

## SECCIÓN II

### ARTÍCULOS DE AUTORES INTERNACIONALES



## EL “AGENTE ECONÓMICO” A LOS OJOS DE NUESTRO PODER JUDICIAL: UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA EN BÚSQUEDA DE CONTENIDO

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO<sup>1</sup>

### RESUMEN

La noción de “agente económico” bajo derecho mexicano de la competencia económica es una norma de textura abierta que ha generado dudas y debates. En El “Agente Económico” A Los Ojos Del Poder Judicial Mexicano: Una Institución Jurídica En Búsqueda De Contenido el autor analiza su contenido bajo la óptica de la judicatura mexicana. Aunque por lo general el resultado ha sido positivo, se realiza un análisis crítico postulando recomendaciones.

**Palabras clave:** Competencia económica, agente económico, eficiencia, empresa, economía

---

1 GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. ([www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)). Observaciones bienvenidas a [fgcossio@gdca.com.mx](mailto:fgcossio@gdca.com.mx).

***THE NOTION OF “ECONOMIC AGENT” IN THE EYES OF THE MEXICAN JUDICIARY: A LEGAL NOTION IN SEARCH OF MEANING***

ABSTRACT

*The notion of “Economic agent” under Mexican antitrust law is an open texture that has triggered both doubt and controversy. In El “Agente Económico” A Los Ojos Del Poder Judicial Mexicano: Una Institución Jurídica En Búsqueda De Contenido the author reviews its content under the lens of the Mexican judiciary. Albeit by and large the outcome has been positive, critical assessment is performed, and suggestions advanced*

**Key words:** *Free Competition, economic agent, efficiency, undertaking, econom*

I. INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

El concepto jurídico “agente económico” es una de tantas normas de textura abierta que contiene la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”) que ha propiciado dudas sobre su noción y alcance.

A continuación se hará un comentario sobre la forma en que el Poder Judicial mexicano ha interpretado el mismo.

---

2 Porciones de este ensayo son tomadas de GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Competencia económica: derecho, economía y negocio*, Ed. Porrúa, México, D.F. 2ª edición, 2012 (en edición).

## II. INTERPRETACIÓN

Comenzaré por comentar el texto de la norma para luego concentrarme en su interpretación judicial.

### A. INTERPRETACIÓN TEXTUAL

El artículo 3 de la LFCE establece:

Están sujetos a lo dispuesto por esta ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, 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.

Serán responsables solidarios los agentes económicos que hayan adoptado la decisión y el directamente involucrado en la conducta prohibida por esta ley.

Hay quien ha criticado la técnica jurídica empleada en la redacción de dicha norma. Comienza con una *enumeración* para concluir con una *noción*, orientada no a un *ser*, sino un *hacer*.

Críticos indican que la norma no debió ser tautológica. Si se hubiera concentrado en la última oración, hubiera logrado mejor el objetivo deseado. Y siendo una norma que define, debió centrarse en esencia, no ejemplos.

Aunque la observación no carece de mérito lógico, puede entenderse la *ratio* detrás de una norma redundante. Después de todo, se trata (o trataba en 1992) de un concepto nuevo, que seguramente generaría dudas sobre su alcance. Ante ello, la redacción *ex abundante* es entendible. Si propicia entendimiento y seguridad, el pleonismo puede no ser tan malo. Pero ello no quiere decir que se trata de una norma cerrada. De un concepto *numerus clausus*. La técnica jurídica de enumerar al confeccionar normas con frecuencia exige la aplicación del principio de interpretación *inclusio unius exclusio alterius*. La conclusión sería errada. No se

trata de una enumeración taxativa, sino ejemplificativa. Ante ello, la enunciación no busca agotar, sino ilustrar.

Otro comentario ha sido la idoneidad de definir mediante verbo, y no sujeto. Mediante un *hacer*, y no un *ser*. Si el comentario es crítico, lo cuestionaría. El derecho contiene instancias diversas de utilización de dicha técnica<sup>3</sup>. Y este caso es uno en el cual su utilización es entendible. Un ente se torna en ‘agente económico’ cuando participa en la economía. ¿Cómo? - ¡qué importa! Si participa en la economía le aplicara el cuerpo normativo que la tutela: la Competencia Económica.

Finalmente, ¿debe *cualquier forma* de participar en la economía estar contenida dentro del radio de acción de la norma? ¿No existen formas de participar en el mercado que deban estar excluidas de la competencia económica? Respuesta: posiblemente. Pero debe tenerse cuidado, pues cada forma de participar en la economía que se excluya, que se extirpe del radio de acción de la norma, constituirá un oasis, una oportunidad, para quien desee afectar el proceso competitivo.

Concluiría con indicar que una norma como esta no debe verse con tanta extrañeza. No es la primera ocasión que nuestro legislador utiliza nociones amplias con miras a lograr lo mismo que la LFCE: evitar elusión. Recuérdese por ejemplo el concepto “unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica” bajo nuestra anterior legislación de inversión extranjera<sup>4</sup>.

---

3 De hecho, una digresión de ontología es justificada. Como regla, las normas deben dirigirse a conducta, no esencia. Aunque existen instancias de aplicación al *ser*, como regla el derecho se dirige al actuar. (Por ejemplo, la teoría del delito se centra en *conducta* (típica, antijurídica y punible)). Ejemplifica la norma del *ser* el artículo 123.V Constitucional que otorga un derecho a un ser diverso a otro ser. La mujer tiene un derecho bajo dicho precepto que el varón carece.

4 Artículo 2 de la anterior ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera del 26 de febrero de 1973.

## B. INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Los antecedentes judiciales que han dado contenido a la noción de agente económico son catalogables en:

1. Actividad vinculada con producción;
2. El Estado como agente económico;
3. Actividades sin fines de lucro;
4. Prácticas que trascienden en la vida económica del Estado;
5. Grupos de interés económico y “sistemas” como agente económico.

Los comentaré en dicho orden.

### *1. Actividad vinculada con la producción*

Una de las primeras tesis judiciales sobre este concepto estableció que:

**Agentes económicos, concepto de, para los efectos de la ley federal de competencia económica.** Por “agentes económicos”, de conformidad con el significado gramatical de sus vocablos, y para los efectos de la Ley Federal de Competencia Económica, se entiende aquellas 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, lo que se corrobora con el hecho de que el objeto de la referida ley consista en proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, así como evitar los monopolios, las prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, que se presentan, por ejemplo, cuando dichas personas especulan con los artículos de consumo necesario, con el objeto de provocar el alza de sus precios, esto es, persiguiendo un lucro excesivo<sup>5</sup>.

---

5 Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, tomo XV, abril de 2002, Tesis 1a XXX/2002, pág. 457. Amparo en revisión 761/99, 20 de febrero de 2002.

Esta tesis tiene un aspecto positivo y cuatro negativos. El positivo es que es amplia en cuanto a su alcance, lo cual es congruente con la *ratio legis* de la LFCE. Los negativos son, *primero*, que en verdad, no brinda elementos adicionales a los que ya contenía el artículo 3 de la LFCE para darle contenido al concepto. *Segundo*, parece imbuir un análisis de grado al incluir la siguiente oración:

...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...

(énfasis añadido.)

¿Cuándo se está “estrechamente” vinculado con la producción? O lo inverso ¿cuándo se está involucrado “distantemente” (no-estrechamente)? El adjetivo sobra y confunde.

*Tercero*, el ejemplo que cita –*qua* ejemplo– es inocuo, pero puede confundir: especulación sobre *artículos de consumo necesario*. A la competencia económica le preocupan tanto los bienes *necesarios* como *suntuarios*. Es cierto que importan más los primeros que los segundos. Pero deseamos competencia tanto en el mercado de la tortilla como en el de Ferraris.

Finalmente, la tesis concluye con la aseveración “persiguiendo un lucro excesivo”. Ello es un concepto errado. No hay nada de malo en perseguir el lucro –inclusive el excesivo. El móvil de ganancias es lo que mueve a la economía y el progreso. Sin el mismo, no existiría innovación. Es gracias al mismo que el lector probablemente esté leyendo este ensayo en un artefacto moderno (como una iPad o Kindle book), o se distraiga del mismo para contestar un mensaje en su Blackberry o iPhone.

## 2. El Estado como agente económico

La posibilidad de que el Estado u órgano de Estado actualice la hipótesis de agente económico generó dudas. Ante lo anterior, la siguiente tesis cumplió una función importante:

**Agentes económicos. Para efectos de la ley federal de competencia económica, no lo son las entidades de la administración pública cuando actúan en ejercicio de sus atribuciones propias de autoridad.** De la interpretación sistemática y armónica del artículo 3o., en relación con los artículos 1o., 2o., 23 y 24, todos de la Ley Federal de Competencia Económica, así como con los artículos 28, 40, 41, 90, 116 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 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, esto es, realicen actividades estrechamente vinculadas con producción, distribución, intercambio o consumo, pero no cuando actúan en ejercicio de sus atribuciones propias de autoridad, puesto que, bajo ninguna circunstancia, esta actuación puede estar regulada o restringida por la ley citada, y menos aún que sea un organismo administrativo desconcentrado de la administración pública federal el encargado de dirigir, supervisar y, en su caso, castigar esa actividad pública, ya que de ser así rompería con el sistema federal mexicano<sup>6</sup>.

Como puede verse, la tesis establece una dicotomía de trato de actos de autoridad con respecto a la LFCE. Si es *iure imperii*, quedará fuera del alcance de la LFCE. Si es *iure gestionis*, estará sujeto a la LFCE. El razonamiento detrás del (disímbolo) tratamiento legal es apropiado: si un órgano de Estado actúa en el mercado, debe hacerlo como los demás actores: de forma que no dañe el proceso competitivo. Si se trata de un acto de autoridad, el mismo queda fuera del ámbito material de la LFCE.

---

6 Controversia constitucional 11/2001, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Estado de Campeche, 20 de enero de 2004, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XIX, marzo de 2004, pág. 997.

### 3. Actividades sin fines de lucro

La posibilidad de concebir a las actividades sin fines de lucro (y sus vehículos) como agente económico ha confundido. El caso particular de los notarios ha sido un foco frecuente de debate. Ello propició la tesis siguiente:

**Notarios públicos. No son agentes económicos para efectos de la ley federal de competencia económica.**- Si se toma en consideración, por un lado, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7o., 10 y 17 de la Ley del Notariado del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el ocho de enero de mil novecientos ochenta, abrogada por la Ley del Notariado para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el veintiocho de marzo de dos mil, el notario público es aquel funcionario investido de fe pública, que realiza como función primordial la de autenticar instrumentos en que se consignen actos y hechos jurídicos, esto es, se trata de un fedatario público que, con motivo de esa actividad, está facultado para exigir de los interesados los gastos que hubiere erogado y cobrar honorarios conforme al arancel correspondiente, pero sin que sus funciones deban considerarse compatibles, entre otras, con la de comerciante o agente de cambio y, por otro, que por agente económico, para los efectos de la Ley Federal de Competencia Económica, se entiende aquella persona que participa de manera directa en la producción, distribución, intercambio y consumo de artículos necesarios, que inciden directamente en la estructura económica de un Estado y que, sin lugar a duda, persigue un lucro, se concluye que el citado funcionario, al ser un fedatario público, no realiza actos mercantiles o de comercio y, por ende, no es agente económico sujeto a la última ley citada<sup>7</sup>.

Esta tesis, y el caso que la motivó, propició una avalancha de críticas y presión. Este autor fue uno de los comentaristas que criticaron el desarrollo<sup>8</sup>. Pero procedamos de general a particular.

---

7 Registro No. 921867, tesis 1a. XXXI/2002, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, Novena Época, tomo XV, abril de 2002, pág. 466.

8 Véase por ejemplo, GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Competencia económica: aspectos jurídicos y económicos*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004, págs. 55 a 65. A su vez, GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *¿Es lo "económico" lo mismo que lo "mercantil"? Comentario sobre la definición de 'agente económico' por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, En Busca de la Teoría Constitucional*,

La tesis comete errores diversos. *Primero*, sostiene que los notarios no actualizan la hipótesis distinguiendo entre el notario y el comerciante. En sus palabras:

...[las] funciones [del notario no pueden] considerarse compatibles, entre otras, con la de comerciante o agente de cambio ...

El error es lógico y jurídico. Como expliqué en un Congreso de la BMA<sup>9</sup>, la LFCE no tiene como ámbito material y personal de validez el mismo que el derecho mercantil: el comerciante. El punto de partida de aplicabilidad de la LFCE es distinto: cualquier forma de participar en la economía. Al sostener lo que dijo, respetuosamente, la Suprema Corte cometió el error jurídico de equiparar lo económico a lo mercantil. Un *non-sequitur*.

*Segundo*, al establecer lo siguiente la tesis propicia inseguridad por confundir:

... por agente económico, para los efectos de la Ley Federal de Competencia Económica, se entiende aquella persona que participa de manera *directa* en la producción, distribución, intercambio y consumo de artículos necesarios, que inciden directamente en la estructura económica de un Estado...

(énfasis añadido)

O se participa en la economía o no. Económicamente, no hay diferencia entre una participación directa e indirecta. Se trata de una distinción sin diferencia. Y el error es judicial, no legal: el precepto jurídico no distingue, por ende *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

*Tercero*, la tesis razonó que debe existir un ánimo de lucro, al indicar:

---

9 Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Ed. Themis, México, D.F., 2005, pág. 59.  
X Congreso Nacional de Abogados, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Monterrey, 2005, GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *¿Es lo “económico” lo mismo que lo “mercantil”?* Comentario sobre la definición de ‘agente económico’ por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, En Busca de la Teoría Constitucional, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Ed. Themis, México, D.F., 2005, pág. 59.

... y que, sin lugar a duda, persigue un lucro, se concluye que el citado funcionario, al ser un fedatario público, no realiza actos mercantiles o de comercio y, por ende, no es agente económico ...

La (válida) duda sobre si el derecho de la competencia aplica a actividades que no persiguen fines lucrativos ha sido despejada en jurisdicciones diversas en el sentido positivo<sup>10</sup>. Inclusive las asociaciones civiles (o ‘*non-profits*’) actualizan la hipótesis normativa y están sujetas a dicho derecho. El motivo es fácil de entender: pueden afectar el proceso competitivo.

El yerro motivó una corrección legislativa del error judicial: en la modificación de 2006 se incluyó la frase “con o sin fines de lucro” en el artículo 3 de la LFCE.

Deseo concluir el comentario de esta tesis con una aclaración sobre el (polémico) tema de los notarios como agentes económicos, pues se me ha citado sesgadamente y fuera de contexto. En mi opinión, *por supuesto que los notarios son ‘agentes económicos’*: constituyen una forma de participar en la economía. Y no solo eso, procuran un insumo de consumo necesario: *sin la fe pública existen actos jurídicos que no pueden celebrarse*<sup>11</sup>. Es esto –y solo esto– lo que he dicho. Ello no quiere decir que considere que los notarios “monopolizan” (en el sentido que sé que hay quien me ha citado). Lo único que he dicho es que los notarios son un participante de la economía, como cualquier otro, por lo que les

10 Por ejemplo, en Europa, en *Fédération Française des Sociétés d’Assurances and Others v Ministère de l’Agriculture et de la Pêche* (Case C-244/94 [1995] ECR I-4013) la Corte Europea de Justicia sostuvo que las entidades sin fines lucrativos pueden ser un *undertaking* sujeto a derecho de competencia. En Estados Unidos de América, después de muchos precedentes de cortes de diversas instancias, la Suprema Corte de Justicia aclaró (por unanimidad) que la competencia económica aplicaba también a *non-profits*. En sus palabras, “[n]onprofit entities ... have the same capacity and derivatively, at least, the same incentives as for-profit organizations to engage in unfair methods of competition or unfair and deceptive acts. ...”. (*California Dental Assn, v. FTC* (526 U.S. 756, 768)).

11 El matiz es relevante no como eje de la conclusión sino como agravante. Si bien queremos competencia en todos los mercados, es más importante en mercados de productos de consumo necesario. El motivo es económico: de lo contrario, ocurre una transferencia de riqueza importante de un sector social a otro. (Para abundar, véase cualquier texto de economía básica).

aplica el mismo cuerpo normativo que aplica a los demás que participan en la economía.

No es mi deseo detractor sino dilucidar. Como muestra de ello, aprovecho la coyuntura para dar mi opinión total. Con la información con la que cuento<sup>12</sup>, opino que existen elementos para considerar tanto que existe conducta cartelaria como no. Por un lado, se trata de un gremio cerrado, coordinado, relativamente pequeño<sup>13</sup>, que muestra síntomas de colusión: se coordinan en precios (el arancel) y cuentan con mecanismos (formales e informales) de disciplina de sus miembros. Y sus ganancias son enormes, particularmente comparadas con su costo<sup>14</sup>. Pero por otro –y esto es importante–, *existe competencia*. Los notarios compiten; tanto en precio como servicio. Ello es fácil de constatar empíricamente. Y ello es lo importante para efectos de determinar si existe responsabilidad bajo la LFCE.

Ante ello, no es evidente la respuesta que la competencia económica tenga que dar. Ello explica que hayan existido esfuerzos de autoridades de competencia de perseguir dichas prácticas<sup>15</sup>. También explica que los esfuerzos no hayan sido conclusivos. El efecto social (y de bienestar) de la figura latina del notariado merece más análisis que lo anteriormente expuesto. Aunque mucho se ha dicho sobre el costo social de los notarios (particularmente por su

- 
- 12 El matiz es importante, pues mi ángulo es académico. No he representado y ni asesorado a nadie en los asuntos que motivaron las tesis citadas. Mi interés es científico: la correcta aplicación de derecho. Y si alguien tuviera que buscar un sesgo en mi parecer, tendría que revelar que conozco y tengo vínculos cercanos con muchos notarios. Lo que es más, siento una profunda admiración por los notarios del Distrito Federal, dado el rigor académico y profesional requerido para ser notario público en dicha entidad. Pero ello no puede hacer cambiar mi parecer sobre la correcta interpretación del artículo 3 de la LCFE.
  - 13 El adjetivo es importante, pues podría refutarse que los 250 notarios de la Ciudad de México distan de ser ‘pocos’. En efecto, aisladamente considerados no son pocos. Pero si se compara con el mercado que enfrentan (la población e importancia económica de la Ciudad de México), se comprende el matiz.
  - 14 El cual admito que ignoro, pero sospecho que el costo marginal de una copia certificada, fe de hechos o testimonio es muy por debajo de su precio de mercado.
  - 15 Y que hayan sido el foco de comentaristas económicos diversos, particularmente a aquellos a quienes les inquieta la competitividad.

impacto en la eficiencia asignativa), postulo que el análisis debe incluir un aspecto que hasta la fecha observo que ha merecido poco (o nulo) análisis: el beneficio social que propicia la figura del notariado en México dada la seguridad jurídica que brinda. Hoy por hoy, la existencia de una escritura pública que ampare un acto jurídico es una fuente de seguridad jurídica. Un derecho fedado imbuye certeza. Tranquilidad. Es decir, desde la perspectiva de eficiencia, existen consecuencias importantes de la existencia de notarios *à la mexicaine*<sup>16</sup>.

Antes de buscar alterar dicho *statu quo*, sugiero que se tenga en mano una alternativa que brinde seguridad. De lo contrario, se alterará un pilar importante de la seguridad jurídica y de la economía.

#### 4. *Prácticas que trascienden en la vida económica del Estado*

Otro criterio que ha actualizado la hipótesis normativa de ‘agente económico’ es el siguiente:

**Agentes económicos. Para considerarse con ese carácter necesariamente su actividad debe trascender a la vida económica del Estado.** Conforme a los artículos 8o., 9o., 10, 11, 12 y 13 de la Ley Federal de Competencia Económica, el objeto esencial de los agentes económicos consiste en establecer los lineamientos de comercialización, distribución, producción y precio de determinados bienes y servicios, en razón de algunos elementos estratégicos como son, entre otros, la ubicación geográfica, los periodos de tiempo, los proveedores, clientes y consumidores, con la finalidad de maximizar sus ganancias y utilidades comerciales, las cuales sirven como indicadores para comprobar si su actividad comercial es o no la de un agente económico, es decir, si repercute o no en el proceso de competencia

16 Un estudio reciente aborda y defiende con energía y elegancia dicha figura. (JESÚS SILVA-HERZOG F., *La dimensión económica del notariado*, MIGUEL ÁNGEL PORRÚA, UNAM, México, D.F., 2008.) El estudio me gustó por la forma con la que aborda –desde el ángulo económico– esta cuestión (además de que está bien escrito). Mi única (respetuosa) observación es la indicada: el propósito hubiera sido logrado con más fuerza si se hubiera analizado la cuestión del beneficio social en eficiencia derivado de la figura tal como existe hoy en día. (En justicia, el punto se toca en la introducción (Id., pág. 8)).

y libre concurrencia. Así, acorde a la Ley señalada, deben examinarse las operaciones o prácticas efectuadas por los agentes económicos para verificar si trascienden favorablemente en la economía del Estado o si violentan el proceso de competencia y libre concurrencia mercantil, como ocurre cuando ejercen un poder sustancial en el mercado relevante. En ese sentido, para considerar que los agentes económicos tienen ese carácter, necesariamente su actividad debe trascender a la vida económica del Estado, esto es, sus ganancias comerciales deben repercutir en el proceso de competencia y libre concurrencia mercantil<sup>17</sup>.

El requisito que su “actividad debe trascender a la vida económica del Estado, esto es, sus ganancias comerciales deben repercutir en el proceso de competencia y libre concurrencia mercantil” es vacuo. Además, genera más incógnitas de las que resuelve. Lo siguiente –que constituye el núcleo de la noción– hace que el lector se rasque la cabeza en son de duda:

...para considerar que los agentes económicos tienen ese carácter, necesariamente su actividad debe trascender a la vida económica del Estado, esto es, sus ganancias comerciales deben repercutir en el proceso de competencia y libre concurrencia mercantil.

Posiblemente es simplemente otra manera de decir “que participen en la economía”. Si es el caso, la noción no añade nada. Deja el intérprete en el mismo lugar en el que comenzó.

##### 5. Grupos de interés económico y “sistemas”

La posibilidad de que ‘grupos de interés económico’ actualicen la hipótesis de ‘agente económico’ es interesante, y ha generado mucha actividad judicial. El término, que si bien siempre ha existido en el argot legal, ha ganado creciente uso en la retórica y práctica de la Comisión Federal de Competencia (“CFC”). Sin embargo, qué

---

17 Registro No. 169006, Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta XXVIII, Septiembre de 2008, pág. 143. Tesis: 1a./J. 72/2008. Amparo en revisión 169/2007. The Coca-Cola Export Corporation. 24 de octubre de 2007. Tesis de jurisprudencia 72/2008, aprobada el 2 de julio de 2008.

es, y hasta dónde llega, es un tema sin una respuesta clara. Por lo general involucra vínculos de parentesco, capital, administración o control. Pero la noción de ‘control’ también ha dado lugar a debate. Las definiciones más sofisticadas no se limitan a tratar de encontrar una situación de control societario, sino que analizarán todas las circunstancias con la finalidad de determinar si, por cualquier circunstancia, se tiene la facultad de *dirigir*. En casos diversos la CFC ha emitido criterios para determinar la existencia de un ‘grupo de interés económico’ para efectos del derecho de la competencia económica; son<sup>18</sup>:

- i) Cuando una persona tiene o es titular de acciones o partes sociales, con derecho pleno a voto, que representen más del 50% del capital social de dos o más personas morales;
- ii) Cuando una persona tiene o es titular de acciones o partes sociales con derecho pleno a voto, de dos o más personas morales, cuyo valor representa el mayor porcentaje del capital social de dichas personas, respecto a los demás accionistas de las mismas;
- iii) Cuando una persona tenga la facultad de dirigir o administrar a otras personas morales en virtud de un contrato;
- iv) Cuando una persona tenga la capacidad o derecho de designar la mayoría de los miembros del consejo de administración u órgano equivalente de otras personas morales;
- v) Cuando una persona tenga la capacidad o el derecho de designar al director, gerente o factor principal de otras personas morales;
- vi) Cuando una persona y las vinculadas a esta por parentesco consanguíneo o por afinidad tengan participación en una o diversas personas morales.

---

18 Por ejemplo, ver Expediente DC.02-2001 del 6 de septiembre de 2001.

Recientemente, casos diversos arrojaron tesis dignas de comentar, y que dan contenido a dicha noción. Por ejemplo:

**Grupo de interés económico. Su concepto y elementos que lo integran en materia de competencia económica.** 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. Así, aunado a los elementos de interés –comercial y financiero– y de coordinación de actividades, concurren otros como son el control, la autonomía y la unidad de comportamiento en el mercado. En esa tesitura, el control puede ser real si se refiere a la conducción efectiva de una empresa controladora hacia sus subsidiarias, o bien, latente cuando sea potencial la posibilidad de efectuarlo por medio de medidas persuasivas que pueden darse entre las empresas aun cuando no exista vínculo jurídico centralizado y jerarquizado, pero sí un poder real. Bajo esta modalidad –poder latente– es que la autonomía jurídica de las sociedades carece de contenido material, imponiéndose los intereses del grupo o de la entidad económica, entendida como organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado acorde a los intereses de las sociedades integrantes, es decir, a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las empresas, estas se comportan funcionalmente como una sola en el mercado, lo que implica la pérdida de la libertad individual de actuación. Por lo tanto, para considerar que existe un grupo económico y que puede tener el carácter de agente económico, para efectos de la Ley Federal de Competencia Económica, se debe analizar si una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control sobre la otra, en los términos anotados, sin que sea necesario que se den de manera concomitante<sup>19</sup>.

Como puede verse, la tesis sostiene que la satisfacción de un grupo de interés económico de la hipótesis normativa ‘agente económico’ depende de determinar:

...si una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva

---

19 Jurisprudencia. Registro No. 168470, Novena Época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta XXVIII, noviembre de 2008, pág. 1244. Tesis: I.4o.A. J/66. Amparo en revisión 479/2006. Yoli de Acapulco, S.A. de C.V. 18 de junio de 2008.

o control sobre la otra, en los términos anotados, sin que sea necesario que se den de manera concomitante.

Según la tesis, la independencia *jurídica* de cada una pasa a un segundo plano, lo que importa es si se comportan como una sola. Si *económicamente* son uno. En palabras de la tesis:

... a pesar de la personalidad *jurídica* propia de cada una de las empresas, éstas se comportan funcionalmente como una sola en el mercado...

Esta postura ha motivado preocupaciones y litigio estridente. Sin tomar partido, deseo simplemente anunciar que el origen de dicha postura obedece a lo que en jerga de competencia se llama “conducta oligopólica”, lo cual no abordo en este ensayo<sup>20</sup>.

Pero regresando al paradigma en comento, aceptado el mismo, y partiendo de la premisa que antes que formen parte de un ‘grupo de interés económico’ podrán ser conjuntamente considerados como ‘agentes económicos’, la consecuencia jurídica es enunciada por la siguiente tesis:

**Competencia económica. Corresponde a la empresa sancionada demostrar que no forma parte del grupo de interés económico al que se atribuye la instrumentación y coordinación de las conductas consideradas prácticas monopólicas.** Cuando con motivo de una relación vertical entre empresas de un grupo de interés económico la Comisión Federal de Competencia presume que una de ellas ejerce influencia sobre las otras, lo que le permite instrumentar y coordinar la realización de conductas consideradas prácticas monopólicas, y ante dicha circunstancia el citado órgano sanciona a un agente económico en lo individual, corresponde a este demostrar que no es integrante de la unidad económica, lo cual requerirá acreditar que determina su política comercial de forma autónoma e independiente<sup>21</sup>.

20 Para abundar sobre el tema (tanto económico como jurídico), véase GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Oligopolio a la mexicana*, Pauta 62, Boletín del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, 2010, pág. 4.

21 Jurisprudencia. Registro No. 168497, Novena Época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta XXVIII, noviembre de 2008, pág. 1227. Tesis: I.4o.A. J/69. Amparo en revisión 479/2006. Yoli de Acapulco, S.A. de C.V. 18 de junio de 2008.

Aclarado que un ente individual que forma parte de un grupo será considerado ‘agente económico’ junto con los demás para efectos de la posible existencia de responsabilidad por violaciones de la LFCE por todo el grupo, la siguiente pregunta es natural: ¿qué hay de la participación de mercado de cada participante? La respuesta la contiene la siguiente tesis:

**Competencia económica. Cuando la comisión federal relativa, al imponer la multa máxima legalmente prevista a una empresa de un grupo de interés económico da argumentos que se consideran válidos y suficientes para motivarla, es innecesario que razone en qué medida el mercado en el que participa cada agente económico repercute de manera particular en la sanción.** El artículo 36 de la Ley Federal de Competencia Económica establece los elementos que la Comisión Federal de Competencia debe considerar en la imposición de las multas, tales como la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en los mercados, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración, la reincidencia o antecedentes del infractor y su capacidad económica. En ese contexto, cuando la mencionada comisión, al imponer la multa máxima legalmente prevista a una empresa de un grupo de interés económico considera que la gravedad de la infracción, vinculada con el daño causado, se sustenta en que se obstaculiza el proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados relevantes de distribución y comercialización de cierto tipo de productos, y en todo el territorio nacional respecto de su elaboración y transporte, atendiendo a la integración y coordinación de las políticas instrumentadas por el propio grupo, estas razones deben considerarse válidas y suficientes para motivar la imposición de la multa y, por tanto, es innecesario que la indicada comisión razone en qué medida el mercado en el que participa cada agente económico repercute de manera particular en la sanción, ya que es la actividad del “grupo” la que incide en la conducta reprochada; máxime si se considera que las empresas agrupadas, aunque jurídicamente sean independientes, constituyen desde el punto de vista económico un “grupo de intereses”, es decir, su separación formal no es determinante en la presente hipótesis, porque lo importante es su unidad y comportamiento en el mercado.

Las tres tesis guardan consistencia entre sí. Establecido el principio (el grupo actualiza la hipótesis normativa “agente económico”, esclarecen que la participación de mercado es

irrelevante, para luego arrojar la carga de la prueba al agente económico para demostrar que no forma parte del grupo<sup>22</sup>.

En este contexto vale la pena retomar la pregunta abordada en la sección 2.1 de este ensayo sobre la rectitud de la técnica jurídica consistente en definir un *ser* mediante el *hacer*, pues ha recibido una respuesta judicial digna de comentar. En un caso interesante se planteó la pregunta de la siguiente manera<sup>23</sup>:

... debe entenderse por sujetos de derecho, a las personas o entidades que respondan a un 'quién' y no a un 'cómo', esto es, los instrumentos o herramientas jurídico-financieros se determinan en formas y no en sujetos, a través de un 'cómo' y no de un 'quién'; por consiguiente, resulta obvio que cuando el artículo 3o. de la Ley Federal de Competencia Económica se refiere a 'cualquier otra forma de participación en la actividad económica', no se refiere a algún sujeto de derecho, sino propiamente a la actividad que estos pueden desarrollar o realizar y que, al trascender a la vida económica del Estado, constituya o pueda considerarse como una práctica monopólica, ya sea absoluta o relativa. De ahí, entonces, la pregunta a responder es la siguiente: ¿cuándo es posible considerar que la actividad comercial de una persona o entidad trascienda a la economía de un Estado, para poder estimarla agente económico? En términos de los artículos 8, 9, 10, 11, 12 y 13 de la Ley Federal de Competencia Económica, los agentes de la actividad económica compiten y concurren en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios. Dicha actividad la realizan a través de contratos, convenios, arreglos o combinaciones que pactan entre sí—agentes económicos— en su carácter de competidores. ...

El mismo tribunal colegiado contestó su pregunta así:

Para considerar que existe un grupo económico y que puede tener el carácter de agente económico para efectos de la Ley Federal de Competencia Económica, se debe analizar si una persona, directa o indirectamente,

---

22 La aseveración de consistencia es relevante dado el principio filosófico que una doctrina más que atacarse por ser correcta o incorrecta, puede serlo por ser consistente o no. Bajo dicha óptica, las tres tesis indicadas muestran la virtud de ser consistentes entre sí.

23 Porción de la ejecutoria de la tesis con registro No. 21150, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVIII, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Octubre de 2008, pág. 2050. Amparo en Revisión 479/2006. Yoli de Acapulco, S.A. de C.V.

coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control sobre la otra, ya sea de iure o de facto. El control de iure puede darse de diversas formas, entre otras cuando: a) Una persona adquiere la mayoría de las acciones de una empresa; b) Existe la facultad de dirigir o administrar a otra en virtud de un contrato, convenios de abastecimiento de largo plazo, el otorgamiento de créditos o cuando un aparte importante de los ingresos de una empresa dependan de la venta de los productos de otra; c) Se tiene la capacidad o derecho de designar la mayoría de los miembros del consejo de administración u órgano equivalente de otra; d) Existe la capacidad o el derecho de designar director, gerente o factor principal de la otra; o e) Tenga vínculos por parentesco consanguíneo o afinidad en una o diversas personas morales. Por otro lado, el análisis del control de facto debe atender no solo al nivel de participación accionaria cuando ningún socio tiene mayoría absoluta, sino también a la posibilidad de que un socio minoritario pueda obtener mayoría en las asambleas dado el nivel de asistencia; la posición de los otros accionistas (dispersión, vínculos de tipo estructural, económico o familiar con el accionista principal); y el interés financiero. De ahí que sea necesario acreditar previa y fehacientemente la participación de todos y cada uno de los componentes de un grupo económico determinado en la actividad irregular, para determinar que efectivamente este en su totalidad es responsable de tales actividades, pues si a alguno de ellos no puede comprobársele su participación y, por ende, su responsabilidad en la actividad ilícita de que se trate, no tiene por qué involucrársele solo por formar parte de dicho grupo. El derecho de la competencia de la Comunidad Europea<sup>24</sup> considera agente económico (lo que asimila al carácter de empresa) a cualquier sujeto de derecho (persona física o jurídica) que ejerza de forma autónoma una actividad económica en el mercado<sup>25</sup>. También lo ha definido como toda entidad que ejerza una actividad económica, independientemente de su estatuto jurídico o de su modo de financiación<sup>26</sup>. De acuerdo con lo transcrito, se debe entender por agentes económicos a aquellas personas

- 
- 24 Como referencia por ser análoga a la legislación mexicana, concretamente coincidente con los criterios jurisprudenciales de los tribunales.
- 25 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29.2.68 en el asunto *Parke Davis*, 24/67, y sentencia del TJCE de 16.6.87, *Comisión v. Italia*, as. 118/85, citados por DIEZ HOCHLEINER, JAVIER, y MARTÍNEZ CAPDEVILA, *Derecho Comunitario Europeo*. Ed. Mc-Graw Hill, Madrid. 1996, págs. 82 y 83.
- 26 Decisión 90/456/CE de la Comisión Europea, y sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Hofner y Elser/Macrotón*, asuntos acumulados 188 a 190/80, Francia, Italia y Reino Unido contra la Comisión Europea, citado por FERNÁNDEZ LERGA, *Derecho de la Competencia*, Aranzadi Editorial, Madrid, 1994, pág. 91.

que compiten y concurren en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios, mediante contratos, convenios, arreglos o combinaciones que pactan 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. Así también, se está ante un grupo económico cuando un conjunto de personas físicas o morales, entidades o dependencias, tienen intereses comerciales y financieros afines y coordinan sus actividades para lograr el objetivo común, o bien, se unen para la realización de un fin determinado, en aras de obtener dichos intereses comerciales y financieros comunes. Aunado a los elementos de interés -comercial y/o financiero- y de coordinación de actividades, concurren otros como son control, autonomía y unidad de comportamiento en el mercado. El control de una empresa puede ser real o latente. El control real se refiere a la conducción efectiva de una empresa controladora hacia sus subsidiarias; el control latente puede existir cuando no solamente existe este control sino el potencial de efectuarlo por medio de medidas persuasivas, que se puede dar entre las empresas aun cuando no exista vínculo jurídico centralizado y jerarquizado, pero sí un poder real. Bajo esta modalidad -poder latente- la autonomía jurídica de las sociedades carece de contenido material, imponiéndose los intereses de la entidad económica (entendida como organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado) a los intereses de las sociedades integrantes, es decir, a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las sociedades, se comportan en el mercado como una sola empresa, entendida en su aspecto funcional, lo que implica pérdida de la libertad de actuación en el mercado. Por tanto, el simple hecho de que las empresas o personas que conforman un grupo estén organizadas no implica que necesariamente todos sus componentes se encuentran vinculados, a un grado tal, que no puedan actuar de manera aislada e independiente entre sí -aspecto funcional que merece privilegiarse y ser el determinante-, o bien, sin el conocimiento de algunas actividades que no les sean propias a sus funciones y que solo correspondan a dos o más componentes dentro del grupo económico, por lo que es necesario analizar el comportamiento colectivo y, dentro de él, la peculiaridad de las actividades o conductas autónomas o condicionadas de los integrantes. Para considerar que existe un grupo económico y que puede tener el carácter de agente económico, para efectos de la Ley Federal de Competencia Económica, se debe analizar si una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control sobre la otra, ya sea de iure o de facto (sin que sea necesario que se den de manera concomitante). La Comisión Federal de Competencia, expresó varias razones para emitir el oficio de presunta responsabilidad y,

afirmar por qué considera, a la aquí parte quejosa, como agente económico y, además, como parte de un “sistema” o “grupo económico”.

En otro caso la Suprema Corte de Justicia de la Nación contestó la misma interrogante así:<sup>27</sup>

... al establecer en su parte final que por agente económico se entenderá “cualquier otra forma de participación en la actividad económica”, no se refiere a las personas que podrían considerarse como agentes económicos, sino a la forma en que los sujetos señalados en el mismo precepto pueden realizar una práctica monopólica ...

En ese orden de ideas, deben entenderse por sujetos de derecho a las personas o entidades que respondan a un “quién” y no a un “cómo”, esto es, los instrumentos o herramientas jurídico-financieros se determinan en formas y no en sujetos, a través de un “cómo” y no de un “quién”; por consiguiente, resulta obvio que cuando el artículo 3o. de la Ley Federal de Competencia Económica se refiere a “cualquier otra forma de participación en la actividad económica”, no se refiere a algún sujeto de derecho, sino propiamente a la actividad que estos pueden desarrollar o realizar y que, al trascender a la vida económica del Estado, constituya o pueda considerarse como una práctica monopólica, ya sea absoluta o relativa. De ahí, entonces, la pregunta a responder es la siguiente: ¿cuándo es posible considerar que la actividad comercial de una persona o entidad trasciende a la economía de un Estado, para poder estimarla agente económico?

...

grupos económicos, a quienes, en un momento dado, puede considerárseles como un agente económico. Es factible hablar de un grupo económico cuando un conjunto de personas físicas o morales, entidades o dependencias, entre otras, tienen intereses comerciales y financieros afines y coordinan sus actividades para lograr el objetivo común, o bien, se unen para la realización de un fin determinado, en aras de obtener dichos intereses comerciales y financieros comunes. En estos casos, es necesario analizar el comportamiento colectivo de las empresas o personas que conforman ese grupo, pues el simple hecho de que estén organizados como tal, no implica que necesariamente todos sus componentes se encuentran vinculados a un grado tal que no puedan actuar de manera aislada e independiente entre sí,

---

27 Porción de la ejecutoria de tesis registro 21109, Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, tomo XXVIII, septiembre 2008, pág. 12. Amparo en Revisión 169/2007. The Coca-Cola Export Corporation.

o bien, sin el conocimiento de algunas actividades que no les sean propias a sus funciones y que solo correspondan a dos o más componentes dentro del grupo económico. Las doctrinas de la personalidad jurídica distinta a la de los socios han ido cambiando como respuesta a la necesidad fundamental de establecer un control legal efectivo sobre las grandes corporaciones que dominan el sistema económico<sup>28</sup>. Estas corporaciones no son conducidas por una sola corporación o entidad, sino colectivamente por la coordinación de actividades de múltiples empresas interrelacionadas bajo un control común<sup>29</sup>. En ese sentido, puede ocurrir que aun cuando existiera una relación económica entre diversas entidades comerciales componedoras de un grupo económico determinado, ello no implica que forzosamente todas ellas estén involucradas en la totalidad de las actividades realizadas por el grupo. En otras palabras, es posible que algunos componentes de un grupo económico determinado, en razón de sus funciones, no tengan injerencia o ni siquiera conocimiento de algunas políticas o actividades desarrolladas por el resto de los componentes de dicho grupo, o bien, que dos o más componentes realicen acciones u omisiones conjuntas lícitas o ilícitas que no involucren en nada al resto del mismo.

Para considerar que existe un grupo económico y que puede tener el carácter de agente económico para efectos de la Ley Federal de Competencia Económica, se debe analizar si una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control sobre la otra, ya sea de iure o de facto. El control de iure puede darse de diversas formas, entre otras cuando: a) Una persona adquiere la mayoría de las acciones de una empresa<sup>30</sup>; b) Existe la facultad de dirigir o administrar a otra en virtud de un contrato, convenios de abastecimiento de largo plazo, el otorgamiento de créditos o cuando una parte importante de los ingresos de una empresa dependan de la venta de los productos de otra; c) Se tiene la capacidad o derecho

---

28 BLUMBERG, PHILLIP I., "The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations". Delaware Law School of Widener University. Spring, 1990, pág. 15.

29 Ídem, pág. 44.

30 Esto se puede dar cuando una persona, directa o indirectamente, es tenedora o titular de acciones o partes sociales, con pleno derecho a voto, que representen más del 50% del capital social de otra persona (control de iure); o bien, cuando no exista una persona tenedora de más del 50% del capital social de otra persona, pero tiene acciones o partes sociales, con derecho a pleno voto, directa o indirectamente, y no hay otro accionista o socio con el mismo derecho, es decir, derecho pleno a voto, que representen una proporción del capital social igual o mayor a la que representen las acciones o partes sociales de que sea tenedora o titular la primera (control de facto).

de designar la mayoría de los miembros del Consejo de Administración u órgano equivalente de otra; d) Existe la capacidad o el derecho de designar director, gerente o factor principal de la otra; o, e) Tenga vínculos por parentesco consanguíneo o afinidad en una o diversas personas morales. Por otro lado, el análisis del control de facto debe atender no solo al nivel de participación accionaria cuando ningún socio tiene mayoría absoluta, sino también a la posibilidad de que un socio minoritario pueda obtener mayoría en las asambleas dado el nivel de asistencia; la posición de los otros accionistas (dispersión, vínculos de tipo estructural, económico o familiar con el accionista principal); y el interés financiero.

Como puede verse, la posibilidad de que grupos de interés económico actualicen la hipótesis “agente económico” ha sido aceptada por nuestros tribunales federales de más alto nivel. Inclusive, se ha llegado a considerar a “sistemas” como “agentes económicos”<sup>31</sup>: el Sistema Coca-Cola, entendido como el conjunto de distribuidores diversos<sup>32</sup>.

Deseo cuestionar el desarrollo. ¿Por qué es necesario determinar que un agente económico tiene control o puede influir en otros para determinar que el grupo económico actualiza la hipótesis “agente económico”? ¿Por qué no simplemente sostener que una pluralidad de agentes económicos han violado la LFCE?<sup>33</sup>. El análisis de control añade un elemento que no está en ley y que puede distraer la atención de lo relevante: ¿existen prácticas violatorias de la LFCE? El que exista control o el poder de influir parece irrelevante para la determinación de responsabilidad conjunta bajo la LFCE, y abre un frente de litigio donde no tenía que existir.

Lo que importa es lo acontecido, no la ascendencia entre quienes lo hicieron. Ante ello, ¿para qué añadirlo? Sería tanto como en

---

31 Amparo en revisión 478/2006. 18 de junio de 2008. Coca-Cola Export Corporation.

32 Dos expertos han escrito artículos interesantes sobre el tema: Mag. JEAN CLAUDE TRON PETITE, El caso Big Cola: David vs. Goliath, *Revista de Derecho Privado*, No. 2 tercera época, 2011; y un reconocido litigante: MARTÍN MOGEL, GLORIA, Breves comentarios sobre el concepto de grupo económico en la jurisprudencia de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación, *Revista de Derecho Privado*, No. 2, tercera época, 2011.

33 Lo cual encontraría apoyo en el segundo párrafo del artículo 3 de la LFCE.

materia penal exigir demostrar *control* para acreditar complicidad. ¿Qué no responsabilidad conjunta es suficiente?

Sin duda, el tema tiene como trasfondo el (complicado e interesante) tópico de colusión tácita<sup>34</sup>. Pero ello no justifica imbuir –en el contexto de agente económico– la noción de control. Simplemente sobra.

Dos desarrollos se relacionan con este tema. Primero, el “poder sustancial conjunto”. Segundo, la “perforación del velo corporativo”.

Con respecto a *poder sustancial conjunto*, la reforma del 10 de mayo de 2011 añadió lo siguiente como artículo 13 bis de la LFCE:

Para determinar la existencia de poder sustancial de dos o más agentes económicos que se ubiquen en los supuestos del artículo anterior en prácticas monopólicas relativas en el mismo mercado relevante ...

El paso genera dudas, del mismo género de las comentadas con respecto a grupos de interés económico. ¿Qué añade la figura de poder sustancial conjunto? El concepto proviene de derecho europeo de la competencia, y tiene sentido dado dicho derecho. En esencia, el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea aborda el abuso de la posición dominante por uno o más ‘*undertakings*’<sup>35</sup>, lo cual ha dado origen a que el abuso de una posición dominante pueda evaluarse individual o colectivamente. Con dicha semilla textual, el desarrollo de casos no es más que entendible. Pero extrapolar el concepto a nuestro derecho genera dudas. Transpiro dos. Primero, ¿qué añade? (pues si no agrega nada, el esfuerzo parece fútil). Segundo, ¿es posible bajo nuestro derecho de competencia?

---

34 Sobre ello, y la experiencia mexicana, véase GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Oligopolio a la mexicana*, Pauta 62, Boletín del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, 2010; GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, Colusión: régimen, problemas y experiencia, *Revista de Derecho Privado*, No. 2, tercera época, 2011 (disponibles en [www.gdca.com.mx/publicaciones](http://www.gdca.com.mx/publicaciones)).

35 El equivalente europeo de ‘agente económico’ (como centro de imputación y aplicabilidad subjetiva del derecho de competencia económica).

En respuesta a la primera, dado que bajo la LFCE –sin el 13 bis– es posible someter a escrutinio la misma conducta contenida por la teoría europea de dominancia conjunta (*collective dominance*<sup>36</sup>), no percibo que en verdad cubra laguna alguna de la LFCE. En respuesta a la segunda, entiendo que existía diferencia sobre el punto: algunos consideraban que la redacción actual de la LFCE podía interpretarse en dicho sentido, otros no<sup>37</sup>. Para efectos de la reforma, prevaleció la postura que no. De allí que se haya incluido el artículo 13 bis.

Dada la respuesta a la primera pregunta anterior, tal parece que el esfuerzo era innecesario<sup>38</sup>. Si me equivoco, agradeceré que mis colegas barristas me saquen del error en el XIII Congreso Nacional de Abogados.

Con respecto a la “perforación del velo corporativo”, una jurisprudencia establece que:

**Técnica del “levantamiento del velo de la persona jurídica o velo corporativo”. Su sustento doctrinal y la justificación de su aplicación en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas.** En la práctica las condiciones preferenciales o privilegios de que disfrutaban las personas morales no solo han sido usados para los efectos y fines lícitos que persiguen, sino que, en algunas ocasiones, indebidamente han sido aprovechados para realizar conductas abusivas de los derechos o constitutivas de fraude o de simulación ante la ley, con distintas implicaciones que denotan un aprovechamiento indebido de la personalidad de los entes morales, generando afectación a los derechos de los acreedores, de terceros, del erario público o de la sociedad. De ahí que ese aspecto negativo de la actuación de algunas personas morales justifica la necesidad de implementar medios o instrumentos idóneos que permitan conocer realmente si el origen y fin de los actos que aquéllas realicen son lícitos, para evitar el abuso de los privilegios tuitivos de que gozan. Luego, con el uso de dichos instrumentos se pretende,

---

36 Otros términos utilizados en forma intercambiable son ‘joint dominance’ y ‘oligopolistic dominance’.

37 La esencia del argumento era la redacción en singular de la LFCE.

38 Y dado lo polémico de la reforma, me pregunto si dicho capital de negociación en el Congreso no hubiera sido mejor invertido en otras cuestiones que sí clamaban ayuda.

al margen de la forma externa de la persona jurídica, penetrar en su interior para apreciar los intereses reales y efectos económicos o negocio subyacente que existan o laten en su seno, con el objetivo de poner un coto a los fraudes y abusos que, por medio de esos privilegios, la persona jurídica pueda cometer, en términos de los artículos 2180, 2181 y 2182 del Código Civil Federal. Para ese efecto, podrá hacerse una separación absoluta entre la persona social y cada uno de los socios, así como de sus respectivos patrimonios, y analizar sus aspectos personal, de fines, estrategias, incentivos, resultados y actividad, para buscar una identidad sustancial entre ellos con determinado propósito común, y ver si es factible establecer la existencia de un patrón de conducta específico tras la apariencia de una diversidad de personalidades jurídicas. Esto es lo que sustenta doctrinalmente a la técnica del “levantamiento del velo de la persona jurídica o velo corporativo”. Por consiguiente, la justificación para aplicar dicha técnica al apreciar los hechos y determinar si son constitutivos de prácticas monopólicas conforme al artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica, en el procedimiento de investigación relativo, es conocer la realidad económica que subyace atrás de las formas o apariencias jurídico-formales<sup>39</sup>.

Dicha jurisprudencia merece mucho comentario. En el contexto de este ensayo la menciono pues me genera la misma duda que he transmitido en el contexto de grupos de interés económico: ¿qué se gana con decir que puede “levantarse el velo corporativo”<sup>40</sup> de una persona cuando es cómplice de una práctica monopólica?<sup>41</sup> ¿Porqué no simplemente sostener que es co-responsable bajo la LFCE de su violación?<sup>42</sup>.

---

39 Jurisprudencia. Registro 168,410. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, tomo XXVIII, noviembre de 2008, Tesis: I.4o.A.J/70, pág. 1271.

40 O mejor dicho se “desestime la personalidad jurídica”, como se le conoce a la institución bajo la tradición derecho civil. (El término citado hace eco de la figura como se le conoce en *common law*).

41 Sospecho además que se está incurriendo en una inexactitud. Desestimar la personalidad (“perforar el velo”) quiere decir que se hace responsable a los accionistas o administradores por conducta *de la sociedad*, cuanto existe un motivo para ello (v.gr. abuso de la personalidad jurídica societaria en detrimento de terceros, generando una ventaja para los accionistas o administradores). Es decir, se hace responsable a un centro de imputación diverso al original. En la tesis indicada no percibo que ello ocurra. Simplemente se hace responsables a agentes económicos que co-participaron en actos que violan la LFCE.

42 El fundamento sería el segundo párrafo del artículo 3 de la LFCE.

## III. COMENTARIO

Conocida la interpretación del Poder Judicial mexicano de la institución jurídica “agente económico”, deseo postular que existe una mejor noción. Una con la cual Gracián estaría contento –pues actualiza su advertencia–: “Si lo bueno es breve, es doblemente bueno”. Se trata de las siguientes tesis:

**Agentes económicos. Su concepto.** Tanto el derecho de defensa de la competencia nacional como el de la Comunidad Europea (como referencia por ser análoga a la legislación mexicana, concretamente coincidente con los criterios jurisprudenciales de los tribunales) consideran agente económico a cualquier sujeto de derecho (persona física o jurídica) que ejerza de forma autónoma una actividad económica en el mercado. También lo han definido como toda entidad que ejerza una actividad económica, independientemente de su estatuto jurídico o de su modo de financiación. De acuerdo con lo anterior, debe entenderse por agente económico a aquellas personas que compiten y concurren en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios, mediante contratos, convenios, arreglos o combinaciones que pactan entre sí, de tal forma que su actividad repercute en los mercados y procesos de libre competencia, ya que dadas las ganancias o utilidades comerciales que obtienen, trascienden a la economía del Estado<sup>43</sup>.

A su vez, aunque no trata expresamente sobre “agente económico”, sino “empresa”, la siguiente tesis es atinada:

**Empresa. Su concepto en materia de competencia económica.** La elucidación del concepto empresa en materia de competencia económica responde a un criterio funcional, y abarca a cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica, por lo que si no cumple dicha condición, no es posible considerarla como empresa<sup>44</sup>.

---

43 Jurisprudencia. Registro No. 168514, Novena Época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta XXVIII, noviembre de 2008, pág. 1211. Tesis: I.4o.A. J/65. Amparo en revisión 479/2006. Yoli de Acapulco, S.A. de C.V. 18 de junio de 2008.

44 Jurisprudencia. Registro: 168,677, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, tomo XXVIII, octubre de 2008, Tesis: I.4o.A.J/64, pág. 2176.

Para mi gusto, estas tesis son mucho mejor derecho que otras tesis mucho más largas (a veces confusas) y que añaden requisitos innecesarios o vacuos. Sin ánimo criticón, sino crítico, solo haría una observación: y es sobre la primera: equiparar “agente económico” con “sujeto de derecho” es inexacto. No son equiparables. El primero es más amplio que el segundo. Admito que la observación no es suficiente para reprobar la tesis, pues la misma sigue siendo atinada al establecer que “agente económico” no se circunscribe a “persona”. Ello se aclara al indicar lo siguiente:

... También lo han definido como toda entidad que ejerza una actividad económica, independientemente de su estatuto jurídico o de su modo de financiación...

En mi opinión, esta es la cúspide de tino de la noción judicial de “agente económico”.