



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

Los medios alternativos de solución de controversias en la competencia
económica

TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

GABRIELA MELGAREJO ZAVALA

ASESORA:

MTRA. CLAUDIA ARACELI LELO DE LARREA MANCERA

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD.MX, 2021



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE ESTUDIOS
SOBRE COMERCIO EXTERIOR
SCE/03/01.02.2022

LIC. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECCIÓN GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
P R E S E N T E

La alumna **GABRIELA MELGAREJO ZAVALETA** con número de cuenta **314036092** inscrita en el Seminario de Estudios sobre el Comercio Exterior bajo mi dirección, elaboró su tesis profesional titulada **“LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA COMPETENCIA ECONÓMICA”**, dirigida por la **MTRA. CLAUDIA ARACELI LELO DE LARREA MANCERA**, investigación que una vez revisada por quien suscribe, se aprobó por cumplir con los requisitos reglamentarios, en la inteligencia de que el contenido y las ideas expuestas en la investigación, así como su defensa en el examen oral, son de la absoluta responsabilidad de su autor, esto con fundamento en el artículo 21 del Reglamento General de Exámenes, y la fracción II del artículo 2° de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México.

De acuerdo con lo anterior y con fundamento en los artículos 8° fracción V del reglamento de Seminarios, 18, 19, 20 y 28 del vigente Reglamento General de Exámenes Profesionales, le agradeceré se sirva girar sus finas instrucciones a fin de ver realizados los trámites correspondientes, tendientes a la celebración del examen profesional de la alumna en mención.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes, contados de día a día, a partir de aquél en que le sea entregado el presente oficio, con la aclaración de que, transcurrido dicho plazo sin haber llevado a efecto el examen, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que sólo podrá otorgarse nuevamente, si el trabajo recepcional conserve su actualidad y en caso contrario hasta que haya sido actualizado, todo lo cual será calificado por la Secretaría General de la Facultad.

Atentamente,
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Cd. Universitaria, a 01 de febrero de 2022

DR. FILIBERTO PACHECO MARTÍNEZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE ESTUDIOS
SOBRE COMERCIO EXTERIOR

Dedico este trabajo a mi abuelo Jesús Zavaleta Martínez, Chori, en agradecimiento a todo su amor y por haber sido el mejor abuelo del mundo y cuidarme y amarme desde que nací como si hubiera sido su hija. La dedico a ti, porque sé que desde el cielo sigues orgulloso de mí y me has cuidado y dado fuerzas para seguir adelante, aunque ya no estés aquí. Te amo hasta donde sea que estés, Chorito.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco infinitamente el apoyo incondicional a Raúl, mi novio, por haberme ayudado en esta travesía de investigación, por prestarme y regalarme libros de la materia y por regalarme una computadora nueva para poder terminar este trabajo, porque la que había usado por tanto tiempo ya no daba una, por siempre compartirme todo su conocimiento con tanta paciencia, por siempre creer en mí, por nunca dejarme sola y por estar para mí cuando sentía que el mundo se me venía encima o que ya no podía seguir.

Agradezco a mis padres, Ely e Isaías, por haber hecho posible que terminara mi carrera universitaria al apoyarme en todo lo necesario para cumplirlo, por darme comida, un techo donde vivir y por ir a recogerme en las noches. De manera particular a mi mamá, por siempre estar pendiente de los *lunch* y desayunos, por pararse tan temprano y dormirse tan tarde por trabajar tanto para poder apoyarnos a mis hermanas y a mí con el material de la escuela.

Agradezco a mis dos abuelitos maternos, Pita y Chori, por cuidarme y acompañarme a lo largo de estos años dándome su amor, su comida, su cariño, por prestarme su casa para que pudiera estudiar lejos del ruido y por ser mis oyentes cuando estudiaba, por taparme cuando me quedaba dormida en las madrugadas de estudio, y por esos cafés de la noche para mantenerme despierta.

Agradezco a Pinky, mi mascota, por siempre estar junto a mí en todas partes donde nos tocaba estudiar o realizar este trabajo, sin importar la hora que fuera, y por ir a recogerme en las noches cuando regresaba del trabajo o la escuela.

Agradezco a mis dos hermanas, Karen y Karla, y en general a todas las personas que me apoyaron de alguna manera en estos cinco años.

Índice

Introducción	p. 1
Parte I	p. 4
Capítulo I. Medios alternativos de solución de controversias	p. 4
1. ¿Qué son los medios alternativos de solución de controversias?	p. 4
2. Relevancia actual de los MASC	p. 7
3. Introducción teórica a los MASC	p. 9
3.1 Negociación	p. 9
3.2 Mediación	p. 12
3.3 Conciliación	p. 12
3.4 Arbitraje	p. 13
Capítulo II. El acuerdo arbitral	p. 16
1. Definición de acuerdo arbitral	p. 16
2. Tipos de acuerdo arbitral	p. 17
3. Contenido del acuerdo arbitral	p. 19
4. Derecho aplicable	p. 22
5. Naturaleza jurídica del acuerdo arbitral	p. 23
6. Requisitos de existencia	p. 23
7. Requisitos de validez	p. 27
7.1. Capacidad y poder	p. 27
A. Experiencia internacional	p. 28
A.1 Método de elección de la ley	p. 29
i) Personas físicas	p. 30
ii) Personas morales	p. 31
A.2 Método de las reglas sustantivas	p. 32
i) Personas físicas	p. 34
ii) Personas morales	p. 35
B. Experiencia nacional	p. 37
7.2 Ausencia de vicios en el consentimiento	p. 41
7.3 Objeto lícito	p. 41
A. Lícito	p. 41
B. Arbitrabilidad	p. 42

i)	Orden público	p. 42
ii)	Jurisdicción exclusiva	p. 43
8.	Nulidad, ineficacia y ejecución imposible	p. 43
9.	Conclusión	p. 44
Parte II		p. 45
Capítulo III.	Política de competencia	p. 45
1.	Definición de competencia económica	p. 45
2.	Bienestar o excedente en las economías	p. 47
a)	Mercado	p. 47
b)	Curva de la oferta	p. 48
c)	Curva de la demanda	p. 49
d)	Punto de equilibrio	p. 51
e)	El bienestar	p. 52
3.	Objetivos de la política de competencia	p. 53
Capítulo IV.	Conceptos fundamentales de la competencia económica. Parte general	p. 55
1.	Agente económico	p. 55
2.	Monopolio	p. 57
a)	Monopolio natural	p. 60
b)	Monopolio artificial	p. 61
c)	Monopolio legal	p. 62
3.	Las prácticas monopólicas	p. 62
A.	Prácticas colusorias	p. 62
1)	Regla per se	p. 64
2)	Objeto o efecto	p. 65
B.	Prácticas exclusionarias	p. 65
1)	Regla de la razón	p. 66
2)	Objeto o efecto	p. 66
3)	Mercado relevante	p. 67
4)	Poder sustancial	p. 68
4.	Concentraciones	p. 68
Capítulo V.	Antecedentes y marco jurídico actual de la competencia económica en México	p. 73

1) Reforma de 2006	p. 78
2) Reforma de 2011	p. 80
3) Reforma de 2013, el cambio de paradigma	p. 82
a. Integración formal de la Comisión Federal de Competencia Económica	p. 83
b. Promulgación de la ley	p. 85
c. Resultados de la reforma	p. 85
Capítulo VI. Conceptos fundamentales de la competencia económica en México	p. 87
1. Agente económico	p. 87
2. Monopolio	p. 92
3. Prácticas monopólicas	p. 94
i. Prácticas monopólicas absolutas	p. 95
1) Fijación de precios	p. 97
2) Restringir la oferta o la demanda	p. 97
3) Segmentar el mercado	p. 97
4) Concertar posturas en licitaciones	p. 98
5) Intercambiar información	p. 98
ii. Prácticas monopólicas relativas	p. 100
1) División vertical de mercados	p. 103
2) Restricción vertical de precios o precios de reventa	p. 104
3) Ventas atadas	p. 104
4) Exclusividades	p. 105
5) Negativa de trato	p. 105
6) Boicot	p. 106
7) Depredación de precios	p. 106
8) Descuentos por lealtad	p. 106
9) Subsidios cruzados	p. 106
10) Discriminación de precios	p. 107
11) Incremento de costos	p. 107
12) La denegación de acceso a insumo esencial	p. 108

13) Estrechamiento de márgenes a insumos esenciales	p. 108
4. Mercado relevante	p. 108
5. Poder sustancial	p. 109
6. Concentraciones	p. 109
Capítulo VII. La arbitrabilidad de la competencia económica	p. 111
Conclusión	p. 122
Fuentes de consulta	p. 125
1. Artículos	p. 125
2. Bibliografía	p. 125
3. Legislación consultada	p. 127
4. Tesis y/o jurisprudencia	p. 128
5. Otras fuentes de consulta	p. 128

Introducción

El arbitraje ha sido uno de los mecanismos alternos de resolución de disputas más utilizado para resolver controversias que se suscitan en el ámbito comercial internacional, por la serie de beneficios y ventajas que trae aparejadas frente a un procedimiento jurisdiccional. Entre los principales beneficios están la rapidez y flexibilidad del procedimiento.

Si bien no es recomendable para todas las controversias, sí lo es cuando se trata de asuntos dinerarios, complejos y, por supuesto, internacionales. El arbitraje se recomienda en controversias dinerarias, ya que, si no es así, es posible que las partes gasten más en los costos que implica un arbitraje que la ganancia que va a obtener la parte ganadora. Por su parte, se recomienda este mecanismo cuando son controversias complejas, puesto que el panel de expertos que va a resolver puede dedicar todo su tiempo a resolver la controversia, situación que no sucederá en un procedimiento tradicional, debido a las cargas de trabajo de los tribunales nacionales.

Finalmente, se recomienda cuando se trata de controversias internacionales puesto que, la elección del foro y el idioma brindan naturalmente más seguridad a las partes. Aunado a todo lo anterior, las partes se encuentran en una esfera más cómoda, ya que no es secreto que un procedimiento arbitral es mucho menos propenso de investir corrupción, puesto que los árbitros, casi en su totalidad, no aceptarán un soborno, ya que de su trabajo depende su reputación.

La arbitrabilidad, por su parte, implica que un determinado asunto puede ser sometido a arbitraje. Por lo regular, un asunto no será arbitrable si su objeto va en contra del orden público o si es de jurisdicción exclusiva del Estado. En México, tal es el caso del derecho de la competencia económica, entre otras materias.

Dicho lo anterior, esta tesis pretende demostrar que, asuntos relacionados con el derecho de la competencia económica pueden ser arbitrables bajo determinadas circunstancias. Pretende demostrar también, que sería viable seguir las mejores prácticas internacionales de jurisdicciones como Estados

Unidos o la Unión Europea, quienes implementaron la arbitrabilidad de la materia, a raíz de dos casos: *Eco Swiss* y *Mitsubishi*.

Estas jurisdicciones serán clave para este trabajo, ya que se tomarán en cuenta precedentes y doctrina como ejemplo de cómo debe implementarse esta sinergia entre el arbitraje y el derecho de la competencia económica. Si bien estas jurisdicciones no siempre estuvieron de acuerdo con la arbitrabilidad de la materia, el rompimiento de paradigma se dio desde el siglo pasado, por lo que se pretende impulsar esto en México.

La presente tesis demostrará que el arbitraje y la competencia económica pueden coexistir en un procedimiento, pues su ejecución conjunta no representa riesgo alguno para las facultades de las autoridades de competencia, ni mucho menos para la aplicación de las disposiciones de la materia. Hecha esta investigación parece ilógico cómo es que no se ha implementado aún el arbitraje en materia de competencia, como en otras jurisdicciones.

A lo largo de las siguientes páginas se demostrará también la importancia que tiene el derecho de la competencia económica en una jurisdicción, cómo impacta en el bienestar del productor, del consumidor y en el bienestar total. Finalmente, se verá cómo es que estos dos campos pueden concurrir en un solo procedimiento, sin que genere riesgo alguno.

Como podrá verse en las siguientes páginas, este tipo de sinergia se ha dado principalmente en cuestiones de responsabilidad civil y compensación de daños y perjuicios, derivados de contratos con empresas que incurrieron en prácticas anticompetitivas, o que envuelven cuestiones de competencia económica.

La presente tesis no busca en ningún momento proponer el recorte de facultades o alcance de las autoridades en la materia, busca proponer un complemento que ha funcionado bien en países más avanzados y que podría representar una reducción en la carga de trabajo de los tribunales encargados de resolver cuestiones de responsabilidad civil.

Se defiende la viabilidad de combinar los campos del arbitraje y la competencia económica, porque significaría no solo un gran avance en la materia, sino, además, un ejemplo más de los países que siguen evolucionando, ampliando y profundizando en los alcances de ambas ramas.

Parte I
Capítulo I
Medios alternativos de solución de controversias

1. ¿Qué son los medios alternativos de solución de controversias (*MASC*)?

Existe discusión sobre la definición del término *MASC*, ya que no se ha logrado un consenso respecto a su alcance. Lo anterior porque no se han logrado delimitar los mecanismos que debe abarcar, así como los contextos en que éstos se dan.

A pesar de esto, algunos autores se han dado a la tarea de intentar dar una definición lo suficientemente amplia como para satisfacer a la mayoría de los doctrinarios y practicantes de la materia.

Una definición concreta es la que brinda González de Cossío al señalar que “[l]os *MASC* son mecanismos útiles para resolver en forma no legalista diferencias preservando las relaciones de las que derivan”.¹

Analizando la definición propuesta por González de Cossío se destaca el término “*no legalista*”. En el caso de los *MASC* hace referencia a procesos que no requieren, de manera obligatoria, ceñirse a la estricta aplicación de las leyes pues, en el caso de la mediación y conciliación, las partes o un tercero propondrán sus propias soluciones.

Asimismo, el autor señala como requisito la preservación de las relaciones entre las partes para hablar de un *MASC*. Es por ello que no considera al arbitraje como uno de estos mecanismos.² Se difiere en este aspecto. Contrario a lo propuesto por el autor, en este trabajo se considera que, si bien el arbitraje no necesariamente preserva las relaciones de las partes de una contienda, sí es un *MASC* en virtud de que es un proceso alternativo al sometimiento de una controversia ante una corte o tribunal estatal.

¹GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El Estado de Derecho. Un enfoque económico*, México, Porrúa, 2007, p. 62.

²*Idem.*

Desde este punto de vista, si las partes eligieron el arbitraje como vía para solucionar una controversia, lo hicieron de manera alternativa a la jurisdicción estatal. Estrictamente, el arbitraje y un procedimiento llevado por una corte o tribunal estatal no son equiparables.

Por ello, es que parece un tanto cuestionable que el autor haya añadido en su definición la oración “preservando las relaciones de las que deriva”, pues no siempre es así. Aunque González de Cossío intentó definir lo que son los MASC, y lo hizo de una manera clara y concreta, para efectos del presente trabajo no es la mejor definición por las razones arriba señaladas.

Otra definición concreta, pero más refinada, es aquella que proporciona Fernando Estavillo al decir que “[...] los MASC constituyen medios autocompositivos, no adversariales, no adjudicatorios y voluntarios de solución de las controversias...”³ Se procederá a analizar esta definición.

Primeramente, Estavillo incluye el término “*medios autocompositivos*”. El Diccionario jurídico mexicano de la UNAM, define a la *autocomposición* como: “[...] la solución que al conflicto de intereses [...] proporciona uno o los dos contendientes [...] es el arreglo al pleito proveniente de las mismas partes que tienen disposición de su derecho material [...]”⁴ Por lo tanto, Estavillo considera que los MASC son en primer lugar, mecanismos que sirven para que las mismas partes en conflicto den una solución al mismo.

Siguiendo con el análisis de esta definición, se encuentran los términos “*no adjudicatorios*” y “*voluntarios*”. El autor considera que los MASC son medios que nacen de la voluntad de las partes y en las que no se asigna o atribuye algo a una de ellas; es decir, no existe una fórmula ganador/perdedor. Del

³ESTAVILLO CASTRO, Fernando, “Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel *et al* (coords.), *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 210.

⁴ Instituto De Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, t. I, México, IJ/UNAM, 1982, p. 233.

mismo modo que con la definición propuesta por González de Cossío, se difiere, pero parcialmente.

Esta definición brinda un mayor alcance de lo que son los *MASC*. Se concuerda en que nacen de manera voluntaria, sin embargo, se está en desacuerdo en que sean exclusivamente medios autocompositivos y no adjudicatorios, puesto que como ya se ha planteado antes, para efectos de este trabajo también se considera al arbitraje como un *MASC*, que es un medio heterocompositivo y adjudicatorio; esto es, en el arbitraje existe un tercero imparcial que resuelve el conflicto, en el cual siempre habrá un ganador y un perdedor. Por tanto, no se adopta esta definición que define a los *MASC* exclusivamente como autocompositivos y no adjudicatorios.

Las definiciones de los dos autores anteriores se basan en la propuesta de Brown y Marriott, quienes entienden a los *MASC* como “[...] una gama de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatorios de litigio y arbitraje para la solución de controversias que, por lo general, aunque no necesariamente, involucran la intercesión y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución.”⁵ Sin embargo, como ya se mencionó, no se adopta esta postura.

En mayor sintonía con este trabajo, Fiadjoe clasifica a los *MASC* en tres tipos de procedimientos: a) adjudicatorios, b) evaluativos, y c) mediatorios. En los primeros, el tercero imparcial resuelve la controversia. En los segundos, el tercero imparcial proporciona retroalimentación a las partes a través de evaluaciones no vinculatorias. En los últimos, el tercero imparcial no emite una decisión o evaluación, sino que se fundamenta en los principios de la negociación.⁶

Dicha clasificación está de acuerdo con lo planteado en este trabajo, porque el alcance que brinda es mucho más amplio al abarcar procedimientos adjudicatorios y adversariales como el arbitraje.

⁵ Citado por Fernando Estavillo en *idem*.

⁶FIADJOE, Albert, *Alternative Dispute Resolution: A developing world perspective*, London, Cavendish Publishing Limited, 2004, p. 19.

Para efectos de este trabajo se entenderá por *MASC*, las vías alternativas por las que pueden optar aquellos que buscan resolver una controversia sin llevarla ante un tribunal estatal por requerir de un medio que les brinde celeridad, flexibilidad, reducción de costos, mayor participación en el procedimiento y confianza en la resolución. Son pactados de común acuerdo durante un procedimiento contencioso o previo a la disputa por las partes que en un futuro podrían tener algún conflicto, y pueden consistir en procedimientos de corte adversarial o no adversarial, que culminen o no con una resolución vinculante.

2. Relevancia actual de los *MASC*

Este apartado tomará como punto de partida dos ideas de González de Cossío, quien considera que los *MASC* son poco utilizados por: a) un defecto en la formación de los abogados, y b) por el hecho de que sólo hasta fechas recientes, el arbitraje y los *MASC*, están en la lista de materias obligatorias a ser cursadas en la carrera de derecho, lo cual ha tenido como efecto que los abogados se inclinen por el litigio.⁷

Lo anterior materializa la realidad actual de la figura del abogado: un abogado con tendencia a la elección de un litigio tradicional frente a un mecanismo alternativo, porque carece de bases con suficiente solidez para solucionar, a través de un *MASC*, la controversia que se le ha presentado. Esto, porque no conoce dichos mecanismos, y se le ha enseñado como único medio para solucionar un conflicto el litigio tradicional.⁸

Esta idea obsoleta que se ha arraigado por años de llevar todas las controversias ante un juez para que las resuelva, ha provocado un gran congestionamiento innecesario de los tribunales. Actualmente se tienen estas “modernas” herramientas que son los *MASC*, lo que hace surgir la pregunta de por qué no se fomenta su utilización.

⁷GONZÁLEZ DE COSSÍO, *El Estado de derecho...*, *op. cit.*, pp. 62 y 67.

⁸*Idem.*

Se entrecomilla la palabra ‘moderna’ pues, por ejemplo, el arbitraje es, como plantea Francesco Zappalà, “...cronológicamente anterior a las formas estatales de administración de justicia [...] posteriormente, el perfeccionamiento de la organización de la sociedad permitió el nacimiento de la institución judicial, entendida como la instancia encargada de la actividad esencial de impartir justicia mediante un sistema permanente de origen público, como es conocida en la actualidad”.⁹

Hoy día, el uso de estas herramientas es indispensable para un abogado que busque desarrollarse de manera ética y profesional, puesto que les dará a sus clientes un medio que reduce tiempos, costos y, en el caso del arbitraje, brinda soluciones confiables que son emitidas por peritos en la materia, lo cual a su vez provee de seguridad jurídica a las partes en conflicto. De ahí la relevancia de este tipo de mecanismos.

Como se abordará en el siguiente apartado, optar por alguno de estos mecanismos brinda distintos tipos de valores agregados a la resolución del conflicto. Es por ello que esta tesis defiende y pretende alentar la utilización de estas herramientas, por la importancia que representan respecto al descongestionamiento de la carga de los tribunales, así como la reducción de tiempos y ahorro de recursos para los contendientes.

Estos mecanismos representan una importancia para el desarrollo y la modernización del gremio de abogados, porque la idea del abogado pleitista es obsoleta y, continuar con esta tendencia, representaría simplemente un estancamiento. Lo que se debe mantener en boga es al abogado que opta por la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje cuando se presenten las circunstancias que los coloquen como la mejor alternativa a un procedimiento de litigio tradicional para resolver una controversia.

⁹ZAPPALÀ, Francesco, “Universalismo histórico del arbitraje”, en *Vniversitas*, vol. 121, julio-diciembre, 2010, Bogotá, Colombia, [en línea], <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82518988008>>, [consulta: 1o. de junio de 2021]. pp. 198.

En conclusión, es necesario que los abogados cuenten con la formación necesaria en la utilización de estas herramientas. Es fundamental que sepan elegir el mecanismo adecuado porque, de no hacerlo, podríamos caer en el error al que hace referencia González de Cossío: “[...] con frecuencia resulta que en casos que hubiera sido útil [...] resolver mediante un MASC se tengan que litigar [...] dejando la sensación que la etapa de (por ejemplo) conciliación fue una pérdida de tiempo y recursos [...]”¹⁰ Dicho lo anterior, se abordarán los criterios para la correcta elección del MASC idóneo para el caso particular.

3. Introducción teórica a los MASC

En este punto es donde cobran protagonismo cada uno de los mecanismos alternativos de solución de controversias, considerados como tales a efectos de este trabajo. Se abordará cada uno de ellos en el siguiente orden: a) negociación, b) mediación, c) conciliación, y d) arbitraje.

3.1. Negociación

La negociación suele entenderse como un acto comunicativo a través del cual se pretende persuadir.¹¹ Este mecanismo tiene dos objetivos principales: resolver una controversia o concluir acuerdos.¹² De manera estricta, la negociación sólo resuelve controversias cuando las partes llegan a un acuerdo, por lo que el éxito de este MASC depende del cumplimiento simultáneo de dichos objetivos.

Ahora bien, la característica más importante de este mecanismo es que no interviene tercero alguno en la solución de la controversia; son las mismas partes quienes la resuelven. Es común escuchar que siempre es conveniente intentar buscar una solución a través de este mecanismo antes de recurrir a otro; sin embargo, esto es un error muy grande. Ningún MASC es una panacea

¹⁰GONZÁLEZ DE COSSÍO, *El Estado de derecho...*, *op. cit.*, p. 62.

¹¹GOLDBERG, Stephen B., *et al.*, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, Arbitration and Other Processes*, 6th ed., New York, Wolters Kluwer, 2012, Chapter 2, p. 63.

¹²*Idem.*

que pueda resolver todas las controversias. Siempre hay que utilizar estos mecanismos con prudencia, pues existen casos en donde pueden tener efectos negativos.

El ejemplo más claro de lo anterior es cuando existe una relación de alta tensión entre las partes en conflicto, algo común en casi toda *litis*. Si las partes no pueden siquiera verse, mucho menos van a poder negociar, por lo que sólo perderán el tiempo. Así, la negociación solamente es útil cuando existe una relación relativamente cordial entre las partes, o inclusive necesaria.¹³

Para entender mejor lo anterior, es preciso conocer las formas en las que se puede negociar. Las partes pueden negociar enfocándose en alguna de las siguientes tres cuestiones: a) intereses; b) derechos; o, c) poder.¹⁴

Una parte negocia haciendo énfasis en el poder cuando tiene mayor poder de negociación; esto es, cuando sabe que la otra parte no puede negarse a sus peticiones si quiere llegar a un acuerdo. Si bien esto parece atractivo para muchas empresas grandes, también es cierto que no les conviene negociar de esta manera todo el tiempo, pues no será raro que la otra parte decida no llegar a acuerdo alguno y se incline por algún procedimiento adversarial para resolver

¹³ Las relaciones necesarias existen en los casos de monopolios bilaterales, donde ambas partes forzosamente requieren de la otra, porque de lo contrario caerían en la ruina. Así, hay veces en donde sólo existe un vendedor de un producto o insumo, y ese producto o insumo es consumido por un solo comprador. En estos casos, las partes no se pueden dar el lujo de que la relación se corra en lo más mínimo, por lo que un procedimiento arbitral o jurisdiccional no es opción. La manera más conveniente de resolver estos conflictos es mediante la negociación, porque lo más probable es que exista una relación muy estrecha entre el vendedor y el comprador, lo que les permitirá hablar y revelar información entre ellos de una manera más libre y confiable. Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, 5ta ed., México, Porrúa, 2018, pp. 21 y 27.

¹⁴ GOLDENBERG, *Dispute Resolution...*, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

la controversia, lo cual puede llegar a ser realmente negativo para la empresa con mayor poder de negociación.¹⁵

Que una parte negocie a partir de sus derechos, generalmente —aunque no necesariamente— trae aparejado mayor poder de negociación. Pese a que suena racional negociar a partir de los derechos que tiene a su favor una parte, también es cierto que el no llegar a un acuerdo en una negociación puede ser un riesgo en sí mismo pues, en un procedimiento arbitral o judicial, un simple error puede provocar que no se obtenga aquello a lo que se tenía derecho.¹⁶

Por lo anterior, siempre es mejor negociar haciendo énfasis en los intereses de ambas partes, y no en el poder ni en los derechos de los que goza cada una de ellas. Esto, porque lo que se busca con la negociación es una situación *ganar-ganar*, no un *juego de suma cero*.¹⁷ Si se va a negociar, necesariamente las partes deben tener presente que deberán renunciar a algunas de sus pretensiones.

Si se decide negociar cuando una relación no es cordial o necesaria, lo que sucederá es que una o ambas partes van a negociar de mala fe. Esto quiere decir que las partes van a negociar haciendo énfasis en su poder o en sus derechos, a partir de *asimetrías de información*; o sea, ocultando información que puede mellar el poder de negociación o invalidar los derechos de la otra parte.¹⁸

¹⁵ Puede perder mucho tiempo, dinero y reputación.

¹⁶ Cuando una parte tiene a su favor muchos derechos, pero no tiene la forma de probarlo, es mejor negociar.

¹⁷ Un *juego de suma cero* se da cuando una parte gana lo que la otra pierde; esto es, no hay una situación en donde ambas ganen, sino que es una situación en la que una gana y otra pierde, como en los casos sometidos a arbitraje y a una autoridad jurisdiccional. Se llama "de suma cero", porque si se le suma la cantidad que una parte ganó a la cantidad que la otra perdió, el resultado es cero.

¹⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

La negociación es un mecanismo para casos tan específicos que, en el ámbito de las empresas, son sus altos directivos quienes negocian cuando éstas tienen algún conflicto. También se puede dejar la negociación en manos de los abogados de las empresas, pero para esto se debe tener mucha confianza en ellos.

3.2. Mediación

La mediación es similar a la negociación porque son las partes las que tienen que solucionar el conflicto. La gran diferencia es que en la mediación existe un tercero imparcial que ayudará a las partes a llegar a un acuerdo.

El auxilio que proporciona el mediador suele ser considerado pasivo, pues se dice vulgarmente que sólo está presente para garantizar la cordialidad entre las partes durante todo el proceso de llegar a un acuerdo. Sin embargo, su papel es mucho más importante y va más allá de eso.

Un buen mediador es aquel que sabe hacer preguntas. Su verdadera tarea consiste en dirigir a las partes a una solución mutuamente benéfica, tiene que analizar cada una de las posturas y encontrar un punto medio en el que ambas partes puedan llegar a un acuerdo, y se los debe hacer saber de manera indirecta a través de preguntas. Pero, también forma parte de su trabajo el admitir, en su caso, que no existe punto medio y, por lo tanto, es mejor acudir a un procedimiento adversarial —arbitral o jurisdiccional.¹⁹

Se recomienda que las partes en conflicto recurran a la mediación cuando existe una relación con cierto grado de tensión, pero no la suficiente como para que les impida llevar a cabo una conversación racional. El mediador procurará un ambiente estable en todo momento y les proporcionará, indirectamente, puntos de vista para la solución del conflicto.

3.3. Conciliación

¹⁹ *Ibidem*, Capítulo 4.

La conciliación es muy similar a la mediación. En ambas existe un tercero imparcial que intenta encontrar un punto medio entre las posturas de las partes; no obstante, en la conciliación, el tercero imparcial, denominado “conciliador”, está facultado para proponer soluciones de manera directa.

La conciliación sólo es recomendable en situaciones muy específicas, como en los casos en que las partes tienen una relación con cierto grado de tensión, en la cual no quieren revelar determinada información delicada. Esto, porque una parte podría utilizarla en su favor si decide, en último término, seguir un procedimiento adversarial. En estos casos, las partes prefieren proporcionarle dicha información a un conciliador, quien, tras analizarla junto con sus posturas, procede a proponer soluciones de forma directa, sin revelar datos de ninguna clase.²⁰

3.4. Arbitraje

El arbitraje es diametralmente distinto a los anteriores mecanismos. Es similar a la mediación y a la conciliación porque cuenta con un tercero que ayuda a resolver la controversia; sin embargo, la tarea del árbitro es totalmente distinta a la del mediador y el conciliador. A diferencia de éstos, el árbitro resuelve la controversia; es decir, él no propone soluciones, él da la solución, les guste o no a las partes.

De manera sencilla, se explica al arbitraje como un mecanismo en el cual un tercero imparcial resuelve una controversia que le es sometida. Se diferencia del procedimiento jurisdiccional, en virtud de que el tercero imparcial no es una autoridad como el juez, sino que es un particular. Por esta razón, se suele decir que el arbitraje es la privatización de la justicia.

Este mecanismo, al igual que los procedimientos jurisdiccionales, es conveniente solamente cuando la relación entre las partes contendientes es muy tensa o directamente inexistente. En el ámbito comercial se da mucho entre empresas que han contratado muy pocas veces. Los procedimientos adversariales deben ser utilizados solamente en última instancia, cuando la

²⁰ *Idem.*

relación sea muy tensa o, cuando no sea tan tensa, pero no se pueda llegar a un acuerdo mutuamente benéfico para las partes.

Frecuentemente se dice que no existe razón para preferir un procedimiento jurisdiccional frente a uno arbitral, porque este último proporciona solamente beneficios. La realidad es que esto no es cierto. Si bien el arbitraje se caracteriza por ser rauda y flexible, también es cierto que se caracteriza por ser muy oneroso. Por esta razón, se suele aceptar que el arbitraje sólo se debe preferir frente a un procedimiento jurisdiccional, cuando la controversia sea: a) dineraria; b) internacional; o, c) muy compleja.²¹

Si la controversia no es dineraria, es posible que las partes pierdan más dinero al cubrir los costos del arbitraje que la ganancia que obtendrían en caso de un laudo favorable para una de ellas.²² Ahora bien, puede no ser dineraria, pero sí internacional, lo cual muchas veces trae incertidumbre sobre el derecho aplicable, el foro competente, el idioma, *et sitcetera*. En estos casos, es mejor seguir un procedimiento arbitral, porque permite resolver dichos problemas de una manera más sencilla.

Cuando una controversia es demasiado compleja, aunque no sea dineraria ni internacional, las partes se sienten más seguras si una persona experta, la cual le va a dedicar gran parte de su tiempo disponible al asunto, es quien revisa y resuelve la controversia, en lugar de un juez atareado, el cual probablemente no es del todo experto en la materia que se le quiere someter.

Por último, cabe señalar que el arbitraje proporciona otro valor agregado: cuenta con mecanismos eficaces para evitar la corrupción. Si bien no existen normas vinculantes que señalen requisitos para ser árbitro, sí existe consenso respecto a la obligación de imparcialidad e independencia de los árbitros. Por ejemplo, el artículo 1429 del Código de Comercio mexicano establece dicha obligación.

²¹*Ibidem*, p. 16.

²²Actualmente, esta afirmación es discutible ya que, diversas instituciones arbitrales, han realizado esfuerzos para llevar a cabo procedimientos arbitrales de baja cuantía, como es el caso del "Procedimiento abreviado" de la Cámara de Comercio Internacional, previsto en el artículo 30 de su reglamento arbitral.

Asimismo, existen diversos reglamentos de instituciones arbitrales y directrices de organismos reconocidos a nivel internacional que profundizan más en dichas obligaciones. A su vez, dichas normas, de carácter no vinculante, señalan algunos requisitos mínimos que deben cumplir los árbitros para ejercer la profesión arbitral. Podemos encontrar ejemplos de ello en el Reglamento de Arbitraje de la CCI y en las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional.

Cuando los árbitros incumplen con las obligaciones de imparcialidad e independencia, la parte afectada puede recurrir a los mecanismos de recusación previstos ya sea en los reglamentos de la institución arbitral en la cual se lleva a cabo el arbitraje o, en las normas nacionales que rigen el arbitraje, en su caso.

Dicho mecanismo resulta ser un medio eficaz para combatir la corrupción en esta materia, porque si se determina que el árbitro o árbitros incumplieron con las obligaciones antes mencionadas, no sólo serán removidos de su cargo en el arbitraje en cuestión, sino que también perderán su buena reputación. Lo anterior es importante, porque su trabajo depende de su reputación. Si un árbitro tiene fama de corrupto, es probable que no sea contratado nuevamente para ejercer ese papel. Por esta razón, es muy difícil encontrar historias de árbitros corruptos.

Capítulo II

El acuerdo arbitral

1. Definición de acuerdo arbitral

La doctrina ha definido al acuerdo arbitral como el acto jurídico por medio del cual las partes convienen en someter a arbitraje las disputas o conflictos que puedan surgir o hayan surgido entre ellas. Su importancia es tal, que es considerado como la piedra angular de todo arbitraje.²³ Al celebrar dicho acuerdo, las partes renuncian a su derecho de acudir ante una corte o tribunal nacional para que resuelva el conflicto, y quedan obligadas a someterlo a la jurisdicción de un árbitro o panel de árbitros.

En el terreno jurídico, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), en su artículo II contempla al acuerdo arbitral como: “[...] el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual...”²⁴

Asimismo, el Código de Comercio considera al acuerdo arbitral como: “[...] el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.²⁵

En conclusión, se puede afirmar que el acuerdo arbitral es un acuerdo entre las partes de una relación jurídica, en virtud del cual convienen en someter a arbitraje cualquier disputa que pueda surgir de dicha relación, renunciando a su derecho de someterla ante una corte o tribunal nacional.

²³GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, 5ta ed., México, Porrúa, 2018, p. 193 y REDFERN, Alan *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student version*, 6th ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 71.

²⁴ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York, 1958), artículo II.

²⁵ Código de Comercio, artículo 1416, fracción I.

2. Tipos de acuerdo arbitral

Grosso modo, el acuerdo arbitral es un acuerdo por el que las partes pactan someter a arbitraje las disputas o conflictos que surjan entre ellas. Dicho acuerdo arbitral puede tomar dos formas: a) de cláusula arbitral (*arbitration clause*); o, b) de contrato arbitral (*submission agreement*). La primera ve hacia el futuro, la segunda hacia el pasado.²⁶

La cláusula arbitral, que regularmente es más corta, es más común y está contenida usualmente en el contrato principal entre las partes. Es un acuerdo para someter a arbitraje una disputa futura. Por otro lado, el contrato arbitral es un acuerdo para someter a arbitraje una disputa que ya ha surgido, por lo que suele ser más largo, pues se conoce sobre lo que va a versar la disputa y, por lo tanto, puede ser “hecho a la medida”.²⁷

Asimismo, existen diversos tipos de cláusulas arbitrales, como las cláusulas escalonadas y las multiparte. Las cláusulas escalonadas consisten en que, previo a someterse a arbitraje, las partes tengan que agotar alguna instancia como la negociación, la mediación o la conciliación.

Este condicionamiento puede adoptar dos formas, una que lo hace opcional y una que lo hace obligatorio. Se habla de un condicionamiento opcional cuando el agotar una instancia previa es voluntario. Por el contrario, existen condicionamientos donde el agotar esta fase previa es un requisito *sine qua non* para poder dar inicio a un procedimiento arbitral.²⁸

Por otro lado, las cláusulas multiparte son aquellas que surgen de dos situaciones particulares donde se encuentran más de dos partes relacionadas, como: a) una relación jurídica donde se encuentren relacionados varios contratos o, b) un contrato multiparte. A manera de ejemplo, para la primera

²⁶REDFERN, Alan *et al.*, *op. cit.*, p. 72.

²⁷*Idem.*

²⁸GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, *op.cit.*, p. 203.

situación está una cadena de contratos entre el propietario-el contratista-el subcontratista. Para la segunda, un consorcio o una empresa conjunta.²⁹

Este tipo de situaciones podrían generar ciertos conflictos a la hora de la elección de árbitros, por lo que es recomendable para el primer caso tener una cláusula arbitral idéntica en todos los contratos y, para el segundo bastaría con una sola cláusula. Esto será abordado más adelante.

Si bien en principio tener un contrato multiparte no genera conflicto alguno, puesto que todo se soluciona con la cláusula que hayan pactado, los conflictos podrían surgir cuando las partes de un contrato multiparte subcontratan con otros proveedores que están fuera del rango de alcance del contrato principal de primer momento. En este caso es recomendable que al celebrar dichos subcontratos se incluya en éstos una cláusula que obligue a someterse a las disposiciones de solución de controversias del contrato principal.³⁰ Si esto se ve con mayor detenimiento, estaríamos entonces en un supuesto de “incorporación por referencia”.³¹ Así pues, los subcontratistas que en un primer momento estaban fuera del alcance del contrato principal del que su subcontratante es parte, ahora han sido atraídos hacia él por las disposiciones de solución de controversias.

Sea cual sea el caso, las cláusulas deben ser claras en la manera en que los árbitros han de elegirse. Los conflictos surgen cuando dos o más partes tienen que elegir a un árbitro y no se ponen de acuerdo o, cuando varias partes de un solo lado tienen más de dos puntos de vista y no logran llegar a un acuerdo.³²

Derivado de situaciones prácticas como las anteriores, las instituciones arbitrales han tenido que hacer una revisión de sus reglas, y se ha establecido

²⁹MOSES, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, New York, Cambridge University Press, 2008, p. 52.

³⁰*Ibidem*, pp.52 y 53.

³¹ Tema que se abordará más adelante.

³²*Idem*.

que, en caso de una falta de acuerdo en la elección de árbitros por cualquiera de las partes, será la institución arbitral quien los designe para ambas.³³

Si se tratara de un arbitraje *ad hoc* o se hubiere elegido una institución arbitral que aún no contemple este tipo de reglas, debería diseñarse una disposición en la cláusula arbitral que permita que, en caso de falta de acuerdo, sea un tercero neutral quien designe a todos los árbitros que han de conocer de la controversia.³⁴

3. Contenido del acuerdo arbitral

En relación con el contenido del acuerdo arbitral, González de Cossío enfatiza en la sencillez que debería tener éste para asegurar su éxito y, por ende, del procedimiento. Propone, para evitar la nulidad o problema legal o práctico alguno, que un acuerdo arbitral sea simplemente imitado de las cláusulas modelo ofrecidas en la mayoría de los reglamentos arbitrales, puesto que de esta manera se evitaría agregar aspectos fuera de los verdaderamente necesarios que pudieran ser contradictorios con las disposiciones de las reglas arbitrales escogidas.³⁵

En este orden de ideas, los aspectos mínimos que debería contener un acuerdo arbitral serían cuatro: a) el número de árbitros, b) la sede del arbitraje, c) el idioma y, d) la ley que será utilizada como derecho sustantivo. Si las partes diseñan una cláusula con este contenido será más seguro que, incluso en caso de impugnación, la cláusula sea respetada y el procedimiento siga adelante en los términos en que fue convenido en dicho acuerdo.³⁶ A continuación se abordarán cada uno de dichos aspectos básicos.

En primer lugar, se encuentra el número de árbitros que las partes han de elegir para conocer de la controversia. Margaret L. Moses describe dos supuestos muy atinados en los que la elección que las partes hagan en cuanto

³³*Idem.*

³⁴*Idem.*

³⁵GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, *op. cit.*, pp. 193 y 194.

³⁶MOSES, *The Principles and Practice...*, *op. cit.*, pp. 41 y 42.

al número de árbitros será distinta. Plantea que previo a, y en una controversia, las partes deben examinar cuestiones como la probabilidad de que surja una controversia, qué tan complicada es la disputa, la cantidad en juego y hacer una valuación estimada del potencial de la disputa, puesto que de tales cuestiones dependerá si es adecuado llevar el procedimiento con un solo árbitro o si es más prudente formar un tribunal arbitral.³⁷

Un árbitro será suficiente en controversias no complejas. Llevar el procedimiento con un solo árbitro tiene ventajas en determinadas cuestiones del procedimiento como la programación de audiencias, costas que serán evidentemente menores, así como una emisión del laudo y actuaciones más rápidas, puesto que no habría necesidad de debatir con más miembros e intentar llegar a un consenso del panel.³⁸

De manera contraria, regularmente las partes se sienten más confiadas de formar un tribunal cuando son controversias más complejas, donde la cantidad en juego es mayor, puesto que en casos de este tipo resultará más difícil que un solo árbitro absorba toda la información necesaria y llegue a una resolución razonable.³⁹

Además, si se trata de partes con orígenes culturales y legales diferentes, cada una tendrá el deseo de que al menos uno de los árbitros del panel tenga un conocimiento y entendimiento más profundo de su cultura y su sistema jurídico. Una vez que cada parte designe a su árbitro, estos dos elegirán a un tercero, quien tendrá el lugar de presidente del tribunal. En caso de que las partes no logran llegar a un acuerdo sobre la elección de árbitros, la designación se hará conforme a las reglas de la institución administradora o, en su defecto, una corte del país sede del arbitraje.⁴⁰

Asimismo, las partes querrán enunciar ciertas cualidades que los árbitros deberán tener para formar parte del tribunal como, por ejemplo, la experiencia

³⁷ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ *Idem*.

(*expertise*) en un campo en particular, o la habilidad de hablar algún idioma en especial. Sin embargo, se sugiere que no se planteen características tan específicas que sea imposible que un árbitro cumpla con todas ellas, porque incluso podría dar lugar a la invalidez del acuerdo.⁴¹

Posteriormente tenemos la elección de la sede del arbitraje. Esta cuestión es fundamental en un acuerdo arbitral, puesto que generalmente será el derecho de la sede el que rija al arbitraje. Las partes buscan que el procedimiento se desarrolle en un foro neutral, por lo que regularmente eligen como sede, un país que no sea el centro principal de los negocios de cualquiera de ellas.⁴²

Otro aspecto importante para considerar al momento de elegir la sede es que ésta se encuentre en un país que sea parte contratante de la Convención de Nueva York, puesto que en caso de que se incumpla el laudo y haya necesidad de ejecutar, no podrá hacerse forzosa la ejecución bajo las reglas de la Convención si los bienes de la parte perdedora están en un país no parte.⁴³

Como aspecto final a la hora de elegir una sede, las partes deben tener en cuenta que ésta se encuentre lo suficientemente desarrollada, de manera que permita el transporte de forma razonable, que cuente con tecnología básica y, por supuesto, acceso a internet. Finalmente, que sea un lugar donde haya una estructura política y económica estable.⁴⁴

Del mismo modo que las cuestiones anteriores, otra decisión importante que tomarán las partes y plasmarán en su acuerdo arbitral será el idioma. Algunas partes asumen que el lenguaje del contrato será el lenguaje del arbitraje, pero no es así. A menos que las partes hayan acordado sobre el lenguaje, el tribunal puede elegir otro idioma. Por lo anterior es importante especificar en el acuerdo arbitral el idioma en el que se han de desarrollar todos los actos del procedimiento, ya que de lo contrario el cliente tendría que incurrir en gastos de

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Idem.*

traducción de documentos si fuera necesario, para lograr comprender las actuaciones derivadas del procedimiento.⁴⁵

Finalmente, como cuestión básica de todo acuerdo arbitral está la designación del derecho sustantivo. Podría pensarse que el derecho aplicable al contrato será el que rija la controversia, pero no necesariamente es así. Las partes deben definir específicamente el derecho sustantivo que acordaron, con el fin de evitar disputas innecesarias a la hora del arbitraje.⁴⁶

4. Derecho aplicable

El derecho aplicable al arbitraje se ve desde dos dimensiones, una internacional y una nacional. Desde el terreno jurídico internacional tenemos como principales instrumentos la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York, 1958), así como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985.⁴⁷

Asimismo, existen reglas emitidas por instituciones arbitrales y organismos internacionales, que son de adopción potestativa de las partes, que regulan aspectos específicos de los procedimientos arbitrales, tales como las reglas de la CCI (Cámara de Comercio Internacional), la LCIA (*London Court of International Arbitration*), la AAA (*American Association of Arbitration*), la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional), entre otras.

Por lo que hace al derecho nacional, cada país tiene su propia regulación y ésta será la que determine la ley de arbitraje, sin olvidar sus propios precedentes. En el caso mexicano las disposiciones relativas al arbitraje se encuentran contenidas en el Código de Comercio. Sin embargo, es pertinente

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Esta Ley Modelo no es una ley en sí misma, sino que es una serie de pautas y directrices dirigidas a los países para que regulen de manera uniforme la materia arbitral en sus sistemas jurídicos.

hacer la salvedad de que pese a encontrarse tales disposiciones en un mismo cuerpo normativo, los preceptos relativos exclusivamente al arbitraje tienen una aplicación independiente.

5. Naturaleza jurídica del acuerdo arbitral

El acuerdo arbitral es un acto jurídico. Todo acto jurídico, como es bien conocido, está sujeto a ciertos criterios, unos de existencia y unos de validez. En el caso concreto, estos criterios habrán de ser analizados únicamente a la luz del derecho internacional y nacional aplicable que ya han sido abordados previamente.⁴⁸ Estos serán los que marcarán las pautas para definir los requisitos de existencia y de validez exigidos a todo acuerdo arbitral que se pretenda respetar y ejecutar en el mundo jurídico.

6. Requisitos de existencia

El primero de los requisitos de existencia que se abordará en el marco de los acuerdos arbitrales, es el consentimiento. Dicho consentimiento se estudiará a la par de la forma en la que debe expresarse el mismo.

Toda persona que analice un acuerdo arbitral debe hacerlo de manera tal que el estudio de estos dos requisitos se haga de manera conjunta, porque si bien la forma es un requisito de validez, en el acuerdo arbitral ha sido considerado como un requisito de existencia. Así pues, el que las partes expresen de manera correcta su consentimiento asegura la vida de su acuerdo arbitral en el mundo del derecho.

Rubino-Sammartano analiza ambos requisitos de manera conjunta con base en una comparación entre las dos formas que puede adoptar un acuerdo arbitral, mismas que ya fueron abordadas en líneas precedentes. Al efecto señala que un contrato arbitral (*submission agreement*) por lo general está sujeto a sus propios requisitos de forma; es decir, a requisitos diferentes de aquellos del contrato principal o del cual surgió la controversia. Mientras que

⁴⁸ La Convención de Nueva York y el Código de Comercio.

una cláusula arbitral (*arbitration clause*) generalmente tomará la forma de las demás cláusulas del contrato donde ésta se halla contenida.⁴⁹

De manera general, varias convenciones existentes que regulan estas cuestiones exigen que el consentimiento de someter a arbitraje una controversia conste por escrito.

En este sentido, la Convención de Nueva York refiere que el acuerdo debe constar por escrito y estar firmado por las partes o contenido en un intercambio de cartas o telegramas. En la Convención de Ginebra de 1961 se establecen requisitos idénticos. De un modo menos estricto se lee en la Convención de Washington de 1961, que simplemente refiere que el consentimiento conste por escrito.⁵⁰

Por otro lado, la Ley Modelo sobre Arbitraje de la CNUDMI de 1985, establece directrices más laxas en cuanto a la forma en que las partes pueden expresar su consentimiento, ya que permite que no sólo conste en un documento firmado por las partes, sino también en un intercambio de comunicaciones como cartas, télex, telegramas u otras maneras de comunicación que permitan registrar el acuerdo. Incluso hace referencia a un intercambio de escritos de demanda y contestación en el que la existencia de tal acuerdo sea alegada por una de las partes, y no se niegue por la otra. Finalmente permite la incorporación por referencia, esto es, que un contrato haga mención a un documento que contenga un acuerdo arbitral y señale, directa o indirectamente, como aplicable dicho acuerdo.⁵¹

El requisito de “por escrito” ha sido interpretado por diversas cortes en Francia, Hong Kong, Inglaterra, Estados Unidos, Alemania e Italia. En algunas de estas cortes es muy estricta la interpretación que se ha hecho y se requiere que forzosamente el acuerdo conste por escrito para considerarlo existente y válido; no se admiten más formas como el intercambio de telecomunicaciones

⁴⁹RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *International Arbitration Law and Practice*, 2a. ed., Países Bajos, Kluwer Law International, 2001, pp. 202 y 203.

⁵⁰*Ibidem*, p. 202.

⁵¹*Ibidem*, p. 203.

u otras maneras de las que ya se ha hablado. Por otro lado, en cortes más abiertas, como las alemanas,⁵² se ha declarado que se consideran acuerdos arbitrales válidos, aun los que no consten por escrito o los que se hayan incorporado por referencia.⁵³

De manera similar, las cortes estadounidenses también han interpretado de manera amplia los requisitos de forma, pues no exigen que el acuerdo esté firmado por las partes, sino que basta con que conste por escrito para ser existente y válido.⁵⁴

En Italia las cortes han interpretado que si no existe una referencia expresa a un acuerdo arbitral que esté contenido en otro documento, no puede considerarse que haya una intención de someterse a arbitraje en caso de disputa. Se hace referencia incluso a una *relatio perfecta* (*full reference*) y a una *relatio imperfecta* (*insufficient reference*).

Respecto a la aceptación tácita, en Italia, también se ha establecido que cuando una parte que no suscribió un acuerdo arbitral que su contraparte sí, presenta dicho acuerdo ante un tribunal, está aceptando la existencia y validez del mismo. Pero, si lo presenta con el fin de impugnar su existencia y validez, no opera la aceptación tácita.⁵⁵

Otras interpretaciones menos estrictas permiten incluso que exista un tipo de suplencia y que a falta de acuerdo por escrito, en circunstancias especiales pueda subsanarse ese requisito.⁵⁶

En ausencia de acuerdo escrito, será difícil reconocer el laudo bajo la Convención de Nueva York, por lo que el reconocimiento será buscado bajo el

⁵² *Ibidem*, p. 208.

⁵³ Asimismo, dichas cortes han considerado que una oferta contractual que no es rechazada es suficiente para establecer la existencia de un acuerdo. *Ibidem*, p. 206.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 205.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 207.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 211.

derecho procesal doméstico o bajo una convención que sea menos estricta con este requisito; esto porque los requisitos de forma van a cambiar dependiendo de qué instrumento se esté tomando en cuenta para examinar el acuerdo arbitral.⁵⁷

No se debe dejar de lado que la propia Convención contempla el principio de trato más favorable, lo que posibilita que, si el derecho nacional aplicable así lo permite, un acuerdo arbitral que no esté escrito también sea válido. Sin embargo, si es el supuesto contrario y es requisito que conste por escrito, la falta de cumplimiento de tal requisito no podrá ser suplido con testigos de que la cláusula se pactó. Además, se ha interpretado que, si el derecho nacional es más estricto, podrá invocarse la Convención de Nueva York.⁵⁸

Todo lo anterior es una simple muestra de que no hay nada uniforme y que lo establecido por la Convención o el derecho nacional de los países podrá ser interpretado de manera más abierta o cerrada según sea el caso.

El otro requisito de existencia es el objeto. Hay dos tipos de objeto: a) directo y, b) indirecto. El primero es la creación o transmisión de obligaciones y/o derechos, el segundo es el objeto de la obligación, es decir, la cosa. En el contexto del arbitraje, el objeto indirecto del acuerdo arbitral es la controversia que surja de una determinada relación jurídica.⁵⁹

La validez de un acuerdo arbitral tiene su génesis en una relación jurídica delimitada entre las partes, puesto que un acuerdo arbitral no será válido si establece, por ejemplo, que serán sometidas a arbitraje *todas* las controversias futuras que surjan entre ellas. Se debe hacer énfasis en que el acuerdo debe referirse a una relación jurídica *específica*, ya que, de no hacerlo, el objeto es tan amplio que no se considera determinado ni determinable. Generalmente esa *relación jurídica específica* es un contrato.⁶⁰

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 207 y 208.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 208.

⁵⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, *op. cit.*, p. 209.

⁶⁰ *Idem*.

Lo anterior tiene su fundamento en la Convención de Nueva York. El artículo II(1) de la Convención de Nueva York establece a la letra que: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a *una determinada relación jurídica*, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”.⁶¹ [Énfasis añadido]

Finalmente, el que un acuerdo arbitral haga referencia a una relación contractual determinada no implica que controversias fuera del contrato, pero relacionadas con el mismo, no puedan ser llevadas por arbitraje. Un caso muy frecuente de este tipo de controversias es la responsabilidad civil.⁶²

7. Requisitos de validez

En relación con los requisitos de validez del acuerdo arbitral tenemos *la capacidad* de los signatarios, *la forma*,⁶³ *la ausencia de vicios en el consentimiento* y finalmente *las características específicas del objeto*.

7.1 Capacidad y poder

Las cuestiones relativas a la capacidad y al poder para contratar se confunden regularmente en la jerga jurídica, sin embargo, debe hacerse su distinción de manera cuidadosa. Mientras que la cuestión de la capacidad surge cuando un acuerdo arbitral es celebrado en nombre y por cuenta propia del signatario, la cuestión del poder surge cuando el acuerdo se celebró en interés de otra persona que no es el firmante, sea una persona física o una persona moral.⁶⁴

Si se trata de una persona física se analizará su capacidad de goce y ejercicio para celebrar actos jurídicos por cuenta propia. Pero, si se trata de una persona moral, de una entidad que no tenga autonomía legal, o de un acto

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Idem.*

⁶³ Esta cuestión ya fue abordada en el apartado anterior.

⁶⁴ GAILLARD, Emmanuel *et al.*, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Países Bajos, Kluwer Law International, 1999, p.242.

de representación de otra persona física, se analizará el poder del que emanan las facultades del mandatario para realizar actos jurídicos en nombre y representación de quien le confirió aquellas.⁶⁵

En este apartado se analizará la cuestión de la capacidad de las partes de un acuerdo arbitral tomando como punto de partida, por un lado, el método de la elección de la ley y, por otro, el método de las reglas/normas sustantivas, mismos que brindan la solución a los conflictos de leyes que surgen en cuestiones de este tipo.

A. Experiencia internacional

Este tipo de cuestiones son las que se discuten en primera instancia en las cortes cuando se pronuncian sobre el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral, puesto que la validez del laudo dependerá de la validez del acuerdo arbitral, que es el origen del arbitraje del que emanó dicho laudo. La propia Convención de Nueva York de 1958 establece en su artículo V(1)(a) que se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo si las partes del acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable.⁶⁶

Como puede notarse, la Convención no señala cuál es la ley que regirá esta cuestión. Sin embargo, tampoco establece limitación alguna para que las cortes puedan realizar una interpretación y pronunciarse sobre cuál es la ley que consideran aplicable a las partes y determinar si tienen o no, la capacidad de celebrar un acuerdo arbitral. La Convención Europea de 1961, tomando como ejemplo la Convención de Nueva York, estipula estas cuestiones de manera similar en su artículo VI(2). Ninguno de estos dos instrumentos señala tampoco regla alguna para elegir la ley aplicable.⁶⁷

A.1 Método de elección de la ley

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Idem.*

En la doctrina del derecho internacional privado, los conflictos de leyes derivados de las relaciones jurídicas entre las partes se han resuelto por varios tipos de métodos. Entre los más importantes encontramos el método de elección de la ley, que en la doctrina mexicana se ha conocido como *técnica indirecta*.

La técnica indirecta es aquella que resuelve de forma mediata el conflicto de qué derecho deberá aplicarse cuando surge una cuestión en una relación jurídica en la que se ven unidos derechos de personas de diferentes Estados y, por lo tanto, sujetos a distintos derechos. Esta técnica, mediante el análisis de la *norma conflictual*, dirá qué derecho deberá aplicarse para dar solución al conflicto sustantivo en relaciones jurídicas relativas o absolutamente internacionales.⁶⁸

La *técnica indirecta* tiene dos momentos: en el primero se resolverá acerca del derecho aplicable, lo cual se hace mediante la aplicación del sistema conflictual tradicional con el análisis de la *norma conflictual*. El segundo consistirá en aplicar el derecho sustantivo arrojado por dicha norma.⁶⁹

En síntesis, esta técnica simplemente determina cuál es el derecho que se debe aplicar para resolver el problema sustantivo que dio origen al litigio. Es decir, da solución de manera mediata al problema del derecho que surgió de la confluencia de derechos extraños entre sí, llamado *punto de contacto*.⁷⁰

El análisis de la capacidad de las partes, a través de este método, puede partir de dos puntos diferentes, dependiendo si se trata de una persona física o una persona moral.⁷¹

i) Personas físicas

⁶⁸MANSILLA Y MEJÍA, María Elena, *Derecho internacional privado*, México, IURE, 2019, p. 238.

⁶⁹*Ibidem*, p. 239.

⁷⁰*Ibidem*, pp. 238 y 239.

⁷¹GAILLARD, Emmanuel *et al.*, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 243.

Bajo este método que aún siguen ciertos tribunales arbitrales, la ley aplicable para examinar la capacidad y el poder no serán estrictamente las mismas, puesto que la ley aplicable para determinar la capacidad de una persona física es la *ley personal*, mientras que la ley aplicable para determinar la capacidad en el supuesto de un poder es la *ley bajo la cual fue otorgada el mismo*.⁷²

Si se trata de una persona física, regularmente la ley aplicable será su derecho nacional. En caso de que no tenga una nacionalidad o tenga calidad de refugiado en algún otro país, será bajo la ley de donde resida o tenga su domicilio. Los países del *common law*, por otro lado, apuestan más a tomar como ley aplicable generalmente la del domicilio o residencia habitual de la parte o, la ley que regula el fondo del contrato.⁷³

Esta cuestión se torna más complicada cuando no hay foro. Los árbitros, al no tener foro, no podrían elegir las reglas de éste para determinar la ley aplicable cuando se pronuncian sobre la validez de un acuerdo arbitral celebrado por alguien que sostiene que es menor de edad, por ejemplo, ni mucho menos recurrir a una ley de aplicación universal porque no la hay, puesto que estas cuestiones están bifurcadas en los sistemas jurídicos nacionales.⁷⁴

Si bien existen ciertos métodos para elegir la ley aplicable para determinar la capacidad de las partes, no son muy convincentes, puesto que podrían dar lugar a resultados un tanto extraños como, por ejemplo, que se determine la capacidad de las partes según la ubicación de sus bienes.⁷⁵

ii) Personas morales

En el caso de las personas morales, la cuestión es similar. Los árbitros, al estudiar una cuestión de la capacidad de las personas para celebrar un acuerdo arbitral, enfrentan las mismas dificultades que si se tratara de una

⁷²*Idem*.

⁷³*Ibidem*, pp. 243 y 244.

⁷⁴*Ibidem*, p. 244.

⁷⁵*Ibidem*, p. 245.

persona física. La regla general en el caso de la capacidad de personas morales es que se analice bajo el derecho del lugar donde se encuentra su establecimiento principal. Sin embargo, en algunos otros sistemas legales, por ejemplo, los de *common law*, se analiza la capacidad de la persona moral bajo el derecho por el que se constituyó. Finalmente, estas cuestiones de determinación de la capacidad de personas morales para celebrar acuerdos arbitrales arrojarán resultados diferentes según la ley que se haya elegido para tal fin.⁷⁶

Cuando se aplica este método de elegir la ley, surgen ciertas cuestiones que no son del todo correctas. Por ejemplo, si se eligen las reglas de elección de la ley de la sede del arbitraje, se le está dando mucho peso a la sede, misma que pudo haber sido elegida por las partes o los propios árbitros. Por otro lado, si las partes eligen cuidadosamente, podrían elegir la ley que les brinde exactamente la protección que necesitan para que les sea reconocida la capacidad, o incluso puede elegirse la ley del país donde se pretenda ejecutar el laudo. Estos ejemplos demuestran que al hacerse esto podría manipularse la situación, por lo que el método de elección de la ley no es muy apropiado para determinar estas cuestiones.⁷⁷

Por lo que hace a los poderes, la ley bajo la cual han de analizarse también es variante, pues por ejemplo en el caso de un poder para ejercer actos sobre bienes que formen parte de la masa de una sociedad conyugal, el poder se regirá por la ley bajo la cual se casaron los cónyuges en cuestión. En el caso de representación de un menor de edad deberá ser determinado por la ley que protege a dicho menor.⁷⁸

De acuerdo con el artículo 5 del Convenio de La Haya del 14 de marzo de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación, la ley que regirá la relación de representación será la elegida por las partes. En ausencia de dicha elección, de acuerdo con el artículo 6 de

⁷⁶*Idem.*

⁷⁷*Idem.*

⁷⁸*Ibidem*, p. 246.

la misma convención, será la ley del Estado en el que, al momento de la celebración de dicho acto jurídico, el mandatario tuviera su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual. Estas reglas son aplicables únicamente a la relación entre el mandante y el mandatario.⁷⁹

Bajo el derecho internacional privado, de manera general los poderes son regidos por la ley del lugar donde la persona moral tiene su principal centro de operaciones. El caso francés es un ejemplo de ello. El artículo 1837 del Código Civil Francés regula esta cuestión en sus párrafos I y II. Señala que cualquier compañía situada en territorio francés está sujeta a las disposiciones del derecho francés. Así pues, usando este método de elección de la ley, una corte deberá analizar la capacidad del firmante del acuerdo arbitral bajo la ley del lugar donde se ubique el principal centro de operaciones de la persona moral, salvo que las partes hayan elegido que la ley del lugar donde se ubica el domicilio social sea la que rija la cuestión.

Por otro lado, en Inglaterra, el criterio utilizado es la elección de la ley del lugar donde se constituyó la persona moral en cuestión.⁸⁰ Como puede notarse tampoco hay uniformidad en estas cuestiones y esto se agrava aún más cuando los árbitros no tienen foro.⁸¹

A.2 El método de las reglas sustantivas

Como se ha visto, las normas sobre las que deben decidir los árbitros están muy alejadas una de la otra, por lo que resulta un trabajo bastante complejo el elegir o priorizar un sistema jurídico por encima de otro. Por ello, lo más apropiado sería aplicar conceptos sustantivos que sean considerados esenciales en el ámbito internacional.⁸² Para ello existe el *método de las reglas sustantivas*.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 246 y 247.

⁸¹ *Ibidem*, p. 247.

⁸² *Idem*.

Dicho método, la doctrina mexicana lo denomina *técnica directa*. La *técnica directa* es aquella que tiene por objeto designar de manera inmediata la norma sustantiva aplicable al fondo del asunto en litigio y así dar fin al conflicto. Así pues, las técnicas que resuelven de manera directa un conflicto de leyes son aquellas que, por la jerarquía que tienen, deben aplicarse de manera directa e inmediata, excluyendo cualquier otra disposición. No obstante, es necesario señalar expresamente cuáles son esas normas.⁸³

En la doctrina mexicana, dichas normas solamente son las de carácter interno,⁸⁴ mientras que, en la doctrina extranjera, se plantea la aplicación de normas sustantivas, independientemente del derecho aplicable.⁸⁵ De esta manera, en la doctrina extranjera, las normas sustantivas no se encuentran plasmadas en un ordenamiento jurídico específico, sino que son extraídas de la experiencia de varios países.

Es crucial tener presente que las relaciones de las que pueden surgir este tipo de cuestiones son originadas por el tráfico de personas, por lo tanto, las normas sustantivas que den solución directa al conflicto de leyes deben abarcar los aspectos tanto personales como materiales y conductuales de dichas relaciones jurídicas.⁸⁶

Estas normas de aplicación inmediata son una categoría de normas que por su elevada jerarquía excluye por completo la aplicación de otra disposición. Por lo tanto, una primera norma de aplicación inmediata es la Constitución. De acuerdo con su artículo 133, y la interpretación que de él hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las siguientes normas de aplicación inmediata son los tratados internacionales y las leyes federales.⁸⁷

⁸³MANSILLA Y MEJÍA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 236.

⁸⁴*Idem*.

⁸⁵GAILLARD, Emmanuel *et al.*, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 228.

⁸⁶MANSILLA Y MEJÍA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 236.

⁸⁷*Ibidem*, p. 237.

El análisis de la capacidad bajo este método también varía dependiendo de si son personas físicas o personas morales.

i) Personas físicas

Cuando se trata de personas físicas, la experiencia extranjera habla de una primera regla sustantiva, misma que presume que cualquier persona física que se dedique a la actividad comercial, *prima facie*, tiene la capacidad de celebrar acuerdos arbitrales. Incluso se ha tomado como ejemplo para materializar esto, el caso francés, dado que en su Código Civil existe una disposición que dice que un menor de edad que se dedique a la actividad comercial no podrá obtener restitución de los compromisos pactados en el ejercicio de dicha actividad comercial.⁸⁸

Existen posturas contrarias a la anterior, sin embargo, esta falta de uniformidad no es obstáculo alguno, puesto que en el mismo caso francés el remedio tomado en el caso de que un menor o un mayor incapaz haya celebrado un acuerdo arbitral, es la restitución del contrato. Es pertinente hacer la salvedad de que esto solo aplica a los casos en los que es notoria la mala fe hacia los menores no emancipados o mayores incapaces.⁸⁹

Otro uso de las reglas sustantivas es uniformar, de alguna manera, las cuestiones sobre las que hay divergencia en los múltiples sistemas jurídicos existentes. Por ejemplo, si para celebrar un acuerdo arbitral se requiere simplemente la capacidad para contratar o la capacidad para iniciar un procedimiento jurisdiccional. Existen sistemas incluso que consideran que para celebrar un acuerdo arbitral se necesita tener la capacidad de disponer de sus activos.⁹⁰

ii) Personas morales

⁸⁸GAILLARD, Emmanuel *et al.*, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 249.

⁸⁹*Idem.*

⁹⁰*Ibidem*, pp. 249 y 250.

En cuestiones de capacidad de una persona moral para celebrar acuerdos arbitrales, por ejemplo, este método ayuda a resolver fácilmente cualquier situación, puesto que no resulta difícil para ninguna corte o árbitro que cualquier persona relacionada con la actividad comercial sea capaz de celebrar acuerdos arbitrales. Ésta entonces sería una primera regla sustantiva, sin embargo, aún no existe jurisprudencia arbitral al respecto, muy probablemente porque es una cuestión que nunca ha sido impugnada. Las dificultades suelen surgir cuando se trata de la impugnación de un poder de cualquiera de los representantes de una persona moral.⁹¹

Hay una discusión sobre si un poder basta para que el mandatario suscriba un acuerdo arbitral o si es necesario que tenga alguna autorización particular por parte de su mandante para hacerlo. Algunas jurisdicciones, como la francesa o la australiana, exigen que el mandatario cuente con una facultad especial que le permita expresamente celebrar acuerdos arbitrales que obliguen a su mandante. Esto claramente no sería una regla sustantiva adecuada para el comercio internacional por su naturaleza, por lo que lo ideal sería adoptar una nueva regla que permita que el mandato, sin necesidad de autorización particular, autorice al mandatario para contratar un acuerdo arbitral.⁹²

Otra cuestión de importancia que se debe tener en cuenta para considerarla como una regla sustantiva sería si los funcionarios y altos directivos de las empresas pueden celebrar acuerdos arbitrales que puedan ejecutarse, aun cuando los estatutos sean restrictivos en tales cuestiones.⁹³

Finalmente, por lo que hace a la forma del poder para celebrar un acuerdo arbitral no hay mucho en conflicto, puesto que no hay condiciones específicas que este mandato deba adoptar.⁹⁴

⁹¹ *Ibidem*, p.248.

⁹² *Ibidem*, pp. 250 y 251.

⁹³ *Ibidem*, p. 251.

⁹⁴ *Idem*.

Todo lo anterior es sumamente complicado para los árbitros, puesto que los casos que versan sobre este tipo de cuestiones no son muy frecuentes como para que les permitan tomar como punto de partida la jurisprudencia al respecto y de ella derivar reglas sustantivas.⁹⁵

Una de las reglas sustantivas más antiguas es, por ejemplo, que una parte no puede invocar su falta de capacidad o poder cuando la otra parte contratante no podía darse cuenta de esa falta de capacidad o facultades fácilmente. La justificación de esta regla sustantiva es la protección de aquellos que confían en la aparente capacidad de otro sujeto. La regla se halla contenida incluso en el Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980, particularmente en su numeral 11.⁹⁶

Así pues, gracias a esta regla sustantiva, un árbitro o juez, puede hacer caso omiso a la falta de capacidad o poderes de una parte, cuando se demuestre que la otra contrató con aquella en circunstancias tales que era imposible que se diera cuenta que carecía de capacidad o facultades para contratar en los términos en que lo hicieron. Claro que existen reservas sobre esto, pues se ha dicho que una parte que va a contratar está obligada a conocer o confirmar, por lo menos, que la otra parte tiene la capacidad para obligarse frente a ella. Ni una ni otra postura es fatal y queda a discreción del juzgador o árbitro la interpretación y aplicación de dicha regla.⁹⁷

Visto desde un enfoque más cerrado, algunos árbitros se niegan a aplicar simplemente este método de las reglas sustantivas y deciden tomar una alternativa menos radical. Estos árbitros deciden aplicar de manera conjunta las reglas sustantivas, el derecho personal de la parte que regule su capacidad y, en caso de que se trate de poderes, el derecho bajo el cual fueron otorgados. Si se ve esto de una manera más crítica se puede notar que es un

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ *Ibidem*, p. 252.

⁹⁷ *Idem.*

método que podría permitir incluso una regulación más laxa si, por ejemplo, la ley personal de la parte es más liberal que las reglas sustantivas aplicables.⁹⁸

Esta doctrina de la *capacidad aparente* fue puesta en práctica en el caso francés *Intercast v. Ets. Peschaud et Cie. International* en 1980. El Tribunal de Apelación resolvió que el arbitraje es uno de los métodos más comunes para resolver controversias entre los comerciantes y, por lo tanto, la celebración de acuerdos arbitrales era una actividad cotidiana en el gremio comerciante, por lo que la parte que había confiado en la capacidad del director de la empresa lo hizo legítimamente y, pese a la falta de una autorización del superior de dicho director, la empresa había quedado obligada por el acuerdo arbitral.⁹⁹

Para cerrar este apartado, es importante mencionar que la ratificación de un acuerdo celebrado por un representante, cuyas facultades son cuestionables, se considera como el otorgamiento del consentimiento y, por lo tanto, el acuerdo se hace obligatorio y deberá cumplirse.¹⁰⁰

B. Experiencia nacional

Resulta evidente que una cuestión de falta de capacidad conlleva la nulidad del acto jurídico, en este caso del acuerdo arbitral y, por ende, del laudo arbitral. El requisito de capacidad para efectos de esta investigación será estudiado en el terreno del derecho mexicano desde el enfoque de falta de capacidad y sus consecuencias, cuestiones que están reguladas en el Código de Comercio.

La ley mexicana de arbitraje señala en su artículo 1457, fracción I, inciso a), equivalente al artículo 34 de la Ley Modelo, las causales de nulidad de un laudo arbitral. Es preciso mencionar que en materia de nulidad existe el *principio de especificidad*, en virtud del cual la nulidad del laudo arbitral puede tener lugar si, y sólo si, se presenta algún supuesto de los expresamente previstos por la legislación aplicable. En otras palabras, no se puede anular un

⁹⁸ *Ibidem*, p. 253.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ *Idem*.

laudo por motivo diverso a los contemplados de manera limitativa y exhaustiva en la ley.¹⁰¹

Entre estas causales de nulidad, la ley mexicana de arbitraje contempla la falta de capacidad de una de las partes en el acuerdo de arbitraje. Sin embargo, esta cuestión no es suficiente *per se* para dar lugar a la nulidad, puesto que, pese al principio de especificidad, el legislador dotó al juzgador de un margen de discrecionalidad para decidir si procede o no la nulidad.¹⁰²

El juez competente además de verificar que lo aducido por la actora constituya una causal de nulidad debe ponderar si la violación es de tal gravedad que amerite la nulidad del laudo.¹⁰³

Por otro lado, el artículo 1462, fracción I, inciso a) del mismo cuerpo normativo, que es coincidente con el artículo 1457, prevé que se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado cuando la parte contra la cual se invoca el laudo pruebe, ante el juez competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución, que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad.

Como puede notarse, en casos de impugnación de la capacidad de alguna de las partes, quien tiene la carga de la prueba es quien desea que se anule el laudo arbitral. La parte interesada en la nulidad del laudo tiene que refutar la validez del mismo, puesto que el laudo se presume válido una vez dictado.¹⁰⁴ Si la actora no acredita la existencia de alguna de las causas o si el juzgador

¹⁰¹AZAR MANZUR, Cecilia, *et al.*, *Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial Análisis y Comentarios al Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio*, México, Themis, 2009, p. 103.

¹⁰²*Idem.*

¹⁰³ Instituto Mexicano de Arbitraje, *Legislación mexicana de arbitraje comercial. Comentada*, México, Porrúa, 2015, p. 242.

¹⁰⁴AZAR MANZUR, Cecilia *et al.*, *Ley Mexicana de Arbitraje...*, *op. cit.*, p.104

no advierte, incluso de oficio, la existencia de alguna de las contenidas en la fracción II del numeral de marras, el laudo no podrá ser anulado.¹⁰⁵

Por lo que hace al análisis de la capacidad, ésta deberá analizarse y determinarse con base en la legislación que rige al acuerdo arbitral, misma que podrán pactar las partes. A falta de dicho acuerdo, la ley que rige la validez del acuerdo arbitral y la capacidad de las partes es la ley de la sede del arbitraje.¹⁰⁶

Ahora bien, la nulidad, en el caso mexicano, es la única acción que se puede tomar para impugnar la validez de un laudo arbitral, y se tramita como juicio especial mercantil, tal como se halla contemplado en los numerales 1470, fracción V y 1472 a 1476 del Código de Comercio.¹⁰⁷

Con la entrada en vigor de la nueva Ley de Amparo en abril de 2013, surgió una nueva discusión en torno al artículo 5, fracción II, sobre si los árbitros tendrían el carácter de autoridad para efectos de ser considerados como autoridad responsable en un proceso de amparo. Esta cuestión era crucial, puesto que, si se les otorgaba tal carácter, un laudo arbitral podría ser impugnado a través del proceso de amparo, lo cual habría sido totalmente incorrecto por diversas razones que a continuación se abordarán.¹⁰⁸

Inicialmente, el otorgarles tal carácter habría significado un trastoque del sistema de impugnación de laudos arbitrales, ya que, el permitir que un juez constitucional solucionara este tipo de asuntos, rebasaría el control judicial del arbitraje mediante la acción de nulidad. Además, México hubiera dejado de ser un lugar apto para el arbitraje, ya que quedaría alejado del texto de la Ley Modelo de la CNUDMI.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Instituto Mexicano de Arbitraje, *Legislación mexicana de arbitraje...*, *op. cit.*, p. 242.

¹⁰⁶ AZAR MANZUR, Cecilia *et al.*, *Ley Mexicana de Arbitraje...*, *op. cit.*, p. 104.

¹⁰⁷ Instituto Mexicano de Arbitraje, *Legislación mexicana de arbitraje...*, *op. cit.*, p. 240.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 241.

¹⁰⁹ *Idem*.

Aunado a todo lo anterior, se discutió si permitir que un juez constitucional revisara la legalidad de un laudo arbitral, implicaba una revisión de las consideraciones hechas por los árbitros, lo cual era contrario a lo pactado entre las partes, y violaba lo contemplado en el texto del artículo 1457 del Código de Comercio. De esta manera se estaría judicializando el laudo arbitral, y cualquier laudo impugnado podría ser anulado inclusive por el simple hecho de carecer de fundamentación, puesto que se concedería el amparo a la sombra de existir una violación al principio de legalidad.¹¹⁰

Para cerrar el análisis de esta discusión, cabe mencionar que, de haberles otorgado el carácter de autoridad a los árbitros, nos habría regresado al problema del que buscan huir las partes que pactan un acuerdo arbitral: alejarse de los problemas que entrañan los aspectos propios de la jurisdicción de los Jueces de Estado.¹¹¹

Esta discusión ya fue abordada por el poder judicial federal, mismo que ha resuelto que los árbitros privados no tienen carácter de autoridad responsable para efectos del juicio de amparo.¹¹²

Pese a que Ley de Amparo permite otorgar el carácter de autoridad a particulares, la justificación para no otorgarles a los árbitros tal carácter, parte del argumento de que las facultades de un árbitro privado emanan y son delimitadas por un compromiso formado entre particulares y, por lo tanto, no están determinadas por una norma general, como lo exige el segundo párrafo de la fracción II del artículo 5 de la Ley de Amparo.¹¹³

Además, debido a que las partes renunciaron al conocimiento de la controversia por una autoridad judicial, para someterse a la decisión de un

¹¹⁰*Idem.*

¹¹¹*Idem.*

¹¹²*Cfr.* Tesis I.8o.C.23 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 18, t. III, mayo de 2015, p. 2107. Tesis I.3o.C.385 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 72, t. III, noviembre de 2019, p. 2192.

¹¹³*Idem.*

particular o particulares con la firma del acuerdo arbitral, los árbitros no tienen jurisdicción propia ni delegada por no ser funcionarios del Estado. Sus funciones son meramente privadas, no públicas, lo que significa que carecen de imperio, de ahí que un árbitro no pueda ser considerado como autoridad del Estado y mucho menos sus actos calificar como equivalentes a los de una autoridad para efectos del juicio de amparo.¹¹⁴

7.2 Ausencia de vicios en el consentimiento

En sintonía con la teoría del acto jurídico, un acuerdo arbitral no será válido si existe error, violencia o dolo en el otorgamiento del consentimiento. Asimismo, en el contexto del acuerdo arbitral, las partes deben expresar su consentimiento de obligarse a someter a arbitraje las controversias que deriven de una determinada relación jurídica entre ellas, de manera que no se entienda solamente como una mera posibilidad o potestad.¹¹⁵

7.3 Objeto lícito

El acuerdo arbitral también debe contar con un objeto, motivo o fin lícito para ser válido. Dicho acuerdo también debe cuidar que el objeto sea arbitrable, lo que implica que: a) no vaya en contra del orden público, y b) que no se trate de un asunto que verse sobre una materia de jurisdicción exclusiva del Estado.¹¹⁶

A. Lícito

Como resulta evidente, un acuerdo arbitral será lícito cuando no vaya en contra de la ley. Existe cierta controversia respecto a si un acuerdo arbitral ilícito debe de anularse en su totalidad o sólo parcialmente. Asimismo, existen casos en los que los árbitros decidieron no conocer del asunto porque la controversia versaba sobre cuestiones ilícitas.¹¹⁷ Sobre estas cuestiones, la judicatura mexicana no se ha pronunciado, por lo que nada se encuentra escrito en piedra.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje, op. cit.*, p. 221.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 244.

¹¹⁷ *Idem.*

B. Arbitrabilidad

Que una controversia sea arbitrable, implica que un determinado asunto puede ser sometido a arbitraje. Un conflicto no será arbitrable si su objeto va en contra del orden público y/o es de jurisdicción exclusiva del Estado. Estos requisitos varían de país en país.

En el caso mexicano no existe un listado de las materias que no son arbitrables. Por tal motivo, es necesario realizar una revisión casuística del caso concreto y revisar de manera particular los ordenamientos aplicables a cada materia, con el fin de determinar si existe o no arbitrabilidad.¹¹⁸

i) Orden público

No existe una definición concreta sobre lo que se entiende por “orden público”. En diversos tratados internacionales, el orden público se utiliza como una forma para que los Estados puedan exceptuarse del cumplimiento de una obligación internacional.¹¹⁹ No obstante, en la doctrina se le ha conceptualizado como aquella serie de principios y valores fundamentales de un orden jurídico determinado en una época y lugar específicos.¹²⁰

De esta manera, el orden público es una cuestión interna, es decir, es una cuestión nacional, que cada Estado establece en un tiempo determinado. Así, una acción puede violar el orden público de un Estado específico, pero no violar el orden público de otro Estado.¹²¹

En el contexto del arbitraje, el objeto del acuerdo arbitral no debe de ir en contra del orden público. Generalmente un objeto ilícito iría en contra del orden público de un país determinado; sin embargo, el resto de las causales que violan el orden público, que no necesariamente son ilícitas, son establecidas por cada Estado, por lo que se debe de realizar un análisis casuístico.

¹¹⁸ Instituto Mexicano de Arbitraje, *Legislación mexicana de arbitraje...*, *op. cit.*, p. 250.

¹¹⁹ MANSILLA Y MEJÍA, María Elena, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 278.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 284.

¹²¹ *Ibidem*, p. 280.

ii) Jurisdicción exclusiva

En algunas ocasiones los Estados establecen en su normatividad que determinados asuntos deberán ser resueltos necesariamente por los tribunales de sus países. Cuando este es el caso, se dice que se está frente a una materia de jurisdicción exclusiva.

Este es el caso del artículo 568 del Código Federal de Procedimientos Civiles mexicano, que señala que los tribunales mexicanos tienen competencia exclusiva para conocer de asuntos relacionados con las tierras y aguas del territorio nacional, *et sit cetera*.

Por lo tanto, se debe de cuidar que el objeto del acuerdo arbitral no sea materia de competencia exclusiva de los tribunales nacionales, porque de lo contrario, no se podrá ejecutar.

8. Nulidad, ineficacia y ejecución imposible

Si el acuerdo arbitral es patológico y, por lo tanto, no cumple con los requisitos anteriormente señalados, lo más probable es que se determine que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, como lo señala el artículo II(3) de la Convención de Nueva York.¹²² Esto devendría en que no se remita a las partes a arbitraje, como lo señala el artículo 1424 del Código de Comercio.

Recordemos que un acto jurídico es nulo cuando: a) no se cumple con todos los requisitos formales que establece la ley para que sea válido; b) las partes sufren de alguna incapacidad; c) existen vicios en el consentimiento; o, d) el objeto es ilícito.¹²³ Ahora bien, toda carencia de alguno de estos requisitos es subsanable, hasta antes de que una parte someta la cuestión de la validez del acuerdo arbitral ante un juez.

Un acto jurídico es ineficaz cuando es válido, pero no puede producir efectos; esto es, se cumplió con todos los requisitos anteriores que señala la

¹²²*Ibidem*, p. 254

¹²³*Ibidem*, p. 255.

ley para el acto en cuestión, pero, por alguna razón, no puede aplicarse.¹²⁴ Un ejemplo claro de esto, es cuando se celebró un acuerdo arbitral respecto a todas las controversias que deriven de un determinado contrato. Si el contrato se termina, el acuerdo arbitral seguirá siendo válido, pues nació cumpliendo con todos los requisitos de forma, pero no podrá aplicarse (surtir efectos), porque la relación contractual, que era la materia arbitral, concluyó.

Un acto jurídico es de ejecución imposible, cuando nace válido y puede producir efectos —puede ser aplicado al caso concreto— pero, por alguna razón fáctica —y no jurídica—, no se puede ejecutar. En el caso específico del acuerdo arbitral, este puede ser de imposible ejecución porque es inconsistente, o sea, es contradictorio de tal forma, que vicia todo el acuerdo arbitral.¹²⁵ Algo que no tiene sentido no se puede ejecutar.

9. Conclusión

Con todo lo anterior, se desprende que es de suma importancia poner especial atención en todos y cada uno de los aspectos desarrollados, al redactar y celebrar un acuerdo arbitral, con el fin de evitar alargar un procedimiento cuya esencia es la celeridad, al tener que llevar ante un juez un acuerdo arbitral porque carece de algún requisito de existencia y/o validez.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 255-258

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 258-262.

Parte II
Capítulo III
Política de competencia

1. Definición de competencia económica.

Dentro del mundo teórico existe una gran laguna sobre una definición concreta de lo que debe entenderse cuando aparece el término de *competencia económica*, ya que aún ningún autor ha podido terminar con esta viviente discusión. Algunos teóricos apuntan a que es una conducta, otros se inclinan por definirla más como estructuras económicas, pero nadie ha logrado nada sólido que convenza a todo el gremio de la competencia económica.

Precisamente por esta razón, el famoso economista Bork de la escuela de Chicago identificó las siguientes cinco definiciones:¹²⁶

1. El procedo de rivalidad.
2. La ausencia de restricciones sobre las actividades económicas de una empresa por otra empresa.
3. El estado del mercado en el cual el comprador o vendedor individual no tiene influencia sobre el precio de sus compras o ventas.
4. La existencia de industrias y mercados fragmentados.
5. El estado de hechos en el cual el bienestar del consumidor no puede incrementarse al trasladarse a un estado de hechos alternativo a través de sentencia judicial.

Como puede observarse, de la lista anterior la primera definición identificada por Bork es la única que difiere del resto, puesto que, a diferencia de las subsecuentes ésta describe una conducta en lugar de estructuras económicas. En este orden de ideas, la primera definición puede ser entendida como un medio, y el resto de las definiciones como un fin.¹²⁷

¹²⁶BLACK, OLIVER, *Conceptual foundations of antitrust*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 6.

¹²⁷*Idem.*

Por otro lado, su trabajo, con el de otros miembros de la escuela de Chicago, han permitido una aceptación casi total de que el objetivo principal de la competencia económica es maximizar el bienestar. Lo cual, se cree, puede alcanzarse únicamente a través de una conducta competitiva. No obstante, no debe considerarse a una conducta como competitiva solamente por su efecto en el bienestar.¹²⁸

En el mismo sentido, la *Office of Fair Trading* del Reino Unido en su *Enterprise Act* del 2002 señaló que la competencia es el proceso de rivalidad entre las empresas para ganarse a los consumidores.¹²⁹

Por su parte, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) define a la competencia como “El acto o proceso de competir. El esfuerzo que realizan dos o más personas, comercios o empresas, para ofrecer más opciones de productos y servicios de mayor calidad a mejores precios.”¹³⁰ Respecto a esa definición, González de Cossío apunta que está más centrada en el cómo, y no en el qué.¹³¹ Por esta razón, este autor decide elaborar su propia definición que reza de la siguiente manera: “la competencia es un estado y proceso de rivalidad por el voto económico del consumidor”.¹³²

Como se puede observar, la anterior definición engloba los dos tipos de definición que Bork utilizó; es decir, define a la competencia como: i) un proceso, una conducta, un medio para alcanzar un determinado estado de hechos, y ii) una estructura económica, un estado de hechos, un fin, que sólo se alcanza a través de conductas determinadas.

Se adopta esta última definición porque describe de manera sintética las dos facetas de la competencia económica, además de que hace énfasis en aquella

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ *Ibidem*, p. 7.

¹³⁰ COFECE, *Más competencia para un México fuerte*, citado por GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Competencia*, México, Porrúa, 2017, p. 196.

¹³¹ *Idem.*

¹³² *Ibidem*, p. 197.

rivalidad por la captura del consumidor, la cual, al final del día devendrá en beneficio de este.

2. Bienestar o excedente en las economías

Hablar acerca del bienestar o excedente de los diversos participantes en un mercado, es una cuestión esencial si se habla de competencia económica. No obstante, previo a abordar en qué consiste dicho bienestar, es necesario sentar ciertas bases teóricas.

a) Mercado

Primeramente, se debe entender qué es el *mercado*. El concepto ha sido estudiado por diversos economistas a lo largo del tiempo, y ha evolucionado, adaptándose al cambio de las circunstancias que lo rodean. De esta manera, en un principio se entendía por *mercado* a aquel lugar en donde concurrían personas para ofrecer y demandar productos y servicios y, en el proceso, llegar a un acuerdo sobre el precio de dichos productos y servicios.

Tal concepción de *mercado* predominó por gran parte de la vida de la ciencia económica. Sin embargo, con la llegada de grandes avances tecnológicos, sobre todo en las tecnologías de la información, aquella acepción quedó obsoleta, toda vez que actualmente, para adquirir u ofrecer productos y servicios, no es necesario acudir a un lugar específico para llevar a cabo la transacción, pues es posible comprar y vender vía remota. Por ejemplo, a través del internet o vía telefónica.

Siguiendo el hilo conductor, el *mercado* ya no se entiende simplemente como un lugar en donde se dan transacciones, sino que ahora es concebido como un *proceso* o *mecanismo* de oferta y demanda, por medio del cual se intercambian bienes y servicios, previo consenso de un precio.¹³³

Una vez entendida la definición actual de *mercado*, es importante entender las gráficas o *curvas de la oferta y la demanda* que se dan en cualquier

¹³³SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William, *Economía*, 19 ed., México, Mc Graw Hill, 2019, p. 26.

mercado, para poder explicar posteriormente en qué consiste el *beneficio o excedente* en términos económicos.

b) Curva de la oferta

La *curva de la oferta* ha sido definida como “[...] la relación entre su precio de mercado y la cantidad de ese bien que los productores están dispuestos a producir y vender, si todo lo demás permanece constante.”¹³⁴ En otras palabras, es aquella relación entre la cantidad que un productor está dispuesto a producir a un determinado precio, si las circunstancias no cambian. A continuación, se toma como ejemplo a un productor ficticio en un mercado de hamburguesas:

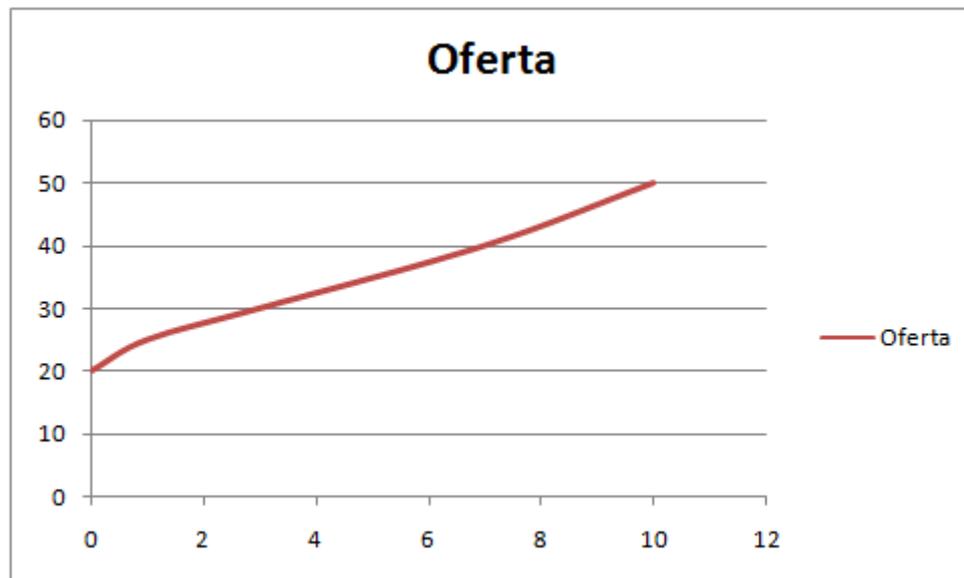
Tabla 1: Tabla de la oferta	
Hamburguesas	
Cantidad	Precio
0	<\$25
1	\$25
3	\$30
7	\$40
10	\$50

Como se puede observar, el productor ficticio de la Tabla 1, no estaría dispuesto a producir ninguna hamburguesa a un precio de <\$25 pesos, pero

¹³⁴*Ibidem*, p. 50.

estaría dispuesto a producir una hamburguesa si su precio de mercado fuera \$25 pesos, tres hamburguesas si su precio de mercado fuera \$30 pesos, siete hamburguesas si su precio de mercado fuera \$40 pesos y, diez hamburguesas si su precio de mercado fuera \$50 pesos.

Entonces, la relación cantidad-precio de la Tabla 1, representada de manera gráfica, mostraría la *curva de la oferta* como sigue:



Como se observa, la gráfica anterior representa la curva de la oferta de un productor de manera individual. Si se quiere obtener la curva de la oferta de un mercado determinado, se deben sumar las curvas individuales de la oferta de cada uno de los productores, pero lo anterior excede el alcance del presente trabajo, por lo cual no se procederá a profundizar en ello.

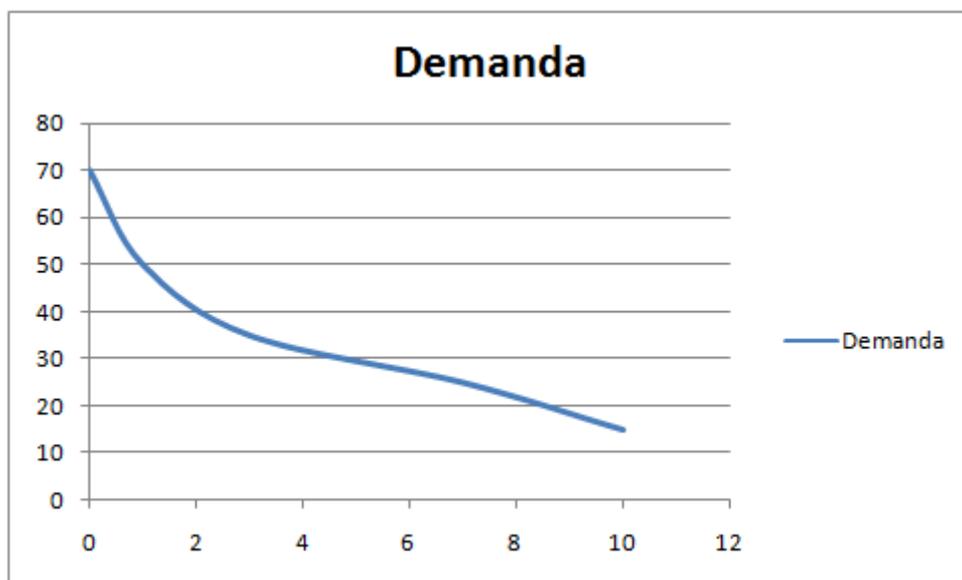
c) Curva de la demanda

Ahora bien, la *curva de la demanda* es similar a la curva de la oferta, en el sentido de que también es una relación cantidad-precio, y se ha definido como la “[...] relación entre el precio y la cantidad comprada [...]”¹³⁵ Esto es, se trata de la cantidad que está dispuesta a comprar un consumidor a un precio dado, si las condiciones que lo rodean no varían. Para ejemplificar, se toma el mismo mercado de hamburguesas de la tabla 1:

¹³⁵*Ibidem*, p. 47.

Tabla 2: Tabla de la demanda	
Hamburguesas	
Cantidad	Precio
0	>\$50
1	\$50
3	\$35
7	\$25
10	\$15

La representación gráfica de los datos de la Tabla 2 es la *curva de la demanda* de un consumidor individual en este mercado ficticio de hamburguesas, y se vería como sigue:

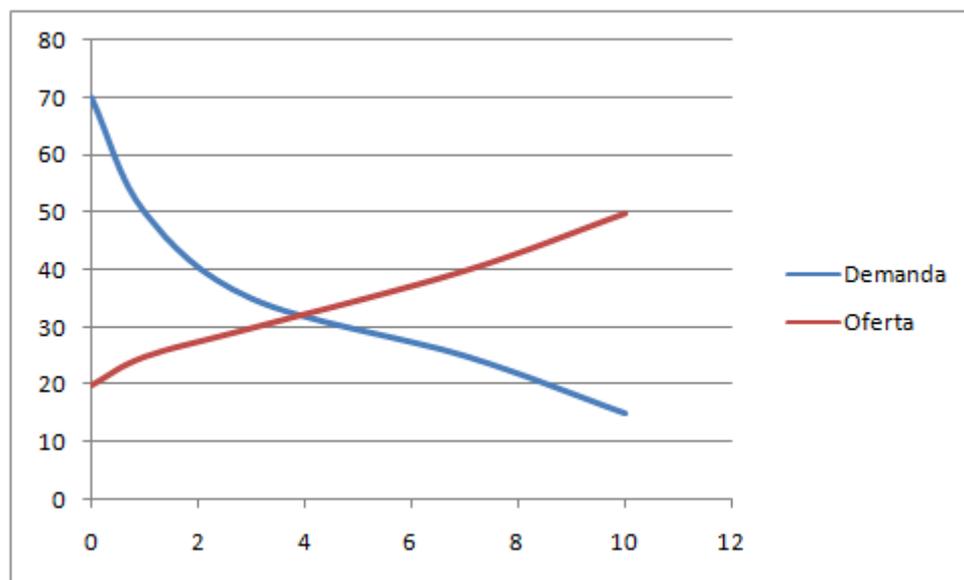


La anterior curva, representa la demanda de un consumidor individual, si se quiere conocer la demanda total de un producto en un mercado determinado, simplemente se deben sumar todas las curvas de la demanda de dicho producto. En el presente caso no es necesario, puesto que con lo anterior se cumple con el objetivo buscado.

De lo anterior, se desprende que los intereses de los consumidores y los productores son distintos. Por un lado, el productor quiere vender la mayor cantidad posible de hamburguesas al precio más alto posible; mientras que el consumidor, quiere comprar la mayor cantidad de hamburguesas al precio más bajo.

d) Punto de equilibrio

Como los intereses de ambos participantes en el mercado son contrarios, se debe de llegar a lo que la doctrina económica denomina *punto de equilibrio*, consistente en el precio en el cual “[...] la cantidad demandada es igual a la ofrecida [...]”,¹³⁶ que se representa en la intersección de las curvas de la oferta y de la demanda, como se muestra a continuación:



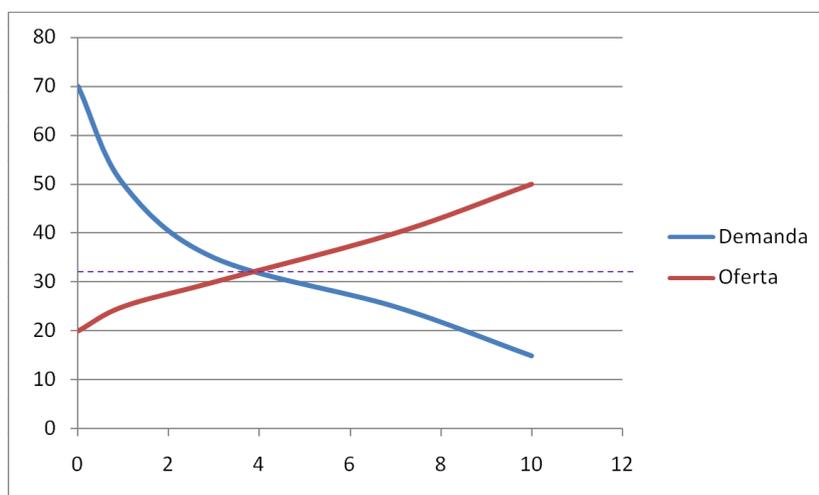
¹³⁶ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

De esta manera, en el mercado ficticio de hamburguesas, el punto de equilibrio sería de aproximadamente \$31 pesos, por una cantidad de cuatro hamburguesas.

e) El bienestar

La gráfica anterior es relevante para entender mejor el concepto de *bienestar o excedente* en el ámbito de la economía y la competencia económica. Dicho bienestar se suele clasificar de distintas maneras.

En primer lugar, se habla de un *bienestar del consumidor*, el cual se entiende como “[...] la cantidad que un comprador está dispuesto a pagar por un bien menos la cantidad que efectivamente paga [...]”¹³⁷ En otras palabras, es la cantidad de dinero sobrante del presupuesto del consumidor destinado a un bien o servicio, tras consumirlo. Dicho bienestar, se puede representar en la gráfica del punto de equilibrio de la oferta y demanda, de la siguiente manera:



En este sentido, en la gráfica, *el bienestar del consumidor* es el área que se encuentra por debajo de la curva de la demanda y por encima de la línea del punto de equilibrio (línea punteada).

Por otro lado, el *bienestar del productor* es “[...] la cantidad de dinero que recibe el vendedor por el bien menos el costo en el que incurre para proveerlo

¹³⁷MANKIW, Gregory, *Principios de economía*, citado por RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Ricardo, *Manual de derecho económico*, México, FCE, 2018, p. 24.

[...]”¹³⁸ En otras palabras, es la utilidad que obtiene el productor tras vender sus productos o servicios.

En este caso, *el bienestar del productor* se representa como el área que se encuentra por encima de la línea punteada (punto de equilibrio), y por debajo de la curva de la oferta.

Por último, el *bienestar total o social*, es la suma del bienestar del consumidor y del productor.

3. Objetivos de la política de competencia

Para poder comprender este apartado es atinado brindar alguna definición de lo que es la *política de competencia* y posteriormente profundizar en los objetivos que debe buscar.

Se ha definido a la *política de competencia* como “el conjunto de políticas y leyes que aseguran que la competencia en el mercado no se limite a tal grado que reduzca el bienestar económico”.¹³⁹

Ahora bien, existe gran discusión respecto hacia dónde debe de apuntar la política de competencia económica. Al respecto existen tres posturas distintas: i) mejorar el bienestar del consumidor; ii) mejorar el bienestar del productor, y iii) mejorar el bienestar total.

En el caso mexicano, la política de competencia debe apuntar hacia la maximización del bienestar social, pero enfatizando en el bienestar del consumidor.¹⁴⁰ Sin embargo, lo anterior sigue en discusión.

¹³⁸*Idem.*

¹³⁹MOTTA, Massimo, *Política de competencia. Teoría y práctica*, Trad. de Javier Núñez Melgoza, México, FCE-COFECE-UNAM-CIDE, 2018, p. 59.

¹⁴⁰RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico, op. cit.*, p. 24.

Capítulo IV

Conceptos fundamentales de la competencia económica. Parte general

El capítulo que antecede introdujo varios temas relativos a la competencia económica. Se presentaron algunas definiciones de competencia económica y se abordaron los objetivos que comúnmente persigue una política de competencia. En el presente capítulo se introducirán conceptos nuevos, considerados por la doctrina como fundamentales de la materia.

1. Agente Económico

Se comenzará explicando el concepto que ha sido considerado más importante por la doctrina jurídico-económica: *agente económico*. Es importante recalcar que dicho concepto no tiene una definición general o única. Ha sido definido por legisladores y doctrinarios e interpretado por jueces, como se muestra a continuación.

No es secreto que los múltiples intentos de definición, a lo largo de la existencia de la disciplina en estudio, han sido tautológicos y aún no se ha logrado una definición general de lo que es un agente económico. El concepto sigue siendo relativamente nuevo en el mundo de la competencia, por ello la definición de éste sigue en discusión e interpretación.

A lo largo de estos intentos de entendimiento y definición, por ejemplo, se ha discutido si debe definirse por verbo o por sujeto, o si la definición debe conducirse por un “hacer” o por un “ser”.¹⁴¹

¹⁴¹GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, *op. cit.*, pp. 155 y 156. Por lo regular, cuando se intenta definir “agente económico” se habla de una participación en la economía, por lo que vale la pena detenerse y recordar qué es la economía. Los Premios Nobel, Samuelson y Nordhaus, señalan que la economía es “...el estudio de la manera en que las sociedades utilizan los recursos escasos para producir mercancías valiosas y distribuirlas entre los distintos individuos.” *Cfr.* SAMUELSON Y NORDHAUS, *Economía*, *op. cit.*, p. 4. También se ha dicho que la economía estudia la manera en que decidimos qué, cómo y para quién producir

La Unión Europea, mediante jurisprudencia, ha definido el concepto de “empresa”, que es análogo al de agente económico en su legislación, de la siguiente manera: “La noción de empresa comprende toda entidad que ejerce una actividad económica, independientemente del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiamiento, y constituye una actividad económica toda la actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado.”¹⁴² Como se puede observar, la Unión Europea define el concepto en cuestión, a partir de un “hacer”.

Por su parte, Estados Unidos ha establecido en la *Sherman Act* y la *Clayton Act* que las disposiciones de competencia económica serán aplicables a todas las personas, término que incluye “...a las corporaciones y asociaciones que existen bajo, o están autorizadas por, las leyes, ya sean de los Estados Unidos, las leyes de cualquiera de sus territorios, las leyes de cualquiera de sus estados, o las leyes de cualquier otro país”.¹⁴³ Por lo tanto, queda claro el amplio margen de aplicación subjetiva de la normativa de competencia estadounidense pues, prácticamente señala que le será aplicable a todas las personas, sean físicas o morales.

Por otro lado, desde el punto de vista académico, se ha seguido la experiencia internacional y se ha entendido por “agente económico” “[...]

bienes y servicios, tomando en consideración los recursos limitados que tenemos. *Cfr.* BUENFIL LEAL, Rubén, *Competencia económica y comercio internacional*, México, Tirant lo Blanch, 2021, p. 23.

¹⁴² Caso T-128/98, *Aéroports de Paris*; Caso C-41/90, *Höfner*. *Cfr.* GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, *op. cit.*, p. 157.

¹⁴³ 15 U.S.C. § 1 de la *Sherman Act* y 15 U.S.C. § 12 de la *Clayton Act*. El texto original dice lo siguiente: *That the word “person”, or “persons”, wherever used in this act shall be deemed to include corporations and associations existing under or authorized by the laws of either the United States, the laws of any of the Territories, the laws of any State, or the laws of any foreign country.* La traducción es propia.

cualquier entidad que produce, consume, comercializa, o participa de alguna manera en la economía.”¹⁴⁴

Se puede observar que, aunque no existe un consenso sobre cómo definir este concepto, se ha intentado seguir la misma línea al definirlo de una manera amplia y general. Continuando con el desarrollo de este capítulo se abordará ahora el concepto de *monopolio*.

2. Monopolio

El *monopolio*¹⁴⁵ es una estructura de mercado, donde la competencia es imperfecta¹⁴⁶ y hay únicamente un oferente de un producto. Además, alrededor de dicho oferente no oscilan sustitutos cercanos y, el producto o servicio, es demandado por varios consumidores.¹⁴⁷ Desde el punto de vista económico, el monopolio es cuando hay un solo vendedor con control total sobre la industria.¹⁴⁸

Como el monopolio es el polo opuesto de la competencia perfecta, merece hacerse la distinción entre la *competencia perfecta* y la *competencia imperfecta*. Desde la teoría económica, la competencia perfecta es “[...] un mundo de *compañías atomizadas precio-aceptantes*.”¹⁴⁹ La firma de un mercado perfectamente competido vende productos homogéneos, es decir, idénticos a los que venden sus competidores directos.¹⁵⁰

¹⁴⁴BUENFIL, *Competencia económica...*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁵ La palabra *monopolio* viene de las palabras *mono*, que significa uno y *polista*, que significa vendedor. *Cfr.* GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, *op. cit.* p. 62.

¹⁴⁶ Al igual que en el oligopolio y la competencia monopolística. *Cfr.* SAMUELSON Y NORDHAUS, *Economía*, *op. cit.*, p. 176.

¹⁴⁷RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, *op. cit.* p. 27.

¹⁴⁸SAMUELSON Y NORDHAUS, *Economía*, *op. cit.*, p. 177.

¹⁴⁹*Ibidem*, p. 154.

¹⁵⁰*Idem*.

En otras palabras, un agente económico participa en un mercado perfectamente competido cuando el precio de su producto es igual a su costo de producción, de tal manera que la ganancia obtenida de la venta es simplemente para no perder la inversión y seguir dentro del mercado.¹⁵¹

Una situación de competencia perfecta se da cuando determinado mercado está perfectamente dividido entre todos los oferentes y, éstos, a su vez, no encuentran barreras a la entrada¹⁵² o salida, generando un abasto uniforme. Por lo que hace al lado de la demanda, los consumidores son meramente tomadores de precios, ya que no incurren en costos de transacción y no hay *externalidades*¹⁵³ de ningún tipo.¹⁵⁴ Este modelo en circunstancias reales no existe, es meramente teórico.

Para determinar la existencia de una competencia perfecta deben concurrir los siguientes criterios:¹⁵⁵

1. Existen muchas empresas pequeñas, mismas que producen productos homogéneos, idénticos y son demasiado pequeñas para afectar el precio de mercado. Es decir, hay un elevado número de oferentes y demandantes con capacidad y voluntad.

¹⁵¹GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, *op. cit.* p. 57.

¹⁵² Cualquier factor que le dificulte a las nuevas compañías entrar a una industria. Pueden ser, por ejemplo, las economías de escala, las limitaciones legales o el elevado costo de la entrada. *Cfr.* SAMUELSON Y NORDHAUS, *Economía*, *op.cit.*, p. 181.

¹⁵³ Constituyen una falla de mercado y surgen “[...] cuando algunos de los efectos secundarios de la producción o del consumo no se incluyen en los precios de mercado.” En otras palabras, se presentan “[...] cuando las empresas o las personas imponen costos o beneficios sobre otros fuera del mercado.” *Cfr.* SAMUELSON Y NORDHAUS, *Economía*, *op. cit.* p. 35 y 168.

¹⁵⁴GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, *op. cit.* p. 57.

¹⁵⁵BUENFIL, *Competencia económica...*, *op. cit.*, p. 34; y SAMUELSON Y NORDHAUS, *Economía*, *op. cit.*, pp.155 y 188.

2. Los competidores perfectos se enfrentan a una curva de la demanda totalmente horizontal.
3. El mercado carece de barreras a la entrada o salida.
4. El precio es igual al ingreso promedio y al ingreso marginal.
5. Los factores de la producción tienen una perfecta movilidad.
6. Los consumidores cuentan con información perfecta.
7. No hay costos de transacción.
8. El abasto es uniforme.
9. El ingreso adicional que se obtiene de cada unidad extra que se vende es, por tanto, el precio de mercado.

En el lado opuesto se halla la *competencia imperfecta*, donde los oferentes de una determinada industria controlan, en cierta medida, el precio de su abasto, es decir, pueden fijar el precio sobre un margen.¹⁵⁶ Desde el punto de vista de la teoría económica, la competencia imperfecta es una falla de mercado que se da cuando una empresa tiene poder de mercado en un mercado específico y, por lo tanto, puede elevar el precio de su producto por encima de su costo marginal.¹⁵⁷

De esta manera, “[l]a competencia imperfecta prevalece en una industria siempre que los vendedores individuales tengan alguna medida de control sobre el precio de su producción”.¹⁵⁸

Por lo que hace a la curva de la demanda, el jugador de un mercado con competencia imperfecta se enfrenta a una curva de demanda con pendiente negativa, por lo que tiene un margen dentro del cual puede jugar con el precio o el abasto, lo que le permite incrementar de manera artificial sus ingresos.¹⁵⁹

Respecto a la elasticidad de la demanda, el competidor del mercado perfectamente competido tiene una demanda perfectamente elástica, misma de la que carece el competidor del mercado imperfectamente competido, lo que

¹⁵⁶GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, *op. cit.*, p. 62.

¹⁵⁷SAMUELSON Y NORDHAUS, *Economía*, *op. cit.*, p. 168.

¹⁵⁸*Ibidem*, p. 176.

¹⁵⁹GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, *op. cit.*, p. 61.

quiere decir que, si el competidor del primer mercado intenta subir su precio, perderá clientes. Esta situación no le sucede al competidor del segundo mercado, pues éste puede jugar con las circunstancias y manipular los precios sin perder ventas.¹⁶⁰

Una vez dicho esto, se podrá entender que un monopolio es el más extremo de los escenarios de un mercado con competencia imperfecta, ya que implica que un único agente económico controla completamente la industria.¹⁶¹ Aunque no siempre es malo un monopolio, generalmente provoca una pérdida irreparable de la eficiencia; es decir, se pierde de manera neta el bienestar económico,¹⁶² aunado a lo anterior se tendrá pérdida de inversión de competidores y pérdida de innovación.¹⁶³ Se crea una pérdida social irreparable.

A continuación, se abordan los tipos de monopolios.

a) Monopolio natural

El monopolio natural se da cuando la eficiencia apunta a que es mejor que una única empresa tenga el control de la industria. Sin embargo, la justificación de estos monopolios ha sido debatible.

Por un lado, se ha hecho una severa crítica a esta aseveración a raíz del pensamiento moderno, que sugiere olvidar ese concepto, con base en argumentos que sostienen que el concepto ha dejado de tener una verdadera utilidad y que fue creado meramente para proteger a grupos de interés sustanciales que querían justificar su propiedad. Se ha dicho que el monopolio natural realmente no representa una eficiencia en la economía y que no representa más una relevancia en la política económica actual, por lo que debe dejar de utilizarse.¹⁶⁴

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 62.-

¹⁶¹ *Idem*.

¹⁶² SAMUELSON Y NORDHAUS, *Economía, op. cit.*, pp. 207 y 208.

¹⁶³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia, op. cit.*, pp.66-70.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 75.

Lo anterior encuentra soporte en que es mejor seguir velando por la apertura de mercados para no condenar a la pérdida de oportunidades de crecimiento a los agentes económicos que desean entrar al mercado a ofertar, ni al consumidor a productos de calidad mejorable a precios altos.¹⁶⁵

Pero, por otro lado, hay quienes siguen protegiendo su existencia, tras argumentar justificaciones en términos de eficiencia económica,¹⁶⁶ dado que, de acuerdo con esta corriente de pensamiento, es mejor que los altos *costos fijos*¹⁶⁷ o la alta inversión en tecnología se absorban por una sola empresa. De acuerdo con este pensamiento, si existieran dos o más empresas, los consumidores pagarían precios más altos al sostener los altos costos de las dos empresas, por lo que no es viable.¹⁶⁸ Esto sigue siendo cuestionable.

Esta corriente lo plantea de la siguiente manera, los costos fijos y la inversión en tecnología son tan altas que, en ocasiones, es mejor que una sola empresa los absorba, ya que, si tuviera que rivalizar, perdería clientes y para seguirse manteniendo en el mercado y recuperar sus costos e inversión, tendría que elevar sus precios.¹⁶⁹

En conclusión, para que un monopolio natural exista la industria debe tener altos costos de capital en infraestructura o economías de escala significativas en relación con el tamaño del mercado.¹⁷⁰

b) Monopolio artificial

¹⁶⁵ *Idem.*

¹⁶⁶ Se da cuando no existe reorganización posible de la producción que pueda mejorar el bienestar de una persona sin empeorar el de alguna otra. *Cfr. SAMUELSON Y NORDHAUS, Economía, op. cit., p.164.*

¹⁶⁷ Aquellos que la empresa debe pagar incluso si su producción es igual a cero. *Cfr. SAMUELSON Y NORDHAUS, Economía, op. cit., p.130.*

¹⁶⁸ BUENFIL, *Competencia económica...*, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 40.

¹⁷⁰ *Idem.*

Por el lado contrario al monopolio natural se tiene al monopolio artificial, que genera ineficiencia económica en forma de pérdidas sociales netas. Cuando existe un monopolio artificial, el monopolista se vale de algún medio para impedir que haya competencia. Dicho monopolista no es productivamente más eficiente, sino que con su actuar evita la entrada o desplaza a sus competidores utilizando violencia, exceso de oferta, imponiendo barreras a la entrada o generando escasez artificial.¹⁷¹

c) Monopolio legal

Finalmente, se tiene a los monopolios legales que son aquellos que están respaldados por un instrumento jurídico que les permite actuar legítimamente como monopolio. Por ejemplo, cuando el Estado se reserva de manera exclusiva el control de ciertas industrias o la producción de ciertos bienes y servicios.¹⁷²

3. Las prácticas monopólicas

Ahora bien, se debe hacer la precisión de que existen prácticas monopólicas, que son conductas sancionadas por todas las jurisdicciones con legislación en la materia, pues son las que más dañan al proceso de libre competencia.

No deben confundirse con el monopolio, ya que como se mencionó en el apartado anterior, el monopolio es cuando hay un solo vendedor con control total sobre la industria.¹⁷³ Por su parte, los acuerdos entre competidores, o prácticas monopólicas, son conductas que se llevan a cabo por uno o varios agentes económicos con el fin de obtener beneficios indebidos y, el objeto o efecto, de dañar los procesos de libre competencia y competencia.¹⁷⁴

Existen dos tipos de prácticas monopólicas: i) las que son sancionables *per se* y, ii) las que son sancionables bajo *la regla de la razón*. A continuación, se estudia cada una de ellas de manera general.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 42.

¹⁷² *Ibidem*, p. 46.

¹⁷³ SAMUELSON Y NORDHAUS, *Economía, op. cit.*, p. 177.

¹⁷⁴ BUENFIL, *Competencia económica...*, *op. cit.*, p. 87.

A. Prácticas colusorias

Las prácticas colusorias tienen diversas denominaciones dentro del mundo de la competencia, algunas de las cuales son: cárteles económicos, prácticas monopólicas absolutas, o acuerdos colusivos horizontales, *et sit cetera*. A lo largo del cuerpo del texto se utilizarán de manera indistinta. Una vez aclarado lo anterior, se brindarán algunas definiciones de lo que debe entenderse por una práctica colusoria horizontal.

De conformidad con el derecho de la competencia económica estadounidense (*antitrust law*), se ha establecido que una colusión es un acuerdo, tácito o explícito, entre competidores horizontales para suprimir la competencia al coordinar sus precios y cantidades. Dada la intención de las empresas que participan en este tipo de acuerdos, dichas prácticas son sancionadas *per se* en Estados Unidos, Japón, México y prácticamente todas las jurisdicciones con regulación de competencia económica.¹⁷⁵

Por ejemplo, la Sección 1 de la *Sherman Act* estadounidense establece que son ilegales *per se* las prácticas consistentes en cualquier contrato, combinación o concertación que restrinja el comercio entre los distintos estados o países.¹⁷⁶

Por su parte, el artículo 101(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea señala que los acuerdos colusorios son aquellos que afectan al comercio entre los Estados Miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la libre competencia. En principio, este tipo de conductas se presumen ilegales *per se*, no obstante, actualmente dicha presunción es *iuris tantum*, ya que admite prueba en contrario, de conformidad con el artículo 101(3) del tratado antes mencionado.

Sin embargo, mediante jurisprudencia, en la Unión Europea se ha determinado que basta con que una empresa o firma se presente a una reunión

¹⁷⁵BLAIR, Roger D., y SOKOL, D. Daniel eds., *International antitrust economics*, vol. 2, Nueva York, Oxford University Press, 2015, p. 415.

¹⁷⁶*Idem*.

con un objeto anticompetitivo para establecer que tuvo participación en el cártel, salvo que se haya distanciado públicamente de dicha conducta.¹⁷⁷

Por lo regular estas prácticas consisten en conductas como la fijación de precios, la restricción de la producción o las ventas, la segmentación del mercado o los clientes o la concertación de posturas en las licitaciones¹⁷⁸ y son nulas de pleno derecho, por lo que no producen efectos jurídicos.¹⁷⁹

1) Regla *per se*

La regla *per se*, se refiere a que las prácticas colusorias u oligopolios colusivos, como se conocen en la doctrina económica, en la mayoría de las jurisdicciones son ilegales *per se*, debido a la intención que tienen las empresas que participan en los acuerdos, de dañar los procesos de competencia y libre concurrencia para maximizar sus utilidades conjuntas al cobrar precios monopólicos en detrimento del bienestar del consumidor.¹⁸⁰

En otras palabras, los tribunales estadounidenses han determinado que ciertas clases de comportamiento no tienen excusas que puedan justificar la acción, y que deben ser declaradas ilegales *per se*. La clase más importante de este tipo de conductas son los acuerdos para fijar precios. Ni siquiera los críticos más severos de la política antimonopolio han encontrado un punto a favor de la fijación de precios.¹⁸¹

En conclusión, las prácticas monopólicas absolutas son las más perjudiciales que existen en los mercados, dado el comportamiento monopolista que gana la empresa, mismo que causa una pérdida social neta, pues priva a los

¹⁷⁷ T-23/99 LR AF 1998 v Commission. Cfr. WEISHAAR, Stefan E., *Cartels, Competition and Public Procurement. Law and Economics Approaches to Bid Rigging*, Massachusetts, 2013, p. 68

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 70.

¹⁷⁹ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico, op. cit.*, p. 36.

¹⁸⁰ SAMUELSON Y NORDHAUS, *Economía, op. cit.*, pp. 198 y 199.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 211.

consumidores de los beneficios de un mercado competido como precios más bajos o productos de mejor calidad.¹⁸²

2) Objeto o efecto

Cuando se sancionan las prácticas monopólicas, se sanciona tanto la intención como el resultado de dañar los procesos de libre competencia y concurrencia, y esto se conoce como el objeto o efecto. El objeto implica que el acuerdo en cuestión se haya celebrado con la finalidad, entre otras, de fijar precios o restringir el abasto.¹⁸³ Por su parte, el efecto significa que, a pesar de que el acuerdo no prevea esa finalidad, el efecto en el mercado sea, de hecho, la conducta anticompetitiva.¹⁸⁴

B. Prácticas exclusionarias

Al igual que las prácticas colusorias, estas tienen diversas denominaciones, entre las que se encuentran: prácticas de abuso de dominancia, prácticas monopólicas relativas o acuerdos verticales. Este tipo de acuerdos son aquellos que se dan entre empresas que operan en diferentes etapas del proceso productivo y, por lo regular, mejoran la eficiencia, pero si los involucrados tienen un considerable poder de mercado, la conducta podría traer problemas a la competencia.¹⁸⁵ A diferencia de las anteriores, éstas no son sancionadas *per se*, sino bajo *la regla de la razón*.¹⁸⁶

Para calificar dentro de este tipo de acuerdos es fundamental que las empresas operen en diferentes niveles de la cadena de producción de un mismo conjunto de bienes o servicios, es decir, no deben ser competidoras

¹⁸²BUENFIL, *Competencia económica...*, *op. cit.*, pp. 87 y 88.

¹⁸³RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁸⁴*Ibidem*, pp. 36 y 37.

¹⁸⁵MOTTA, MASSIMO, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 30.

¹⁸⁶ Se abordará más adelante.

entre sí.¹⁸⁷ Como se mencionó anteriormente, también se les conoce como prácticas de abuso de dominancia, pues lo que las autoridades castigan en estos casos es la explotación abusiva de la posición dominante por una o varias firmas en un mercado común, en la medida en que pueda afectar el comercio.¹⁸⁸

1) Regla *de la razón*

Cuando un caso llega ante una corte o una autoridad de competencia, la autoridad analizará los acuerdos, bajo las leyes de competencia, aplicando comúnmente dos reglas, la *per se*, que ya ha sido abordada, cuando la conducta es ilegal de pleno derecho y, la *regla de la razón* en el caso de prácticas exclusionarias y de las concentraciones.¹⁸⁹

Ambas reglas son herramientas con las que cuentan las autoridades para sancionar, la primera fue utilizada durante gran parte del siglo XX por los Tribunales antimonopolio, mientras que la segunda empezó a utilizarse hasta 1977, con el caso *Continental T.V. vGTE Sylvania*, donde comenzó a aplicarse la regla de la razón.¹⁹⁰ En pocas palabras, la regla de la razón es una herramienta que permite a los Tribunales equilibrar los efectos anticompetitivos frente a las justificaciones pro competitivas de una conducta.¹⁹¹

2) Objeto o efecto

El objeto o efecto ya fueron abordados en la sección anterior, por lo que sólo se hará la precisión de que en estas conductas no se busca maximizar las utilidades al fijar los precios o concertar las posturas en licitaciones, sino que

¹⁸⁷COLINO, Sandra Marco, *Vertical Agreements and Competition Law. A Comparative Study of the EU and US Regimes*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 1.

¹⁸⁸MOTTA, MASSIMO, *Competition Policy: Theory and Practice*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁸⁹CARRIER, Michael A., "The four-Step Rule of Reason", en *Antitrust Law Journal*, Chicago, vol. 33, No. 2, primavera de 2019, p.1.

¹⁹⁰*Idem*.

¹⁹¹*Ibidem*, p. 2.

buscan desplazar a sus competidores, impedirles la entrada a nuevos agentes o establecer ventajas exclusivas en favor de unos cuantos.¹⁹²

Los objetos o efectos de estas prácticas no son tan castigados como los de las horizontales, pues podría ser que la conducta esté generando ganancias en eficiencia, ya que en ocasiones puede ser, por ejemplo, deseable sacar competidores ineficientes del mercado o que, derivado de dichas prácticas, se estén introduciendo nuevos bienes o servicios, trayendo innovación y eficiencia al mercado relevante.

3) Mercado relevante

Bajo esta tesitura se tiene otro elemento fundamental en el análisis de las prácticas de abuso de dominancia: el *mercado relevante*. El mercado relevante es la herramienta que se utiliza para evaluar el poder de mercado del agente económico y el impacto que las prácticas monopólicas relativas y las concentraciones tienen sobre la competencia.¹⁹³

El concepto es de suma relevancia dado que, una vez determinada la existencia, o no, de poder sustancial en dicho mercado, es donde se determinará si existe o no responsabilidad por la comisión de una práctica monopólica relativa o una concentración ilícita. En el caso de concentraciones notificables, tras el análisis de los efectos en el mercado relevante, se determina si la concentración debe o no autorizarse.¹⁹⁴

Este mercado relevante es el conjunto de productos o servicios que ejercen presión competitiva entre sí, es decir, que son susceptibles de intercambiarse unos por otros, en un espacio geográfico donde las condiciones de competencia son homogéneas. De esta manera se dice que el mercado

¹⁹²BUENFIL, *Competencia económica...*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁹³WEI Huang y GUIZHEN, Han, "Relevant Market Definition and Market Dominance Identification", en *CPI Journal*, vol. 11, No. 1, primavera/otoño 2015, p. 2.

¹⁹⁴RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

relevante tiene dos dimensiones, una *dimensión geográfica* y una *dimensión producto*.¹⁹⁵

4) Poder sustancial

Por otra parte, el concepto de poder sustancial suele ser confundido o utilizado de manera indistinta con el de poder de mercado, sin embargo, significan dos cosas distintas. Por su parte, el poder de mercado, desde la perspectiva económica, es el grado en que una única empresa, o un pequeño número de ellas, controlan las decisiones de precios y producción en la industria.¹⁹⁶ Massimo Motta lo define como la capacidad de un agente económico para fijar sus precios por encima de un nivel competitivo, de manera rentable,¹⁹⁷ por ende, todos los agentes tienen cierto *poder de mercado*.

Hechas las precisiones anteriores, se puede decir que el *poder sustancial*¹⁹⁸ es cuando un agente económico tiene un gran poder de mercado o que es una empresa dominante en el mercado relevante. Esta dominancia se calcula regularmente con el *Índice de Herfindahl Hirschman (IHH)*.¹⁹⁹

4. Concentraciones

Dentro del ámbito de las concentraciones, a nivel internacional existen diferentes denominaciones que suelen usarse en ocasiones de manera indistinta, para llamar a todas esas transacciones entre empresas, sin

¹⁹⁵REYES FABELA, Óscar, “¿Qué es una práctica Monopólica Relativa? Parte II, en *Hablemos de Competencia*, 25 de junio 2020, <https://www.hablemosdecompetencia.com/post/qu%C3%A9-es-una-pr%C3%A1ctica-monop%C3%B3lica-relativa-parte-ii>

¹⁹⁶SAMUELSON Y NORDHAUS, *Economía*, *op.cit.*, p. 196.

¹⁹⁷MOTTA, MASSIMO, *Competition Policy: Theory and Practice*, *op. cit.*, p.2.

¹⁹⁸ Preponderancia en el caso de los sectores de radiodifusión y telecomunicación. Cfr. RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁹⁹SAMUELSON Y NORDHAUS, *Economía*, *op.cit.*, p. 196.

embargo, cada una de ellas tiene sus características. A continuación, se muestra cada una de ellas.

- I. Concentraciones o fusiones. Una concentración o fusión es fundamentalmente la combinación de dos o más compañías en la que resulta una sola entidad. En este tipo de transacciones, por lo regular, las firmas son del mismo tamaño.²⁰⁰ En otras palabras, una concentración se da cuando un negocio se une con dos o más firmas, o dichas firmas unen sus activos, que, previo a la operación eran independientes y posterior a la operación forman parte del mismo propietario o de la misma sociedad controladora.²⁰¹
- II. Consolidación. Una consolidación es, por otra parte, una combinación de más de una compañía, pero a diferencia de la anterior, en esta transacción se crea una nueva empresa.²⁰² En este tipo de transacción los accionistas de cada una de las firmas se convertirán en los accionistas de la nueva firma, ya que las empresas que buscan invertir y crear una nueva empresa, desaparecen.²⁰³

Ahora bien, pese a estas diferencias, los términos suelen intercambiarse de manera indistinta, de hecho, cuando dos firmas de casi el mismo tamaño buscan concentrarse, el término adecuado podría ser “consolidación”, pero cuando las empresas son unas mucho más grandes o pequeñas que las otras, lo apropiado sería “concentración”.

A pesar de lo anterior, en la práctica estas diferencias no suelen ser muy claras, y el término concentración termina siendo el más utilizado, sea que la

²⁰⁰PIGNATARO, Paul, *Mergers, acquisitions, divestitures and Other Restructurings. A Practical Guide to Investment Banking and Private Equity*, New Jersey, John Wiley & Sons, Inc., 2015, p. 4.

²⁰¹GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, *op. cit.*, p. 588.

²⁰²PIGNATARO, *Mergers, acquisitions...op. cit.*, p. 4.

²⁰³GAUGHAN, Patrick A., *Mergers, Acquisitions & Corporate Restructurings*, 7ma ed., New Jersey, John Wiley & Sons, Inc., 2018, pp. 11 y 13.

operación se busque llevar a cabo entre firmas de la misma talla o de tamaño muy diferente.²⁰⁴

- III. Adquisición. Una adquisición es la compra de una empresa, entidades o activos. Aunque suelen usarse como homólogos, en las adquisiciones es común que la empresa adquirente sea mucho más grande que los activos o la otra compañía. Existen diversas categorías de adquisiciones, sin embargo, para el caso no es relevante abordar cada una de ellas, solo se enunciarán.²⁰⁵
- a. Adquisición de activos.
 - b. Adquisición de capital.
 - c. Compra apalancada.
 - d. Compra por parte de la dirección.
 - e. Adquisición amistosa.
 - f. Adquisición hostil.

Dicho lo anterior, es atinado señalar que al igual que en las prácticas monopólicas, existen diferentes tipos de concentraciones, adquisiciones, fusiones o consolidaciones. Existen las horizontales, las verticales y los conglomerados. Las horizontales se dan cuando la transacción es entre empresas de la misma industria, es decir, competidores. Este tipo de transacciones pueden potencialmente aumentar el poder de mercado de la firma más grande.²⁰⁶

Por su parte, las verticales son aquellas que se dan entre firmas que operan en diferentes niveles de la cadena de suministro. Regularmente, a diferencia de las anteriores, en estas transacciones se benefician ambas compañías.²⁰⁷

Finalmente se encuentran los conglomerados, que se dan cuando se lleva a cabo una transacción entre dos o más entidades que básicamente no

²⁰⁴GAUGHAN, *Mergers, acquisitions & Corporate Restructurings*, op. cit., p. 13.

²⁰⁵PIGNATARO, *Mergers, acquisitions...op. cit.*, p. 4.

²⁰⁶*Idem*, y GAUGHAN, *Mergers, acquisitions & Corporate Restructurings*, op. cit. pp. 13 y 14.

²⁰⁷PIGNATARO, *Mergers, acquisitions...op. cit.*, p. 4.

comparten ninguna actividad comercial. De esta clasificación surgen dos tipos, conglomerados puros y conglomerados mixtos. Los conglomerados puros son aquellos que involucran a compañías que no tiene ninguna relación comercial, los mixtos involucran a empresas que buscan ampliar sus productos o mercados.²⁰⁸

Alrededor de estas transacciones también se encuentran las desinversiones, que son la venta de la participación en una entidad comercial, un activo o grupo de activos. Esta desinversión se clasifica en tres rangos, el primero de ellos es la *asset divestiture*, que es la venta de activos, el segundo el *spin-off*, que es la separación de una empresa matriz en varias entidades separadas entre las cuales se distribuyen las acciones de esa entidad a sus accionistas en forma de dividendos y el *equity carve out*, que se da cuando una empresa matriz vende al público un porcentaje del capital de una filial.²⁰⁹

Pese a que algunos doctrinarios han dicho que las adquisiciones de las potenciales firmas o firmas nacientes, provoca solamente preocupaciones inherentemente competitivas,²¹⁰ también es cierto que existen adquisiciones o fusiones que traen al mercado ganancias en eficiencia, pues de ahí que existan tipos de concentraciones: las prohibidas y las notificables, mismas que a su vez incluyen a las permitidas y las condicionadas.

Cuando estas transacciones superan determinados umbrales contenidos en la legislación de cada jurisdicción, deben ser notificadas a la autoridad de

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 5.

²⁰⁹ *Idem*.

²¹⁰ Pues se argumenta que, al eliminar los efectos pro competitivos de la concurrencia de nuevas firmas, una adquisición puede permitir que la empresa dominante continúe ejerciendo el monopolio y sus beneficios y que, además, se canalice la innovación que la *startup* traería al mercado en cuestión. *Cfr.* BOWMAN, Sam, *et. al.*, "Technology Mergers and the Market for Corporate Control", en *Truth on the Market*, 10 de agosto de 2021, <https://truthonthemarket.com/2021/08/10/technology-mergers-and-the-market-for-corporate-control/>

competencia, misma que se encargará de determinar si la operación debe autorizarse, autorizarse bajo determinadas condiciones o si no debe autorizarse.

Para finalizar, se hará un breve pasaje histórico de las concentraciones. Este tipo de transacciones han tenido varias oleadas, la primera de ellas se dio luego de la depresión de 1883, la cual alcanzó su pico en 1898-1902 y finalizó en 1904, y se dio principalmente entre las industrias manufactureras.²¹¹

La segunda oleada se dio entre 1916-1929. El Premio Nobel George Stigler hizo un contraste entre la primera y la segunda, y señaló que la primera oleada se dio para conseguir el monopolio y la segunda resultó en un oligopolio. La tercera oleada se dio de 1965-1969 y ha sido una oleada con un nivel históricamente alto de actividad de concentraciones. La cuarta oleada se dio entre 1984-1989 y la quinta entre 1992-2001, en éstas dos se dieron grandes operaciones de tamaño similar. La quinta ola, al igual que las anteriores, llegó a su fin cuando se entró en una depresión. Finalmente, la sexta ola se dio en 2004-2007.²¹²

Como se puede observar, este tipo de operaciones han salvado a las jurisdicciones después de las crisis, puesto que constituyen transacciones que comúnmente son usadas en la banca de inversión y de capital de riesgo²¹³, por lo que no es cierto que solo generen preocupaciones por efectos anticompetitivos.

²¹¹GAUGHAN, *Mergers, Acquisitions & Corporate Restructurings*, op. cit. p. 43,

²¹²*Ibidem*, pp.43-70.

²¹³PIGNATARO, *Mergers, acquisitions...op. cit.*, p. 1.

Capítulo V

Antecedentes y marco jurídico actual de la competencia económica en México

A pesar de que doctrinarios mexicanos han aludido que el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 es el origen del derecho de la competencia, este antecedente no fue tomado en cuenta a nivel internacional, puesto que no fue aplicado de manera eficaz sino hasta más de cien años después a finales del siglo pasado, por lo que sustancialmente el derecho de la competencia económica se originó a partir del siglo XIX en los Estados Unidos con la *Sherman Act de 1890*, seguido de Canadá con la *Canadian 1889 Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, y otros países más.²¹⁴

En México, el artículo 28 de la constitución de 1857 fue la piedra angular de la competencia económica, cuyo texto fue recogido por la constitución de 1917. Dicho numeral tuvo una reforma en 1983, a través de la cual se introdujeron conceptos nuevos que a la fecha siguen regulados en la Ley de Competencia, tales como: i) la confirmación de la prohibición de monopolios y el establecimiento de la prohibición de las prácticas monopólicas, ii) el establecimiento de una obligación de crear una ley que castigue “severamente” toda concentración de los artículos de “consumo necesario” con el fin de obtener un alza en los precios, iii) los acuerdos o prácticas de los agentes económicos que pretendan evitar la competencia y la libre concurrencia o 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, y iv) finalmente, se concedió la facultad a autoridades competentes de perseguir dichas prácticas con eficacia.²¹⁵

²¹⁴MENA LABARTHE, Carloset al (coords.), *Derecho de la competencia en México*, México, Porrúa, 2015, pp. 2 y 3., y RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico, op. cit.*, pp.31 y 32.

²¹⁵MENA LABARTHE, et al (coords.), *Derecho de la competencia en México, op. cit.*, p. 3.

El primer desarrollo del derecho de la competencia en México se dio con la promulgación de la primera *Ley Federal de Competencia Económica*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992, misma que entró en vigor el 22 de junio siguiente. Recordemos que la política comercial mexicana de esa época venía de una historia donde se privilegiaba la producción doméstica y la intervención del estado en la economía, a través del modelo de sustitución de importaciones, una economía prácticamente cerrada al comercio exterior.²¹⁶

Sin embargo, el panorama cambió debido a que, durante la década de los setenta, México decidió tomar el riesgo de pedir grandes préstamos para desarrollar su industria petrolera, bajo la idea errónea de que los precios del petróleo seguirían al alza, cosa que no fue así, tras descubrimientos de yacimientos de petróleo en medio oriente.²¹⁷

A raíz de dichos descubrimientos, la oferta de petróleo aumentó, por lo que disminuyeron drásticamente los precios y los planes del gobierno mexicano se vieron mellados. Esto colocó a México en un gran estado de endeudamiento y provocó el cambio en la estrategia de desarrollo del país. Con estas nuevas circunstancias se requirió una política que permitiera incrementar las exportaciones, generando el intercambio con el extranjero para pagar la deuda externa.²¹⁸

De esta manera, la economía mexicana comenzó a abrirse durante la administración de Miguel de la Madrid y Carlos Salinas de Gortari, así, se dejó atrás la época en la que se legitimaba al Poder Ejecutivo para fijar precios y aplicar controles directos. Fue durante este tiempo de cambios en la política económica mexicana que se promulgó la primera ley de competencia económica del país.

²¹⁶LUSTIG, Nora, *Mexico: The Remaking of an Economy*, 2da ed., Washington, D.C., Brookings Institution Press, 1998, p. 5.

²¹⁷*Ibidem*, p. 3.

²¹⁸*Ibidem*, pp. 3-5.

El acto de promulgación de una Ley en materia de competencia, *per se*, es señal de un paso hacia la modernización de un país que mira y aspira al crecimiento y desarrollo económico. Es así como desde su origen, la Ley Federal de Competencia Económica de 1992 coadyuvó en la modernización económica del país, la competitividad y la promoción y fortalecimiento del comercio internacional.²¹⁹

La iniciativa de esta nueva ley, propuesta por el Ejecutivo, reflejaba el cambio de pensamiento en el sistema político económico mexicano. La exposición de motivos de esta ley señalaba que:

La idea que subyace en la iniciativa que someto a su consideración, reconoce que el funcionamiento de los mercados por sí mismos no siempre produce los mejores resultados, así como que es necesario desarrollar instrumentos de rectoría de la actividad económica más precisos, que permitan resolver los problemas en su origen, y que eviten el acaparamiento, el desabasto, y otras distorsiones que generalmente se derivan de los controles directos. Por eso es de gran importancia ampliar la gama de instrumentos con los cuales el Estado puede incidir en el funcionamiento de los mercados, mediante acciones que directamente reduzcan los costos, que eviten el abuso del poder monopólico, que eliminen barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores, que prevengan las concentraciones monopólicas, que den mayor seguridad jurídica a los particulares en el quehacer económico y que reduzcan la incertidumbre derivada de la actuación discrecional de la autoridad.

Los objetivos centrales de la iniciativa que someto a la consideración de este H.Congreso, radican en promover la eficiencia económica y evitar las prácticas monopólicas. La iniciativa, de aprobarse, protegería el proceso competitivo y la libre concurrencia de los particulares en las actividades económicas. Es precisamente el proceso constante y permanente en el

²¹⁹MENA LABARTHE, *et al* (coords.), *Derecho de la competencia en México*, *op. cit.*, p. 4.

que las empresas compiten entre sí lo que trae como resultado menores costos, mejores y nuevos productos, mayores servicios para los consumidores y menores precios. En suma, una mayor eficiencia.²²⁰

A la par del surgimiento de este cuerpo normativo en 1992, vino la creación del primer ente regulador en materia de competencia económica en México: La Comisión Federal de Competencia (COFECO). En aras de cumplir con la orientación de la nueva Ley, se creó este nuevo órgano, cuya encomienda era la observancia de la Ley, para lo cual se le confirieron atribuciones específicas.²²¹

Este nuevo ente surgió como un órgano desconcentrado de la otrora Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), pero con autonomía técnica y operativa por mandato de ley.²²² Para aclarar el panorama del porqué de todos estos cambios en esa época, es necesario abordar algunos de los diversos factores que impulsaron estos nuevos surgimientos.

Por un lado, estaban las convicciones personales de funcionarios que aspiraban y se inclinaban hacia un pensamiento económico moderno dentro del marco del surgimiento del Estado Regulador y, por el otro, oscilaba la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). En adición a lo anterior estuvo la presión de algunos organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), y el Fondo Monetario Internacional (FMI). Finalmente, pero no menos

²²⁰ Exposición de motivos de la iniciativa de la Ley Federal de Competencia Económica de 1992, 26 de noviembre de 1992. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=s6n2if7Uv7A+Z8l0w3ky6auk7Kxp/Zf9U/gMjn61mQWAELezvhrhWgBixGSIU+qM1nl7AAzv3A90Tqjc38fdaw==>

²²¹MENA LABARTHE, *et al* (coords.), *Derecho de la competencia en México*, *op. cit.*, p. 4.

²²²*Idem.*

importante estuvo la presión ejercida por parte de empresas extranjeras que querían entrar a competir en el mercado mexicano.²²³

Con lo anterior, se buscó limitar todo ese actuar ineficaz para la economía de un país, como actividades monopólicas, privilegios para pocos agentes y grandes concentraciones de mercado,²²⁴ por lo que, en sus inicios, este organismo velador del cumplimiento de la nueva ley tenía, principalmente, facultades para investigar y sancionar prácticas monopólicas tanto absolutas como relativas, revisar propuestas de concentración y emitir opinión sobre leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos. Estas opiniones no eran vinculantes.²²⁵

Como ya se adelantó en el párrafo anterior, el surgimiento de esta ley trajo aparejado el mexicanismo de dividir en prácticas monopólicas “absolutas” y “relativas”, intentando seguir las mejores prácticas internacionales. Las primeras se distinguían de las segundas por ser violaciones a las disposiciones de competencia *per se*. Así, las segundas se evalúan para ser investigadas y sancionadas en función a “regla de la razón”²²⁶ como se verá más adelante.

A diferencia de lo que podría pensarse, al principio la COFECO no fue un gran foco de atención, pero el ente ganó protagonismo y se hizo parte de la agenda, tanto a nivel nacional como internacional, contando con el apoyo de varias instancias como el Fondo Monetario Internacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, el Foro Económico Mundial, el Banco de México y el Instituto Mexicano para la Competitividad, quienes comenzaron a hacer notar la importancia de incidir a través de la política de competencia en México para atacar problemas como el bajo crecimiento económico, incrementar la competitividad en los mercados y nivelar la desigualdad del ingreso.²²⁷

²²³ *Idem*.

²²⁴ *Idem*.

²²⁵ *Ibidem*, p. 5.

²²⁶ *Idem*.

²²⁷ *Ibidem*, p. 6.

Estos organismos se encargaron de dar una explicación de por qué era necesario introducir mayor presión competitiva en los mercados mexicanos, y se identificó que la falta de dicha competitividad se debía al exceso de regulación.²²⁸ Esto marcó la transición hacia la reforma legal de 2006.

Aquí es donde comenzó la transición hacia la primera gran reforma en materia de competencia económica en México, pues la situación en ese momento reflejaba desaceleración, baja competitividad, falta de inversión y pobreza.²²⁹ Estas condiciones negativas prevalecían en seis actividades principales estratégicas para el desarrollo: el sector financiero, el sector agroalimentario, el sector energético, el sector salud, el transporte y las contrataciones públicas.²³⁰

Lo anterior, en conjunto con el aporte intelectual de comentaristas, académicos, organismos internacionales, empresarios, el gobierno y la sociedad, demostraron la necesidad de fortalecer el derecho de la competencia con el fin de fomentar la competencia en los mercados, con miras a impulsar la competitividad de la economía y, por ende, el crecimiento y desarrollo económico del país.²³¹

1) Reforma de 2006

La primera gran reforma en materia de competencia económica fue diseñada por la entonces Comisión Federal de Competencia y presentada ante el Congreso de la Unión el 27 de julio de 2005.²³² Esta reforma se consumó casi un año más tarde, el 28 de junio siguiente, y entró en vigor un día después, de ahí que se le conozca como: *la reforma legal de 2006*.

²²⁸ *Idem*.

²²⁹ PALACIOS PRIETO, Alejandra y PÉREZ TRUJILLO, José Nery, *Reforma en materia de competencia económica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 13 y 14.

²³⁰ *Ibidem*, pp.21-28.

²³¹ MENA LABARTHE, *et al* (coords.), *Derecho de la competencia en México*, *op. cit.*, p. 6.

²³² *Ibidem*, p. 11.

Esta reforma se sostenía de prácticamente dos pilares: i) suplir las deficiencias que el Poder Judicial había determinado como inconstitucionales, y ii) dotar a la Comisión de mayores poderes y facultades de actuación en todos los sectores, pero con énfasis en aquellos de regulación sectorial específica.²³³

Trajo consigo la ampliación sustancial de las facultades de la otrora Cofeco. Entre ellas, el permiso para realizar visitas de verificación, según se observa en los artículos 24 y 31,²³⁴ para que la autoridad pudiera allegarse de información necesaria, relacionada con sus investigaciones. De igual manera se aumentaron los montos de las sanciones administrativas y se introdujo la figura de la desincorporación de activos, a través de los artículos 24, 35 y 37. Esta sanción se considera la más severa de las sanciones.²³⁵

Siguiendo el hilo, con esta reforma, se precisó el significado de varios conceptos, se ajustó la redacción de algunos artículos en el capítulo de prácticas monopólicas relativas, y se eliminaron algunos que se habían calificado como inconstitucionales.²³⁶

Por otro lado, se reconfiguró el capítulo de concentraciones, específicamente sobre cuáles criterios debía notificarse a la Comisión y la propuesta de vías más expeditas para la revisión de las propuestas de concentración.²³⁷

Además, trajo aparejada la incorporación del programa de inmunidad en el artículo 33 bis 3, con el cual se buscó incentivar a aquellos que habían sido parte de un cartel para que allegaran a la Comisión de información, que, en

²³³ *Idem.*

²³⁴ Diario Oficial de la Federación, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4912926&fecha=28/06/2006

²³⁵ *Idem*, y MENA LABARTHE, *et al* (coords.), Derecho de la competencia en México, *op. cit.*, p. 12

²³⁶ MENA LABARTHE, *et al* (coords.), Derecho de la competencia en México, *op. cit.*, p. 12.

²³⁷ *Idem*, y Diario Oficial de la Federación, *op. cit.*,

otros casos, sería difícil de obtener y la objeción de la designación de los comisionados, por la Cámara de Senadores, en el artículo 26.²³⁸

Finalmente, un año después, o sea, en 2007, esta serie de reformas y adiciones de 2006 a la Ley de Competencia trajo un nuevo reglamento interior de la Cofeco en el cual se estableció un gran cambio institucional, por medio del cual se crearon nuevas unidades administrativas y se hizo una reasignación de funciones.²³⁹

Pese a todos estos avances, la reforma no fue lo suficientemente adecuada como se esperaba y, a través de la Acción de Inconstitucionalidad 33/2006, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció sobre tres aspectos principalmente: i) Naturaleza jurídica de la Comisión, ii) Invalidez del procedimiento para el nombramiento de los comisionados y, iii) improcedencia de la autorización judicial para llevar a cabo las visitas de verificación. Debido a lo anterior se hizo necesaria una nueva reforma.²⁴⁰

2) Reforma de 2011

Esta segunda reforma fue presentada a la Cámara de Diputados el 05 de abril de 2010, por el entonces presidente de la República, Felipe Calderón Hinojosa, la cual se aprobó y envió a la cámara alta para revisión, el 29 del mismo mes y año.²⁴¹

La reforma en comento tuvo principalmente tres objetivos: i) facilitar el cumplimiento de la legislación de competencia, ii) mejorar la eficiencia, eficacia y transparencia en las operaciones de la Comisión Federal de Competencia y, iii) fortalecer la política de competencia.²⁴²

²³⁸ *Idem.*

²³⁹ MENA LABARTHE, *et al* (coords.), *Derecho de la competencia en México*, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

²⁴⁰ MENA LABARTHE, *et al* (coords.), *Derecho de la competencia en México*, *op. cit.*, p. 13.

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

²⁴² *Ibidem*, p. 14.

Por lo que hace al primer objetivo, se examinó la posibilidad de terminar de manera anticipada los procedimientos, por medio de compromisos con los agentes económicos para que terminaran con la realización de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas, asimismo se establecieron las audiencias con el Pleno de la Comisión para que los agentes económicos alegaran lo que a su derecho convenga una vez concluido el cierre de instrucción, dentro del procedimiento seguido en forma de juicio y, finalmente, se flexibilizó, en materia de notificación de concentraciones, el dar aviso a la Comisión en aquellos casos en que la propuesta no signifique ningún daño al proceso de libre competencia.²⁴³

En el mismo sentido, dentro del segundo objetivo se sugirió la incorporación del concepto “*poder sustancial conjunto*”, mismo que permite la investigación de un mercado relevante donde no es claro quién es el agente económico con posición dominante, sino que se acepta la presencia de un ejercicio de dominio conjunto. Además, se le otorgaron a la Comisión facultades para que pudiera solicitar más información, con el fin de nutrir sus estudios de mercado y sostener sus opiniones en información “de primera mano”. Aunado a lo anterior, se facultó al Pleno para que emitiera lineamientos que deberían seguir otras instancias del Gobierno al otorgar concesiones, realizar adquisiciones, arrendamientos u obra pública y, finalmente, la creación de tribunales especializados en materia de competencia económica.²⁴⁴

A través del tercer objetivo se propuso el incremento en las sanciones aplicables con base en la capacidad económica del agente sancionado, la agilización de las visitas de verificación al eliminar la obligación de presentar una orden judicial, la posibilidad de que la Comisión aplicara medidas cautelares y, finalmente, la agilización de ejecución de las resoluciones, al

²⁴³ *Idem.*

²⁴⁴ MENA LABARTHE, *et al* (coords.), *Derecho de la competencia en México*, *op. cit.*, p. 14.

hacer la precisión de que su cumplimiento y ejecución se lleve a cabo vía incidental.²⁴⁵

Como puede apreciarse, ambas reformas fueron importantes para el fortalecimiento de la política de competencia, ya que a través de ellas se incorporaron las mejores prácticas internacionales, con el objetivo de desincentivar las conductas anticompetitivas y se fortaleció la garantía del debido proceso.²⁴⁶

Pese a todos estos avances, la concentración en los mercados seguía, la baja competitividad en los mercados también y, era necesario mejorar la competencia para poder atraer inversión, por lo que se emprendió una nueva reforma constitucional que trajo consigo el surgimiento de una nueva ley que sería el paradigma de la política de competencia en México. El objetivo era claro: garantizar eficazmente el funcionamiento eficiente de los mercados.²⁴⁷

3) Reforma de 2013, el cambio de paradigma

Finalmente, una vez que la administración de Enrique Peña Nieto fue elegida para el periodo de 2012-2018 se abrió el panorama para el país y llegó la oportunidad de establecer reformas de fondo al marco jurídico, con el objetivo de combatir todas las problemáticas e impulsar así el crecimiento económico. El objetivo se consolidó con el *Pacto por México*, mismo que fue firmado el 02 de diciembre de 2012. Con este acuerdo se establecieron metas específicas como el fortalecimiento de la otrora Cofeco y la creación de tribunales especializados en materia de competencia económica y telecomunicaciones.²⁴⁸

El 12 de marzo de 2013 el Poder Ejecutivo presentó una iniciativa de reforma al Congreso, la propuesta envolvía disposiciones constitucionales relativas a las telecomunicaciones y la competencia económica. Dicha

²⁴⁵ *Idem*.

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 15.

²⁴⁸ PALACIOS PRIETO, Y PÉREZ TRUJILLO, *Reforma en materia de competencia económica*, op. cit., pp. 31 y 32.

propuesta fue aprobada, y el 11 de junio siguiente se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por virtud del cual se reformaron los artículos 6, 7, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política Federal.²⁴⁹

El principal cambio fue el nuevo diseño institucional que trajo consigo la reforma. El artículo 28 constitucional dio origen a la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) como un órgano constitucional autónomo²⁵⁰ con personalidad jurídica y patrimonio propio, que fuera el responsable de implementar la política de competencia y velar por el cumplimiento de la Ley Federal de Competencia Económica. Este nuevo diseño dotó de mayores atribuciones a la autoridad, para que pudiera brindar certeza jurídica, imparcialidad y transparencia a los agentes económicos y a la sociedad.²⁵¹

a. Integración formal de la Comisión Federal de Competencia Económica

Con la reforma al artículo 28 constitucional se estableció un nuevo proceso más estricto para nombrar a los comisionados que integrarían el Pleno de la Cofece con el objetivo de consolidar un Pleno con comisionados cuyo perfil fuera con capacidad técnica. Estos candidatos fueron elegidos mediante un proceso que inició el 17 de junio de 2013 con la publicación de la convocatoria por el Comité de Evaluación, que es el órgano responsable de calificar a los aspirantes.²⁵²

Este comité está integrado por los titulares del Banco de México, el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación el Instituto Nacional de Geografía y Estadística. El proceso finalizó el 10 de septiembre siguiente con el

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 32.

²⁵⁰ Es el nivel máximo de autonomía bajo el sistema jurídico mexicano, el cual abarca todas las dimensiones de gestión pública: presupuestal, operativa y técnica. *Cfr.*, PALACIOS PRIETO Y PÉREZ TRUJILLO, *Reforma en materia de competencia económica*, *op. cit.*, p.40.

²⁵¹ PALACIOS PRIETO, Y PÉREZ TRUJILLO, *Reforma en materia de competencia económica*, *op. cit.*, p. 39.

²⁵² *Ibidem*, pp. 35-37.

nombramiento de los candidatos seleccionados y la ratificación del Senado de la República.²⁵³

Los primeros siete comisionados fueron: Francisco Javier Núñez Melgoza, Alejandro Ildelfonso Castañeda Sabido, Benjamín Contreras Astiazarán, Martín Moguel Gloria, Jesús Ignacio Navarro Zermeño, Eduardo Martínez Chombo y Alejandra Palacios Prieto.²⁵⁴

Este nuevo diseño institucional trajo aparejado un sistema de pesos y contrapesos, que implicaba la separación funcional dentro del mismo ente, con el objetivo de vigilar las actuaciones de la autoridad y generar mayor certeza al sujetarlas a un régimen de control.²⁵⁵

La otrora Cofeco estaba conformada por un Pleno, que se encargaba de la resolución, una Secretaría Ejecutiva, que se encargaba de la investigación, instrucción y defensa de las resoluciones ante el Poder Judicial de la Federación, una Dirección de Investigación, una Dirección de Asuntos Jurídicos que se encargaba de la instrucción y una Dirección de Asuntos Contenciosos que se encargaba de la defensa de las resoluciones ante el Poder Judicial de la Federación.²⁵⁶

Con esta reforma se logró una división técnica y operativa de las áreas encargadas de cada etapa, ahora hay una Autoridad Investigadora con autonomía técnica de gestión y una Secretaría Técnica, que garantiza el debido

²⁵³ *Idem.*

²⁵⁴ De acuerdo con los debates del senado del 10 de septiembre de 2013, entre las primeras propuestas a comisionados estaban: Francisco Javier Núñez Melgoza, Alejandro Ildelfonso Castañeda Sabido, Benjamín Contreras Astiazarán, Martín Moguel Gloria, Jesús Ignacio Navarro Zermeño, Alejandro Palacios Prieto y Luis Alberto Ibarra Pardo, éste último no fue ratificado y posteriormente en suplencia se ratificó a Eduardo Martínez Chombo. Debates del Senado de fecha 10 de septiembre de 2013. https://www.senado.gob.mx/64/diario_de_los_debates/documento/2556

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 40.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 41.

proceso al recibir los alegatos y material probatorio de los agentes económicos antes de que el Pleno resuelva. La actual Cofece se integra por un Pleno de siete comisionados, una Autoridad Investigadora, una Secretaría Técnica que se encarga de la instrucción, una Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Autoridad Investigadora y una de la Secretaría Técnica y una Dirección General de Asuntos Contenciosos que se encarga de la defensa de las resoluciones ante el Poder Judicial de la Federación.

Finalmente, estos cambios trajeron un contrapeso en el proceso para hacer valer las resoluciones de la Cofece, pues se crearon los tribunales especializados que buscaban mejorar el desarrollo de los procesos de amparo y ampliar el material jurisprudencial en la materia, además de afinar la calidad de las resoluciones emitidas por la Cofece. Estos tribunales comenzaron a operar el 10 de agosto de 2013.²⁵⁷

Aunado a todo lo anterior, estos cambios trajeron un fortalecimiento de las capacidades de investigación y herramientas jurídicas novedosas, más cargas para la autoridad, como mayores exigencias en transparencia y rendición de cuentas y fiscalización de las actuaciones de la Cofece.²⁵⁸

b. Promulgación de la nueva Ley

Finalmente, el núcleo de esta reforma fue la promulgación de la nueva ley reglamentaria del artículo 28 constitucional, puesto que el Ejecutivo consideró que era mejor promulgar una nueva ley que enmendar la ley vigente en ese entonces. Esta nueva ley fue promulgada el 23 de mayo de 2014 y entró en vigor el 7 de julio del mismo año. Al día siguiente fueron publicadas las Disposiciones Regulatorias de la nueva Ley con carácter emergente y el Estatuto Orgánico de la Cofece y, finalmente el 10 de noviembre del mismo año se publicaron las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica.²⁵⁹

²⁵⁷ *Ibidem*, pp. 41-44.

²⁵⁸ *Ibidem*, pp. 45-48.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 38.

c. Resultados de la reforma

Con esta mejora a la política de competencia se favoreció la innovación, la productividad y la competitividad de las empresas, lo cual se ve reflejado en la mejora en el bienestar del consumidor, se impactó de manera favorable en la competencia y el proceso de innovación, se mejoró el papel de la competencia en el crecimiento, se fomentó el empleo, se combatió la pobreza y la desigualdad.²⁶⁰ Si bien no es posible un cambio radical de la noche a la mañana, pues esto lleva tiempo y es progresivo, sí se han visto grandes avances.

²⁶⁰ *Ibidem*, pp. 54-58.

Capítulo VI

Conceptos fundamentales de la competencia económica en México

En un capítulo previo a éste se abordaron los conceptos fundamentales de la competencia económica,²⁶¹ sin embargo, en el presente se analizan desde el enfoque de la legislación mexicana. De manera particular, tomando el articulado de la Ley Reglamentaria del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Federal de Competencia Económica de 2014. Se comenzará con la definición de *agente económico*.

1. Agente económico

González de Cossío señala lo siguiente: “El concepto jurídico “agente económico” es una de tantas normas de textura abierta que contiene la Ley Federal de Competencia Económica que ha proporcionado dudas sobre su noción y alcance”.²⁶² El artículo 3, fracción I de la Ley Federal de Competencia Económica define “agente económico” de la siguiente manera: “[...] 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”.

Alrededor de esta definición oscila una discusión sobre si haber definido en cuanto a forma y no en cuanto a objeto fue incorrecto, o si el legislador debió haber redactado haciendo uso de una técnica jurídica que le permitiera ser más preciso y esquivar la tautología; sin embargo, se concluyó que, para el tiempo y lugar en que redactó la definición fue lo más acertado, ya que se trataba de la definición de un concepto emergente en la legislación mexicana. Recordemos

²⁶¹ En el presente capítulo se seguirá el mismo orden con fines didácticos para el caso de que se desee remitir al capítulo de noción general con fines comparativos.

²⁶² GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, *op. cit.*, p. 155.

que fue hasta 1992 cuando apareció la primera Ley Federal de Competencia Económica.²⁶³

En el mismo sentido, se ha discutido si el hecho de que el legislador haya definido mediante verbo, y no el sujeto, fue lo ideal, y la conclusión es que sí lo fue, ya que un ente se torna en agente económico cuando participa en la actividad económica, sin importar la manera en que lo haga. Es claro que puede haber excepciones a esta regla, sin embargo, dichas excepciones deben hacerse minuciosamente, ya que podría abrirse el camino a todo aquel que busque escabullirse de la legislación de competencia.²⁶⁴

Como puede observarse en el artículo 3, fracción I de la Ley de Competencia, la definición no se limita a personas, sino que el radio abarca cualquier forma de participación en la actividad económica. De esta manera se observa que el concepto se definió en cuanto a forma y no en cuanto a objeto.

Antes de continuar es importante no olvidar que el concepto es, antes que jurídico, económico y que, para la teoría económica, el agente económico es el sujeto que interviene en la actividad económica.²⁶⁵ Por lo anterior, aunque el precepto en cuestión es *numerus apertus*, lo que implica que ejemplifica de manera enunciativa, más no limitativa, el artículo constituye una protección frente a aquel que busque evadir las leyes de competencia pues, aunque no encuadre en los ejemplos dados por el legislador, si participa en la actividad económica, estará dentro del alcance de la Ley de Competencia.²⁶⁶

Por lo anterior es que aquellos críticos de la redacción del legislador apuntan que “si se hubiera concentrado en la última oración, hubiera logrado mejor el objetivo deseado”.²⁶⁷ Lo anterior puede ser cierto, sin embargo, hubiera traído consigo, probablemente, más dudas sobre la manera en la que debería el ente

²⁶³ *Ibidem*, pp. 155 y 156.

²⁶⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, *op. cit.*, p. 156.

²⁶⁵ MENA LABARTHE, *et al* (coords.), *Derecho de la competencia en México*, *op. cit.*, p. 41.

²⁶⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, *op. cit.*, pp. 155 y 156.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 155.

participar en la economía, es decir, si debía participar a través de la oferta o la demanda, o si era indistinto.

Recordando la definición de empresa de la Unión Europea, y comparándola con la definición de la Ley de Competencia mexicana, la primera sí deja claro, si se concentra en la última oración, que el ente debe participar a través de la oferta. No se podría decir que una esté bien y la otra esté mal, simplemente son diferentes enfoques. Después de todo, cuando se habla de agentes económicos es más común pensar en empresas y nada más.

El Poder Judicial de la Federación ha interpretado dicho precepto en varias tesis. La primera que se abordará, al respecto señala que se debe considerar como agentes económicos “[...] a aquellas personas que compiten y concurren en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes, servicios, mediante contratos, convenios, arreglos o combinaciones que pacten entre sí, de tal forma que su actividad repercute en los mercados y procesos de libre concurrencia, ya que dadas las ganancias o utilidades comerciales que obtienen, trascienden a la economía del Estado.”²⁶⁸

Por otro lado, continuando con el análisis del concepto desde el punto de vista judicial, se tiene el famoso caso de los notarios. Este caso inició con la denuncia presentada por los Corredores Públicos del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, en contra del Colegio de Notarios. La otrora Comisión Federal de Competencia “[...] resolvió que tuvieron lugar prácticas monopólicas en su especie de división horizontal de mercados. Como resultado, impuso multas a ciertos notarios y al Colegio de Notarios”.²⁶⁹

La resolución de la Comisión fue llevada al amparo y el Juez de Distrito otorgó el amparo argumentando que, la definición que se ha venido abordando, considera *agente económico* como algo que va más allá del artículo 28 Constitucional, ya que este último se limita a únicamente a “[...] productores,

²⁶⁸RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, op. cit., p. 25.

²⁶⁹GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, op. cit., p. 161.

industriales, comerciantes y empresarios de servicios [...]” y el artículo de la Ley “[...] señala como sujetos a los agentes económicos”.²⁷⁰

Dicha sentencia llegó hasta el Alto Tribunal, vía amparo en revisión, y se resolvió de la siguiente manera: “La Corte confirmó y amparó. La conclusión de la Corte está basada en el siguiente razonamiento: *al no realizar los notarios actos de comercio no pueden ser considerados como uno de los sujetos que la Constitución establece como destinatarios de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 28, ni su ley reglamentaria.*”²⁷¹

Esta resolución ha sido ampliamente analizada por Francisco González de Cossío, quien al respecto señala que “[...] respetuosamente, las premisas no soportan la conclusión a la que llegó nuestro máximo tribunal”.²⁷² En pocas palabras señala que “[...] las funciones del notario no tienen que ser comparables o compatibles con las de un comerciante, agente de cambio u hombre de negocios para que les sea aplicables la LFCE. Lo único que tiene que hacer es “participar de cualquier manera en la actividad económica”. Los servicios que realiza un fedatario reúnen dicho requisito [...] Sin el servicio de la fe pública, no pueden tener lugar actos jurídicos diversos. Por ende, no sólo son un elemento del aparato económico de la economía mexicana, ¡son uno esencial!”.²⁷³

Además, bajo esta crítica se aclara algo muy importante, “económico” no es igual a “mercantil”. La LFCE aplica a lo económico, no sólo a lo mercantil. La correcta definición de “agente económico” no excluye a los fedatarios ni se limita a los entes que califiquen como “comerciantes” o realicen “actos de comercio”.²⁷⁴

Por otro lado, ha habido otra interpretación que está inclinada a analizar las palabras “actividad vinculada con la producción”. A continuación, se resume de

²⁷⁰ *Idem.*

²⁷¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia, op. cit.*, p. 161.

²⁷² *Ibidem*, p. 163.

²⁷³ *Idem.*

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 166.

manera muy breve el análisis que hay al respecto, ya que no añade mucho contenido novedoso y trae más confusiones que aclaraciones.

El núcleo de la tesis dice lo siguiente: “[...] personas que, por su actividad, se encuentran estrechamente vinculadas con la producción, la distribución, el intercambio y el consumo de artículos necesarios, que repercute y trasciende necesariamente en la economía de un Estado [...]”.²⁷⁵ Uno de los principales problemas de esta tesis es que recalca el vocablo “estrechamente”, lo cual trae consigo la interrogante de cuándo se está estrechamente vinculado con la producción. Además de que uno de los ejemplos que cita puede causar confusión al especular sobre *artículos de consumo necesario*.²⁷⁶

En lo que respecta a la actuación del Estado como agente económico, existe una tesis que lo resuelve separando el papel del órgano del Estado en dos. Por un lado, cuando actúa como órgano del Estado y, por otro, cuando participa como particular en la economía. Esto último, en virtud de que podría impactar en los procesos de libre competencia y concurrencia. La tesis resolvió lo anterior al aludir que un órgano del Estado sí podía quedar dentro del alcance de la Ley de Competencia, siempre que actuara fuera de sus atribuciones de autoridad.

La parte medular de la tesis dice: “[...] se advierte que para que las entidades de la administración pública federal, estatal o municipal se consideren “agentes económicos” es necesario que participen directamente en la actividad económica [...] pero no cuando actúan en ejercicio de sus atribuciones propias de autoridad [...]”.²⁷⁷

La conclusión a la que se llegó tras el análisis es fácil, “[...] si un órgano de Estado actúa en el mercado, debe hacerlo como los demás actores: de forma

²⁷⁵GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, op. cit., p. 167.

²⁷⁶*Idem*.

²⁷⁷*Ibidem*, p. 168.

que no dañe el proceso competitivo. Si se trata de un acto de autoridad, el mismo queda fuera del ámbito material de la LFCE.”²⁷⁸

Siguiendo el hilo, se analizará ahora el criterio que enfoca su análisis en el “prácticas que trascienden en la vida económica del Estado”. Esta tesis señala que, para considerarse agente económico, la actividad que realice el ente debe trascender a la vida económica del Estado. Cuando el Tribunal señala esa expresión, se refiere a que las ganancias comerciales deben repercutir en los procesos de libre competencia y concurrencia mercantil.²⁷⁹

Dicho análisis se ha calificado de vacuo, porque genera más preguntas que las que resuelve, ya que su análisis es tautológico al ser, muy probablemente, otra manera de decir que para considerar a un ente como agente económico debe participar en la economía.²⁸⁰

Finalmente, para concluir este primer concepto, tenemos a los *grupos de interés económico* como agentes económicos. En la legislación mexicana no existe una definición de lo que son, sin embargo, hay un criterio emitido por el Poder Judicial de la Federación que señala que “[...] en materia de competencia económica se está ante un grupo de interés económico cuando un conjunto de personas físicas o morales tienen intereses comerciales y financieros afines, y coordinan sus actividades para lograr un determinado objetivo común [...] es decir, a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las empresas, éstas se comportan funcionalmente como una sola en el mercado, lo que implica la pérdida de la libertad individual de actuación”.²⁸¹

2. Monopolio

En México, los monopolios están prohibidos por la Constitución Política Federal, de manera particular por el artículo 28 que, como ya se ha mencionado, es la piedra angular del derecho de la competencia, pues la actual

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 169.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 176.

²⁸⁰ *Idem*.

²⁸¹ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, op. cit., p. 26.

Ley Federal de Competencia Económica es su ley reglamentaria. El artículo a la letra señala “[...] quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos, las condonaciones de impuestos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes [...] 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 [...]”.

Es importante notar el calificativo *severamente*, ya que denota la inviabilidad²⁸² de que existan monopolios en el mercado, pues se traducen en un detrimento del bienestar del consumidor. Si bien existe discusión sobre cuál es el bien jurídico tutelado por la competencia económica, la propia constitución establece que “[...] La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses [...] De ahí que se busque castigar *severamente* cualquier conducta anticompetitiva que lastime la esfera jurídica de los consumidores.

El mismo precepto señala unas excepciones párrafos más adelante y establece que, “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...”.

Por su parte, la Ley Federal de Competencia Económica no define lo que es un monopolio, simplemente señala unas excepciones y dice que no constituirán

²⁸² En la mayoría de los casos.

monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas, tampoco las asociaciones de trabajadores, ni los privilegios que por determinado tiempo se les concedan a los autores y artistas y tampoco las asociaciones o sociedades cooperativas. Como podrá observarse, se regula a los monopolios más bien desde un régimen de excepciones al señalar lo que no constituye uno.

Por otra parte, a raíz de la interpretación judicial, el Alto Tribunal²⁸³ definió el *monopolio* como [...] el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de algún privilegio bien de otra causa cualquiera; y el artículo 28 constitucional equipara el monopolio todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción industrial o comercial y, en general, todo lo que constituye una ventaja exclusiva e indebida en favor de una o varias personas, con perjuicio del pueblo en general o de una clase social. [...]

En el mismo sentido de interpretación existe una tesis más que habla sobre el monopolio del petróleo, y al respecto señala que “[...] al crear el Ejecutivo el Consejo Administrativo del Petróleo [...] no establece a favor de la nación monopolio o estanco alguno...”.²⁸⁴ Este precepto va ligado con las excepciones que arriba se han mencionado.

Finalmente, cuando en el mercado hay un monopolio, no hay incentivos para mejorar los precios, la calidad o para innovar, puesto que al estar en un terreno con ausencia de competidores²⁸⁵ se pueden elevar los precios sin temor a que algún competidor que se ubique en el mismo eslabón de la cadena productiva pueda quedarse con sus clientes. Lo anterior es la razón de que los precios de monopolio siempre sean tan altos,²⁸⁶ ya que, al no haber sustitutos cercanos, el consumidor debe ceñirse a las condiciones que le ofrece el productor único.²⁸⁷

²⁸³ Amparo en revisión 1606/70, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, 06 de febrero de 1973.

²⁸⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

²⁸⁵ BUENFIL, *Competencia económica...*, *op. cit.*, p. 38.

²⁸⁶ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, *op. cit.*, p. 27.

²⁸⁷ BUENFIL, *Competencia económica...*, *op. cit.*, p. 38.

3. Prácticas monopólicas

El congreso mexicano ha mantenido la dicotomía que existe a nivel internacional en el derecho de la competencia de las prácticas anticompetitivas más sancionadas, haciendo la distinción entre aquellas que son sancionadas *per se* y aquellas que se sancionan bajo *la regla de la razón*.

Esta dicotomía oscila en la “[...] caracterización, reglamentación y penalización [...] bajo las siguientes dos grandes áreas: i) prácticas que por sí solas generan problemas de competencia económica (denominadas “prácticas monopólicas absolutas” por la LFCE), y ii) prácticas sujetas a un análisis de sus efectos (bautizadas como “prácticas monopólicas relativas” por la LFCE)”.²⁸⁸

Es preciso recalcar que la denominación “absolutas” y “relativas” es meramente mexicana, ya que como se mencionó en párrafos anteriores a éste, las prácticas monopólicas absolutas suelen llamarse cárteles, acuerdos horizontales, prácticas colusivas o colusorias; y las prácticas monopólicas relativas como prácticas exclusionarias, acuerdos verticales o prácticas de abuso de dominancia.

A continuación, se abordará de manera particular la regulación mexicana que tiene cada una de estas prácticas, tanto absolutas como relativas, al margen de la Ley Federal de Competencia Económica vigente.

i. Prácticas monopólicas absolutas

“Las prácticas monopólicas absolutas se refieren a los acuerdos cooperativos anticompetitivos, o “prácticas colusivas” entre firmas que tienen una relación horizontal.”²⁸⁹

De manera particular, la Ley Federal de Competencia Económica regula estas prácticas, nulas de pleno derecho, en su artículo 53, y las define de la

²⁸⁸GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, *op. cit.*, pp. 221.

²⁸⁹ Se habla de una relación horizontal cuando las partes involucradas se encuentran, con respecto a un mercado, en el mismo eslabón de la cadena productiva”. *Cfr.* GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia*, *op. cit.*, pp. 221 y 222.

siguiente manera: "... 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 los siguientes...".²⁹⁰

Antes de abordar cada una de las fracciones del artículo 53 de la Ley Federal de Competencia Económica es pertinente aclarar que el contrato, convenio, arreglo o acuerdo en general "... puede tener cualquier naturaleza, es decir, puede ser un contrato, los estatutos sociales de alguna asociación de comerciantes, o adoptar cualquier forma de colaboración que dé lugar a una práctica monopólica absoluta".²⁹¹

Continuando con el análisis de este precepto, la Ley, en seguida de la definición de qué es una práctica monopólica absoluta, enumera en cinco fracciones cuáles son, para efectos de la regulación de la materia, las prácticas que serán sancionadas *per se* si se determina su existencia y se prueba su comisión. Dichas prácticas son: i) fijación de precios, ii) segmentación del mercado, iii) coordinación de posturas en licitaciones, iv) restricción de la oferta o la demanda, y v) el intercambio de información con cualquiera de los objetos o efectos anteriores.

Ahora bien, para encuadrar una conducta en alguna de las cinco fracciones tipificadas en el artículo 53 de la Ley, se necesita seguir una metodología de tres pasos²⁹²:

1. Ubicar la existencia de un acuerdo.
2. Que dicho acuerdo haya sido celebrado por competidores entre sí y;
3. Que el objeto o efecto²⁹³ de dicho acuerdo sea alguna de las cinco conductas tipificadas.

²⁹⁰

²⁹¹ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Manual de derecho económico, *op. cit.*, p. 36.

²⁹² *Idem.*

²⁹³ Ya ha sido abordado previamente, se aplica de la misma manera.

Siguiendo el hilo conductor, se abordarán de manera particular las conductas tipificadas en el artículo 53 de la Ley Federal de Competencia Económica vigente.

1) Fijación de precios

“Artículo 53. [...] Fracción 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.” Esta conducta “... implica que los agentes económicos competidores entre sí establecen un mismo precio para el bien o servicio que ofrecen”.²⁹⁴

Aunado a lo anterior, es importante precisar que “No existe un catálogo de modalidades en las que se deba fijar el precio para poder sancionar la práctica en términos de la LFCE; cualquier forma en la que se fije un precio puede ser sancionada como práctica monopólica absoluta”.²⁹⁵

2) Restringir la oferta o la demanda

“Artículo 53. [...] Fracción 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”. La conducta encuadra en esta fracción cuando, por ejemplo, “... los agentes económicos competidores entre sí establecen la cantidad del producto o servicio que van a ofrecer al mercado, manipulando con ello la oferta y, por lo tanto, afectando los precios”.²⁹⁶

3) Segmentar el mercado

“Artículo 53. [...] Fracción 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”. Esta conducta “[...] implica que los competidores dividen el mercado con la

²⁹⁴RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Manual de derecho económico, *op. cit.*, p. 37.

²⁹⁵*Idem.*

²⁹⁶*Ibidem.*

finalidad de que cada uno actúe como monopolio en la fracción de éste que le sea asignada. La manera más común de segmentar el mercado es mediante la división territorial [...]”.²⁹⁷

4) Concertar las posturas en licitaciones

“Artículo 53. [...] Fracción IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas”. Esta fracción tipifica que “[...] los competidores se dividen las licitaciones en las que pueden participar, acordando los precios que van a ofrecer en cada una de las licitaciones y rotando el lugar del ganador, siendo todos ellos ganadores en diferentes ocasiones, logrando con ello obtener mayores ganancias”.²⁹⁸

Finalmente, el Capítulo II prohíbe el intercambio de información con el objeto o efecto de cualquiera de las conductas anteriores.

5) Intercambiar información

“Artículo 53. [...] Fracción V. Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones”. En razón de lo anterior, esta fracción es clara, sin embargo, con el fin de complementar se brindará un ejemplo, “[...] cuando dos competidores intercambian facturas en las que se detallan sus clientes y precios de venta, o sus órdenes de compra, en las que se detallan sus costos de producción. Ello con la finalidad de fijar los precios de venta del producto en el que son competidores”.²⁹⁹

Para concluir el análisis de este artículo se recalca que señala en su último párrafo: “las prácticas monopólicas absolutas serán nulas de pleno derecho y, en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno y los Agentes Económicos que incurran en ellas se harán acreedores a las sanciones establecidas en la Ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que, en su caso, pudiere resolver”.

²⁹⁷ *Idem.*

²⁹⁸ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Manual de derecho económico, *op. cit.*, p. 39.

²⁹⁹ *Idem.*

Estas conductas son tan perjudiciales para los procesos de libre competencia y concurrencia que incluso “[...] a nivel internacional, diversas autoridades de competencia han interpretado que, si una práctica tiene efectos anticompetitivos en su territorio, ésta puede ser investigada y, en su caso, sancionada”.³⁰⁰ Sin duda alguna esto podría ser el comienzo para pensar en la idoneidad de crear una autoridad internacional de competencia económica o, incluso ampliar el alcance de la Organización Mundial del Comercio y facultarla para conocer de temas de competencia económica de sus países miembros.

Por otra parte, es interesante señalar que el supuesto anterior ya se ha dado en México. La Cofece, resolvió en 2014 que era competente para sancionar prácticas colusorias que pese a haberse realizado en otras jurisdicciones, ocasionaron una afectación en el mercado mexicano y sancionó un cártel internacional que se coludió para fijar precios e intercambiar información con el mismo fin. Dicho cártel se encontraba en el mercado de la producción, distribución y comercialización de compresores herméticos.³⁰¹

Esta fracción amplía el alcance de la autoridad antimonopolio para sancionar, al permitirle castigar a los cárteles de una manera más eficaz, puesto que, cuando se vuelve difícil encuadrar las evidencias en alguna de las otras fracciones, se tiene la oportunidad última de probar que hubo un intercambio de información, por ejemplo, de costos o volumen de producción esperado del siguiente mes y así sancionar a los agentes coludidos.³⁰²

Finalmente, se puede decir que esta conducta se sanciona también por tentativa, es decir, la última fracción puede ser penalizada aun cuando sólo se haya planeado, pero no se haya realizado.³⁰³ Aunado a lo anterior, los agentes coludidos pueden ser sancionados no sólo por la vía administrativa, puesto que este tipo de prácticas tienen los castigos más severos, en razón de que el daño que causan al bienestar total es injustificable y no hay eficiencia alguna que

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 37.

³⁰¹ *Idem*.

³⁰² BUENFIL, Competencia económica..., *op. cit.*, pp. 88 y 89.

³⁰³ *Ibidem*, p. 87.

deba sopesarse para justificar la conducta. En el caso de las prácticas colusorias, los Agentes involucrados, pueden ser también procesados por responsabilidad civil y/o penal.³⁰⁴

Por otro lado, las sanciones derivadas de la comisión de prácticas colusorias se pueden dividir en cuatro: i) las dirigidas a las personas físicas que cometen la práctica actuando en representación de otro Agente, ii) las dirigidas contra los agentes económicos *per se*, iii) las dirigidas a los que coadyuvan a la realización de la práctica, y iv) las dirigidas a los directivos involucrados.³⁰⁵

ii. Prácticas monopólicas relativas

De manera paralela a las prácticas monopólicas absolutas se encuentran las prácticas exclusionarias o prácticas monopólicas relativas, mismas que no resultan ser malas para la eficiencia de un mercado si se puede probar que las ganancias en eficiencia que generan son superiores a los efectos negativos que podrían generar en el mercado. De esta manera, continuando con el análisis de las prácticas monopólicas, tenemos las que no son sancionadas *per se*, sino bajo *la regla de la razón*³⁰⁶, denominadas por el legislador mexicano como: *prácticas monopólicas relativas*. Este tipo de conductas anticompetitivas consisten, de conformidad con el artículo 54 de la Ley Federal de Competencia Económica, en cualquier acto que tenga por objeto o efecto alguna de las conductas prescritas en el artículo 56 del mismo cuerpo normativo.

Para que un acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación de estos sea tipificado administrativamente como *práctica monopólica relativa*, se deben cumplir tres criterios. Primero, la conducta debe, como ya se dijo, encuadrar en alguno de los trece supuestos del artículo 56 de la Ley; segundo, el acto debe ser ejecutado por uno o más agentes económicos que tengan, individualmente o en conjunto, *poder sustancial* dentro del *mercado relevante* determinado; y, finalmente, la conducta debe tener, actual o potencialmente, el objeto o efecto, ya sea en el mercado relevante o en mercados relacionados, de desplazar

³⁰⁴ *Ibidem*, pp. 89-91.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 89.

³⁰⁶ Ya ha sido abordada previamente,

indebidamente a otros agentes, impedirles sustancialmente el acceso al mercado o establecer ventajas exclusivas en favor de ciertos agentes.

En el párrafo precedente se ha introducido el concepto *poder sustancial*,³⁰⁷ mismo que con frecuencia es utilizado de manera indistinta, erróneamente, con el de *poder de mercado*. Para la teoría económica todos los agentes que participan en la actividad económica tienen poder de mercado, por ende, el *poder sustancial*³⁰⁸ contiene al *poder de mercado*.³⁰⁹ En el mundo jurídico esto no es así, y suele llamarse de manera general *poder de mercado* cuando un agente tiene una gran participación en el mercado en el que participa.

La teoría económica hace el distingo porque el *poder de mercado*, de acuerdo con Massimo Motta, es la capacidad de un agente económico para fijar sus precios por encima de un nivel competitivo, de manera rentable,³¹⁰ por ende, todos los agentes tienen cierto *poder de mercado*. Teniendo esto claro, entender la diferencia es sencillo, el *poder sustancial* es cuando ese *poder de mercado* es tan grande que puede representar riesgos a los procesos de libre competencia y concurrencia.

Debido a los riesgos que representa este *poder sustancial*, la autoridad está obligada a investigar las prácticas y evaluar si se está abusando del poder dominante en detrimento del bienestar del consumidor o si, por el contrario, la conducta trae o traerá potencialmente ganancias en eficiencia.

³⁰⁷ Este concepto, al igual que “absolutas” y “relativas” es de origen mexicano. Cfr., REYES FABELA, “¿Qué es una práctica Monopólica Relativa? Parte II, *op. cit.*”

³⁰⁸ *Preponderancia* en el caso de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión. Cfr., RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Manual de derecho económico, *op. cit.*, p. 30.

³⁰⁹ REYES FABELA, “¿Qué es una práctica Monopólica Relativa? Parte II, *op. cit.*”

³¹⁰ MOTTA, *Política de competencia...*, *op. cit.*, p. 2.

Per se, tener gran participación en el mercado no es malo; genera preocupaciones cuando se *abusa* de esa posición dominante respecto de sus demás competidores. De ahí que estas prácticas sean conocidas también como *prácticas de abuso de dominancia*. Por su parte, este *abuso* tampoco es malo *per se*. La autoridad debe analizar si ese abuso está afectando la competencia o si se justifica en razón de la generación de *ganancias en eficiencia*.

Las *ganancias en eficiencia* se encuentran, *numerus apertus*, en el artículo 55 de la Ley. Entre ellas se puede encontrar, por ejemplo, la introducción de bienes o servicios nuevos, el aprovechamiento de saldos, productos defectuosos o perecederos, las reducciones de costos derivadas de la creación de nuevas técnicas y métodos de producción, de la integración de activos, de los incrementos en la escala de la producción y de la producción de bienes o servicios diferentes con los mismos factores de producción, la introducción de avances tecnológicos que produzcan bienes o servicios nuevos o mejorados, la combinación de activos productivos o inversiones y su recuperación que mejoren la calidad o amplíen los atributos de los bienes o servicios, las mejoras en calidad, inversiones y su recuperación, oportunidad y servicio que impacten favorablemente en la cadena de distribución o las demás que demuestren que las aportaciones netas al bienestar del consumidor derivadas de dichas prácticas superan sus efectos anticompetitivos.

De esta manera, si, tras la ejecución de *la regla de la razón*, la autoridad determina que la conducta tiene objetos, efectos o potenciales efectos que inciden favorablemente en los procesos de libre competencia y concurrencia, superando sus efectos, o potenciales efectos anticompetitivos, impactando en el bienestar del consumidor, las prácticas no serán sancionadas. Finalmente, es importante mencionar que la carga de la prueba la tienen los agentes económicos.³¹¹

Ahora bien, como se habrá observado, al hablar de este tipo de conductas se introdujo el concepto de *mercado relevante*, mismo que está regulado en el

³¹¹RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, op. cit., p. 31.

artículo 58 del mismo ordenamiento. El *mercado relevante* puede definirse como una herramienta de análisis económico que consiste en delimitar un conjunto de productos o servicios que ejercen presión competitiva entre sí, que se intercambian en un espacio geográfico y donde las condiciones de competencia son homogéneas.³¹²

El análisis de este concepto tiene un radio que enmarca dos dimensiones: una geográfica y una subjetiva. Por lo que hace a la primera tenemos que la dimensión geográfica se refiere al territorio donde participan los agentes económicos involucrados y sus competidores. Por otro lado, la dimensión subjetiva se refiere, simple y sencillamente, al producto o servicio. Es importante tener presente que, cuando se hace el análisis de *mercado relevante*, la autoridad, no puede tomar un lapso de más de diez años como periodo de investigación.³¹³

Antes de abordar cada una de las conductas tipificadas como *prácticas monopólicas relativas*, es preciso hacer el señalamiento de que, para el caso de las *prácticas monopólicas absolutas* no es necesario delimitar un *mercado relevante*, puesto que dichas prácticas son sancionadas *per se*, por lo que resulta innecesario analizar si el agente o los agentes tienen *poder sustancial*. En el caso de las prácticas monopólicas absolutas se señala simplemente un *mercado investigado*.³¹⁴

Retomando la primera fracción del artículo 54, recordemos que nos remite al artículo 56 de la Ley, pues en dicho precepto se encuentran las trece conductas que son consideradas como *prácticas monopólicas relativas*. A continuación, se aborda cada una de ellas.

1) División vertical de mercados

Esta conducta implica la fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o distribución exclusiva de bienes o servicios, esto es, se le

³¹²REYES FABELA, “¿Qué es una práctica Monopólica Relativa? Parte II, *op. cit.*”

³¹³RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico, op. cit.*, p. 29.

³¹⁴*Idem.*

concede la exclusividad a un agente por alguna situación específica,³¹⁵ ya sea debido a su situación geográfica, por lapsos determinados, o por sujeto.³¹⁶ Por lo regular, cuando se lleva a cabo este tipo de conducta se prohíbe la venta o comercialización con un agente económico.³¹⁷

La división puede hacerse por clientes o proveedores, así como obligar a alguno de los agentes a abstenerse de la fabricación o distribución de algunos bienes o servicios por algún lapso o en algún área geográfica determinada. La división se hace, por lo general, con el fin de obtener una ventaja por encima de las condiciones normales de competencia.³¹⁸

2) Restricción vertical de precios o precios de reventa

Esta conducta implica que un agente *upstream* le imponga a un agente *downstream*, que regularmente serán sus distribuidores o comercializadores, el precio al que debe vender su producto. Si bien el artículo 56, fracción II señala que se imponga el *precio o demás condiciones*, es más común hablar de la imposición de precios de reventa que de otras condiciones.³¹⁹

3) Ventas atadas

La conducta conocida como *ventas atadas* consiste en la venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio para poder adquirir el primero. Esto es, un agente económico con poder sustancial en un mercado relevante determinado vende su producto u ofrece su servicio, si y sólo si, el cliente adquiere otro producto o servicio atado al primero. Regularmente el agente no tiene poder sustancial en el mercado relevante del producto atado.³²⁰

³¹⁵ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

³¹⁶ BUENFIL, *Competencia económica...*, op. cit., p. 96.

³¹⁷ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, op. cit., pp. 41 y 42.

³¹⁸ BUENFIL, *Competencia económica...*, op. cit., p. 96.

³¹⁹ *Idem*, y RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, op. cit., pp. 42 y 43.

³²⁰ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, op. cit., p. 43.

4) Exclusividades

A *contrario sensu*, esta conducta se refiere a la venta, compra o transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender o comercializar los bienes o servicios de cierto agente económico, con la finalidad de desplazar a sus competidores.³²¹

5) Negativa de trato

Esta conducta se actualiza cuando un agente económico, unilateralmente, se niega injustificadamente a tratar con un tercero que le solicitó su producto o servicio. La negativa se considera injustificada, cuando el agente que se negó sí ofrece sus productos o servicios a otros competidores y está en posibilidad de ofrecérselos igualmente a quien se los negó.³²²

6) Boicot

El boicot se materializa cuando varios agentes económicos se concertan para ejercer presión contra algún agente, o para negarse a venderle o comercializar con él, con el propósito de darle una represalia, hacer que actúe de cierta manera o, incluso, hacer que salga del mercado.³²³

A diferencia de las demás prácticas, el boicot se da de manera horizontal, por ello, en determinadas jurisdicciones se sanciona *per se*. Evidentemente no es el caso de México. Finalmente, cuando la Comisión analiza esta conducta, necesita hacer el análisis del poder sustancial conjunto, ya que para encuadrar una conducta en esta fracción es necesaria la actuación conjunta de dos o más competidores.³²⁴

7) Depredación de precios

³²¹ *Idem*.

³²² BUENFIL, *Competencia económica...*, *op. cit.*, p. 97., y RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, *op. cit.*, pp.43 y 44.

³²³ BUENFIL, *Competencia económica...*, *op. cit.*, p. 97.

³²⁴ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, *op. cit.*, p. 44.

La depredación de precios es cuando el agente con poder sustancial fija sus precios por debajo de su costo de producción.³²⁵ Es decir, vende por debajo del costo medio variable, porque espera desplazar a sus competidores para recuperar las pérdidas en el corto plazo con incrementos futuros de precios a nivel de monopolio.³²⁶

8) Descuentos por lealtad

Esta conducta se refiere a que el agente económico con poder sustancial en el mercado relevante otorgará beneficios a aquellos clientes que no usen, adquieran, vendan o comercialicen bienes o servicios de un tercero, o les condiciona la transacción con el requisito de no vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios de determinado agente económico. De esta manera, el tercero al que se les prohíbe comprar será desplazado en virtud de la exclusividad que exige el agente con poder sustancial.³²⁷

9) Subsidios cruzados

Esta conducta se actualiza cuando un agente económico, con poder sustancial en un mercado relevante, utiliza las ganancias que obtiene de la venta, comercialización o prestación de un bien o servicio³²⁸ para subsidiar otro bien o servicio ofrecido en un mercado diferente. Los agentes que sufren el desplazamiento son los del segundo mercado, el mercado del producto subsidiado, aunque el agente que está subsidiando no tenga poder sustancial en dicho mercado.³²⁹ Esta conducta se comete regularmente porque el agente del segundo mercado no es tan eficiente en su producción y requiere ayuda si quiere mantenerse en el mercado o si quiere desplazar a sus competidores.

³²⁵ *Ibidem*, p. 45.

³²⁶ BUENFIL, Competencia económica..., *op. cit.*, pp. 97 y 98., y RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

³²⁷ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, *op. cit.*, p. 45.

³²⁸ Ley Federal de Competencia Económica, artículo 56.

³²⁹ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, *op. cit.*, p. 46.

Este acto en cierta parte podría compararse con la depredación de precios, ya que permite “[...] a las empresas financiar con las utilidades de un producto las pérdidas que resultan de bajar el precio de otro producto por debajo de su margen de utilidades, con el fin de desplazar a otras empresas [...] o evitar que nuevas empresas ingresen a competirle al notar el bajo precio [...]”.³³⁰

10) Discriminación de precios

Esta conducta se refiere al establecimiento de distintos precios o condiciones de venta³³¹ para diferentes compradores que tienen las mismas condiciones, es decir, se da la venta a diferentes precios en diferentes mercados, sin que los costos de distribución sean la justificación de dicha variación. Para que la conducta se encuadre en esta fracción “[...]se necesita que no haya bienes sustitutos y que se pueda prevenir la reventa del producto.”³³²

11) Incremento de costos

Esta conducta tiene como propósito elevar los costos, obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda de un competidor.³³³ Un elemento crucial para determinar la existencia de la conducta es el nexo causal entre la conducta del agente investigado y el efecto que tuvo en los costos, el proceso productivo o la demanda del agente afectado.³³⁴

12) La denegación de acceso a insumo esencial

Tanto la conducta señalada en la fracción XII como en la fracción XIII buscan regular y sancionar a aquellos agentes que abusen del control que tienen sobre un insumo esencial con el objetivo de desplazar a sus competidores, impedir la

³³⁰BUENFIL, *Competencia económica...*, *op. cit.*, p. 98.

³³¹ Ley Federal de Competencia Económica, artículo 56.

³³²RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, *op. cit.*, p. 46.

³³³BUENFIL, *Competencia económica...*, *op. cit.*, p. 98, RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, *op. cit.*, pp. 46 y 47 y Ley Federal de Competencia Económica, artículo 56.

³³⁴RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Manual de derecho económico*, *op. cit.*, p. 47.

entrada de nuevos agentes o establecer ventajas exclusivas en favor de algunos.³³⁵

Bajo esta fracción se puede sancionar a todo aquel que controle un insumo esencial y lo restrinja o le niegue el acceso a un tercero.³³⁶

13) Estrechamiento de márgenes de insumos esenciales

Esta conducta consiste 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.³³⁷ Esto es, la fracción busca sancionar el que el agente que controla el insumo esencial suba el precio del mismo, o baje el precio del producto final, estrechando así el margen de utilidades de sus competidores *downstream*.³³⁸

4. Mercado relevante

Para la determinación del mercado relevante, de conformidad con el artículo 58 de la Ley Federal de Competencia Económica se deben considerar las posibilidades de sustituir el bien o servicio por otros, en qué medida los consumidores los consideran sustitutos y el tiempo requerido para su sustitución, los costos de distribución, los costos y probabilidad de que los usuarios acudan a otros mercados, la regulación en la materia que limite el acceso de los usuarios a fuentes de abasto alternativas o bien el acceso de los proveedores a clientes alternativos y, finalmente, otros criterios que establezcan Disposiciones Regulatorias y criterios técnicos de la Comisión.

5. Poder sustancial

Por lo que hace al poder sustancial, la Ley señala que para determinar si un agente tiene, o no, poder sustancial, se deben considerar las participaciones de

³³⁵ *Idem*.

³³⁶ *Idem*.

³³⁷ Ley Federal de Competencia Económica, artículo 56.

³³⁸ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Manual de derecho económico, *op. cit.*, p. 48.

mercado y si puede fijar precios o restringir el abasto del mercado por sí mismo sin que sus competidores puedan contrarrestarlo.

Para determinar su participación en el mercado se toman en cuenta ventas, número de clientes, capacidad productiva, *et sit cetera*. Además, se habrá de considerar la existencia de barreras a la entrada, la existencia y poder de sus competidores, las posibilidades de acceso de los agentes a fuentes de insumos, el comportamiento reciente de los agentes que participan en el mercado relevante o mercados relacionados y los demás criterios que se establezcan en Disposiciones Regulatorias y criterios técnicos de la Comisión.

6. Concentraciones

De conformidad con el artículo 61 de la Ley Federal de Competencia Económica, “[...] 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...”

Como fue abordado en la parte general, recordemos que existen tres tipos de concentraciones: las prohibidas, las permitidas y las sujetas a condiciones. Dicho precepto al respecto señala que la autoridad, o sea, la Comisión Federal de Competencia Económica, no autorizará o, en su caso, investigará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto³³⁹ sea disminuir, dañar o impedir los procesos de libre competencia y concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

Por otra parte, el artículo 62 de la Ley Federal de Competencia Económica regula las concentraciones ilícitas, que son aquellas cuyo objeto o efecto sea obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica.

El artículo 63 del mismo cuerpo normativo establece los pasos a seguir para evaluar concentraciones y, de manera similar a las prácticas monopólicas

³³⁹ Ya ha sido explicado, aplica de la misma manera.

relativas, señala que ha de delimitarse el mercado relevante. Asimismo, se deberán identificar los principales agentes económicos que abastecen el mercado de que se trate, el análisis de su poder en el mercado relevante, el grado de concentración en dicho mercado, los efectos de la concentración en el mercado relevante con respecto a los competidores y demandantes del bien o servicio, así como en mercados relacionados, la participación de los involucrados en otros agentes económicos y viceversa en la concentración.

Igualmente, señala que los agentes notificantes deben aportar elementos para acreditar la mayor eficiencia en el mercado que se derive de la concentración y que incida de manera favorable en los procesos de competencia y libre concurrencia, así como los demás criterios que se establezcan en Disposiciones Regulatorias.

El artículo 64 del mismo ordenamiento, por otro lado, señala algunos indicios de una concentración ilícita. Entre dichos indicios se encuentran: i) que, como resultado de la fusión, el nuevo ente tenga poder sustancial y que con él pueda distorsionar el proceso de competencia, y ii) que la concentración pudiera establecer barreras a la entrada, impedir la libre concurrencia o el acceso a insumos esenciales, desplazar agentes económicos o que resulte en el ejercicio o facilidad de ejercicio de conductas prohibidas por la misma ley.

Finalmente, el artículo 65 señala una prohibición expresa respecto de que las concentraciones que hayan obtenido resolución favorable de la Comisión no pueden ser investigadas, salvo que dicha resolución se haya obtenido como resultado de información falsa o si la resolución establecía condiciones y no se cumplieron. Tampoco pueden ser investigadas aquellas que no requieren ser notificadas previamente si ya ha pasado un año desde su realización.

Parte III

Capítulo VII

La arbitrabilidad de la competencia económica

El presente trabajo busca mostrar la conveniencia de la resolución de conflictos, a través del arbitraje, en materia de competencia económica, cómo ha sido implementado en otras jurisdicciones, y por qué esto debería ser pensado e impulsado también en México, con el fin de ampliar el alcance de los procedimientos arbitrales y reducir las cargas de trabajo de los tribunales encargados de resolver cuestiones de responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones contractuales y fallar respecto a la compensación por los daños y perjuicios causados a los intereses del demandante.

Si bien el gran paso que dio México bajo la administración de Enrique Peña Nieto en materia de competencia fue paradigmático, la realidad es que la materia de competencia en México sigue siendo inmadura. Existen aún muchas brechas en la legislación, un exceso de regulación en ciertas áreas que pueden significar incluso barreras a la entrada, y muchas áreas que aún no han sido exploradas o son, de hecho, inimaginables para los legisladores mexicanos. Una de ellas es la posibilidad de resolver, por arbitraje, cuestiones relacionadas con el derecho de la competencia económica.

Hasta hoy, se ha manejado una política pública bajo la cual las autoridades de competencia económica son las únicas facultadas para aplicar la legislación de competencia; sin embargo, jurisdicciones mucho más avanzadas en este tipo de cuestiones, pioneras incluso de la materia, como Estados Unidos y la Unión Europea, permiten ya la aplicación del derecho de la competencia de manera privada: a través del arbitraje.

Si bien esto fue repudiado por años por estas mismas jurisdicciones, particularmente en la década de los setenta, tras un arduo debate se cambió el paradigma, lo cual debería ser tomado como ejemplo para seguir avanzando en materia de competencia económica. La postura de rechazo del *case law* estadounidense fue seguida por otras jurisdicciones como Francia y Bélgica. Sin embargo, en 1985 se dio un cambio de paradigma que confirmó

que, bajo ciertas condiciones, las cuestiones de competencia económica pueden ser llevadas por arbitraje.³⁴⁰

Este cambio de paradigma hizo eco en otras jurisdicciones, donde se comenzó a considerar la viabilidad de llevar las cuestiones de competencia por medio de arbitraje. Se ha planteado si la inclusión de una cláusula en un contrato puede incluir, o no, cuestiones reguladas bajo el derecho de la competencia.³⁴¹

Primero se debe plantear la problemática sobre si el Estado va a permitir que el arbitraje se entrometa en el derecho de la competencia.

En otras jurisdicciones la aplicación del derecho de la competencia, tanto en el ámbito público como en el privado, ha sido posible puesto que se tienen perfectamente claras las diferencias entre las funciones de la autoridad jurisdiccional y de un tribunal arbitral.

Sin embargo, no todas las cuestiones relativas a la competencia han sido consideradas como sujetas a ser sometidas a arbitraje como, por ejemplo, las investigaciones de cárteles, en donde existen cuestiones de orden público de por medio. No obstante, en los casos en donde una de las partes quiere reclamar daños y perjuicios, que han resultado de la comisión de alguna de las prácticas de los artículos 101 o 102 del TFUE, por parte de la otra parte de una relación comercial, el arbitraje es el método más atinado.³⁴²

La aplicación de ley de competencia por parte de las autoridades públicas tiene como objetivo velar por la eficiencia del mercado en general; la aplicación privada tendrá como mandato resolver respecto del pago por daños y perjuicios

³⁴⁰ Organization for Economic Co-operation and Development, “DAF/COMP(2010)40”, en *Hearings. Arbitration and Competition*, 13 de diciembre de 2011, <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>, p. 11.

³⁴¹ *Idem*.

³⁴² SEGAN, James, “Arbitration Clauses and Competition Law”, en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, p. 2.

derivados de la comisión de prácticas anticompetitivas, sin afectar de ninguna manera la responsabilidad que el agente tendrá que asumir, ya sea administrativa, penal o las dos, por la infracción a las leyes de competencia.

En Europa, el debate sobre la relación que pueden tener el derecho de la competencia y el arbitraje ha evolucionado y finalmente se ha aceptado puesto que el arbitraje, en estas cuestiones, no representa ningún riesgo para la aplicación de la política de competencia.³⁴³

Esta tesis busca demostrar que es posible, e incluso recomendable, permitir la coexistencia del arbitraje y la competencia económica. Esto es, permitir la aplicación del derecho de la competencia por medio de un procedimiento de carácter privado, principalmente en cuestiones relativas a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones contractuales relativos a la competencia o derivados de la comisión de prácticas anticompetitivas.

Por otra parte, se busca demostrar que la aplicación del derecho de la competencia por un tribunal arbitral no representa riesgo alguno contra las facultades de las autoridades de competencia, ni contra la evasión de la responsabilidad por parte los agentes económicos que prefieran optar por un arbitraje, ya que en la esfera administrativa está la Cofece y, en la esfera civil, el tribunal arbitral que para el caso se forme. La primera siempre seguirá siendo la encargada de investigar y sancionar las violaciones a la legislación de competencia, y la segunda simplemente se encargará de resolver cuestiones de daños y perjuicios derivados de la comisión de prácticas anticompetitivas.

Sería viable que se reformara la Ley Federal de Competencia Económica y la Ley Mexicana de Arbitraje con el fin de integrar a sus disposiciones la posibilidad del arbitraje para la cuestión de compensaciones por daños y perjuicios derivados de la comisión de prácticas anticompetitivas. Además, debería delimitar bien los alcances que puede tener el tribunal y recalcar que ello en nada afecta las facultades que la autoridad tiene para investigar y

³⁴³ Organization for Economic Co-operation and Development..., *op. cit.*, p. 31.

sancionar a todos los agentes económicos que, se pruebe, burlaron las disposiciones de la materia.

Cuando un tribunal arbitral revise una cuestión de competencia deberá no sólo encauzar su análisis a los daños y perjuicios, sino que previamente debe analizar el contrato o el acto con base en la legislación de competencia para determinar o no su validez y, posteriormente, analizar los daños y perjuicios que de dicho acto han o pudieran derivar.

Lo anterior, permitiría llenar un vacío enorme en el derecho de la competencia mexicano: el resarcimiento de los daños a los agentes económicos afectados por la comisión de prácticas anticompetitivas. Esto, tendría un doble efecto positivo, ya que no sólo permitiría a los agentes económicos afectados obtener una reparación por los daños derivados de dichas conductas ilegales, sino que también resultaría en un desincentivo para los agentes económicos que busquen beneficiarse indebidamente mediante esas prácticas.

De conformidad con el análisis hecho al *case law* de la Unión Europea, los estudiosos de la materia han llegado a un consenso, y se ha determinado que, las cuestiones relativas a los artículos 101 y 102 del Tratado de la Unión Europea son totalmente arbitrables cuando se desprendan de ahí daños y perjuicios.

Permitir el arbitraje en este tipo de cuestiones es totalmente viable por el mero dinamismo que representa para la actividad económica en sí misma. Como se ha demostrado, el arbitraje es uno de los métodos alternos a un procedimiento jurisdiccional más eficientes para resolver disputas de carácter comercial, ya que representan un ahorro de tiempo y recursos para las partes y da más certeza jurídica, pues aquellos que resuelven son elegidos por las partes y expertos en la materia de la controversia.

Nazzini ha señalado que el arbitraje internacional juega un papel fundamental en la resolución de disputas entre la comunidad internacional empresarial, ya que es más rentable que un litigio, pues brinda a las partes

flexibilidad procesal, seguridad de que quienes conocerán de la controversia son especialistas y serán imparciales.³⁴⁴

Ahora bien, el principio de "todo lo que no está prohibido, está permitido", aplicable a los particulares, también es aplicable al arbitraje, pues sólo es posible llevarlo a cabo si la ley no lo prohíbe expresamente, pero, además, debe tenerse en cuenta que el árbitro no puede privar a la autoridad de sus facultades para aplicar la ley de competencia. Esto es, el arbitraje sólo puede ser usado para cuestiones de derecho civil que deriven de cuestiones de competencia económica. Por ejemplo, cuestiones de daños y perjuicios derivados de un contrato con alguna empresa, que haya incurrido en prácticas anticompetitivas sancionadas por la legislación de competencia.³⁴⁵

Retomando lo planteado hasta ahora, la arbitrabilidad de las cuestiones relacionadas con competencia económica aún no es plena, pues el derecho de la competencia sigue teniendo áreas que son, y tal vez siempre serán, competencia exclusiva de las autoridades antimonopolio. Por lo que, siguiendo las mejores prácticas internacionales, el arbitraje en materia de competencia debería canalizarse a cuestiones meramente de daños y perjuicios, sin tocar temas de orden público que deberán ser atendidos por las autoridades competentes.

Esto es, se propone ampliar la posibilidad de la reclamación de daños y perjuicios a través de arbitraje y no sólo como actualmente lo establece el artículo 134 de la Ley Federal de Competencia Económica: ante los tribunales especializados en materia de competencia económica.

En los Estados Unidos, el incremento en cuestiones de daños y perjuicios ha tenido un gran impacto en el arbitraje, lo que, a su vez, ha provocado algunos problemas para la legislación de competencia.³⁴⁶ Por lo tanto, se debe reconocer que los árbitros son personas que indudablemente tienen la facultad

³⁴⁴SEGAN, James, "Arbitration Clauses and Competition Law", *op. cit.*, p. 2.

³⁴⁵ Organization for Economic Co-operation and Development..., *op. cit.*, p. 11.

³⁴⁶*Idem.*

de aplicar el derecho de la competencia, al menos para determinar la existencia de daños y perjuicios.³⁴⁷

En el pasado hubo una discusión sobre cuáles eran las obligaciones o los deberes de los árbitros, bajo el argumento de que los árbitros estaban sujetos a la voluntad de las partes y no podrían ir más allá de donde las partes quisieran. No obstante, si los sistemas legales permiten que la materia de competencia económica sea arbitrada, esto debería ir aparejado de la expectativa de que los árbitros apliquen el derecho de la competencia económica, al menos en los casos en que, de una interpretación de la cláusula arbitral, se pueda desprender que las partes consintieron en arbitrar cuestiones relacionadas con competencia económica.³⁴⁸

La labor de los árbitros tiene que estar encaminada a una aplicación del derecho de la competencia coherente y profesional, de manera que, cuando el laudo llegue a una corte para ser revisado, no quede duda de que el tribunal arbitral ha aplicado de manera correcta la legislación de competencia.³⁴⁹ De manera particular, tras el caso *Eco Swiss*, se determinó que un laudo arbitral puede ser llevado ante una corte nacional para exigir la observancia de las normas de orden público a las cuales faltó el tribunal arbitral.³⁵⁰

En esta línea, se ha establecido que todas las partes involucradas en el procedimiento arbitral deben expresar su consentimiento para que el tribunal se pronuncie respecto de cuestiones de competencia, pues es inaceptable que en etapas finales del procedimiento se metan repentinamente cuestiones relacionadas con el derecho de la competencia. Las partes siempre han de tener en cuenta que pueden siempre surgir cuestiones relativas a la competencia dentro del procedimiento arbitral.³⁵¹

³⁴⁷ *Ibidem*, pp. 11 y 12.

³⁴⁸ Organization for Economic Co-operation and Development..., *op. cit.*, p. 12.

³⁴⁹ *Idem*.

³⁵⁰ SEGAN, James, "Arbitration Clauses and Competition Law", *op. cit.*, p. 1.

³⁵¹ Organization for Economic Co-operation and Development..., *op. cit.*, p. 12.

Ahora bien, pese a que la tendencia se ha marcado a implementar la arbitrabilidad de la competencia económica, tal como se vio en el caso *Eco Swiss*, donde la Corte de Justicia Europea encaminó su decisión hacia señalar que el deber de los árbitros es plantear cuestiones legales relativas a la competencia en los procedimientos arbitrales, muchos árbitros siguen rehusándose a aplicar las leyes de competencia.³⁵²

En algunos casos, se ha sugerido incluso que cuando las partes le indiquen a un árbitro que se abstenga de aplicar el derecho de la competencia, éste debería optar por abandonar su mandato, ya que algunas autoridades han señalado el riesgo de que las partes opten por un procedimiento arbitral para evadir las disposiciones de competencia. No obstante, existen ciertos casos en que los árbitros están obligados a llevar ante la autoridad antimonopolio el asunto. El problema es que esto va en contra de los principios del arbitraje, de manera particular, contra la secrecía que se debe guardar respecto a los procedimientos arbitrales. Esto es, nada puede ser ventilado sin previa autorización de las partes, ni tampoco podrá haber intervención de terceros o autoridades, aun con mero *amicuscuriae*, si las partes no lo consienten.³⁵³

Por otro lado, también se ha planteado la relación entre las cortes nacionales y los tribunales arbitrales. Dicha relación se presenta cuando se solicita el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral. No obstante, las cortes nacionales en situaciones muy excepcionales pueden negarse a revisar un laudo arbitral. Pero, en caso contrario, es decir, cuando un tribunal nacional revisa un laudo, puede tomar dos enfoques, uno amplio y uno minimalista.³⁵⁴

El amplio supone que cuando una corte nacional debe revisar un laudo arbitral, debe hacerlo con un análisis completo del caso que incluya también todo el material probatorio ofrecido por las partes, ya que, bajo este enfoque, el tribunal debe cerciorarse de que las partes no han optado por un procedimiento arbitral para evadir las disposiciones del derecho de la competencia. Aunado a

³⁵² *Idem*.

³⁵³ Organization for Economic Co-operation and Development..., *op. cit.*, p. 12.

³⁵⁴ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

lo anterior, la corte debe decidir si la aplicación del derecho de la competencia fue, o no, correcta.³⁵⁵

Por su parte, el enfoque minimalista implica que el tratamiento dado a los laudos que envuelven cuestiones de competencia no es especial, de hecho, se hace hincapié en que la cuestión sea llevada meramente por arbitraje. Esto, halla su justificación en que, si se revisa de nuevo todo el caso, incluido el material probatorio, haber llevado la controversia por arbitraje, pierde sentido y atropella la confianza que las partes le han dado al tribunal. A la sombra de este enfoque, el laudo solo puede ser anulado si se encuentra una violación fundamental que atente contra el orden público.³⁵⁶

Siguiendo el hilo, cuando se habla de arbitraje deben tenerse en cuenta algunas cuestiones clave que serán fundamentales y decisivas en todo el procedimiento, tales como la elección de la sede y el derecho que se va a aplicar. Si bien no es obligación que el derecho de la sede sea el que deba aplicarse, se ha observado que es lo más conveniente. También la elección de un árbitro que tenga experiencia y sepa lidiar con cuestiones complejas de competencia económica, ya que eso tendrá impacto en el desarrollo del procedimiento y en el laudo.³⁵⁷

Hay que tener presente que los árbitros son contratados para aplicar un gran número de leyes de diferentes jurisdicciones, por lo que además de eso, el requerir que sea un experto en competencia, puede ser un reto.³⁵⁸ Los puntos más fuertes que se le han encontrado al arbitraje en este tipo de casos es que, a diferencia de los procedimientos civiles, las partes pueden elegir a sus árbitros de acuerdo con sus habilidades para aplicar el derecho de la competencia.³⁵⁹

³⁵⁵ *Idem.*

³⁵⁶ Organization for Economic Co-operation and Development..., *op. cit.*, p.13.

³⁵⁷ *Ibidem*, p.14.

³⁵⁸ *Idem.*

³⁵⁹ *Idem.*

Además, de conformidad con la Convención de Nueva York, los países adheridos pueden reconocer y ejecutar un laudo arbitral dictado en otro país. Más aún, un laudo arbitral que aplicó legítimamente los principios del derecho de la competencia puede potencialmente tener más fuerza internacional que una sentencia judicial.³⁶⁰

Por su parte, los puntos débiles siguen siendo la falta de claridad respecto a qué es lo que los sistemas con legislación antimonopolio esperan del arbitraje en cuestiones de competencia económica, es decir, faltan en ser claros sobre a cuáles cuestiones de la ley han de aplicarse como normas obligatorias, si son todas o sólo algunas, si otras más necesitarán intervención del estado en caso de que no se cumplan, etcétera. Ni los Estados Unidos ni la Unión Europea han sido claros en este aspecto todavía.³⁶¹

Los países más avanzados en estas cuestiones evidentemente son aquellos que no prohíben la aplicación privada del derecho de la competencia por cuestiones de orden pública y han señalado que ambos mundos pueden coexistir y que, incluso, las autoridades deberían seguir manteniendo el actual sistema de arbitraje internacional e incrementar, por su parte, los incentivos para usar el derecho de la competencia económica en el arbitraje.³⁶²

Es así como, desde las sentencias de los casos *Mitsubishi* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y del caso *Eco Swiss* en Europa, los tribunales y comentaristas aceptan casi universalmente que la relevancia de una cuestión de derecho de la competencia para la resolución del litigio no es un obstáculo para la arbitrabilidad del derecho de la competencia.³⁶³

El consenso sobre este punto se basa en gran medida en la doble premisa de que los árbitros tienen la obligación de aplicar, y aplicarán, las normas de competencia pertinentes, la mayoría de las veces con la misma competencia que los jueces nacionales, si no es que más, y que, en cualquier caso, en los

³⁶⁰ *Idem.*

³⁶¹ *Idem.*

³⁶² *Idem.*

³⁶³ Organization for Economic Co-operation and Development..., *op. cit.*, p.32.

procedimientos de anulación y ejecución, los tribunales se reservan el derecho de dar una "segunda mirada" a la solución alcanzada por los árbitros.³⁶⁴

A nivel práctico, la justificación para permitir la arbitrabilidad de las disputas antimonopolio se basa en el hecho de que actualmente la importancia del derecho de la competencia es reconocida universalmente, ya que la mayoría de los sistemas legales contienen alguna forma de normas de competencia. A diferencia de lo que ocurría en el pasado, los árbitros están bien preparados para aplicar estas normas y entienden que es su deber aplicarlas de manera profesional, al igual que otras normas obligatorias y relevantes para la solución del caso.³⁶⁵

Por otro lado, también se argumenta a favor de arbitrar estas cuestiones, la celeridad en los procedimientos que deriva del hecho de que resuelva un tribunal de expertos, ya que no ha de conocer un solo juez que quizá no tenga la experiencia o el tiempo necesario para conocer de la controversia.³⁶⁶

Lo anterior, va de la mano con el reconocimiento de que el arbitraje no es un medio para eludir la ley de competencia y no interfiere con la aplicación de las normas antimonopolio, ya que no se entrometerá en cuestiones que son meramente de la autoridad administrativa como la investigación de cárteles, por ejemplo.³⁶⁷

Aunado a todo lo demás también debe tenerse en cuenta que a veces es mejor que un tribunal arbitral no aborde todas las cuestiones de competencia ya que, en el caso de prácticas anticompetitivas, por ejemplo, no podrá aplicarlo de la manera más eficiente, puesto que no cuenta con las facultades de coerción e investigación para allegarse del material probatorio necesario para perseguir las conductas y mucho menos con atribuciones para sancionar a los agentes que las cometieron y reacomodar el funcionamiento del mercado en favor del bienestar total.

³⁶⁴ *Idem.*

³⁶⁵ *Idem.*

³⁶⁶ SEGAN, James, "Arbitration Clauses and Competition Law", *op. cit.*, p. 2.

³⁶⁷ Organization for Economic Co-operation and Development..., *op. cit.*, p.32.

Así que, si bien no todos los asuntos relacionados con cuestiones de competencia pueden ser llevados por arbitraje, no se puede negar que el arbitraje representa una serie de ventajas importantes para la resolución de conflictos entre socios comerciales en su carácter de agentes económicos, por lo que debería ser considerado por las jurisdicciones de los países que aún no permiten estos procedimientos.

En el caso mexicano, por ejemplo, esta cuestión de daños y perjuicios sigue siendo ambigua, pese a los cambios que se vieron en la regulación de competencia con la reforma de 2013. Actualmente la cuestión de daños y perjuicios está regulada en el artículo 134 de la Ley Federal de Competencia Económica, mismo que señala que:

Artículo 134. Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración ilícita podrán interponerlas acciones judiciales en defensa de sus derechos ante los tribunales especializados en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones hasta que la resolución de la Comisión haya quedado firme. El plazo de prescripción para reclamar el pago de daños y perjuicios se interrumpirá con el acuerdo de inicio de investigación. Con la resolución definitiva que se dicte en el procedimiento seguido en forma de juicio se tendrá por acreditada la ilicitud en el obrar del Agente Económico de que se trate para efectos de la acción indemnizatoria.

Pese a la existencia de tribunales especializados que pueden resolver este tipo de controversias, han sido sólo tres los casos que desde la existencia de la regulación de competencia en México en los que se han reclamado daños y perjuicios.³⁶⁸

³⁶⁸ IMSS vs. Probiomed, Cryopharma y Eli Lilly, Chicles Canel's S.A. de C.V. vs. Grupo Warner Lambert México S.A. de C.V. y Grupo Coca Cola vs. Big Cola. De estos casos, dos de ellos fueron desechados y el de IMSS vs Probiomed sigue en curso. AGUILAR CORTÉS, Jesús Eduardo, *El papel de la reclamación de daños y perjuicios en el derecho de la competencia en México*, Ciudad de México, Ed. Tirant toblanch, 2019, pp. 57-59.

Las razones de lo anterior son las mismas que se han señalado desde el principio de esta investigación: los largos tiempos que lleva un procedimiento jurisdiccional y porque la mayoría de las veces la compensación va a ser menor que los gastos en los que habrán incurrido las partes en el procedimiento.

A su vez, en dos de los casos en los que se han reclamado daños y perjuicios, la demanda ha sido desechada, por la poca claridad de los juzgados competentes para conocer de estos asuntos.³⁶⁹

Es por eso que se propone permitir la resolución de cuestiones de daños y perjuicios derivadas de las prácticas anticompetitivas señaladas en el 134 de la Ley Federal de Competencia Económica a través de arbitraje pues, con ello, se evitarían los problemas competenciales antes aludidos, así como garantizar el derecho a la debida compensación a través de procedimientos raudos y eficaces.

Conclusión

De la presente investigación es posible observar que México, a pesar de ser una jurisdicción que cuenta con leyes en la materia de competencia económica y de arbitraje, todavía tiene varios puntos de mejora, como se desprende de la doctrina y los precedentes abordados, los cuales abren la mirada hacia nuevas posibilidades.

En las páginas anteriores se ha demostrado que implementar la arbitrabilidad de la competencia económica es viable, ya que sería una de las herramientas necesarias para solidificar y modernizar el sistema mexicano, con miras a continuar con el avance que se ha tenido en la materia de competencia económica desde la reforma de 2013.

Como se pudo observar, México sigue siendo un país con muchas brechas en la legislación e incluso con un exceso de regulación en ciertas áreas que

³⁶⁹ No existe claridad respecto a cuáles son los tribunales competentes para resolver este tipo de casos. Lo anterior, porque el artículo en cuestión no señala si existe una competencia exclusiva de los juzgados de distrito en materia administrativa especializados en competencia económica o si también se pueden llevar en juzgados de lo civil federales y locales. *Ibidem*, p. 80.

han significado inclusive barreras a la entrada para nuevos agentes económicos, tiene además muchas áreas que aún no han sido exploradas o son, de hecho, inimaginables para el congreso mexicano. Entre estos obstáculos está la posibilidad de resolver por arbitraje, cuestiones relacionadas con el derecho de la competencia económica.

Si bien permitir el arbitraje en asuntos relacionados con la competencia económica no siempre tuvo una buena vista por parte de las jurisdicciones que hoy lo permiten, este cambio de paradigma les permitió evolucionar y no quedarse estancadas. Por lo que, una vez demostrada la posibilidad de unir la competencia económica con el arbitraje, se sostiene la viabilidad de la presente tesis.

Permitir el arbitraje en cuestiones de daños y perjuicios derivados de la comisión de prácticas anticompetitivas reflejaría no sólo una opción adicional más viable y rápida frente al procedimiento ante los tribunales especializados, sino que permitiría que los agentes perjudicados tengan un efectivo resarcimiento y se inhibiría la distorsión del mercado derivado de la comisión de prácticas anticompetitivas si se ordenan compensaciones severas adicionales a la sanción que les imponga la autoridad de competencia.

Ha sido demostrado ya, que permitir el arbitraje en cuestiones de competencia económica no representa ningún riesgo relativo a la elusión de la legislación de la materia, puesto que no habrá invasión alguna a la esfera competencial de la autoridad administrativa de cada jurisdicción. Por el contrario, refleja beneficios en virtud de que, al no ser plena, la arbitrabilidad de la competencia no choca en ningún momento con las facultades específicas para la investigación y sanción de prácticas anticompetitivas exclusivas de la autoridad.

A lo largo de esta investigación se ha observado que la fusión de estas dos materias es viable, ya que no se tocan temas de orden público, mismos que siguen siendo facultad exclusiva de la autoridad antimonopolio.

Aunado a lo anterior, recordemos todas las ventajas que tiene el arbitraje frente a un procedimiento jurisdiccional tradicional: celeridad, costos menores,

mayor transparencia, entre otros. Es por lo anterior que se apuesta por esta propuesta de autorizar la arbitrabilidad en materia de competencia económica en México.

Finalizada esta investigación se adquiere la postura sostenida hasta ahora en otras jurisdicciones: limitarse a cuestiones de daños y perjuicios. Lo anterior, porque a pesar de todas las ventajas de un procedimiento arbitral, no sería viable que un tribunal arbitral se encargara de la solución de todas las cuestiones de competencia, por una las siguientes razones: i) falta de coercibilidad, ii) carencia de facultades para allegarse de todo el material probatorio al que una autoridad sí puede acceder, iii) ausencia de facultades para sancionar a los agentes que incurrieron en conductas contrarias al buen funcionamiento de los mercados.

En pocas palabras, este trabajo ha demostrado la conveniencia de solucionar las cuestiones relativas a la competencia económica a través del arbitraje, tal y como se ha venido haciendo en otras jurisdicciones, por las ventajas que representa al ampliar el alcance de los procedimientos arbitrales y así reducir las cargas de trabajo de los tribunales encargados de resolver cuestiones de responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones contractuales y pronunciarse en lo relativo a la compensación de daños y perjuicios causados a los intereses del demandante.

No se niega que los árbitros ante esta propuesta se nieguen a llevar cuestiones de competencia, tal y como ha ocurrido en las jurisdicciones que hoy día lo permiten, sin embargo, el solidificar y pulir cada vez más esta postura podría significar el paso hacia el cambio de paradigma y el avance del sistema mexicano en las cuestiones de competencia económica a través del arbitraje.

Fuentes de consulta

1. Artículos

1. BOWMAN, Sam, *et. al.*, “Technology Mergers and the Market for Corporate Control”, en *Truth on the Market*, 10 de agosto de 2021, <https://truthonthemarket.com/2021/08/10/technology-mergers-and-the-market-for-corporate-control/>
2. CARRIER, Michael A., “The four-Step Rule of Reason”, en *Antitrust Law Journal*, Chicago, vol. 33, No. 2, primavera de 2019.
3. COFECE, *Más competencia para un México fuerte*, citado por GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Competencia*, México, Porrúa, 2017.
4. Instituto De Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, t. I, México, IIJ/UNAM, 1982.
5. Organization for Economic Co-operation and Development, “DAF/COMP(2010)40”, en *Hearings. Arbitration and Competition*, 13 de diciembre de 2011, <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>
6. REYES FABELA, Óscar, “¿Qué es una práctica Monopólica Relativa? Parte II”, en *Hablemos de Competencia*, 25 de junio 2020, <https://www.hablemosdecompetencia.com/post/qu%C3%A9-es-una-pr%C3%A1ctica-monop%C3%B3lica-relativa-parte-ii>
7. SEGAN, James, “Arbitration Clauses and Competition Law”, en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018.
8. WEI Huang y GUIZHEN, Han, “Relevant Market Definition and Market Dominance Identification”, en *CPI Journal*, vol. 11, No. 1, primavera/otoño 2015.
9. ZAPPALÀ, Francesco, “Universalismo histórico del arbitraje”, en *Vniversitas*, vol. 121, julio-diciembre, 2010, Bogotá, Colombia, [en línea], <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82518988008>>, [consulta: 1o. de junio de 2021].

2. Bibliografía

1. AGUILAR CORTÉS, Jesús Eduardo, *El papel de la reclamación de daños y perjuicios en el derecho de la competencia en México*, Ciudad de México, Ed. Tirant toblanch, 2019.
2. AZAR MANZUR, Cecilia, *et al.*, *Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial Análisis y Comentarios al Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio*, México, Themis, 2009.
3. BLACK, OLIVER, *Conceptual foundations of antitrust*, New York, Cambridge University Press, 2005.
4. BLAIR, Roger D., y SOKOL, D. Daniel eds., *International antitrust economics*, vol. 2, Nueva York, Oxford University Press, 2015.
5. BUENFIL LEAL, Rubén, *Competencia económica y comercio internacional*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
6. COLINO, Sandra Marco, *Vertical Agreements and Competition Law. A Comparative Study of the EU and US Regimes*, Oxford, Hart Publishing, 2010.
7. ESTAVILLO CASTRO, Fernando, "Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias", en BECERRA RAMÍREZ, Manuel *et al* (coords.), *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
8. FIADJOE, Albert, *Alternative Dispute Resolution: A developing world perspective*, London, Cavendish Publishing Limited, 2004.
9. GAILLARD, Emmanuel *et al.*, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Países Bajos, Kluwer Law International, 1999.
10. GAUGHAN, Patrick A., *Mergers, acquisitions & Corporate Restructurings*, 7ma ed., New Jersey, John Wiley & Sons, Inc., 2018.
11. GOLDBERG, Stephen B., *et al.*, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, Arbitration and Other Processes*, 6th ed., New York, Wolters Kluwer, 2012, Chapter 2.
12. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, 5ta ed., México, Porrúa, 2018.
13. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Competencia*, México, Porrúa, 2017.
14. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El Estado de Derecho. Un enfoque económico*, México, Porrúa, 2007.
15. Instituto Mexicano de Arbitraje, *Legislación mexicana de arbitraje comercial. Comentada*, México, Porrúa, 2015.

16. MANSILLA Y MEJÍA, María Elena, *Derecho internacional privado*, México, IURE, 2019.
17. MENA LABARTHE, et al (coords.), *Derecho de la competencia en México*, México, Porrúa, 2015.
18. MOSES, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, New York, Cambridge University Press, 2008.
19. MOTTA, MASSIMO, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
20. MOTTA, Massimo, *Política de competencia. Teoría y práctica*, Trad. de Javier Núñez Melgoza, México, FCE-COFECE-UNAM-CIDE, 2018.
21. LUSTIG, Nora, *Mexico: The Remaking of an Economy*, 2da ed., Washington, D.C., Brookings Institution Press, 1998.
22. PALACIOS PRIETO, Alejandra y PÉREZ TRUJILLO, José Nery, *Reforma en materia de competencia económica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
23. PIGNATARO, Paul, *Mergers, acquisitions, divestitures and Other Restructurings. A Practical Guide to Investment Banking and Private Equity*, New Jersey, John Wiley & Sons, Inc., 2015.
24. RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Ricardo, *Manual de derecho económico*, México, FCE, 2018.
25. REDFERN, Alan et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student version*, 6th ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.
26. RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *International Arbitration Law and Practice*, 2a. ed., Países Bajos, Kluwer Law International, 2001.
27. SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William, *Economía*, 19 ed., México, McGraw Hill, 2019.
28. WEISHAAR, Stefan E., *Cartels, Competition and Public Procurement. Law and Economics Approaches to Bid Rigging*, Massachusetts, 2013.

3. Legislación consultada

1. 15 U.S.C. § 12 de la *Clayton Act*.
2. 15 U.S.C. *Sherman Act* § 1.
3. Código de Comercio.

4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
5. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.
6. Ley Federal de Competencia Económica.
7. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Tesis y/o jurisprudencia

1. Amparo en revisión 1606/70, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, 06 de febrero de 1973.
2. Tesis I.3o.C.385 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 72, t. III, noviembre de 2019, p. 2192.
3. Tesis I.8o.C.23 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 18, t. III, mayo de 2015, p. 2107.

5. Otras fuentes

1. Debates del Senado de fecha 10 de septiembre de 2013.
https://www.senado.gob.mx/64/diario_de_los_debates/documento/2556