

---

Business Review Letter No. 2/2019

---



OXFORD COMPETITION  
ECONOMICS

---

# Arbitraje de la Competencia Económica en México

por

Víctor Pavón Villamayor

Marzo 25, 2019



# Arbitraje de la Competencia Económica en México

Dr. Víctor Pavón Villamayor

Business Review Letter No. 2/2019

Marzo 25, 2019

**E**n algunos países se ha considerado que los temas de competencia económica son “inarbitrables” en virtud que involucran temas de interés público.<sup>1</sup>

Sin embargo, en los últimos años, esta noción de inarbitrabilidad de la competencia económica ha sido abandonada en varias jurisdicciones. El presente documento discute este tema y plantea la necesidad e importancia de iniciar el uso del arbitraje en competencia económica en México en áreas y espacios específicos.

## I. Antecedentes

**A**nivel internacional, un importante precedente en esta materia fue la resolución del caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* en el que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos estableció que, si un contrato internacional entre privados contenía una cláusula arbitral lo suficientemente amplia, el principio de arbitrabilidad prevalecía sobre la visión ortodoxa de que los reclamos en materia de

competencia eran inarbitrables. Si bien es cierto que el caso *Mitsubishi* tomó lugar en el ámbito de relaciones contractuales internacionales, el principio de arbitrabilidad de la competencia que le subyace pronto se consideró extensivo a relaciones contractuales nacionales.<sup>2</sup>

La Comisión Europea, por su parte, ha establecido en el análisis del caso *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV* (1999) que los tribunales de los países miembros podrían tener la facultad para anular la ejecución de un laudo si su contenido viola alguna de las prohibiciones establecidas en la fracción 1 del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea —disposición que prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas que afectan el comercio entre países miembros y cuyo objeto o efecto es la prevención, restricción o distorsión de la competencia dentro del mercado común. En otras palabras, la Comisión Europea ha establecido el principio que cualquier laudo arbitral está obligado a salvaguardar los principios de la competencia, lo que implica que los tribunales arbitrales deben interpretar y decidir sobre aspectos relacionados con la normatividad en materia de competencia.

<sup>1</sup> En el caso de los Estados Unidos el caso seminal que sustentó esta postura fue *American Safety Equipment Corp. v. J.P. McGuire & Co.* (1968).

<sup>2</sup> Sopata, L. (1986) “Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc: International Arbitration and Antitrust Claims”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol 7, Issue 3.



# Arbitraje de la Competencia Económica en México

Dr. Víctor Pavón Villamayor

Business Review Letter No. 2/2019

Marzo 25, 2019

En otras jurisdicciones, como Colombia, el arbitraje ha representado una excelente vía para el **enforcement privado de la política de competencia**.<sup>3</sup> De manera que la noción de que los temas de competencia son inarbitrables por ser de interés público es, a la luz de la evidencia internacional, objetable.

## II. Escenarios de Arbitraje en Competencia

**A** continuación se presentan dos posibles escenarios que podrían dar lugar a arbitrajes en materia de competencia económica con efectos estrictamente positivos sobre el bienestar social.

**Concentraciones.** Consideremos inicialmente un caso donde una concentración no notificable es llevada a cabo, pero su materialización genera efectos anticompetitivos sobre un tercero que tiene relaciones comerciales con las partes concentradas. En este escenario, el tercero afectado podría vislumbrar dos posibles canales de acción. En primer lugar, podría recurrir a la autoridad de competencia para solicitar que ésta revise una concentración no notificable.

En el caso de México, la base de esta solicitud sería el artículo 65 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE).<sup>4</sup> Sin embargo, dado que la concentración inicial fue de naturaleza no notificable, resulta poco probable que la autoridad de competencia decida destinar recursos para su revisión.

El segundo canal de acción sería recurrir precisamente a un arbitraje. En este segundo escenario, la parte afectada no podría detener la concentración, pero podría hacer uso del arbitraje para demandar, *ex post*, los daños y perjuicios derivados del cierre de la operación. En circunstancias en las cuales los daños y perjuicios son conferidos a la parte afectada, un arbitraje tiene la virtud de neutralizar (compensar) los impactos anticompetitivos de la operación sobre terceros. De manera que, en un espacio del interés público donde la autoridad de competencia típicamente no interviene (como es el caso de concentraciones no notificables) **el arbitraje puede representar un mecanismo idóneo para el enforcement de la política de competencia.**

**Prácticas Monopólicas.** Asumamos ahora un escenario en el que un agente económico verticalmente integrado controla el acceso a un insumo esencial. Este insumo esencial es provisto

<sup>3</sup> Perilla Castro, C.A. (2015) *Laudos Arbitrales en Derecho de la Competencia*, *Revista de Derecho de la Competencia*, Vol. 11, No. 11, Colombia, Bogotá, pp. 177-219.

<sup>4</sup> "...[t]ampoco podrán ser investigadas las concentraciones que no requieran ser previamente notificadas a la Comisión, una vez transcurrido un año de su realización".



# Arbitraje de la Competencia Económica en México

Dr. Víctor Pavón Villamayor

Business Review Letter No. 2/2019

Marzo 25, 2019

tanto a una empresa afiliada como a un competidor, ambos agentes económicos compitiendo entre sí en un mercado *downstream*. Asumamos que la práctica anticompetitiva desplegada consiste en el acceso discriminatorio a este insumo esencial.

Consideremos un entorno donde, en ausencia de denuncia, la autoridad de competencia no investiga el mercado. En este escenario, nuevamente, el arbitraje representa un mecanismo idóneo para el *enforcement* de la política de competencia en espacios del interés público donde, por construcción, la autoridad de competencia no interviene. En este segundo caso, por ejemplo, las partes podrían acordar que un tribunal arbitral determine tanto la existencia del acceso discriminatorio a este insumo así como, en su caso, la cuantificación del daño generado.

Pero ¿qué incentivos podría tener la empresa verticalmente integrada para someterse a un arbitraje? Una posible razón es que, en ausencia de arbitraje, la práctica podría ser denunciada ante la autoridad de competencia, con todas sus implicaciones legales y económicas. De manera que el agente verticalmente integrado podría encontrar óptimo someterse a un proceso de arbitraje con el objeto de administrar su *antitrust risk*. Como en el caso de la concentración, el arbitraje tendría la virtud de corregir la distorsión en el mercado y, en su caso, resarcir los daños económicos asociados a la práctica indebida.

## III. Acuerdo Arbitral

**E**n materia de acuerdo arbitral, las partes podrían celebrarlo *ex ante* o *ex post* a la disputa. Un primer escenario ocurre cuando las partes realizan transacciones comerciales dentro del marco de un contrato. En este contexto, la cláusula arbitral podría limitarse a otorgar facultades al árbitro para pronunciarse sobre temas de competencia relacionados, exclusivamente, con la materia del contrato, como la licitud de las conductas de las partes en lo concerniente a la ejecución o terminación de éste. Un segundo escenario ocurre cuando las partes y sus interacciones no transcurren en el marco de un contrato. En este caso, la cláusula arbitral tendría que ser determinada y acordada *después* del surgimiento de la controversia, por lo que las facultades otorgadas al árbitro podrían ser de carácter *específico* con el objeto de que éste evalúe y resuelva solo los aspectos en materia de competencia que las partes consideran materia de disputa.

## IV. Discusión

**E**l arbitraje en competencia no busca reemplazar las facultades de la autoridad administrativa para conocer la -

# Arbitraje de la Competencia Económica en México



Dr. Víctor Pavón Villamayor

Business Review Letter No. 2/2019

Marzo 25, 2019

materia de la disputa y, en su caso, tomar la resolución que corresponda.

El tribunal arbitral busca atender una problemática específica entre agentes económicos y el laudo debe ser, en todo momento, armónico con la normatividad en materia de competencia. Es preciso reconocer, sin embargo, que el marco analítico del cual parte un tribunal arbitral, por un lado, y la autoridad de competencia, por el otro, son distintos. Mientras que la autoridad de competencia llevará a cabo su análisis desde una perspectiva holística e integral de los mercados, el tribunal arbitral llevará a cabo su análisis desde una perspectiva menos comprensiva, pero no por ello menos útil y eficaz.

Desde esta perspectiva, el arbitraje en competencia económica puede concebirse como la primera etapa dentro de un proceso más amplio de análisis de los problemas de competencia en la economía. En una primera etapa, los agentes económicos, a través del arbitraje, realizan una primera aproximación a una problemática competitiva que les concierne y buscan resolver. En una segunda etapa, la autoridad de competencia *podría* darse a la tarea de conocer la materia del laudo, sus alcances e incorporar su contenido dentro de su propia evaluación competitiva.

No obstante lo anterior, la tesis central de este documento es que existen espacios del interés público donde la *capacidad de enforcement* de -

las autoridades de competencia es limitada y, por tanto, donde **el arbitraje representa un instrumento insustituible para el enforcement de la política de competencia** en los mercados.

En conclusión, el arbitraje y el *enforcement* público de la política de competencia deben ser concebidos como instrumentos complementarios, no sustitutos, dentro del objetivo común de promover la libre competencia y la libre concurrencia en los mercados.



## Dr. VÍCTOR PAVÓN VILLAMAYOR

Economista (Oxford, Ph.D.) Antitrust, Regulación & Análisis Económico. CEO, *Oxford Competition Economics Research Group S.A. de C.V.* & Vicepresidente de la Comisión de Competencia Económica de la *International Chamber of Commerce*, México.

### Contacto:

📞 55 5499 9606  
☎ 55 5131 8120  
✉ [vpavon@oxford-economics.org](mailto:vpavon@oxford-economics.org)  
🌐 [www.oxford-economics.org](http://www.oxford-economics.org)