

ARBITRABILIDAD DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA: UN CASO PARTICULAR DEL *PRINCIPIO DE PETER*

Francisco González de Cossío*

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	ARBITRABILIDAD DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA.....	2
	A. ESTADOS UNIDOS	2
	B. EUROPA.....	3
	C. <i>RATIO</i>	3
III.	DUDAS	4
IV.	PROBLEMAS	5
V.	UNA MEJOR TEORÍA: IGNORAR.....	8
	A. SUSTENTO CONCEPTUAL	8
	B. SUSTENTO EN LA PRÁCTICA EXISTENTE	9
VI.	COMENTARIO FINAL.....	10

I. INTRODUCCIÓN

Existe *in statu nascendi* una corriente de opinión que aboga a favor de la arbitrabilidad de las controversias que involucren competencia económica.

La teoría es errada. Para explicar porqué, comenzaré por resumir las premisas en las que descansa (§II), las dudas (§III) y problemas que genera (§IV), para esbozar lo que considero una mejor teoría (§V), finalizando con un comentario (§VI).

* González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx) Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

II. ARBITRABILIDAD DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

Dos jurisdicciones pueden ser citadas como permisivas de la arbitrabilidad de controversias con implicaciones de competencia económica: Estados Unidos y Europa. A continuación resumiré la aproximación de cada una.

A. ESTADOS UNIDOS

Hasta 1985, la competencia económica se consideraba inarbitrable. *American Safety*¹ resumía el paradigma en vigor:

A claim under the antitrust laws is not merely a private matter. The Sherman Act is designed to promote the national interest in a competitive economy; thus the plaintiff asserting his rights under the Act has been likened to a private attorney-general who protects the public's interest. Antitrust violations can affect hundreds of thousands – perhaps millions – of people and inflict staggering economic damage. We do not believe that Congress intended such claims to be resolved elsewhere than in the courts. ... in fashioning a rule to govern the arbitrability of antitrust claims, we must consider the rule's potential effect. For the same reason, it is also proper to ask whether contracts of adhesion between alleged monopolists and their customers should determine the forum for trying antitrust violations. Here again, we think that Congress would hardly have intended that.

En *Mitsubishi*² la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos revirtió (o más bien matizó) el paradigma, razonando que:

We now turn to consider whether Soler's antitrust claims are nonarbitrable even though it has agreed to arbitrate them. ...

we conclude that concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes require that we enforce the parties' agreement, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context³ ...

¹ *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821, 826-27 (1968).

² *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth*, 105 S.Ct. 3346 (1985).

³ *Id.* pp. 628-629.

Having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed. The [New York] Convention reserves to each signatory country the right to refuse enforcement of an award where the 'recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country'.⁴

B. EUROPA

En *Eco Swiss*⁵ la Corte Europea de Justicia (*European Court of Justice - ECJ*) cambió el paradigma existente (*Van Schijndel*⁶) para considerar que el derecho de la competencia económica europeo (a) es orden público y (b) debe ser aplicado *ex officio* por los árbitros, aún si no fue invocado o forma parte del derecho contractual aplicable. Los siguientes párrafos resumen los motivos:⁷

... Article 85 of the Treaty constitutes a fundamental provision which is essential for the accomplishment of the tasks entrusted to the Community and, in particular, for the functioning of the internal market. The importance of such a provision led the framers of the Treaty to provide expressly, in Article 85(2) of the Treaty, that any agreements or decisions prohibited pursuant to that article are to be automatically void.

It follows that where its domestic rules of procedure require a national court to grant an application for annulment of an arbitration award where such an application is founded on failure to observe national rules of public policy, it must also grant such an application where it is founded on failure to comply with the prohibition laid down in Article 85(1) of the Treaty. ...

the provisions of Article 85 of the Treaty may be regarded as a matter of public policy within the meaning of the New York Convention.

C. RATIO

Como puede verse, los motivos por los que Estados Unidos y Europa han

⁴ Id. p. 638.

⁵ *Eco Swiss China Time Ltd. v Benetton International NV*, Case C-126/97 (ECJ decision of 1 June 1999).

⁶ *Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v Stichting Pensioenfonds loor Fysiotherapeuten*, ECJ decision of 14 December 1995, Cases C-430 and 431/93.

⁷ Id. ¶¶36, 37 y 39.

liberado la materia de las garras de la inarbitrabilidad se resume en:

1. Respeto a la capacidad de tribunales extranjeros y trasnacionales;
2. Las necesidades del comercio internacional, incluyendo predecibilidad en la solución de controversias;
3. La cortesía internacional; y
4. El correcto funcionamiento del mercado interno (europeo).

¿Pero es suficiente?

III. DUDAS

No es claro que la competencia económica deba calificar como auténtico ‘orden público’ para efectos de la nulidad y no ejecución de un laudo. Después de todo, la definición más aceptada a nivel mundial es que el orden público versa sobre⁸ “las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico”.⁹ Y la judicatura mexicana empieza a seguir la línea.¹⁰

El ‘orden público’, correctamente entendido, es algo mucho más delicado. Existe una decisión estadounidense que así lo concibe (*Sonatrach v Shaheen*¹¹), donde se sostuvo que las violaciones a la competencia económica (*antitrust*) no contravienen las “nociones más básicas de moralidad y de justicia”.¹²

⁸ Para abundar, puede consultarse ORDEN PÚBLICO Y ARBITRABILIDAD: DUO DINÁMICO DEL ARBITRAJE, Revista de Investigaciones Jurídicas número 32, 2008, p. 361.

⁹ *Parsons & Whittemore Overseas Company, Inc. v. Societe Generale de l'Industrie du Papier (RAKTA)*, Corte de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos (508 F.2d 969, 974 (2d Cir. 1974)).

¹⁰ Para abundar, ver ORDEN PÚBLICO EN MÉXICO VA POR BUEN CAMINO, Boletín Informativo, Centro de Mediación y Arbitraje, Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, No. 6, 2ª época, enero 2009, p. 7.

¹¹ *La Société Nationale Pour la Recherche, la Production, le Transport, la Transformation et la Commercialisation des Hydrocarbures (Sonatrach) v Shaheen Natural Resources*, 585 F.Supp. 57 (1983), affirmed 733 F.2d 260 (1984), cert denied 469 U.S. 883 (1984).

¹² “most basic notions of morality and justice”, citando a *Parsons*.

Mucho podría decirse sobre el tema. Particularmente el estatus de la competencia económica como una norma imperativa o de policía. Dado el objeto de esta nota, me ceñiré a mencionar algunos problemas que su arbitrabilidad genera.

IV. PROBLEMAS

Aceptar la arbitrabilidad de la competencia económica invita problemas diversos. Por ejemplo:

- a) *Leitmotiv*: mientras que el arbitraje es un mecanismo para hacer cumplir pactos, el derecho de la competencia es un instrumento de política económica que busca un sólo objetivo: *eficiencia*.¹³
- b) *Naturaleza de la actividad*: mientras que una autoridad de competencia investiga y sanciona, un árbitro sólo resuelve problemas. Sancionar escapa su misión. Es anatema al arbitraje.
- c) *Externalidades*: las prácticas anticompetitivas afectan a millones de consumidores. Ante ello, su resolución mediante un mecanismo *in natura* privado (el arbitraje) parece poco adecuado.
- d) *Idoneidad*: El análisis competitivo contiene tres pasos que son proclives a generar problemas conceptuales y de consistencia con el cuerpo de casos que las autoridades de competencia de la jurisdicción relevante estén en vías de tejer: la definición de mercado, la determinación de existencia de poder de mercado, y el análisis pro- y anticompetitivo.

Cada uno de los pasos indicados es, no sólo altamente informado de análisis económico, sino que con frecuencia involucra discusiones de grado y la necesidad de escoger un punto medio adecuado *in casu* entre

¹³ Mediante la procuración de la situación que el análisis económico enseña que mejor la procura: los mercados competidos.

un horizonte de posibilidades.¹⁴ Al hacerlo, se toman en cuenta circunstancias micro y macroeconómicas.¹⁵ Ello genera política de competencia económica, lo cual es una actividad que debe corresponder a la autoridad competente.

Es cierto que lo anterior pasa por alto que existen prácticas que es incuestionable que son anticompetitivas y que no requieren análisis competitivo.¹⁶ La premisa es correcta; la conclusión cuestionable. Tomemos la madre de las prácticas anticompetitivas: la fijación de precios.¹⁷ Un punto de partida para su existencia es que se trate de *competidores* y de un *mismo producto*. Ambos conceptos pueden invitar discusión – lo cual exige análisis económico. De competencia. Ello nos regresa a la preocupación expresada en el párrafo anterior.

Además, la realización del análisis competitivo requiere de información que es obtenible únicamente por autoridades o que involucra la economía relevante.¹⁸ El motivo: involucra a terceros. ¿Cómo conciliar ello con la naturaleza privada del arbitraje? Ello invita decisiones con información subóptima.

¹⁴ Piénsese por ejemplo en la definición de mercado cuando dos segmentos están cercanos o se traslapan. Otro ejemplo es la determinación de poder sustancial. Finalmente, el tema de las ‘eficiencias’ – el corazón del análisis competitivo.

¹⁵ Por ejemplo, el estatus de un segmento de mercado particular, las características del lado de la oferta, del lado de la demanda, tendencias, comportamiento de las partes involucradas y competidores, la industria en cuestión, la situación macroeconómica, y objetivos buscados por las autoridades de competencia (que no siempre son los mismos) o el plan de desarrollo.

¹⁶ Por ejemplo, las prácticas monopólicas absolutas. Y dado que las mismas están sancionadas con nulidad (artículo 9 *in fine* de la Ley Federal de Competencia Económica - *LFCE*), ello serviría de argumento en contra de la postura por la que abogo.

¹⁷ Artículo 9.I de la *LFCE*.

¹⁸ La que resienta los efectos de la práctica.

- e) *Tropiezos con Órganos Especializados*: Dadas sus características, el derecho de la competencia económica es generalmente confiado a un órgano especializado.¹⁹ Permitir su arbitrabilidad implicaría que una determinación por un árbitro sería *res iudicata*, vedando su reexaminación por la autoridad.

Podría refutarse que la arbitrabilidad de la materia no busca que las autoridades de competencia no conozcan de ello, al margen de lo que resuelva el árbitro. Si ello es el caso, ¿para qué permitir su arbitrabilidad? ¿Qué se gana? ¿En verdad queremos propiciar traslapes entre árbitros y autoridades?

- f) *¿Qué derecho de la competencia económica?*: la internacionalidad del arbitraje hace probable que los derechos de la competencia relevantes sean muchos.²⁰ Y como los concedores de la materia saben, las aproximaciones a las prácticas varían no sólo en *contenido*, sino en *método*.²¹ Ello es caldo de cultivo de problemas.

Si un árbitro hace una determinación en base a, por ejemplo, derecho *europeo* de competencia, ¿porqué habría de vincular a una autoridad *mexicana* de competencia? ¿Qué pasa si se contradicen? O lo que es más

¹⁹ En México es la Comisión Federal de Competencia, en Estados Unidos la *Federal Trade Commission* (Para ser exactos, la *FTC* no es la única. Existen autoridades estatales, y la judicatura juega un papel en el sistema), en Europa la *Competition Commission*. Otros países siguen con la misma línea.

²⁰ Y, a diferencia del derecho contractual, no se puede hacer *shopping* del derecho de competencia. Las partes no pueden contractualmente eludir su aplicación. Es una norma de policía.

²¹ Generalizando, mientras que Europa es más regulatoria, Estados Unidos es más casuista. Ello explica que a la fecha no se haya logrado obtener consenso para hacer un tratado que, en el contexto de la OMC, verse sobre competencia económica. Las diferencias simplemente han sido demasiado grandes. (Para abundar, ver capítulo X de COMPETENCIA ECONÓMICA: ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, México, D.F., 2005, p. 265 *et seq.*)

probable, ¿qué sucede si las situaciones del mercado mexicano son distintas a las que existen en el otro mercado?²²

Probablemente fue lo anterior lo que motivó que Saggio, el *Advocate General* de las Comunidades Europeas, haya sugerido que las normas de competencia económica sí sean considerados como ‘orden público’ para efectos de ejecución del laudo, pero que no deban ser aplicadas *ex officio* por tribunales arbitrales.²³

Pero opino que aún ello es insuficiente. Es buena idea que no tenga que ser aplicado forzosamente por los árbitros, pero rehusar la ejecución de un laudo por tener una arista de competencia es sobresancionar. Después de todo, existe una opción más adecuada, a la que ahora me aboco.

V. UNA MEJOR TEORÍA: IGNORAR

A. SUSTENTO CONCEPTUAL

Una mejor respuesta es que ambas disciplinas se ignoren mutuamente. Que el árbitro decida la controversia sin tomar en cuenta el derecho de la competencia económica. Que se base exclusivamente en el derecho aplicable, sin pronunciarse sobre cualquier arista competitiva. Y que la autoridad de competencia realice su análisis bajo su lupa, dentro de lo cual puede o no tomar en cuenta la existencia de un laudo arbitral, mas no estaría vinculado por el mismo.

Si se acepta la postura por la que abogo, las autoridades de competencia económica pueden decidir la licitud bajo la óptica de su disciplina aún si existe

²² Algo altamente probable. Por ejemplo, imagínese que el mercado mexicano dista de ser competido mientras que el europeo lo es. Ello haría que una determinación por el árbitro probablemente aterrice bien en la primera jurisdicción, pero mal en la segunda. O viceversa. El punto: dado que el análisis de competencia exige tomar en cuenta el mercado *local* relevante, una decisión que se basa en mercado *A* puede fácilmente ser errónea en mercado *B*.

²³ Opinion of Advocate General Saggio of 25 February 1999, Case C-126/97 (*Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International N.V.*), ¶22-23.

un laudo que da efectos a, por ejemplo, un contrato que implementa una práctica anticompetitiva. Mientras que el laudo resuelve la controversia desde el ángulo privado (civil, mercantil) la autoridad de competencia lo hará bajo derecho administrativo.

No existe contradicción. Se trata de ramas distintas.

B. SUSTENTO EN LA PRÁCTICA EXISTENTE

Existen casos que apoyan la postura por la que abogo. Por ejemplo, *Disfavet v Schering Plough*²⁴ donde Distribuidores Farmacéuticos Veterinarios en Cadena, S.A. de C.V. (“Disfavet”) denunció a Schering Plough, S.A. de C.V. (“S-P”) por prácticas monopólicas en el mercado de distribución y comercialización de productos farmacéuticos veterinarios consistentes en, *inter alia*,²⁵ discriminación de precios.²⁶

Mucho puede decirse sobre este (interesante) caso.²⁷ Me ceñiré a tocar una sola arista: el manejo por la CFC de una prueba ofrecida por el denunciante consistente en un laudo arbitral que sostenía que S-P había incumplido la obligación *contractual* de dar el mismo trato.²⁸ Determinada la existencia de precios *distintos*, Disfavet postulaba que ello constituía una violación a la obligación de no discriminar por precios, bajo el artículo 10 fracción X de la LFCE.

²⁴ Expediente DE-08-2003. Gaceta de Competencia Económica número 19, año 7, mayo-agosto 2004, p. 305.

²⁵ También se denunció la acción unilateral consistente en rehusarse a vender bienes o servicios normalmente ofrecidos a terceros (artículo 10.V de la LFCE).

²⁶ Los antecedentes involucraban la negativa de S-P de reabastecer a Disfavet productos que S-P se había comprometido a surtir. Disfavet aseveraba que la negativa a reabastecer, aunada a diferencias de precios y preferencias en surtido, constituía un trato discriminatorio por S-P en favor de competidores de Disfavet.

²⁷ Para abundar sobre este caso y la práctica que ejemplifica, ver DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS, Revista de Investigaciones Jurídicas número 30, 2006, p. 231.

²⁸ El contrato celebrado entre Disfavet y S-P contenía una ‘cláusula de nación más favorecida’.

La CFC realizó un análisis exclusivamente bajo la LFCE²⁹ y concluyó que no se satisfacían todos los elementos del tipo de la práctica. Al hacerlo, la CFC ventiló el caso bajo los cánones de la competencia económica utilizando el laudo arbitral como una prueba más de los hechos, sin que ello exija la determinación de ilicitud bajo la LFCE.

Como puede verse, aconteció justamente lo que se defiende: analizar cada aspecto de la controversia bajo su estándar propio, sin que el régimen de uno contagie al otro.

Como resultado, el caso, *aunque ilícito bajo el derecho contractual aplicable, fue lícito bajo la LFCE.*

VI. COMENTARIO FINAL

La obra *The Peter Principle*³⁰ asevera que en las organizaciones, ante buenos resultados, los empleados tienden a ascender jerárquicamente hasta llegar a su “nivel de incompetencia”. Siendo aptos en escaños inferiores, son promovidos a posiciones donde dejan de serlo.

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias que ha sido tremendamente exitoso en ramas diversas. Ampliarlo a la competencia económica sería un error. Sería llevarlo a su nivel de incompetencia. El motivo: se trata de un mecanismo *privado* de solución de controversias que es inadecuado para el tipo de actividades y análisis llevado a cabo por autoridades de competencia.

La solución alternativa es mucho más atractiva: cada quien lo suyo. Que los tribunales arbitrales resuelvan disputas en base al derecho aplicable, y que las autoridades de competencia económica determinen la existencia de

²⁹ Determinó que Disfavet recibió un trato distinto con respecto a sus competidores pero que S-P carecía de la habilidad de fijar precios unilateralmente o restringir abasto (poder sustancial). Por ende, no se actualizaban todos los elementos de la práctica anticompetitiva.

³⁰ THE PETER PRINCIPLE: WHY THINGS ALWAYS GO WRONG, Dr. Laurence J. Peter y Raymond Hull, 1968.

violaciones en base a su legislación de competencia, sin que uno prevalezca sobre el otro. Ello tiene implicaciones en ambos lados:

- *Arbitraje*: el que surja una arista de competencia económica en un arbitraje no lo hace inarbitrable, no le resta competencia al tribunal arbitral, ni es motivo para anular o dejar de ejecutar un laudo por ser la materia de 'orden público'.
- *Competencia Económica*: El que exista un laudo que determine la legalidad o ilicitud de cierta conducta es irrelevante para la perspectiva de competencia. La autoridad de competencia analizará *de novo* la conducta y derivará las consecuencias a la luz de dicha disciplina en base a los elementos que considere relevantes, que pueden o no involucrar un laudo arbitral. El que exista una investigación de competencia no debe suspender el arbitraje. *Per se*, no es razón suficiente para que un tribunal arbitral deje de conocer de la controversia.