	304	971
1995	5,393	432	513	3,139	267	89	210	69	55	216	403
1996	6,751	386	581	3,835	327	108	307	157	62	261	727

153

El citado cuadro muestra las cifras de las solicitudes de patente en diversos países durante el periodo de 1993 a 1996, se puede observar que México si bien estaba en los primeros lugares tampoco era muy competitivo en innovación tecnológica; incluso hubo una disminución constante en la cantidad de solicitudes de patentes en ese periodo.

En ese mismo documento, en la parte de “Patentes otorgadas por nacionalidad del titular/principales países/1993– enero/septiembre de 2018” se puede hacer las mismas observaciones, México era un país competitivo en cuanto a la cantidad de patentes otorgadas, sin embargo experimentó una disminución progresiva de las mismas de 1993 a 1996.

Patentes otorgadas por nacionalidad del titular / principales países / 1993 - enero/septiembre de 2018										
Granted patents by nationality of holder / main countries / 1993 - January/September 2018										
Año	Total	México	Alemania	Estados Unidos	Francia	Japón	Reino Unido	Suiza	Otros países	
Year	Total	Mexico	Germany	United States	France	Japan	United Kingdom	Switzerland	Other countries	
1993	6,183	343	458	3,714	251	220	206	256	735	
1994	4,367	288	395	2,367	210	175	175	228	529	
1995	3,538	148	205	2,198	162	123	136	109	457	
1996	3,186	116	214	2,084	108	101	70	101	392	

154

Asimismo, en el citado documento en la parte de “Solicitudes de marca por nacionalidad del titular/principales países/1993- enero/septiembre de 2018” se encuentran cifras que pueden interpretarse como comportamientos disímolos, puesto que México tenía la mayor cantidad de solicitudes de marcas, incluso muy superiores a diversos países de economías desarrolladas; sin embargo no fue

¹⁵³ Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, “IMPI en cifras 2017: Cifras 1993 - enero/ septiembre 2018”, 19 de octubre de 2018, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/401865/IMPI_CIFRAS_enero-septiembre_2018.pdf, p.6

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 9.

constante ya que experimentó la disparidad de aumentos en las solicitudes en 1994 y en 1996, pero en 1995 hubo una disminución.

Solicitudes de marca por nacionalidad del titular / principales países / 1993 - enero/septiembre de 2018												
Trademark applications by nationality of holder / main countries / 1993 - January/September 2018												
Año	Total	México	Alemania	Brasil	España	Estados Unidos	Francia	Italia	Japón	Reino Unido	Suiza	Otros países
Year	Total	Mexico	Germany	Brazil	Spain	United States	France	Italy	Japan	United Kingdom	Switzerland	Other countries
1993	28,920	16,132	520	104	386	8,093	529	326	360	344	423	1,703
1994	33,803	19,184	651	131	502	8,992	667	353	403	485	498	1,937
1995	30,201	16,152	1,274	161	328	7,505	732	537	445	537	579	1,951
1996	32,336	19,562	956	108	383	7,013	930	273	327	377	520	1,887

155

En la parte de “Marcas registradas por nacionalidad del titular/principales países/1993- enero/septiembre de 2018” también muestra que México fue líder en el registro de marcas, sin embargo después del aumento de las marcas registradas en 1994 sufrió una caída en 1995 y 1996.

Marcas registradas por nacionalidad del titular / principales países / 1993 - enero/septiembre de 2018												
Trademarks registered by nationality of holder / main countries / 1993 - January/September 2018												
Año	Total	México	Alemania	Brasil	España	Estados Unidos	Francia	Italia	Japón	Reino Unido	Suiza	Otros países
Year	Total	Mexico	Germany	Brazil	Spain	United States	France	Italy	Japan	United Kingdom	Switzerland	Other countries
1993	20,893	11,557	398	81	314	5,611	502	277	339	386	282	1,146
1994	33,988	17,985	769	138	505	9,819	775	397	436	554	540	2,070
1995	29,954	15,229	1,090	151	361	8,262	740	476	474	537	571	2,063
1996	25,983	14,562	876	107	333	6,237	782	293	339	347	504	1,603

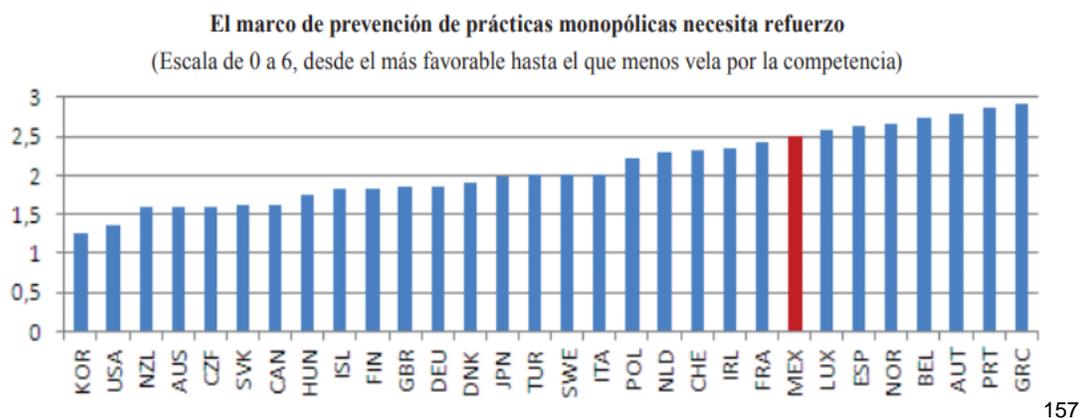
156

Sirve recordar que los monopolios, las prácticas monopólicas absolutas y relativas generan altos precios de productos y servicios, y consecuentemente reducen el consumo y la capacidad de ahorro de las familias. La ausencia de la libre competencia en los mercados inhibe la eficiencia y la competitividad de la economía de México, contribuye a ampliar la desigualdad e inhibe la innovación.

Durante décadas México experimentó las consecuencias de no generar condiciones mínimas para la libre competencia en sus mercados. La OCDE reporta indicadores comparativos de la prevención de prácticas monopólicas:

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 22.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 23.



157

Por ello, la falta de prevención de las prácticas monopólicas genera distorsiones en los diversos mercados, y en general en la competitividad nacional, aunque haya condiciones prosperas para la generación de derechos de propiedad intelectual.

6.2 LAS RELACIONES COMERCIALES ENTRE MÉXICO Y LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN RELACIÓN A LA COMPETENCIA ECONÓMICA

En México durante la primera mitad de los años ochenta sucedieron diversas reformas para que el gobierno dejara de participar directamente en la actividad económica interna. El gobierno mexicano dejó de utilizar a la mayoría de los controles de precios en el mercado interno. Además, para abrir la economía al libre comercio y a la inversión extranjera redujo los aranceles. En 24 de agosto de 1986 accedió al “Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio”, en inglés “General Agreement on Tariffs and Trade” (GATT). El GATT fue el primer contacto multilateral de México con el comercio internacional moderno.

En 1994 en México entra en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), después suscribió acuerdos de libre comercio con la Unión Europea y diversos países de América Latina y el Caribe. A mitad de la década de los noventa

¹⁵⁷ OCDE, “*Perspectivas OCDE,...*”, *op cit.*, p. 17.

México inicia sus procesos de integración económica en la región. México forma parte de la Organización Mundial del Comercio (OMC) desde el 1° de enero de 1995. Además, México forma parte del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC) a partir del 1° de enero de 1995.

Cabe mencionar los tratados de propiedad industrial de los que México forma parte y su fecha de adhesión: Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (7 de septiembre de 1903), Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional (25 de septiembre de 1966), Tratado de Cooperación en materia de Patentes (1 de enero de 1995), Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales (26 de enero de 2001), Acuerdo de Viena por el que se establece una Clasificación Internacional de los elementos figurativos de las marcas (26 de enero de 2001), Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes (21 de marzo de 2001), Arreglo de Niza Relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas (21 de marzo de 2001), Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes (26 de octubre de 2001) y el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (19 de febrero de 2013).

Durante décadas muchas economías de la región América Latina y el Caribe no tenían condiciones adecuadas para la libre competencia, al contrario, los gobiernos intervenían en la economía por medio políticas económicas proteccionistas. Diversos países de la región iniciaron la transición hacia una apertura comercial en la década de 1980, aunque fue más por la urgencia de las crisis económicas generadas por sus proteccionismos. En los años 90 en varios países latinoamericanos introdujeron leyes de competencia económica y sucesivamente se generó legislación de competencia en la región. Asimismo en los últimos años las políticas e instituciones de competencia económica han evolucionado positivamente en América Latina y el Caribe.

Asimismo, México al formar parte del TLCAN adoptó compromisos de crear el marco jurídico de derecho de competencia económica. Entonces México la Ley Federal de Competencia Económica publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992 (abrogada en 2014) y creó la Comisión Federal de Competencia (CFC, organismo público descentralizado). Entonces fue hasta a principios de la década de los noventa en que México empieza a regular la competencia económica.

Actualmente México forma parte de 12 Tratados de Libre Comercio con 46 países, también es parte de 32 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) con 33 países y 9 acuerdos en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración.

Cabe mencionar algunas situaciones actuales sobre los tratados internacionales comerciales para México. México negoció e intentó formar parte en octubre de 2012 del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (en inglés Trans-Pacific Partnership, TPP), este contiene un capítulo de propiedad intelectual. Tal tratado fue suscrito por México, Estados Unidos, Canadá, Australia, Brunei, Chile, Perú, Japón, Malaysia, Nueva Zelanda, Singapur y Vietnam el 4 de febrero de 2016. Sin embargo el 23 de enero de 2017 Estados Unidos se retiró del TPP por la orden ejecutiva del presidente Donald Trump.

Actualmente existe el Tratado Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP por sus siglas en inglés) y es la respuesta de los 11 países restantes del TPP a la salida de EU. El CPTPP es un nuevo acuerdo que incorpora parcialmente algunos capítulos del TPP, fueron suspendidas disposiciones formuladas por EU. Los países miembros del CPTPP han celebrado diversas reuniones para continuar con las negociaciones, la reunión de Ministros encargados de comercio del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC, por sus siglas en inglés) en Hanói en mayo de 2017 y la reunión de Líderes de APEC en Da Nang, Vietnam, del 10 de

noviembre de 2017 (en la página web del “Tratado de Asociación Transpacífico”¹⁵⁸ de *gob.mx* aún no existen algún texto sobre propiedad intelectual en dicho tratado).

México realizó la renegociación del TLCAN de forma exitosa junto con los tres países miembros (Estados Unidos, México y Canadá); fue EU quien tuvo la iniciativa. Se realizaron periódicamente entre 7 rondas de negociaciones y en diversas sedes de los tres países. En el “INFORME A LA CÁMARA DE SENADORES DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN SOBRE EL INICIO DE NEGOCIACIONES PARA LA MODERNIZACIÓN DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN) ENTRE CANADÁ, ESTADOS UNIDOS Y MÉXICO”¹⁵⁹ de julio de 2017, en la parte de “BENEFICIOS Y VENTAJAS QUE SE ESPERAN OBTENER DE LA MODERNIZACIÓN” en el punto seis menciona “Protección de la propiedad intelectual de creadores nacionales”, sin alguna otra información sobre el tema.

Se llevaron a cabo siete rondas¹⁶⁰ de negociaciones del TLCAN¹⁶¹; en la “Declaración Trilateral sobre la Conclusión de la Tercera Ronda de Negociaciones del TLCAN”¹⁶² menciona “avances significativos en materia de política de competencia”, que tiene relación con el derecho de la competencia económica, sin

¹⁵⁸Gob.mx, “*Tratado de Asociación Transpacífico*”, Marzo 2018, <https://www.gob.mx/tratado-de-asociacion-transpacifico>

¹⁵⁹Gob.mx, “*INFORME A LA CÁMARA DE SENADORES DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN SOBRE EL INICIO DE NEGOCIACIONES PARA LA MODERNIZACIÓN DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN) ENTRE CANADÁ, ESTADOS UNIDOS Y MÉXICO*”, Marzo 2018, p. 10. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/251040/INFORME_TLCAN.pdf

¹⁶⁰ Gob.mx, “*Concluye la Séptima Ronda de Negociaciones para la Modernización del TLCAN*”, <https://www.gob.mx/se/prensa/concluye-la-septima-ronda-de-negociaciones-para-la-modernizacion-del-tlcan>

¹⁶¹Gob.mx TLCAN, “*Declaraciones trilaterales*”, Marzo 2018, <https://www.gob.mx/tlcan/acciones-y-programas/declaraciones-trilaterales?state=published>

¹⁶²Secretaría de Economía, “*Declaración Trilateral sobre la Conclusión de la Tercera Ronda de Negociaciones del TLCAN*”, Marzo 2018, <https://www.gob.mx/se/prensa/declaracion-trilateral-sobre-la-conclusion-de-la-tercera-ronda-de-negociaciones-del-tlcan>

algún otro detalle. En ninguna de las cinco “Declaraciones trilaterales” se hizo mención alguna sobre la propiedad intelectual.

El domingo 30 de septiembre de 2018, fue anunciado el “Acuerdo Estados Unidos-México-Canadá” (USMCA en inglés, AEUMC en español) horas antes de la medianoche, cuando vencía el límite que se habían impuesto en la renegociación. Los comunicados de los tres mandatarios de cada país miembro indican que rubricarán el AEUMC el 29 de noviembre en Buenos Aires, donde se verán en el marco de la cumbre del G20.

En la página oficial del Gob.mx¹⁶³ se encuentra la sección “Resultados de la modernización del acuerdo comercial entre México, Estados Unidos y Canadá”, al igual que en la página del Senado de la República se encuentra “Acuerdo comercial USMCA”¹⁶⁴ en la cual se encuentran los “Resúmenes de Capítulos” y muestran resúmenes de los capítulos de Propiedad Intelectual y Política de Competencia.

En lo relacionado a patentes el texto indica que:

“No se modifica la duración de la patente (20 años) y expresamente se mantiene la exclusión de patentabilidad de plantas, animales, microorganismos, así como a los métodos quirúrgicos, diagnósticos y terapéuticos, entre otras materias.

La protección de mercado (“market exclusivity”) a productos farmacéuticos innovadores incentivará que nuevos productos farmacéuticos lleguen pronto a México, pero no limitará el desarrollo de medicamentos genéricos.

¹⁶³ Gob.mx, “Resultados de la modernización del acuerdo comercial entre México, Estados Unidos y Canadá”, <https://www.gob.mx/tlcan/acciones-y-programas/resultados-de-la-modernizacion-del-acuerdo-comercial-entre-mexico-estados-unidos-y-canada?state=published>

¹⁶⁴ Senado de la República, “Acuerdo comercial USMCA”, <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/41928-acuerdo-comercial-usmca.html>

Los plazos de protección de mercado para productos farmacéuticos y biológicos tienen límites claros, para evitar retrasos artificiales a la entrada de medicamentos genéricos en el mercado mexicano”.¹⁶⁵

En lo relacionado a marcas el texto indica que:

“Se dispondrá de procedimientos administrativos transparentes para que cualquier interesado pueda oponerse al registro de una marca o solicitar su cancelación una vez otorgada, lo que reducirá la posibilidad de registros erróneos o de mala fe, así como robustece la protección de los titulares de marcas.

Adicionalmente, se amplía el ámbito material de validez de las marcas, al establecer disciplinas referentes a las marcas de certificación o colectivas, y abre la posibilidad de registrar marcas sonoras. También se prevén disciplinas para marcas notoriamente conocidas”.¹⁶⁶

Lo anterior no trasciende de forma negativa en alguna afectación a ambas figuras de marco jurídico de propiedad industrial-

En cuanto al derecho de la Competencia económica el texto indica que:

“Sobre protección al consumidor, establece compromisos para adoptar o mantener leyes que prohíban actividades comerciales fraudulentas y engañosas, y se promueve la cooperación y coordinación en asuntos relacionados con actividades comerciales fraudulentas y engañosas que pueden afectar a los consumidores de las Partes”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Secretaría de Economía, “DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL”, p. 2 <http://comunicacion.senado.gob.mx/pdf/2018/USMCA/resumen/22.%20Propiedad%20intelectual.pdf>

¹⁶⁶ *Ídem.*

¹⁶⁷ Secretaría de Economía, “POLÍTICA DE COMPETENCIA”, p. 1, <http://comunicacion.senado.gob.mx/pdf/2018/USMCA/resumen/9.%20Competencia.pdf>

Lo antes mencionado, al parecer, indica cambios que trascienden al ámbito procesal de la investigación y sanción de prácticas anticompetitivas y de políticas públicas para evitar su realización.

Regresando con la revisión de indicadores, el informe de la OCDE “La competencia en América Latina y el Caribe (Los 10 años del Foro Latinoamericano de Competencia OCDE-BID)” expone la cronología del desarrollo de del derecho de la competencia económica:



168

Para fines explicativos, México tuvo dos tipos relaciones comerciales: asimétricas y virtualmente simétricas que incidieron en la competencia económica. Por una parte la relación asimétrica comercial fue la relación con Estados Unidos, el TLCAN fue el primer tratado de libre comercio y que posteriormente generó acuerdos de libre comercio con la Unión Europea, de los cuales son responsables GATT y la OMC. La relación comercial virtualmente simétrica fue con América Latina y el Caribe por las razones ya expuestas.

¹⁶⁸ OCDE, “La competencia en América Latina y el Caribe Los 10 años del Foro Latinoamericano de Competencia OCDE-BID”, Marzo 2018, p. 5
<https://www.oecd.org/competition/latinamerica/LACF10thAnniversaryBrochureES.pdf>

El marco jurídico de competencia económica más reciente que existe en México es la actual Ley Federal De Competencia Económica emitida el 23 de mayo de 2014, y la Cofece es un órgano constitucional autónomo creado de la reforma constitucional al artículo 28 constitucional y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013.

6.3 POSIBLES EFECTOS POSITIVOS DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN LA ECONOMÍA NACIONAL Y MEJORAS EN LAS RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

La regulación de la competencia económica en América Latina y el Caribe se ha desarrollado de forma constante, encontrando mayores logros en este siglo. En esta región tenemos mejores regulaciones hasta hace apenas una par de décadas y que incluso se puede señalar que a consecuencia de ello se han podido combatir las prácticas monopólicas absolutas y relativas, eso ha contribuido a que la libre competencia tenga pocas afectaciones y consecuentemente la economía no se vea trastocada.

Incluso en 2014 la OCDE expresó comentarios positivos por la aprobación de las reformas en materia de competencia económica en México:

“La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos extiende una felicitación al Estado Mexicano por la aprobación el día de ayer en el Senado de la República, previamente aprobadas por la Cámara de Diputados, de las reformas a la Ley de Competencia Económica, del Código Penal Federal y del Código Fiscal de la Federación, orientadas a otorgar

mayores facultades y mayor certidumbre al trabajo de la Comisión Federal de Competencia en línea con las mejores prácticas internacionales.”¹⁶⁹

Por lo tanto, la política de competencia es sumamente importante para aumentar la productividad. Con las condiciones que aseguren la existencia y buen funcionamiento de la libre competencia se impulsa a las empresas a innovar y a ofrecer mejores productos y servicios. En la parte de innovación ayuda a generar mejores condiciones de competitividad, creando mejores condiciones para que las empresas, y en general cualquier agente, puedan generar eficiencias por medio de la propiedad industrial.

En el documento “IMPI EN CIFRAS” en la parte de “Solicitudes de patente por nacionalidad/principales países/1993– enero/septiembre de 2018” muestra que:

Solicitudes de patente por nacionalidad / principales países / 1993 - enero/septiembre de 2018											
Patent applications by nationality / main countries / 1993 - January/September 2018											
Año	Total	México	Alemania	Estados Unidos	Francia	Italia	Japón	Reino Unido	España	Suiza	Otros países
Year	Total	Mexico	Germany	United States	France	Italy	Japan	United Kingdom	Spain	Switzerland	Other countries
1993	8,212	553	633	4,948	280	125	225	348	51	289	760
1994	9,944	498	742	6,191	360	156	262	389	71	304	971
1995	5,393	432	513	3,139	267	89	210	69	55	216	403
1996	6,751	386	581	3,835	327	108	307	157	62	261	727
1997	10,531	420	856	6,023	497	179	334	396	85	383	1,358
1998	10,893	453	992	6,088	521	151	402	435	70	347	1,434
1999	12,110	455	1,155	6,869	624	159	397	412	93	327	1,619
2000	13,061	431	1,252	7,250	700	171	466	453	102	415	1,821
2001	13,566	534	1,438	7,336	727	168	522	417	112	408	1,904
2002	13,062	526	1,289	6,676	776	217	399	394	121	515	2,149
2003	12,207	468	1,192	6,436	731	168	475	339	118	598	1,682
2004	13,194	565	1,170	6,913	784	228	480	355	139	584	1,976
2005	14,436	584	1,233	7,693	871	213	476	410	122	734	2,100
2006	15,500	574	1,325	8,159	732	234	551	421	171	797	2,536
2007	16,599	641	1,345	8,681	667	282	499	407	208	940	2,929
2008	16,581	685	1,405	8,210	694	272	630	449	197	1,014	3,025
2009	14,281	822	1,232	6,714	661	234	632	399	157	923	2,507
2010	14,576	951	1,235	6,805	623	213	743	392	191	843	2,580
2011	14,055	1,065	1,252	6,182	546	241	759	403	180	820	2,607
2012	15,314	1,292	1,293	6,609	582	282	992	428	251	939	2,646
2013	15,444	1,211	1,316	6,638	636	246	1,058	370	210	1,042	2,717
2014	16,135	1,244	1,346	7,269	600	268	946	323	218	1,002	2,919
2015	18,071	1,364	1,265	8,704	676	285	1,031	380	215	904	3,247
2016	17,413	1,310	1,153	8,262	594	301	1,181	319	204	968	3,121
2017	17,184	1,334	1,106	8,370	585	287	1,274	379	186	897	2,766
2018	11,980	910	847	5,389	377	219	950	283	141	681	2,183

170

¹⁶⁹ OCDE, “La OCDE expresa su beneplácito por la aprobación de las reformas en materia de competencia económica en México”, Marzo 2018, <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/laocdeexpresasubeneplacitoporlaaprobaciondelasreformasenmateriadecompetenciaeconomicaenmexico.htm>

¹⁷⁰ Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, “IMPI...”, *op cit.*, p. 6.

Se puede interpretar que en México a partir de 1997 inició una recuperación y un aumento progresivo de las solicitudes de patentes hasta la actualidad.

En la parte de “Patentes otorgadas por nacionalidad del titular/principales países/1993– enero/septiembre de 2018”:

Patentes otorgadas por nacionalidad del titular / principales países / 1993 - enero/septiembre de 2018									
Granted patents by nationality of holder / main countries / 1993 - January/September 2018									
Año	Total	México	Alemania	Estados Unidos	Francia	Japón	Reino Unido	Suiza	Otros países
Year	Total	Mexico	Germany	United States	France	Japan	United Kingdom	Switzerland	Other countries
1993	6,183	343	458	3,714	251	220	206	256	735
1994	4,367	288	395	2,367	210	175	175	228	529
1995	3,538	148	205	2,198	162	123	136	109	457
1996	3,186	116	214	2,084	108	101	70	101	392
1997	3,944	112	227	2,873	120	98	90	112	312
1998	3,219	141	215	2,060	117	102	114	101	369
1999	3,899	120	351	2,324	209	134	124	152	485
2000	5,519	118	525	3,158	333	243	167	228	747
2001	5,479	118	480	3,237	298	218	167	181	780
2002	6,611	139	736	3,706	335	256	197	246	996
2003	6,008	121	610	3,368	337	197	156	241	978
2004	6,838	162	726	3,552	522	234	181	315	1,146
2005	8,098	131	806	4,338	558	284	234	386	1,361
2006	9,632	132	877	5,180	711	378	265	506	1,583
2007	9,957	199	885	5,094	745	418	272	506	1,838
2008	10,440	197	899	5,483	682	407	252	538	1,982
2009	9,629	213	786	4,831	592	399	266	553	1,989
2010	9,399	229	712	4,769	439	401	206	585	2,058
2011	11,485	245	960	5,612	551	579	302	775	2,461
2012	12,330	281	1,027	5,924	568	794	305	753	2,678
2013	10,343	302	939	4,792	500	665	257	630	2,258
2014	9,819	305	886	4,514	398	709	243	570	2,194
2015	9,338	410	805	4,270	432	601	237	532	2,051
2016	8,657	426	653	4,032	380	566	196	497	1,907
2017	8,510	407	625	3,950	359	570	179	492	1,928
2018	6,307	306	463	2,960	236	445	105	302	1,490

171

Como en las solicitudes también las cifras de patentes otorgadas manifestaron un fenómeno parecido puesto que hubo una recuperación y un crecimiento a partir de 1998 hasta la actualidad (con algunas disminuciones en algunos años).

Las “Solicitudes de marca por nacionalidad del titular/principales países/1993-enero/septiembre de 2018”:

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 9.

Solicitudes de marca por nacionalidad del titular / principales países / 1993 - enero/septiembre de 2018												
Trademark applications by nationality of holder / main countries / 1993 - January/September 2018												
Año	Total	México	Alemania	Brasil	España	Estados Unidos	Francia	Italia	Japón	Reino Unido	Suiza	Otros países
Year	Total	Mexico	Germany	Brazil	Spain	United States	France	Italy	Japan	United Kingdom	Switzerland	Other countries
1993	28,920	16,132	520	104	386	8,093	529	326	360	344	423	1,703
1994	33,803	19,184	651	131	502	8,992	667	353	403	485	498	1,937
1995	30,201	16,152	1,274	161	328	7,505	732	537	445	537	579	1,951
1996	32,336	19,562	956	108	383	7,013	930	273	327	377	520	1,887
1997	35,426	21,497	999	91	491	7,484	887	336	383	574	525	2,159
1998	40,042	24,669	1,206	159	518	8,065	1,067	318	362	702	671	2,305
1999	46,156	29,367	1,461	128	642	8,861	877	372	385	769	789	2,505
2000	59,721	36,698	1,877	301	1,031	11,414	1,234	352	537	1,053	1,248	3,976
2001	61,488	40,236	1,986	313	1,107	9,608	1,219	527	910	809	1,241	3,532
2002	56,237	37,764	1,604	315	876	8,491	997	396	637	653	1,035	3,469
2003	53,724	34,763	1,552	188	772	9,215	916	478	739	568	1,000	3,533
2004	58,553	38,314	1,579	263	787	9,608	1,057	440	701	646	992	4,166
2005	63,899	41,680	1,529	254	918	10,591	1,115	524	768	952	1,201	4,367
2006	68,975	45,161	1,627	217	935	10,839	1,189	503	759	766	1,449	5,530
2007	77,065	49,329	1,968	278	1,132	12,821	1,329	696	839	1,076	1,815	5,782
2008	77,467	50,680	2,390	309	1,286	11,172	1,307	731	930	1,168	1,320	6,174
2009	75,250	53,405	1,455	207	923	9,742	1,088	540	669	853	1,511	4,857
2010	87,477	61,947	1,707	271	1,217	11,196	1,085	610	831	845	1,500	6,268
2011	92,671	64,360	1,817	328	1,306	11,992	1,314	791	1,070	1,129	1,659	6,905
2012	98,628	69,546	1,911	278	1,404	12,589	1,392	787	1,184	1,278	1,752	6,507
2013	107,063	76,251	2,039	381	1,523	12,358	1,325	890	1,131	1,163	1,795	8,207
2014	118,745	79,840	3,012	446	1,895	14,527	2,052	1,286	1,262	1,765	1,992	10,668
2015	134,342	89,415	3,988	401	1,869	16,669	2,014	1,461	1,822	1,954	2,156	12,593
2016	138,745	96,692	3,878	326	1,928	15,107	2,231	1,305	1,124	1,818	1,776	12,560
2017	153,853	106,309	4,124	449	2,266	16,999	2,262	1,590	1,471	1,855	2,544	13,984
2018	116,000	81,706	3,216	453	1,425	12,238	1,577	1,154	1,003	1,296	1,395	10,537

172

Las cifras de solicitudes de marca muestran, en su mayoría, un aumento progresivo desde la fecha en que parte el documento hasta la actualidad.

Las “Marcas registradas por nacionalidad del titular/principales países/1993-enero/septiembre de 2018”:

Marcas registradas por nacionalidad del titular / principales países / 1993 - enero/septiembre de 2018												
Trademarks registered by nationality of holder / main countries / 1993 - January/September 2018												
Año	Total	México	Alemania	Brasil	España	Estados Unidos	Francia	Italia	Japón	Reino Unido	Suiza	Otros países
Year	Total	Mexico	Germany	Brazil	Spain	United States	France	Italy	Japan	United Kingdom	Switzerland	Other countries
1993	20,893	11,557	398	81	314	5,611	502	277	339	386	282	1,146
1994	33,988	17,985	769	138	505	9,819	775	397	436	554	540	2,070
1995	29,954	15,229	1,090	151	361	8,262	740	476	474	537	571	2,063
1996	25,983	14,562	876	107	333	6,237	782	293	339	347	504	1,603
1997	27,821	16,761	820	74	318	5,925	862	294	282	432	451	1,602
1998	28,362	16,775	828	108	439	6,278	726	282	276	490	463	1,697
1999	40,321	23,242	1,305	144	581	9,087	980	378	465	758	793	2,588
2000	45,483	26,568	1,679	169	789	9,489	1,072	343	432	851	1,056	3,035
2001	47,136	28,404	1,630	284	945	8,837	1,095	395	627	728	1,008	3,183
2002	44,555	26,796	1,669	274	779	7,920	930	369	632	712	1,060	3,414
2003	42,747	26,412	1,407	163	723	7,609	901	426	732	494	918	2,962
2004	42,656	25,799	1,470	161	619	7,900	874	368	613	570	979	3,303
2005	50,060	31,091	1,365	238	719	9,089	1,068	460	659	763	983	3,625
2006	55,173	34,240	1,456	185	861	9,772	1,142	475	760	840	1,537	3,905
2007	49,746	29,919	1,527	192	757	9,224	1,008	511	770	717	1,163	3,958
2008	57,713	36,278	1,925	212	979	8,941	976	549	752	964	1,333	4,804
2009	57,836	37,559	1,667	189	839	9,080	1,005	522	569	778	1,362	4,286
2010	57,657	39,955	1,106	234	766	7,757	866	470	586	706	1,067	4,144
2011	62,988	41,291	1,457	218	1,050	9,397	1,060	553	734	751	1,337	5,140
2012	75,992	51,097	1,700	240	1,144	10,835	1,244	680	974	981	1,539	5,558
2013	79,365	54,412	1,636	254	1,013	11,158	1,201	566	1,080	1,022	1,579	5,444
2014	83,970	58,158	1,624	392	1,189	10,622	1,127	740	914	916	1,298	6,990
2015	94,639	64,680	1,983	298	1,360	12,421	1,391	866	1,024	1,225	1,547	7,844
2016	113,018	77,782	2,809	335	1,485	14,298	1,537	981	1,361	1,425	1,691	9,314
2017	123,366	84,782	3,410	355	1,822	14,462	2,005	1,229	1,343	1,680	1,876	10,402
2018	94,176	59,741	3,245	271	1,416	12,133	1,860	1,165	1,100	1,444	1,832	9,969

173

¹⁷² *Ibidem*, p. 22.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 27.

No hay mucho que resaltar, ya que las cifras de marcas registradas muestran comportamientos similares con respecto a las cifras solicitudes de marcas; hubo un crecimiento progresivo desde 1993, fecha donde parten las estadísticas, hasta nuestros días.

México al impulsar un importante marco regulatorio puede combatir la ausencia de condiciones de competencia de la economía nacional, evitando así daños a la competencia. Al lograr eliminar las distorsiones a la libre competencia, se logra obtener un ambiente de desarrollo y de igualdad de oportunidades para competir entre los agentes económicos.

El profesor Morales Elcoro opina al respecto:

“La evidencia internacional comparada resulta incontrovertible: mayor competencia estimula la innovación y alienta una mayor productividad. Estudios de caso, de corte transnacional así como información por empresas y plantas demuestran que la presión competitiva conduce a un ritmo más acelerado de innovación en economías desarrolladas”.¹⁷⁴

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos logrados desde los primeros pasos al crear el marco jurídico del derecho de la competencia económica a mediados de la década de los noventa, México enfrenta muchos mercados internos que tienen presencia de distorsiones a la libre competencia (sobre todo los mercados internos de las entidades federativas). Por lo tanto es muy necesario que las autoridades, los particulares, academia y la sociedad civil organizada trabajen juntos para establecer condiciones favorables que procuren el desarrollo eficiente de los mercados y la entrada de nuevos competidores, para generar indirectamente

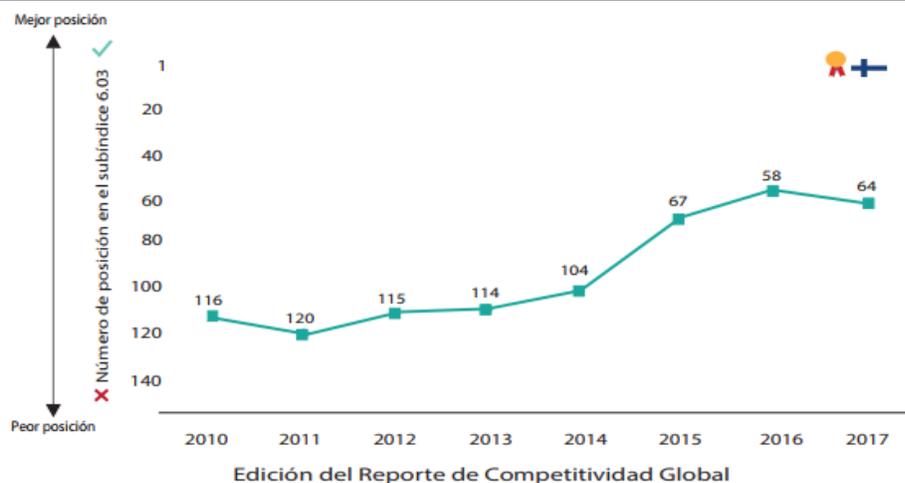
¹⁷⁴ Morales Elcoro, Rodrigo, “COMPETENCIA INNOVACIÓN Y PROPIEDAD INTELECTUAL: REFLEXIONES SOBRE SU INTERPRETACIÓN” en Ojeda Lucia, Santos Luis y Roldan José (Coords.), “PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMPETENCIA ECONÓMICA”, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 59.

mejores condiciones que contribuyan para la innovación tecnológica y comercial que incidan en la propiedad industrial.

En el Foro Económico Mundial (WEF en inglés) publicó el reporte anual del Reporte de Competitividad Global, dicho documento contiene el Índice de Competitividad Global 2017-2018, el cual mide el desempeño de 137 economías en 12 pilares de competitividad. Además existe el “Subíndice de la Efectividad de la política antimonopolios del Índice de Competitividad Global del WEF”, dentro de este pilar en el subíndice 6.03 “Efectividad de la política antimonopolios”, el cual mide la ejecución de la política de competencia en las economías evaluadas. En el 2017 México se posicionó en el lugar 64 con una calificación de 3.7 puntos.

Gráfica II.1

Posición de México en el subíndice 6.03 Efectividad de la política antimonopolios del Índice de Competitividad Global del WEF (2010-2016)^a



Fuente: COFECE, con base en los Reportes de Competitividad Global 2010-2011, 2011-2012, 2012-2013, 2013-2014, 2014-2015, 2015-2016, 2016-2017 y 2017-2018 del WEF.

Nota:

- a. El número de países evaluados cambia anualmente: en la edición 2010-2011 se evaluaron 139 países; en la edición 2011-2012, 142 países; en la edición 2012-2013, 144 países; en la edición 2013-2014, 148 países; en la edición 2014-2015, 144 países; en la edición 2015-2016, 140 países; en la edición 2016-2017, 138 países; y en la edición 2017-2018, 137 países.

175

Luego entonces, a lo largo de esta década, México ha podido posicionarse en mejores condiciones en su política antimonopolios para así obtener mejores niveles de competitividad.

Puedo concluir que el derecho de la competencia económica y la propiedad intelectual pueden generar una complementariedad, incluso obtener sinergias para obtener competitividad en el entorno internacional. La propiedad industrial por un lado asegura protección a la innovación tecnológica y comercial, y el derecho de la competencia económica busca proteger de distorsiones a la libre competencia en los mercados y finalmente a los consumidores, obteniendo así un conjunto de beneficios que inciden en las economías locales, y que también se reflejan de México hacia el entorno internacional.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los derechos de propiedad industrial o intelectual son monopolios en un sentido económico, puesto que excluyen a cualquier tercero que no sea titular de esos derechos de su uso y explotación; sin embargo no son monopolios desde un sentido estricto de derecho porque no han sido considerados como tales desde la constitución de 1857 y la vigente constitución de 1917. Entonces los derechos exclusivos de la propiedad industrial o intelectual son un monopolio de hecho pero no de derecho; estos monopolios se encuentran limitados y regulados por el Derecho de la propiedad industrial o intelectual, y tienen diversas condiciones en ley para que el Estado mexicano las otorgue.

En esta investigación se ha cumplido con los objetivos de la introducción de la misma:

SEGUNDA.- Los derechos exclusivos de la propiedad industrial no son considerados monopolios por el Derecho de la competencia económica. Sin embargo los titulares de estos derechos exclusivos son agentes económicos que están sujetos, como cualquier otro agente, a lo dispuesto de la Ley Federal de Competencia Económica. Así que por medio de las patentes y las marcas se pueden realizar conductas anticompetitivas (prácticas monopólicas absolutas y relativas, y concentraciones ilícitas).

Por lo tanto, quiere decir que si realizaron prácticas desleales de los derechos de propiedad industrial deberán ser empleadas sus respectivas normas para solucionar tal conflicto. Sin embargo, si se comete una práctica anticompetitiva en la que se ejerzan derechos de propiedad industrial corresponderá al derecho de la competencia económica investigar y sancionar al agente económico porque ya entra a su área de estudio y de acción; en este punto la propiedad industrial no puede ser implementada para solucionar el conflicto puesto que las acciones del agente económico ya salieron de su campo normativo.

Las leyes de propiedad industrial no pueden ser legisladas ni aplicadas sin la observancia de otras áreas del derecho, entre ellas el derecho de la competencia económica. La propiedad industrial debe ser ejercida desde una integridad dentro de su sistema jurídico nacional. El derecho de la competencia económica y el derecho de la propiedad industrial no se excluyen mutuamente sino que se complementan para lograr mayores beneficios para la sociedad. La interacción entre ambas debe ser armónica, complementaria e interdependiente.

TERCERA.- Las prácticas monopólicas absolutas invariablemente están conformadas por tres elementos: 1) debe de existir algún acuerdo, contrato, convenio, arreglo o combinación de cualquiera de estos; 2) los participantes son competidores; 3) estas acciones tengan el objetivo o las consecuencias para fijar precios, restringir la oferta, segmentar mercados, coordinar posturas en licitaciones o intercambiar información con los objetos o efectos anteriores. Las prácticas monopólicas absolutas pueden ser cometidas por medio de contratos de licencia patentes y marcas, como lo son las *“reverse payments”* o *“pay-for-delay”*; dichas conductas no se han presentado ante las autoridades mexicanas.

CUARTA.- En nuestro derecho de la competencia económica se consideran 13 conductas como prácticas monopólicas relativas, las cuales dañan al proceso de libre mercado porque desplaza indebidamente a otros participantes de mercado e impide que otros competidores accedan a dicho mercado. Para que las prácticas monopólicas relativas puedan ser realizadas los agentes económicos deben de tener poder sustancial de mercado.

Fue inesperado para el autor de esta tesis haber descubierto que existen importantes riesgos de la comisión de prácticas monopólicas relativas por medio de diversas conductas realizadas a través de los derechos exclusivos de las patentes. En algunas conductas cometidas se usaron patentes, como los *“patent thickets”*, *“patent trolls”*, *“pack license”*, *“pools of patents”*, *“technological pools”* y *“patent ambush”* que, además de significar importantes riesgos a la competencia, pueden trascender en barreras a la entrada o, en casos extraordinarios, ser consideradas

recursos esenciales. Sin embargo dichas conductas han sucedido en diversos países, sin que hasta ahora haya sido detectado y sancionado algún caso real por las autoridades antimonopolios ni por algún tribunal en México.

QUINTA.- En el Derecho de la competencia económica existe el fenómeno de las concentraciones, las cuales son muy comunes en el comercio. Incluso en algunas concentraciones sólo se busca adquirir marcas, patentes, modelos de utilidad, nombres comerciales, entre otros. Sin embargo, algunas concentraciones pueden generar efectos anticompetitivos. Las empresas que sean resultado de una concentración pueden adquirir con ello poder sustancial de mercado, por lo cual podrían fijar unilateralmente precios, reducir la oferta de productos o servicios, desplazar e impedir la entrada de nuevos competidores sin que sus competidores puedan contrarrestarlo.

La adquisición de derechos de propiedad industrial puede ser usada para establecer barreras a la entrada, impedir a terceros el acceso al mercado relevante, impedir el acceso a insumos esenciales o desplazar a otros agentes.

SEXTA.- En la región de Latinoamérica y el Caribe, hasta hace apenas un par de décadas, tenemos mejores regulaciones antimonopolios. Incluso se puede señalar que a consecuencia de ello se han podido combatir las prácticas anticompetitivas, con ello se ha contribuido a evitar que la libre competencia tenga distorsiones y consecuentemente la economía no se vea trastocada.

México al impulsar un importante marco regulatorio puede combatir las prácticas anticompetitivas, así como a las distorsiones que estas generan en la economía local y nacional. Al reducir las distorsiones a la libre competencia, se logra obtener un ambiente de desarrollo y de igualdad de oportunidades para competir entre los agentes económicos.

SÉPTIMA.- El Estado Mexicano también ha creado un importante marco normativo de propiedad intelectual durante el siglo pasado y hasta la actualidad; lo cual ha

trascendido a posicionar a México dentro de uno de los países con mayores patentes concedidas y marcas registradas de la región.

OCTAVA.- Sin embargo, las bajas cifras mostradas de patentes registradas en México revelan que hace falta una política industrial que genere mayor innovación tecnológica. México comparado con diversos países de la OCDE genera poca tecnología, lo cual ha afectado que no tenga un mejor crecimiento del PIB (cerca del 2% anual), y que sus industrias generen poco o nulo valor agregado.

NOVENA.- Una evidencia mostrada para avanzar ante la falta de innovación tecnológica es que a partir de que México generó un marco jurídico del Derecho de la competencia económica junto con un marco jurídico actualizado de propiedad industrial mejoró la competitividad de los mercados internos, como es el caso del número de marcas registradas que generalmente ha aumentado. Es necesario un mejor ejercicio del Derecho de la competencia económica en conjunto de la propiedad industrial para transitar a una interacción más dinámica en los hechos. Dichos esfuerzos deben ser acompañados de las autoridades federales y locales, el sector empresarial, academia, sociedad civil organizada y la ciudadanía.

BIBLIOGRAFÍA

Expedientes

CNT-114-98, “*Monsanto Company (Asgrow Mexicana/Cargill de México)*”, Comisión Federal de Competencia, Gaceta de Competencia Económica, Año 2, número 4, mayo-agosto, 1999.

CNT-166.-98, “*The Coca-Cola Company/Cadbury Schweppes*”, Comisión Federal de Competencia, Gaceta de Competencia Económica, Año 2, número 4, mayo-agosto, 1999.

Libros

- 1.- Banz-Haf, T.A., “*El contrato de Knowhow*”, Bogotá, Editorial SS, 1984.
- 2.- Castañeda Batres, Oscar, “*La Revolución Mexicana*”, México, Miguel Ángel Porrúa, 1989.
- 3.- De la Parra Trujillo, Eduardo, “*Derechos de los autores, artistas e inventores*”, México, Instituto de investigaciones jurídicas, 2015.
- 4.- De la Parra Trujillo, Eduardo, “*Derechos humanos y derechos de autor. Las restricciones al derecho de explotación*”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- 5.- Fernández Novoa, Carlos, “*Derecho de marcas*”, Madrid, Editorial Montecarlo, 1990.
- 6.- García Barrera, Myrna Elia, “*Derecho de las nuevas tecnologías*”, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008.
- 7.- Ginebra Serrabou, Xavier, “*Teoría general del derecho de la competencia económica aspectos económicos jurídicos y humanísticos*”, México, Porrúa, 2012.
- 8.- González de Cossío, Francisco, “*Competencia Económica. Aspectos Jurídicos y Económicos*”, México, Editorial Porrúa, 2005.
- 9.- Jalife Daher, Mauricio, “*Aspectos legales de las marcas en México*”, México, Editorial Sista, 1992.
- 10.- Jalife Daher, Mauricio, “*Uso y valor de la propiedad intelectual*”, México, Editorial Gasca Sicco, 2004.
- 11.- María del Mar y Framiñán, Francisco (coords.), “*Patentes Farmacéuticas y derecho de la competencia*”, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

- 12.- Martín Aresti, Pilar, *“La licencia Contractual de Patente”*, Madrid, Editorial Aranzadi, 1997.
- 13.- Nava Negrete, Justo, *“Derecho de las marcas”*, México D.F., Editorial Porrúa, 1985.
- 14.- Ojeda Lucía, Santos Luis y Roldán José (Coords.), *“Competencia Económica y Propiedad Intelectual ¿Complementarios o Antagónicos?”*, México, Editorial Porrúa, 2010.
- 15.- Peredo Rivera, Amílcar, *“Competencia económica. Teoría y práctica”*, México, Editorial Porrúa, 2004
- 16.- Pérez Miranda, Rafael J. *“Derecho de la Propiedad Industrial. Patentes y marcas obtentores”*, Porrúa, México, 2006.
- 17.- Posner, Richard A., *“El análisis económico del derecho”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- 18.- Rangel Medina, David, *“Derecho de la propiedad industrial e intelectual”*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1991
- 19.- Rangel Medina, David, *“Derecho Intelectual”*, México, McGraw-Hill, 1998.
- 20.- Rangel Medina, David, *“Tratado de derecho marcario”*, México, Editorial Libros de México, 1960.
- 21.- Roncero Sánchez, Antonio, *“El contrato de licencia de marca”*, Madrid, Civitas Ediciones, 1999.
- 22.- Solorio Pérez, Oscar Javier, *“Derecho de la propiedad intelectual”*, México, Oxford University Press, 2010.

Jurisprudencia

- Tesis: I.10.A.E.122 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 27, Febrero de 2016, Tomo III, p. 2036.
- Tesis: I.10.A.E.123 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 27, Febrero de 2016, Tomo III, p. 2110.
- Tesis: I.10.A.E.163 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 32, Julio de 2016, Tomo II, p. 2181.

Páginas Web

- 1.- ADN 40, 2017, “La Michoacana”
<http://www.adn40.mx/videoteca/cultura/leyenda-urbana/2017-08-20-18-30/la-michoacana/#>
- 2.- COFECE, “Análisis de Caso Análisis de concentración condicionada Nestlé-Pfizer: fórmulas lácteas”, https://cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/AnalisisFormulasLacteas_vf_170615.pdf#pdf
- 3.- COFECE, “Análisis de Caso Colusión para manipular el precio y restringir la venta de azúcar”, octubre 2016, <https://www.cofece.mx/cofece/images/Promocion/Historias/AZUCARv6f.pdf>
- 4.- Cofece, Comisión Federal de Competencia Económica, “GUÍA PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE AGENTES ECONÓMICOS”, México, 2015, https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/01/guia-0072015_intercambioinf.pdf#pdf
- 5.- Cofece, “Condiciona COFECE operación de Sanofi y Boehringer en el negocio de salud animal”, COFECE-20-2017 <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/prensa/historico-de-noticias/condiciona-cofece-operacion-de-sanofi-y-boehringer-en-el-negocio-de-salud-animal>
- 6.- COFECE, “Herramientas de competencia económica”, México, USAID, 2015, https://www.cofece.mx/cofece/images/Documentos_Micrositios/Herramientas_Co mpetenciaEconomica_vf250815.pdf
- 7.- COFECE, ¿Qué es una concentración?, <https://cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/Vertical-SIN-Leyenda.jpg>
- 8.- COFECE, “¿Qué es una Práctica Monopólica Absoluta?”, <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/Colusion-v3-MODIFICADO-29ENE18.png>
9. - COFECE, “¿Qué es una Práctica Monopólica Relativa?”, <https://cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/PMR-COLOR-28MAR2017.png>
- 10.- Cofece, “Pymes y la competencia económica”, https://cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/Info_pymes_vf_100316.jpg
- 11.- COFECE, “Sanciona COFECE a empresas de transporte marítimo de pasajeros de Quintana Roo por la realización de prácticas monopólicas absolutas”, COFECE-057-2016, <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/prensa/historico-de-noticias/sanciona-cofece-a-empresas-de-transporte-maritimo-de-pasajeros-de-quintana-roo-por-la-realizacion-de-practicas-monopolicas-absolutas?tmpl=component&format=pdf>

- 12.- Cofece, “Tercer Informe Trimestral 2017”, https://www.cofece.mx/cofece/images/Prensa/INFORMES-TRIMESTRALES/0_13T2017.pdf
- 13.- “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917” http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf
- 14.- De Mauleón, Héctor, “Crónica del saqueo”. El Universal, 10/01/2017, <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/columna/hector-de-mauleon/nacion/2017/01/10/cronica-del-saqueo>
- 15.- De Mauleón, Héctor, “La tarde del motín”, El Universal, 11/01/2017, <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/columna/hector-de-mauleon/nacion/2017/01/11/la-tarde-del-motin>
- 16.- “Diccionario de la lengua española”, Real Academia Española, <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=monopolio>
- 17.- Gob.mx, “Concluye la Séptima Ronda de Negociaciones para la Modernización del TLCAN”, <https://www.gob.mx/se/prensa/concluye-la-septima-ronda-de-negociaciones-para-la-modernizacion-del-tlcan>
- 18.- Gob.mx, “INFORME A LA CÁMARA DE SENADORES DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN SOBRE EL INICIO DE NEGOCIACIONES PARA LA MODERNIZACIÓN DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN) ENTRE CANADÁ, ESTADOS UNIDOS Y MÉXICO”, Julio de 2017, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/251040/INFORME_TLCAN.pdf
- 19.- Gob.mx TLCAN, “Declaraciones trilaterales”, 05 de septiembre de 2017 <https://www.gob.mx/tlcan/acciones-y-programas/declaraciones-trilaterales?state=published>
- 20.- Instituto de Investigaciones Jurídicas “Constitución Política de la República Mexicana de 1857”, Número 4888, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/legislacion/federal/historicos/1857.pdf>- 25.-
- 21.- Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, “IMPI en cifras 2017: Cifras 1993 - enero/ septiembre 2018”, 19 de octubre de 2018, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/401865/IMPI_CIFRAS_enero-septiembre_2018.pdf
- 22.- Mena Labarthe, Carlos, “Leche y concentraciones de mercado”, El Financiero, 16.02.2017, <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/leche-y-concentraciones-de-mercado.html>
- 23.- OCDE, “La competencia en América Latina y el Caribe Los 10 años del Foro Latinoamericano de Competencia OCDE-BID”,

<https://www.oecd.org/competition/latinamerica/LACF10thAnniversaryBrochureES.pdf>

24.- OCDE, “La OCDE expresa su beneplácito por la aprobación de las reformas en materia de competencia económica en México”, <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/laocdeexpresasubeneplacitoporlaaprobaciondelasreformasenmateriadecompetenciaeconomicaenmexico.htm>

25.- OCDE, “Perspectivas OCDE: México Políticas Clave para un Desarrollo Sostenible, Octubre 2010”, <https://www.oecd.org/mexico/45391108.pdf>

26.- Secretaría de Economía, “Declaración Trilateral sobre la Conclusión de la Tercera Ronda de Negociaciones del TLCAN”, 27 de septiembre de 2017, <https://www.gob.mx/se/prensa/declaracion-trilateral-sobre-la-conclusion-de-la-tercera-ronda-de-negociaciones-del-tlcan>

Tratados

Gob.mx, “Tratado de Asociación Transpacífico” <https://www.gob.mx/tratado-de-asociacion-transpacifico>

OMPI, “Acuerdo de la Ronda Uruguay: ADPIC Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio”, http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=305906

