



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

Adame Goddard, Jorge

¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano?

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXIV, núm. 102, septiembre-diciembre, 2001, pp.

687-730

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710201>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# ¿DEBEN SER VÁLIDAS LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA EN EL DERECHO MEXICANO?

Jorge ADAME GODDARD\*

**RESUMEN:** En la práctica comercial mexicana es frecuente recurrir a las cláusulas de no competencia, a pesar de que nuestra legislación no se refiere expresamente a ellas. Esta circunstancia ha llevado a la discusión sobre su validez, debate al cual se aproxima el autor del presente ensayo. En primer lugar, analiza la posición del derecho mexicano actual, incluyendo legislación, jurisprudencia y doctrina, en relación con este tipo de cláusulas. Posteriormente, revisa el tratamiento que los principales socios de México dan a aquéllas, proponiendo en la parte final del artículo una serie de conclusiones. Entre estas últimas, sugiere que la Comisión Federal de Competencia Económica debiera declarar que las cláusulas de no competir que no satisfagan los requisitos establecidos por la propia Comisión, se considerarán prácticas monopólicas absolutas.

**Palabras clave:** contratos mercantiles, cláusulas de no competencia, competencia económica, prácticas monopólicas.

*ABSTRACT:* “Non-competition clauses” are commonly used in Mexico’s regular commercial practice, in spite of the fact that no statute refers to them expressly. This fact has led to discuss their validity, a debate that is approached by the author in this article. Firstly, Mexico’s statutory laws, case law and doctrine on “non-competition clauses” are examined. Secondly, the author reviews the treatment that Mexico’s most relevant commercial partners give to such kind of clauses. Finally, a series of conclusions are put forward. Amongst the latter, it is proposed that the Federal Commission on Economic Competition should declare that “non-competition clauses” that do not comply with the requirements established by the Commission itself, shall be considered as absolute monopolistic practices.

**Descriptors:** commercial contracts, “non-competition clauses”, economic competition, monopolistic practices.

\* Investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Naturaleza de las cláusulas de no competencia.* III. *Su validez conforme al derecho contractual mexicano.* IV. *Perspectiva constitucional.* V. *Las cláusulas de no competencia a la luz de la Ley Federal de Competencia Económica.* VI. *Las resoluciones del pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica.* VII. *Conclusiones respecto de la validez de las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano actual.* VIII. *Las cláusulas de no competencia en el derecho americano.* IX. *En el derecho de competencia de la Unión Europea.* X. *Conclusiones sobre las reglas que deben orientar su juicio en el derecho mexicano.*

## I. INTRODUCCIÓN

Las cláusulas de no competencia, es decir las cláusulas o pactos incluidos en un contrato por el que una persona asume la obligación de no competir en un cierto mercado con otra, son hoy una práctica frecuente en las negociaciones comerciales, pero las leyes mexicanas no se refieren expresamente a ellas. En este trabajo se pretende, primero, analizar cuál es la posición del derecho mexicano actual (legislación, jurisprudencia y doctrina) respecto de dichas cláusulas, para luego revisar cómo se han contemplado en los derechos de los principales socios comerciales de México, los Estados Unidos y la Unión Europea, con el fin de proponer en las conclusiones algunos criterios que puedan ayudar a formar la posición mexicana al respecto.

Para examinar la primera cuestión, después de analizar la naturaleza de estas cláusulas, se consideran, primero, las reglas contractuales previstas en el Código de Comercio y en el Código Civil del Distrito Federal, con el fin de analizar si dan alguna orientación sobre esta cuestión. Luego se examina el precepto constitucional que se refiere a la libertad de trabajo, y luego las disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica relativas a las prácticas monopólicas, dentro de las cuales pudieran caber estas cláusulas, así como las decisiones al respecto de la Comisión Federal de Competencia Económica.

Luego se examinan someramente la posición general sobre tales cláusulas en el derecho contractual de Estados Unidos, tal como se expresa en el *Restatement 2nd. on contracts*, y la posición de la Unión Europea, de acuerdo con lo que dice el tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y algunas de las resoluciones principales de la respectiva comisión de competencia económica.

Finalmente, se proponen algunas conclusiones, extraída del análisis comparativo, respecto de la posición jurídica que podría tenerse en México respecto de las cláusulas de no competir.

## II. NATURALEZA DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA

Estas cláusulas, por lo general, están redactadas de modo que expresan que una persona se obliga a no competir con otra, es decir a no vender o producir ciertas mercancías o prestar determinados servicios, durante un cierto tiempo, en un territorio delimitado. Para asegurar el cumplimiento de la obligación de no competir, las partes suelen agregar la obligación de pagar una cantidad en caso de incumplimiento de la obligación principal.

Son distintas de los llamados pactos o cláusulas de “exclusiva” que suelen darse en contratos de distribución o suministro con el fin de obligar al distribuidor o suministrador, en beneficio del fabricante, a no comprar las mercancías objeto del contrato de distribución a cualquier otra persona que no sea el fabricante (pacto de compra exclusiva), o no vender los insumos objeto del contrato de suministro a otra persona distinta del fabricante (pacto de venta exclusiva); también pueden pactarse en beneficio del distribuidor, obligando al fabricante a no vender las mercancías objeto del contrato a persona distinta del distribuidor (distribución exclusiva) o a no comprar los insumos objeto del contrato a persona distinta del suministrador. Las cláusulas de no competencia excluyen completamente el ejercicio de una determinada actividad comercial, industrial o profesional, mientras que los pactos de exclusiva no la excluyen sino que sólo la limitan a ser ejercida exclusivamente respecto de una persona determinada.

Jurídicamente, las cláusulas de no competencia pueden construirse como una obligación de no hacer (no competir) asegurada por una estipulación o cláusula penal de pagar una determinada cantidad. También podrían construirse como la obligación de pagar una determinada cantidad, sujeta a la condición suspensiva de competir. El efecto y alcance de la cláusula variarían según se construyan de una u otra manera. Considerada como obligación de no hacer (obligación principal) reforzada por una cláusula penal (obligación secundaria), la suma que deba pagarse en caso de hacer competencia, quedará sujeta a las limitaciones que tiene la estipulación penal, la principal de ellas es que el valor de la pena no puede ser mayor que el de la obligación principal. Considerada como obligación de pagar sujeta a la condición suspensiva de competir efectivamente, la suma que debe pagarse no está sujeta a las restricciones de la estipulación penal, pues la obligación de pagar esa suma es la obligación principal y única del negocio. El que la cláusula se interprete de una u otra manera depende de la intención de los partes manifestada en los términos de su redacción.

Estas cláusulas pueden ser parte de contratos, como las que suelen hacerse en un contrato de venta de una empresa o de sus activos, para que el vendedor no compita con el comprador de la empresa, o en un contrato laboral para que el empleado o funcionario no compita con la empresa al terminar la relación, o pueden hacerse en forma independiente como promesas, como la de no presentar licitaciones en una subasta o no introducirse en determinado mercado o en determinada plaza.

El análisis que se presenta en lo sucesivo se hace teniendo en cuenta principalmente la cláusula de no competir inserta en un contrato de venta de una empresa, sus acciones o activos. La cláusula de no competir integrada en un contrato o convenio laboral debería analizarse tomando en cuenta, además, la legislación laboral.

### III. SU VALIDEZ CONFORME AL DERECHO CONTRACTUAL MEXICANO

El derecho contractual mexicano contenido en el Código de Comercio (en lo sucesivo y el Código Civil para el Distrito Federal tiene como regla fundamental en esta materia la libertad de las partes para definir el contenido de los contratos. Dice el artículo 1839 del Código Civil que “los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes”. Por su parte, el Código de Comercio afirma (artículo 78) que en los contratos mercantiles “cada uno se obliga en la manera y términos en que aparezca que quiso obligarse”.

De acuerdo con el principio de libertad contractual, las cláusulas de no competencia serían válidas en cuanto fueran expresión de dicha libertad. El objeto de la cláusula, conforme con los criterios del Código Civil (artículo 1824), sería un no hacer o “hecho negativo”. Pero el mismo código señala que el hecho negativo objeto de un contrato debe ser posible y lícito (artículo 1827), y precisa que es ilícito el hecho que resulte “contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”. En consecuencia, las cláusulas de no competencia serán válidas siempre y cuando no sean contrarias a las leyes de orden público.

En cuanto a la parte de la cláusula que establece una pena para el caso de incumplimiento de la obligación de no competir, el Código Civil reconoce expresamente la validez de la cláusula penal (artículos 1840 y ss.), y le establece ciertas limitaciones, entre las que destacan las siguientes: que el valor de la pena no puede ser mayor que el de la obligación principal (artículo 1843) y que el juez puede reducir el valor de la pena cuando la obligación fuera “cumplida en parte” (artículos 1844 y 1845). En el caso de la obligación de no competir, como se refiere a no competir durante un determinado tiempo, todo el tiempo en que no se compita, se está cumpliendo la obligación y cuando se compite se incumple, por lo que en la mayoría de los casos de incumplimiento se tratará de un incumplimiento “en parte”, por lo que tendrá lugar la posibilidad de que el juez reduzca el valor de la cláusula penal.

Los autores mexicanos de derecho civil o derecho mercantil no parecen haberse pronunciado específicamente sobre estas cláusulas desde la perspectiva del propio derecho privado.<sup>1</sup> Mario Bauche Garciadiego<sup>2</sup> se refiere, no a las cláusulas de no competencia, sino a los pactos de exclusiva en un contrato de suministro (venta exclusiva de materiales del suministrador al fabricante y venta exclusiva de mercancías del fabricante al suministrador) que tienen cierta semejanza con las cláusulas de no competencia en cuanto implican una restricción a la libertad en el ejercicio de una profesión, industria o comercio; opina que tales pactos son válidos si están limitados en cuanto al objeto, lugar y tiempo; esta opinión no la fundamenta en leyes o sentencias mexicanas, que no las había aplicables a estas cláusulas, sino en la doctrina española (principalmente Joaquín Garrigues) que comenta las leyes españolas.

De la doctrina española influyente en México, merece destacarse la opinión de Joaquín Garrigues<sup>3</sup> quien se refiere expresamente a las “prohibiciones contractuales de no competir”. Dice que estos pactos se hacen: *a)* en operaciones de venta o arrendamiento de una empresa como complemento de la obligación de transmitir la cartera de clientes; *b)* con motivo de la separación de un socio o un empleado de una empresa para evitar la competencia desleal contra la misma empresa, y *c)* entre empresas dedicadas al mismo

<sup>1</sup> Pina Vara, Rafael de, *Elementos de derecho mercantil mexicano*, 6a. ed., México, Porrúa, 1973, nada dice. Díaz Bravo, Arturo, *Contratos mercantiles*, México, Harla, 1983, nada dice. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, 3a. ed., México, Porrúa, 1995, nada dice. Galindo Garfias, Ignacio, *Teoría general de los contratos*, México, Porrúa, 1996, nada dice, sólo consideraciones generales sobre las limitaciones legales a la autonomía de la voluntad, pp. 9 y ss. Mantilla Molina, Roberto, *Derecho mercantil*, 2a. ed., México, Porrúa, 1953, nada dice. Muñoz, Luis, *Derecho mercantil mexicano*, México, Cárdenas ed., 1973, nada dice. Muñoz, Luis, *Teoría general del contrato*, México, Cárdenas ed., 1973, nada dice en concreto, aunque tiene un apartado sobre “cláusulas prohibidas” (p. 152), donde sólo afirma que hay cláusulas prohibidas que no pueden pactarse, sin especificar cuáles son. Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 11a. ed., México, Porrúa, 1991, nada dice. Tena, Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano*, 16a. ed., México, Porrúa, 1996, nada dice. Treviño García, Ricardo, *Los contratos civiles y sus generalidades*, 5a. ed., México, McGraw Hill, 1995, nada dice. Vázquez Arminio, Fernando, *Derecho mercantil*, México, Porrúa, 1977, nada dice. Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 1981, nada dice. Hay algunos autores (Barrera Graf, así como Rodríguez y Rodríguez) que las analizan desde la perspectiva constitucional.

<sup>2</sup> Bauche Garciadiego, *La empresa*, 2a. ed., México, Porrúa, 1983, pp. 351 a 355.

<sup>3</sup> Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 1a. reimpr. de la 7a. ed., Bogotá, Temis, 1987, t. I, pp. 232 y ss.

ramo para evitar la competencia entre sí. Afirma que antes de la publicación de la ley española de competencia (1963), se entendía que “tales pactos eran admisibles, siempre que contuvieran una limitación, en el espacio y en el tiempo”. La situación cambió al publicarse dicha ley, pues entonces deben ser analizadas desde el punto de vista de si son o no obstáculos a la libre concurrencia, pero de eso se tratará más adelante.

#### IV. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

El artículo 50. constitucional reconoce la libertad de trabajo en términos amplios, sin más restricción que la licitud de la actividad. Textualmente dice: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos”.

La libertad de trabajo, añade el mismo párrafo, “sólo podrá vedarse por resolución judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley”.

El párrafo sexto del mismo artículo, colocado después de la prohibición de cualquier “contrato, pacto o convenio” que implique la pérdida de la libertad, indica que: “Tampoco puede admitirse” un “convenio en que la persona... renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio”.

Estos textos constitucionales pueden considerarse aplicables a las cláusulas de no competencia, en cuanto se considere que constituyen restricciones indebidas de la libertad de trabajo. En primer lugar, cabría cuestionar si dicha libertad puede restringirse mediante una cláusula, siendo que el texto constitucional dice que sólo puede restringirse por decisión judicial o resolución gubernativa. Y, en segundo término, si la cláusula de no competencia es un tipo del convenio que no “puede admitirse”.

Respecto de la primera cuestión, no parece que las cláusulas de no competencia sean una forma indebida de “vedar” el ejercicio de la libertad de trabajo, pues se trata de una cláusula li-

brememente convenida y querida por aquel que limita su libertad de trabajo, de modo que la cláusula no constituye un voto o prohibición impuesta sobre la persona, en contra de su voluntad, sino una limitación conocida y querida por ella misma.

Es más problemática la segunda cuestión. Aquí ya no se discute la voluntariedad de la renuncia o limitación a la libertad de trabajo sino sobre la validez de la misma. El texto constitucional dicen que no “puede admitirse” el “convenio” en que una persona renuncie a ejercer determinada actividad. El que dicha renuncia sea voluntaria o impuesta no importa aquí.

Los autores mexicanos que han escrito sobre las garantías individuales han entendido el párrafo sexto como una “seguridad” de la libertad de trabajo, es decir como un medio de proteger la libertad de trabajo; como ejemplos: Ignacio Burgoa, Juventino Castro y Efraín Polo Bernal.<sup>4</sup> En cuanto a la validez de una cláusula de no competencia a la luz del citado párrafo constitucional, Juventino Castro<sup>5</sup> dice que estos pactos de renuncia que por “imitación de otras legislaciones” se acostumbra hacer, por ejemplo, cuando un comerciante vende un negocio, “son totalmente inválidos a la luz de lo dispuesto por el artículo 5o.”. Ignacio Burgoa<sup>6</sup> afirma que el sexto párrafo del artículo 5o. constitucional limita “la autonomía de la voluntad o libertad de contratación para proteger la libertad de trabajo”, y que “todas aquellas convenciones en que las partes renuncien a desempeñar cualquier actividad en forma permanente o por tiempo limitado... son inconstitucionales y, a la luz del sexto párrafo del artículo 5o. de nuestra Ley fundamental, carecen de validez...”. Tienen una opinión menos clara, aunque aparentemente en contra de la validez de esas cláusulas, Luis Bazdresch,<sup>7</sup> quien dice que el párrafo sexto del artículo 5o. constitucional, en lo relativo a los pactos de renuncia al ejercicio

<sup>4</sup> Castro, J., *Lecciones de garantías y amparo*, México, Porrúa, 1974, p. 88. Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 28a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 340. Polo Bernal, Efraín, *Breviario de garantías constitucionales*, México, Porrúa, 1993, p. 86.

<sup>5</sup> Castro, J., *op. cit.*, nota anterior, p. 88; lo mismo dice, sin cambiar palabras, en la 6a. ed. en 1989.

<sup>6</sup> Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, nota 4, p. 340.

<sup>7</sup> Bazdresch, Luis, *Garantías constitucionales*, 4a. ed., México, Trillas, 1990, p. 115.

de una profesión industria o comercio “sólo podrá caber en cuanto al ejercicio de determinado comercio o industria, por razón de competencia, en casos de cesión o traspaso de negociaciones”; parece que con esto quiere decir que si el precepto constitucional se aplica en los casos de cesión o traspaso de negociaciones es para prohibir que tengan efecto dichos pactos de renuncia al ejercicio de una industria o comercio (omite decir profesión), y Efraín Polo Bernal<sup>8</sup> quien afirma que la libertad de trabajo “se rodea de seguridades” entre las que cuenta la prohibición de pactar “la renuncia temporal a ejercer estas libertades [de ejercer una profesión, industria o comercio]”.

Por otra parte, los estudiosos mexicanos del derecho mercantil parecen dispuestos a aceptar la validez constitucional de la cláusula de no competencia, aunque no la afirman decididamente. Joaquín Rodríguez Rodríguez dice<sup>9</sup> que su licitud “en el derecho extranjero es indiscutible; pero en México es muy dudosa...” por efecto del artículo 5o. constitucional. Sin embargo, opina que la prohibición constitucional

no afecta para nada a los pactos entre sociedades, puesto que establece una garantía [la libertad de trabajo] del hombre físico, del individuo. Pero aun en relación con éste, parece que el propósito constitucional se refiere al que renuncia al comercio o a determinada profesión o industria; pero no al que en una zona geográfica delimitada, se obliga a abstenerse de realizar actos de competencia con su contratante. Libre será de ejercer ese comercio o industria en el resto del país, pero no en la zona concretamente fijada como prohibida.

En resumen, su opinión es que dichas cláusulas pueden ser válidas cuando se pactan entre empresas, y aun cuando las pacte una persona física, si se limitan a una zona geográfica determinada dentro del territorio nacional.

<sup>8</sup> Polo Bernal, Efraín, *op. cit.*, nota 4, p. 86.

<sup>9</sup> Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 10a. ed., rev. por José V. Rodríguez del Castillo, México, 1972, t. I, p. 442.

Jorge Barrera Graf<sup>10</sup> interpreta el precepto constitucional de la siguiente manera:

Creemos que una interpretación lógica del artículo 5o. nos lleva a afirmar la validez de los siguientes actos: *a)* De pactos y convenios (y con mayor razón de cláusulas o estipulaciones de ellos) cuyo objeto o fin no atente contra la libertad del hombre, sino que respetando ésta y fundándose en ella, se proponga algo distinto, a saber, la exclusión de la competencia, en actividades limitadas y durante un término fijo... *c)* De aquellos convenios en que se renuncia al ejercicio de una determinada actividad económica (profesión industria o comercio) que, de realizarse acarrearía una violación de la ley, de los usos o de las buenas costumbres.

Estas afirmaciones se presentan como interpretaciones de diversas partes del artículo 5o. constitucional y no sólo del párrafo sexto. La primera afirmación de que son válidos los pactos cuyo fin no sea restringir la libertad sino excluir la competencia, la entiende como implícita, según lo aclara en nota a pie de página, en el tercer párrafo de dicho artículo que prohíbe el pacto o convenio cuyo objeto sea la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad. La afirmación de la validez de los convenios de renuncia a la acción se refiere, según explica en otra nota, a los pactos de renuncia de una actividad ilícita, como el narcotráfico; pero aclara que un pacto de este tipo que dañe a terceros “en principio, no debe admitirse”. Conforme a la opinión de este autor, las cláusulas de no competencia podrían ser válidas si se plantearan no como restricciones a la libertad de trabajo sino como restricciones a la competencia “en actividades limitadas y durante un término fijo”, pero serían inválidas si se plantearan como pactos de renuncia al ejercicio de una profesión, industria o comercio que causen daños a terceros.

Frish Philipp<sup>11</sup> dice que como la prohibición se refiere a la renuncia al ejercicio de “determinada profesión, industria o comercio”, el artículo constitucional “No es aplicable a las renuncias

<sup>10</sup> Barrera Graf, Jorge, *Tratado de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1957, vol. I, p. 397.

<sup>11</sup> Frish Philipp, Walter, *La competencia desleal*, México, Trillas, 1975, pp. 205 y ss.

que apuntan solamente a una parte de tal profesión, industria o comercio; por ejemplo en el caso en el que se obligue a no producir o vender cierto artículo, o en el que la renuncia se refiera solamente a actividades llevadas a cabo en cierta región..." y añade de que el precepto constitucional "sólo quiso prohibir las renuncias de un contenido mayor, que incluyan cierta profesión, industria o comercio, pero no aquéllas de un contenido menor referido únicamente a una parte de los objetos mencionados". Esta, como expondré más adelante, es a mi modo de ver la opinión más acertada.

Me parece que todas estas apreciaciones del alcance del precepto constitucional, dada la índole general de los libros en los que se encuentran, si bien aportan elementos para dilucidarlo, adolecen de la falla de no analizar con detalle el contenido literal del precepto y no considerar la intención que tuvieron los constituyentes al redactarlo.

Para definir el alcance del artículo constitucional es necesario poner atención a las mismas palabras<sup>12</sup> en que está expresado, especialmente a la expresión "tampoco puede admitirse", a la palabra "convenio" y a la frase que indica el contenido del mismo, "renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio".

La expresión "tampoco puede admitirse", como lo indica el adverbio *tampoco*, hace referencia a la negación expresada en el párrafo (5o.) precedente. Ahí se dice que "El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio" que implique la pérdida de la libertad personal. En este párrafo la expresión "no permitir que se lleve a efecto" tiene un sentido cla-

<sup>12</sup> Para profundizar en el contenido de cualquier ley es un paso indispensable analizar su significado literal, y sólo cuando éste es confuso o ambiguo, se puede tratar de esdarecerlo mediante la interpretación acerca de cuál fue el sentido que el legislador quiso expresar; para descubrir este sentido es útil el recurso a la historia legislativa. El artículo 14 constitucional establece que en los juicios "del orden civil" la sentencia deberá dictarse "conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley". Me parece que esta regla indica que las sentencias deben dictarse, primero, conforme con la letra de la ley, y sólo cuando ésta no es clara, conforme con su interpretación jurídica; si se aceptara que aun la ley clara puede ser interpretada y ser entendida en oposición a su texto literal, se caería en el absurdo de anular la seguridad que pretende la ley; la interpretación es un recurso para remediar los defectos de la ley, y no para variar arbitrariamente su contenido.

ro, que el convenio de ese tipo no puede llevarse a efecto, es decir que no tiene efectos jurídicos o, en pocas palabras, que es nulo. Entonces, si en el párrafo quinto se dice que un convenio es nulo, en el párrafo sexto, cuando dice de un convenio que “tampoco puede admitirse”, está expresando lo mismo que el párrafo precedente, aunque con otras palabras, que dicho convenio carece de efectos o es nulo.

La palabra “convenio” en el párrafo sexto parece referirse a algo más preciso que la expresión “contrato, pacto o convenio” del párrafo precedente, pero en realidad, de acuerdo al uso que tiene el término “convenio” en el derecho mexicano, el significado de ambos textos es el mismo, pues “convenio” comprende, como especies, al pacto o contrato. Así, de acuerdo con el citado Código Civil (artículo 1792) el convenio es “el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”; el contrato es una especie de convenio por la que se producen o transfieren derechos y obligaciones (artículo 1793), y el pacto puede ser otra especie de convenio por la que se modifican o se extinguieren derechos y obligaciones.

El objeto del convenio previsto en el párrafo sexto del artículo 50. constitucional es la renuncia “a ejercer determinada profesión, industria o comercio”. No se habla de que se renuncie a ejercer *la* profesión, *el* comercio o *la* industria, sino a ejercer una *determinada* profesión, una *determinada* industria o un *determinado* comercio. Tampoco dice que se renuncie a ejercer la prestación de ciertos servicios, la venta de ciertas mercancías o la producción de determinadas cosas, sino que se renuncie a una determinada profesión (que pueden comprender un gran gama de servicios), un determinado comercio (que igualmente puede abarcar una gran variedad de mercancías) o una determinado industria (que puede incluir muchos productos). La expresión está en un plano de generalidad intermedio entre los conceptos abstractos de profesión, industria o comercio y los conceptos específico de determinados servicios, mercancías o productos.

Si el precepto constitucional declara nulo el convenio que implique renuncia a ejercer una determinada profesión, comercio o

industria, también estaría implícitamente declarando nulo el convenio por el que se renunciara a ejercer toda profesión, todo comercio o toda industria, pues sería absurdo que la Constitución (o cualquier ley) sancione lo malo (la renuncia a una determinada profesión, comercio o industria) y apruebe lo peor (la renuncia a toda profesión, comercio o industria).

Pero no puede considerarse comprendido en el precepto constitucional el convenio que implique la renuncia a prestar determinados servicios, si no son todos los servicios que pueden prestarse en una determinada profesión, o a vender determinadas mercancías, si no son todas las mercancías que pueden venderse en un determinado comercio, ni a fabricar determinados productos, sino son todos los que cabe fabricar en una determinada industria. Por ejemplo, la renuncia a ejercer la profesión de abogado quedaría incluida en el precepto constitucional y sería un convenio nulo, pero no así la renuncia a asesorar a determinados clientes o de prestar ciertos servicios; la renuncia a ejercer el comercio de alimentos sería nula, pero no la de vender determinadas mercancías de ese ramo; o la renuncia a fabricar productos textiles sería nula, mas no la de no producir cierto tipo de telas.

Todos los autores arriba citados entienden el párrafo sexto como un medio para asegurar o garantizar la libertad de trabajo, lo cual es muy entendible dada la ubicación del párrafo en el artículo 5o. dedicado a la libertad de trabajo. Sin embargo, esa no fue la intención expresa de los constituyentes.

El párrafo en cuestión no parece haber generado mayor interés entre los diputados constituyentes que lo aprobaron. Como se sabe, la discusión del artículo 5o. actual fue abundante en relación con dos puntos fundamentales: el enunciado general de la libertad de trabajo, de cuya discusión se generó la propuesta de un artículo constitucional (el actual artículo 123) que regulara las condiciones de trabajo, y el párrafo relativo a la prohibición de las órdenes monásticas. Pero nada dijeron acerca de los convenios de renuncia al ejercicio de una profesión, industria o comercio. El párrafo relativo no se encontraba en el artículo correspondiente de la Constitución de 1857 y fue introducido por primera vez en el artículo

5o. del proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza al Congreso Constituyente. Ahí aparece el párrafo tal como existe hoy, sin ningún cambio.<sup>13</sup> La comisión que preparó el dictamen de aprobación del proyecto de artículo 5o. comentó:

El artículo del proyecto contiene dos innovaciones [respecto del artículo 5o. de la Constitución de 1857]; una se refiere a prohibir el convenio en que el hombre renuncia, temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio. Esta reforma se justifica por el interés que tiene la sociedad de combatir el monopolio, abriendo ancho campo a la competencia...<sup>14</sup>

Esta declaración de la intención de los constituyentes al aprobar el párrafo citado es un elemento muy importante para la recta interpretación del mismo. El objeto del párrafo no es la libertad de trabajo directamente, sino prevenir los monopolios y promover la competencia económica. Es, por lo tanto, una disposición que debe leerse en relación con el artículo 28 constitucional, que en su versión original preveía que se castigaría severamente:

Toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios, todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público, todo acuerdo o combinación de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de algún otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

<sup>13</sup> *Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza*, artículo 5o., cuarto párrafo: “Tampoco puede admitirse convenio en el que el hombre pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, comercio o industria” El texto puede consultarse en varios autores, *Derechos del pueblo mexicano*, 4a. ed., México, 1994, t. II, p. 26.

<sup>14</sup> El *dictamen* de la comisión puede verse en varios autores, *Derechos...*, cit., nota anterior, p. 38.

Este párrafo describe cuatro tipos de conductas en materia económica que deben ser castigadas: *i*) el acaparamiento que tenga “por objeto obtener el alza de los precios”; *ii*) cualquier acto que “evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio”; *iii*) los acuerdos entre agentes económicos “para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados”, y *iv*) cualquier acto que constituya una ventaja indebida “y con perjuicio del público en general o de alguna clase social”. Las conductas descritas en los números *i*) y *iii*) se caracterizan por su finalidad de procurar artificialmente el aumento de los precios; la conducta descrita en el número *iv*) porque debe causar un perjuicio social; en cambio, la conducta identificada en el número *ii*) se considera sancionable, sin necesidad de demostrar la intención de aumentar los precios o de probar la existencia de un perjuicio social, sólo porque constituye un medio de evitar la libre concurrencia.

Los convenios de renuncia al ejercicio de una profesión, industria o comercio previstos en el artículo 50. podrían quedar comprendidos dentro de los actos sancionables a que se refería el artículo 28 diciendo: “todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público”.

Esta frase fue luego suprimida del segundo párrafo del artículo 28 constitucional por la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de febrero de 1983, de modo que las conductas descritas en el segundo párrafo del actual artículo 28 constitucional requieren siempre una finalidad: ser medios para procurar el aumento de precios o causar un perjuicio social. De esta manera, los contratos de renuncia al ejercicio de una profesión, industria o comercio, que tal como se describen en el artículo 50. constitucional no necesariamente deben tener esa finalidad, quedaron fuera de las previsiones del segundo párrafo del artículo 28 constitucional.

Pero la misma reforma de 1983 modificó el párrafo primero del artículo 28 constitucional para agregar a la prohibición original de los monopolios, estancos y exenciones de impuestos, la prohi-

bición de las “prácticas monopólicas”. Los contratos de renuncia al ejercicio de una profesión, industria o comercio pueden entonces quedar comprendidos como “prácticas monopólicas”. La Constitución no define qué son estas prácticas, pero remite a “los términos y condiciones que fijan las leyes”. La Ley Federal de Competencia Económica define las prácticas monopólicas en general, en su artículo 8o., como aquellas que “disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia”, de modo que, en principio, los contratos de renuncia al ejercicio de una profesión comercio o industria podrían quedar comprendidos dentro de ellas. Más adelante se examinará con detalle la definición legal de prácticas monopólicas para decidir si tales contratos de renuncia, o más en concreto, los pactos de no competencia, pueden constituir o no una práctica monopólica. Por ahora, lo que interesa destacar es que el sexto párrafo del artículo 5o. constitucional que prohíbe los contratos de renuncia al ejercicio de la profesión, industria o comercio, y que originalmente tenía una correspondencia con el segundo párrafo del artículo 28 constitucional, la tiene ahora con el párrafo primero de este artículo, específicamente con el concepto de “prácticas monopólicas”.

Desgraciadamente, la Suprema Corte y los tribunales federales de circuito no se han pronunciado sobre este punto.<sup>15</sup> Hay una sentencia de la Suprema Corte que se refiere a un caso en el cual se convino una cláusula de no competencia, planteada como una obligación de no hacer, reforzada por una cláusula penal, en la cual la Corte afirma que el valor de las obligaciones de no hacer “está representado por el perjuicio” que se causa al acreedor con el incumplimiento. La sentencia no discute la validez de la cláusula de no competencia del caso en cuestión, sino que tácitamente la tiene como válida y sólo discute cómo puede cuantificarse en dinero el daño derivado del incumplimiento de la obligación de no competir. Dice textualmente:

<sup>15</sup> Busqué en el disco compacto de jurisprudencia de la Suprema Corte y los Tribunales de Circuito (1995) bajo las voces: libertad de trabajo, libertad de comercio, libre concurrencia, cláusulas de no competencia, y la única tesis relacionada con el tema que hallé es la que se transcribe en el texto.

OBLIGACIONES DE NO HACER, VALOR DE LAS. La obligación de no hacer es de trato sucesivo y su valor es el daño o perjuicio que se causa con el hacer correlativo, pues el artículo 2028 del Código Civil establece que el que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención, y si hubiere obra material, podrá exigir al acreedor que sea destruida a costa del obligado; por tanto, cuando el demandado faltó al cumplimiento de la obligación principal de no competir al actor en la venta de productos lácteos dentro de cierto plazo, el valor de la obligación está representado por el del perjuicio que le causó o sea la privación del beneficio, utilidad o lucro que le ocasionó con la competencia desleal, mismo valor que debe servir de base para la cuantificación de la pena convencional pactada en la cláusula tercera del contrato fundatorio *[sic]* de la acción. Consiguientemente no es exacto que en las obligaciones de no hacer no existe obligación principal; los actos de abstención son el móvil del pacto y la razón de su existencia, además en la especie, la pactada pudo celebrarse con independencia o autonomía del convenio de disolución y liquidación de la sociedad, y esto es la mejor evidencia de que el monto del capital social no es el valor de la obligación principal.<sup>16</sup>

No hay en la tesis transcrita nada que permita inferir que la Corte juzgaba acerca de la constitucionalidad de la cláusula de no competir, lo cual seguramente no fue alegado por la parte inconforme con la cláusula. Lo que el texto de la sentencia cuestiona y resuelva es cómo se valoran las obligaciones de no hacer, y específicamente la obligación en el caso de no competir en la venta de productos lácteos. Expresamente la Corte dice “el valor de la obligación principal está representado por el del perjuicio que le causó o sea, la privación del beneficio, utilidad o lucro que le ocasionó con la competencia desleal, mismo valor que debe servir de base para la cuantificación de la pena convencional pactada”.

Sin embargo, la sentencia permite hacer algunas inferencias. Primera, que la Corte no tuvo reparo en admitir como válida una

<sup>16</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. ed., vol. XXVIII, p. 224.

cláusula “de no competir... en la venta de productos lácteos dentro de cierto plazo” y si bien esto no implica la afirmación general de que las cláusulas de no competencia no transgreden el artículo 5o. constitucional, sí deja abierta la posibilidad de que sean válidas. Segunda, que la cláusula de no competir se construyó como una obligación de no hacer, reforzada por una estipulación penal; la Corte aprobó esta construcción y consideró que la obligación de no competir era la “obligación principal” por lo que habrá que concluir que la estipulación penal constituyó la obligación accesoria. Tercero, y como consecuencia de la accesoria de la estipulación penal, la Corte establece que la cantidad prevista en la estipulación penal no es necesariamente la cantidad que deba pagarse en caso de incumplimiento, sino que “el valor de la obligación principal”, es decir “la privación de beneficio, utilidad o lucro” derivada de la competencia indebida “debe servir de base para la cuantificación de la pena convencional”. La pena convencional, conforme con este punto de vista, expresa una cantidad tentativa que el juez deberá “cuantificar”, es decir precisar, en relación con la privación efectiva del beneficio, caso por caso.

Recapitulando lo expuesto respecto de la previsiones constitucionales sobre la libre concurrencia, en relación con las cláusulas de no competencia, pueden proponerse las siguientes conclusiones:

- 1) El párrafo declara nulo cualquier convenio en sentido amplio, lo cual incluye contrato, pacto, acuerdo o cláusula que contravenga la prohibición establecida en el mismo párrafo.
- 2) Dicho párrafo prohíbe no cualquier contrato de renuncia al ejercicio de la profesión, industria o comercio, sino aquellos por los que se renuncia al ejercicio en todo el país de *una determinada* profesión, industria o comercio; esto significa, como opina Frish Philipp, que un convenio de renuncia al comercio o producción de determinados bienes o a la prestación de ciertos servicios no contraviene al texto constitucional mientras no implique una renuncia al ejercicio de toda una determinada profesión, comercio o industria; tampoco lo contraviene —como opina Rodríguez y Rodríguez— el con-

venio por el que se renuncia al ejercicio en una zona restringida del territorio nacional, pues dicha profesión, comercio o industria podría ejercerse en otras zonas del país. De acuerdo con esto, la opinión de los autores (Burgoa y Castro) que consideran inválido cualquier pacto de renuncia a ejercer ciertas actividades industriales, comerciales o profesionales, es excesiva, pues prohíbe más que lo que indica el texto constitucional. La opinión (Barrera Graf) de que los pactos son válidos si se hacen libremente y sólo excluyen la competencia en una materia “limitada”, resulta congruente con la letra del párrafo constitucional si se entiende que la materia “limitada” es una actividad más restringida que el conjunto de actividades que puede abarcar una profesión, una industria o un comercio.

- 3) La historia del texto constitucional aclara que la intención de los constituyentes no era proteger la libertad de trabajo sino la libre concurrencia. A la luz de esto, no es admisible la interpretación (Rodríguez y Rodríguez) de que el párrafo constitucional sólo prohíbe los convenios en que participen personas físicas, que son los titulares de la libertad de trabajo, pues lo que prohíbe son los convenios que dañen la concurrencia económica, que lo mismo pueden ser hecho por empresas (y así será en la mayor parte de los casos) que por personas físicas. De acuerdo con esa intención, el párrafo tiene que leerse en relación con el artículo 28 constitucional, primero con el segundo párrafo del texto original de este artículo, que preveía la sanción de todo acto que evitara o tendiera a evitar la libre concurrencia, y luego con la prohibición de las prácticas monopólicas establecidas en el primer párrafo del texto actual.
- 4) Los convenios de renuncia a una determinada profesión, industria o comercio están prohibidos por el párrafo sexto del artículo 5o. constitucional, si tienen ese contenido (que implica la renuncia a ejercerlo en todo el territorio del país) o uno más amplio, como la renuncia a cualquier comercio o industria, y carecen de toda eficacia jurídica, lo mismo si los

acuerdan personas físicas que si los hacen personas morales. La razón de la prohibición es que restringen indebidamente la libre concurrencia, por lo que también podría considerarse que constituyen una práctica monopólica prevista en la misma Constitución.

- 5) La Suprema Corte ha admitido implícitamente, en la tesis citada, la validez de una cláusulas de no competencia limitada en el tiempo y a ciertos productos (“productos lácteos”), considerándola como una obligación de no hacer, que puede quedar reforzada por una cláusula penal; sin embargo, el monto de la pena lo entiende como algo revisable por el juez en razón del perjuicio (lucro dejado de obtener) efectivamente causado.

Para proseguir con el análisis de la validez de este tipo de cláusulas conviene ahora analizar las disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica con el fin de determinar si pueden ser consideradas y tratadas como prácticas monopólicas.

## V. LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA A LA LUZ DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Esta ley no se refiere expresamente a las cláusulas en cuestión, pero en su capítulo segundo define las prácticas monopólicas. Estas son, en general (artículo 8o.): “prácticas que, en los términos de esta ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios”. En esta definición amplia bien pueden caber las cláusulas de no competencia que siempre implican una restricción o disminución, que quizá pueda ser justificada, de la competencia y la libre concurrencia.

Comentando la ley española sobre competencia económica, Joaquín Garrigues<sup>17</sup> opina lo mismo. Él dice que esa ley prohíbe (artículo 1o.) todas las prácticas que tengan por objeto impedir o

<sup>17</sup> Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 1a. reimpr. de la 7a. ed., Bogotá, Temis, 1987, t. I, p. 233.

limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional, y “es evidente que las cláusulas de no competencia pueden impedir o limitar la competencia. El problema es determinar en qué medida afecta la prohibición mencionada a los pactos de no competir”.

La ley mexicana ha seguido el modelo de la legislación americana sobre la materia, y como ella distingue dos tipos de práctica monopólica. Las prácticas “absolutas”, que corresponden a lo que la ley americana llama prácticas monopólicas *per se*, y consisten en actos que se consideran por sí mismos anticompetitivos; en consecuencia, los actos jurídicos que conforman estas prácticas (convenios, contratos, acuerdos), se consideran nulos de pleno derecho, además de La Comisión Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo la Comisión) puede imponer a sus autores alguna sanción. Las prácticas “relativas” consisten en actos que pueden o no ser anticompetitivos y que, por consiguiente, deben ser evaluados caso por caso, y se consideran anticompetitivos únicamente en<sup>18</sup> el caso que quien las practica tenga un “poder sustancial” en el “mercado relevante”, y en tal caso pueden ser sancionados de diversas maneras por la Comisión Federal de Competencia Económica.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> La frase inicial del artículo 10 que tipifica las prácticas monopólicas relativas dice “Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta ley, se consideran prácticas monopólicas relativas...” El artículo 11 señala que las prácticas descritas en el artículo 10 son violatorias de la ley si se comprueba que el responsable de ellas tiene “poder sustancial sobre el mercado relevante” y que se refieren a bienes o servicios de ese mismo mercado. Los artículos 12 y 13 de la ley dan reglas para la determinación del mercado relevante y del poder sustancial. El *Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica* detalla las reglas para el análisis del mercado relevante y del poder sustancial en sus artículos 9o. a 13.

<sup>19</sup> Sobre la diferencia entre prácticas monopólicas absolutas y relativas pueden verse *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, 1994, especialmente los trabajos de Aguilar Álvarez de Alba, Javier, “Características esenciales de la Ley Federal de Competencia Económica”, pp. 23 y ss.; García Rodríguez, Sergio, “Reflexiones comparativas de la Ley Federal de Competencia Económica”, pp. 40 y 41; Levy, Santiago, “Notas sobre la nueva Ley Federal de Competencia Económica”, pp. 67-71; Newberg, Joshua, “La nueva Ley de Competencia Económica”, pp. 84 y 85; Patiño Manfer, Ruperto, “Breves comentarios acerca de la Ley Federal de Competencia Económica”, pp. 112-114; Pérez Nieto, Leonel, “La Ley Federal de Competencia Económica...”, pp. 130 y 131; Witker, Jorge “Prácticas desleales y prácticas restrictivas”, p. 145. También López Velarde, Rogelio, “La Ley Federal de Competencia Económica y algunas consideraciones desde la perspectiva del derecho internacional privado”, *Jurídica*, núm. 24, 1995, pp. 294 y ss.

De esa diferencia se deriva una distinta manera de probar la existencia de las prácticas monopólicas. Para demostrar la existencia de una práctica absoluta, basta con probar que se ha realizado el acto tipificado por la ley para que se considere que el acto es jurídicamente nulo y proceda la imposición de sanciones. En cambio, para demostrar la existencia de una práctica relativa no sólo tiene que probarse que se realiza el acto tipificado por la ley, sino además que la persona responsable de la práctica tiene “poder sustancial sobre el mercado relevante” y que la práctica verse sobre bienes o servicios de ese mismo mercado. Si bien, en teoría, los diversos tratamientos en cuanto a la prueba de una y otra práctica son perfectamente claros, en la práctica de la comisión de competencia de Estados Unidos se ha procedido con mucha cautela, de modo que cuando se quiere demostrar la existencia de una práctica absoluta, la comisión suele indagar, antes de declararla probada, si el acto concreto, que puede corresponder al tipo general descrito en la ley, es realmente un obstáculo o impedimento injustificado o irracional (*unreasonable*) a la libre concurrencia.<sup>20</sup>

Las cláusulas de no competencia no están expresamente tipificadas como prácticas monopólicas absolutas o relativas, pero analizando el contenido de los artículos correspondientes (artículo 9o., sobre prácticas absolutas, y artículo 10 sobre relativas) se podrá determinar si están o no comprendidas por ellos. Debe notarse que entre los autores citados<sup>21</sup> que han comentado las definiciones de prácticas monopólicas relativas y absolutas, ninguno de ellos pone como ejemplo de práctica monopólica absoluta o relativa las cláusulas de no competencia. Esto no impide que puedan considerarse como tales si se ajustan al tenor de la ley y contradicen su objetivo principal, el de fomentar y preservar la libre concurrencia.

20 *Reglamento..., cit.*, nota 18, p. 45.

21 Véase nota 19.

El artículo 9o. dice textualmente:

Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

I...

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

De acuerdo con este texto de la ley, hay tres requisitos para constituir la práctica monopólica absoluta prevista en la fracción segunda: *a)* que se forme un contrato, convenio o arreglo; *b)* entre agentes económicos que sean competidores entre sí, y *c)* cuyo efecto sea establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar sino una “cantidad restringida o limitada” de bienes o no prestar sino un “volumen o frecuencia restringidos o limitados” de servicios.

Una cláusula de no competencia puede cumplir perfectamente tales requisitos. Constituye un “contrato, convenio o arreglo”; frecuentemente es pactada por agentes económicos que “son competidores entre sí”, que hacen la cláusula precisamente para evitar que uno compita con el otro, y su objeto es “establecer la obligación” de no producir o comercializar bienes o no prestar ciertos servicios; en este punto puede señalarse una diferencia: la ley habla de que el objeto del convenio sea restringir o limitar la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios (“no producir... o comercializar sino una cantidad restringida o limitada”) y las cláusulas de no competencia ordinariamente no tienden a reducir la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, sino a impedirlas completamente. Pero esta diferencia no es argumento para afirmar que las cláusulas de no competencia no están cubiertas por el citado precepto legal, ya que una recta interpretación de la ley no puede considerar excluidas del precepto legal aquellas conductas más graves que las definidas en la ley: sería absurdo interpretar la ley en el sentido de

que castiga el contrato o convenio que reduzca la producción, comercialización de bienes o la prestación de servicios, pero no el que las impida totalmente; sería tanto como aceptar que la ley castiga lo malo pero admite lo peor. Si quisiera salvarse la literalidad del citado artículo, podría entenderse que al hablar de una “cantidad restringida o limitada” incluye la cantidad cero.

Sin embargo, Joshua Newberg afirma<sup>22</sup> que esta fracción se refiere a la “reducción colectiva” de la producción de bienes y servicios, es decir, al acuerdo entre varios productores de reducir todos la producción u oferta de bienes y servicios, pero no da un apoyo en el texto de la ley para esa interpretación. Es más, dicha conducta colectiva está prevista en el párrafo segundo del artículo 28 constitucional, donde habla de que se castigará severamente “todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados”; en el mismo párrafo se tipifican otras conductas contrarias a la competencia, pero como en el primer párrafo del mismo artículo se refiere a las prácticas monopólicas, se entiende que las conductas descritas en el segundo párrafo puede ser prácticas monopólicas, pero no son las únicas que puede haber, ya que la definición de éstas se confía, en el mismo primer párrafo, a la ley.

El artículo 10 que se refiere a las prácticas monopólicas “relativas” también describe conductas que pueden corresponder a una cláusula de no competencia. Dice textualmente el artículo:

Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

I. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva

<sup>22</sup> *Reglamento..., cit.*, nota 18, p. 84 (nota 24).

de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;

En esta descripción también puede caber una cláusula de no competencia. En el párrafo inicial se mencionan los “contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado” lo cual es cabalmente el efecto de una cláusula de no competencia: desplazar a un agente económico del mercado en beneficio del otro (lo cual asimismo puede quedar incluido en la frase del mismo párrafo que dice “establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas”). En la fracción primera, en la frase final, se describe lo que claramente puede ser el contenido de una cláusula de no competencia: “la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable”.

Una diferencia fundamental entre las prácticas monopólicas absolutas y las relativas, según se desprende de la lectura de los párrafos antes transcritos, es que las prácticas absolutas consisten en contratos convenios o arreglos que hacen agentes económicos “competidores entre sí” (artículo 9o., párrafo inicial), mientras que las prácticas relativas son actos, contratos o convenios entre agentes económicos “que no sean competidores entre sí” (artículo 10, fracción I).

La diferencia entre agentes económicos que son o no son competidores entre sí es aparentemente clara, pero en cuanto se analiza en casos concretos puede no resultar tan sencilla. En ambos tipos de prácticas monopólicas se requiere que los agentes económicos realicen un contrato, convenio, acto o arreglo, es decir que de algún modo unifiquen sus intereses en un asunto determinado del mercado en que ambos concurren. Este convenio, contrato o arreglo no puede considerarse como un indicio de que esos agentes económicos ya no son competidores entre sí, pues si lo fuera, entonces sería imposible que hubiera una práctica monopólica abso-

luta, ya que en cuanto los agentes económicos hicieran el convenio o arreglo de disminuir la producción, la comercialización o la prestación de bienes y servicios dejarían de ser competidores entre sí y no podría cumplirse el requisito previsto para las prácticas absolutas de que sean competidores entre sí. La situación de si son o no competidores entre sí, me parece que debe analizarse considerando su situación al momento de la celebración del acto, contrato o convenio que constituye la práctica monopólica: si en tal momento los agentes económicos son competidores entre sí, puede configurarse una práctica monopólica absoluta, no obstante que por efecto del contrato unifiquen parcial o temporalmente sus intereses y dejen por consiguiente de competir entre sí.

Para analizar la situación de competencia entre las partes, también puede considerarse el tipo de contrato o convenio que entre ellas celebran, y la relación comercial que resulta del mismo. Puede ser, por ejemplo, que una empresa se constituya para ser distribuidor de otra empresa fabricante. El contrato de distribución que hagan entre ellas puede constituir una práctica monopólica, pero como la empresa distribuidora se ha constituido precisamente para actuar como distribuidor de la empresa fabricante, de ese contrato resulta una relación comercial a largo plazo que alía las dos empresas de modo que no pueden considerarse competidoras entre sí, sino como eslabones de una cadena comercial. En el caso diferente de que una empresa ya constituida celebrara un contrato para ser distribuidora de otra empresa fabricante, podría ser que al momento de celebrar el contrato de distribución, que podría constituir una práctica monopólica, las dos empresas fueran competidoras entre sí, pero por efecto del mismo contrato constituyen una relación que unifica sus intereses de modo que las actividades de una y otra, en vez de competir cooperan en beneficio común, vendiendo las mismas mercancías, protegiendo las mismas marcas y dando servicios similares al mismo tipo de clientes.

Me parece que para la definición de si los agentes económicos son o no competidores entre sí, deben tenerse en cuenta ambos criterios: *i*) cuál es su situación, de competencia o no competencia, al momento de celebrar el contrato, y *ii*) el efecto que tiene el

contrato en cuanto a unificar o no sus intereses de modo tal que permita que los dos agentes económicos actúen cooperando por un beneficio común.

Las cláusulas de no competencia suelen pactarse como partes de contratos más amplios. A veces se pactan en contratos de distribución o suministro, con el objeto de que el distribuidor o suministrador se obligue a no competir con el fabricante durante cierto tiempo una vez que termine el contrato de distribución. En este caso, la cláusula se pacta en el contrato en que los dos agentes económicos se alían para una utilidad común, por lo que puede considerarse que no son competidores entre sí, pero la cláusula surte efecto precisamente cuando ha terminado esa relación y cuando vuelven a ser competidores entre sí.

Más frecuentemente, las cláusulas de no competencia se pactan en contratos en que se ha formalizado la compra de una empresa o de sus activos (incluidos en ellos su cartera de clientes y *know-how*). Desde el punto de vista de la Ley de Competencia Económica tales actos constituyen “concentraciones” (artículo 16)<sup>23</sup> En estos casos, los agentes económicos que pactan la cláusula pueden considerarse que son competidores entre sí, pues lo son al momento de hacer el contrato, y el objeto del contrato es precisamente el de desplazar a uno de ellos del mercado para que no haga competencia al que adquiere la empresa, los activos o la tecnología. Del contrato no resulta un vínculo asociativo entre los agentes económicos que les permita cooperar para un interés común, sino el desplazamiento temporal del mercado de un agente en beneficio del otro.

Analizando estos tipos de cláusulas de no competencia a la luz de los criterios arriba anotados, se tendría lo siguiente: i) las cláusulas de no competencia que surten efectos al terminar un contrato de distribución o suministro pueden considerarse como pactadas entre personas que no son competidoras entre sí, pues si bien estaban asociadas por un contrato de distribución o suministro, la

<sup>23</sup> El artículo 16 de la ley define la concentración como “la fusión adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos”.

cláusula comienza a tener efecto cuando ese contrato ya no las liga, y pueden constituir prácticas monopólicas absolutas; *ii)* las cláusulas de no competencia pactadas como parte de las operaciones de adquisición de empresas, activos o tecnologías se realizan entre personas que son competidoras entre sí y pueden constituir prácticas monopólicas absolutas. En cambio, los pactos o cláusulas de exclusiva contenidos en un contrato de distribución o suministro<sup>24</sup> como surten efecto entre agentes económicos (el distribuidor o suministrador y el fabricante) que no compiten sino que cooperan para una utilidad común, sólo pueden constituir prácticas monopólicas relativas.<sup>25</sup>

De acuerdo con ese criterio, convendría analizar si las cláusulas de no competencia, que pueden caber dentro del tenor literal de la ley, restringen o no la libre concurrencia de modo injustificado o irracional. Esto lleva a la necesidad de distinguir, caso por caso, si una cláusula de no competencia restringe injustificada o excepcionalmente la competencia y, por lo tanto, constituye una práctica monopólica, o si la restricción de la competencia que impone la cláusula está justificada y debidamente limitada de modo que no constituye un obstáculo a la libre concurrencia.

## VI. LAS RESOLUCIONES DEL PLENO DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

La Comisión se ha ocupado de estas cláusulas en cuanto han figurado en casos de concentraciones. En su primer informe anual, correspondiente al periodo 1993-1994, analizando un caso de este tipo, la Comisión asentó una política general respecto de las cláusulas de no competencia, que textualmente dice:

los acuerdos de no competir serán válidos, desde la perspectiva de competencia, siempre y cuando estén limitados en cuanto a las personas que quedan obligadas, el ámbito espacial que rige la dispo-

<sup>24</sup> Véase *supra*: I. Naturaleza de las cláusulas de no competencia.

<sup>25</sup> De hecho, los pactos de distribución exclusiva están expresamente comprendidos en la fracción I del artículo 10 de la *Ley de Competencia Económica*, donde dice “la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios”.

sición, los productos o servicios a que se refiere, y el tiempo durante el que estará vigente la obligación.<sup>26</sup>

La política general es la de aceptar la validez de las cláusulas de no competencia, pero de manera restringida. Primero, la Comisión precisa que dichas cláusulas son válidas “desde la perspectiva de competencia”. No resulta muy claro lo que quiso decir con esta expresión, posiblemente que son válidas de conformidad con la Ley de Competencia Económica y el artículo 28 constitucional en lo que se refiere a esta materia; pero no menciona la Comisión ningún apoyo textual en que fundamenta esa “validez”; de hecho no hay en la Ley de Competencia Económica ninguna disposición que se refiere a ellas directamente ni para validarlas ni para invalidarlas; la Comisión tampoco afirma o niega si las cláusulas que no pueden ser tenidas como válidas, de acuerdo con los criterios que más adelante asienta ella misma, constituyen o no una práctica monopólica.

Me parece que lo que la Comisión podría haber hecho con fundamento en la ley era interpretar, no si tales cláusulas eran “válidas”, que para eso no tiene autoridad en la ley, sino si constituyen o no una práctica monopólica absoluta o relativa y bajo qué circunstancias, de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley de Competencia Económica en sus artículos 9o. y 10, arriba transcritos.

Por otra parte, resulta claro que la expresión “desde la perspectiva de competencia” limita necesariamente el alcance de la decisión, con ella la Comisión está reconociendo prudentemente que quizás puedan no ser válidas desde otra perspectiva, como podría ser desde la perspectiva constitucional (específicamente del artículo 5o., párrafo sexto, arriba analizado) o desde la perspectiva del derecho civil y mercantil.

Añade que los pactos de no competencia son válidos “siempre y cuando estén limitados” en cuanto a: *a)* las personas que quedan obligadas a no competir; *b)* el territorio donde se excluye la competencia; *c)* “los productos o servicios” a que se refieren, y *d)* el tiempo de vigencia. Tampoco explica la Comisión cuál es el fun-

26 *Informe Anual de Competencia Económica 1993-1994*, México 1995, p. 29.

damento legal para señalar estas limitaciones. Quizá la Comisión aceptara, sin decirlo, el criterio usualmente seguido por comisiones semejantes en otros países.

En España, según opinión de Garrigues, las cláusulas de no competir pueden violar la prohibición establecida en la ley de competencia de hacer actos que restrinjan o limiten la competencia. Para discernir cuándo constituyen un acto prohibido y cuándo no, propone las siguientes reglas:<sup>27</sup>

1a.) Las prohibiciones de competir que constituyan consecuencia implícita en la propia naturaleza de negocios jurídicos lícitos son admisibles, siempre que tales prohibiciones no excedan de los límites justificados por el contenido del negocio jurídico que las fundamenta. Ejemplo típico de negocio jurídico que justifica una prohibición de competir es la venta de una empresa.

2a.) Las restantes prohibiciones contractuales de competir son indudablemente nulas, en cuanto pueden significar una limitación de la competencia con trascendencia en todo o parte del mercado nacional.

Aplicando esas reglas a una consulta específica sobre si una cláusula que prohíbe al que fue distribuidor a hacer la competencia al fabricante, vendiendo productos que compitan con él durante el año posterior a la terminación del contrato de distribución, viola o no la Ley de Competencia Económica, respondió<sup>28</sup> que la cláusula no contravenía la ley de competencia, porque el objeto de ella no era evitar o reducir la competencia, sino evitar la competencia desleal que podría hacer el ex-distribuidor al fabricante; que disposiciones semejantes hay en las leyes mercantiles y laborales que prohíben la competencia al empresario después de terminado el contrato de trabajo, durante dos años. Pero aclara que la cláusula sería ilegal si restringiera la competencia, lo cual ocurriría “cuando la extensión de la prohibición de competencia fuera desproporcionada para la finalidad perseguida de evitar la

<sup>27</sup> Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 1a. reimpr. de la 7a. ed., t. I, Bogotá, Temis, 1987, p. 233.

<sup>28</sup> Garrigues, Joaquín, *Dictámenes de derecho mercantil*, Madrid, 1976, t. I, pp. 195-198.

competencia desleal". Añade que la desproporción de la cláusula debe considerarse "desde los puntos de vista objetivo, territorial y temporal".<sup>29</sup> Si la cláusula tiene que ser proporcionada desde el punto de vista del objeto a que refiere, el territorio donde se aplica y el tiempo de vigencia, quiere decir que debe estar limitada en esos tres aspectos.

Esta postura doctrinal de que las cláusulas de no competencia son válidas, siempre que sean consecuencia de negocios jurídicos y no excedan los límites proporcionados al negocio jurídico que las fundamenta, parece congruente con el principio de libre concurrencia. La regla general es la libre concurrencia (contemplada en el artículo 28 constitucional) y toda limitación a ella, como es una cláusula de no competir, debe estar justificada y debe ser limitada.

Dos años después, la Comisión tomó otra decisión relacionada con cláusulas de exclusiva, en respuesta a una consulta que se le presentó respecto de la conformidad de un contrato de distribución con las disposiciones de la Ley de Competencia Económica. La Comisión resolvió<sup>30</sup> que las cláusulas de distribución exclusiva de una marca, de distribución exclusiva en un territorio y las que permiten al fabricante definir precios y condiciones de venta que han de practicar los distribuidores no contradicen la Ley de Competencia Económica, pero advirtió "que el contrato de distribución incluye algunas cláusulas que podrían implicar prácticas monopólicas relativas".<sup>31</sup>

Un primer punto interesante de esta decisión es que ya precisa que las cláusulas de un contrato pueden constituir "prácticas monopólicas relativas", y no divaga en el sentido de si son o no "válidas". Se considera práctica relativa por que considera que el contrato de distribución pueden constituir "prácticas verticales", es decir, actos entre agentes económicos que no son competidores entre sí.

29 *Ibidem*, p. 197.

30 *Informe Anual de Competencia Económica 1995-96*, México, 1996, pp. 93 y ss.

31 *Ibidem*, p. 94.

Entre las cláusulas del contrato de distribución que la Comisión considera que pueden ser prácticas monopólicas relativas no se menciona la cláusula de no competencia, pero sí otras dos cláusulas que pueden ser contenido de una cláusula de no competencia. Puede ser práctica monopólica la cláusula que imponga al distribuidor “restricciones a la comercialización de productos distintos a los bienes cuya distribución es objeto del contrato” o la que prohibiera a los accionistas de la distribuidora a participar en otras empresas que pudieran competir con el fabricante.<sup>32</sup>

Estas dos decisiones de la Comisión ya esbozan una política en torno a las cláusulas de no competencia. La primera señala que puedan constituir prácticas prohibidas por la ley (y por tanto no ser válidas) porque disminuyen, dañan o impiden la competencia y la libre concurrencia (artículo 8o.), cuando no están debidamente limitadas en cuanto a las personas que quedan obligadas, al territorio, a los bienes o servicios y al tiempo de duración. La segunda decisión aclara que pueden constituir prácticas monopólicas relativas cuando se realizan entre agentes económicos que no son competidores entre sí, como un fabricante y su distribuidor.

Pero hace falta, por una parte, que la Comisión vaya precisando los límites permisibles de las cláusulas de no competencia. Hasta ahora simplemente ha fijado los aspectos que deben ser limitados (personas, territorio, bienes o servicios, y tiempo), pero es necesario que se vaya precisando qué personas no pueden quedar obligadas por una cláusula de no competencia y cuáles sí; con qué criterios se define si la limitación territorial es adecuada o no; cuáles bienes o servicios pueden ser objeto de la restricción de no competir y cuáles no, y cuál es el límite temporal adecuado en razón del contenido de la cláusula de no competir. Un criterio que puede ayudar a precisar estos límites es el propuesto por Joaquín Garrigues (arriba citado) de que han de ser proporcionados al negocio que las fundamenta.

Por otra parte, hace falta también que la Comisión se pronuncie respecto de si las cláusulas de no competencia que sean pactadas entre agentes económicos que no son competidores entre sí, pue-

32 *Idem.*

den constituir prácticas monopólicas absolutas. Quizá le pueda resultar difícil aceptar que una cláusula de no competencia pueda considerarse como una práctica monopólica absoluta, si se tiene la idea preconcebida de que tales prácticas son actos que restringen gravemente la competencia económica en el mercado nacional, lo cual no es el efecto de una cláusula de no competencia que simplemente restringe la posibilidad de que uno o varios agentes económicos compitan en un determinado mercado por un cierto tiempo. Sin embargo, el texto de la ley (artículo 9o., II) se aplica perfectamente a las cláusulas de no competencia, y no exige que las prácticas monopólicas absolutas tengan una repercusión nacional. Además, de conformidad con la práctica americana, en la que se ha inspirado la ley mexicana, debe considerarse si la restricción a la competencia que impone una cláusula de este tipo es injustificado o irracional.

## VII. CONCLUSIONES RESPECTO DE LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA EN EL DERECHO MEXICANO ACTUAL

Respecto de la pregunta inicial acerca de la validez de las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano, pueden proponerse las siguientes conclusiones:

- 1) Desde el punto de vista del derecho civil y mercantil, las cláusulas son admisibles, en virtud de la libertad contractual, siempre y cuando no violen leyes de orden público, como lo es la Ley Federal de Competencia Económica, o la Constitución de la república.
- 2) Desde el punto de vista constitucional, las cláusulas de no competencia son válidas, siempre y cuando no caigan en el supuesto del párrafo sexto del artículo 5o. constitucional, es decir, que no constituyan la renuncia al ejercicio, en todo el territorio nacional, de una determinada profesión, industria o comercio, en cuyo caso serían nulas.
- 3) Desde el punto de vista de la Ley de Competencia Económica, las cláusulas pueden ser válidas si no constituyen una

práctica monopólica relativa o absoluta. La Comisión ha precisado que son válidas las cláusulas cuando están debidamente limitadas en cuanto al tiempo, territorio, materia y personas, pero todavía no ha precisado esos límites ni ha resuelto en concreto casos en que condene cláusulas excesivas.

### VIII. LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA EN EL DERECHO AMERICANO

La materia de contratos ha sido tradicionalmente en Estados Unidos una materia no legislada, sino regulada por las decisiones de los jueces o *common law*. La regla fundamental de los contratos es que las partes tienen libertad para contraerlos y para determinar su contenido y la forma de obligarse. Sin embargo, los jueces han considerado que hay contratos, o algunas de sus cláusulas o condiciones, que aunque hayan sido libremente convenidos, no deben ser exigibles por medio de una acción judicial (se les denomina *unenforceable contracts*) por razón del bienestar público (*public welfare*). Cuando uno de los contratantes de un contrato de este tipo solicita acción judicial para exigir su cumplimiento, los jueces le niegan la acción sin necesidad de que el demandado lo solicite.<sup>33</sup> Entre los casos en que los jueces han limitado la libertad contractual está el de los contratos que implican restricciones a la libre competencia (*restraint of trade*).

Esta política judicial fue alentada por la ley antimonopolios, la llamada ley *Sherman*, varias veces reformada.<sup>34</sup> La ley sanciona las restricciones irrazonables o indebidas al comercio (*unreasonable restraints of trade*). En la aplicación de esta ley se ha generado la doctrina que distingue entre unas restricciones que se consideran irrazonables *per se*, y que son en general las que afectan la libre competencia y tienden a restringir la producción, afectar los precios o controlar de cualquier modo el mercado en detrimento de los consumidores, y otras restricciones que, aunque en principio son razonables, pueden en concreto ser irrazonables porque dañan

<sup>33</sup> Véase *Restament Second on Contracts*, capítulo 8, nota introductoria.

<sup>34</sup> La *Sherman Act* (1914) fue luego reformada por *Clayton Act* (1914), *Trade Commission Act* (1914) y *Robinson-Patman Act* (1936).

la libre competencia; respecto de estas últimas, se dice que deben ser juzgadas caso por caso, conforme con la *rule of reason*, la cual dispone que los jueces tienen que ponderar su razonabilidad atendiendo a todas las circunstancias del caso, entre otras el origen de la restricción, el daño que pretende evitar, la razón que puede justificarla y el fin que pretende.

El papel del *common law* en la definición de los contratos u obligaciones contractuales que pueden resultar contrarios a la competencia económica ha sido bastante limitado, porque las leyes se han ocupado de ello, principalmente las leyes federales, pero también las leyes antimonopólicas de cada uno de los estados; de acuerdo con estas leyes, los contratos que las violen no sólo carecen de acción (*unenforceable*) conforme al *common law*, sino que además dan lugar a responsabilidad civil o criminal. Sin embargo, se ha dejado a los jueces la decisión acerca de si las cláusulas de no competir constituyen restricciones indebidas al comercio.<sup>35</sup>

La regla principal en las decisiones de los jueces es que cualquier obligación contractual que represente una restricción no razonable o indebida del comercio carecerá de acción.<sup>36</sup> Los jueces han considerado que las obligaciones contractuales que pueden constituir restricciones indebidas del comercio son aquellas cuyo cumplimiento limitan la competencia en cualquier campo económico o que limitan al obligado en el ejercicio de una ocupación productiva.<sup>37</sup> En esa descripción caben las cláusulas contractuales de no competencia.

Para que una cláusula de no competir no sea una restricción indebida del comercio debe satisfacer ciertos requisitos. El principal es que la obligación de no competir sea parte de un contrato. La pura obligación de no competir independiente de cualquier otro negocio, como podría ser la mera promesa de no presentar licitación en una subasta, se considera que es una restricción in-

<sup>35</sup> Véase Farnsworth, E. A., *Contracts*, 2nd. ed., USA, Little, Brown & Co., 1990, p. 356. Una síntesis de la doctrina al respecto, puede verse en el *Restatement 2nd. on contracts*, artículos 186 a 188.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, nota 33, artículo 186 (1).

<sup>37</sup> *Ibidem*, artículo 186 (2).

debida.<sup>38</sup> Farnsworth, una de las autoridades actuales en materia de contratos, opina que ese tipo de promesas de no competir constituyen un tipo de esas restricciones no razonables *per se*.<sup>39</sup>

Los casos más frecuentes de obligaciones de no competir que cumplen con el requisito de ser parte de un contrato, según han estimado los jueces americanos, son el vendedor de un negocio, quien también traspasa la clientela (*good will*), y que se obliga a no competir con el comprador; el empleado que al terminar su relación laboral con la empresa se obliga a no competir con ella durante cierto tiempo, y el socio de una sociedad sin personalidad jurídica (*partnership*) que se obliga a no competir al separarse de ella.<sup>40</sup> En los tres casos hay una razón o causa que justifica la obligación de no competir, en el primero, la compra del negocio y el interés del comprador de adquirir el valor total de la negociación; en el segundo, el contrato laboral y el interés del empleador en que el empleado no aproveche indebidamente la información, conocimientos y relaciones que se le confiaron mientras trabajó en la empresa, y en el tercero el contrato de sociedad y el interés de los socios restantes.

Las obligaciones de no competir integradas en un contrato son, en principio, restricciones razonables del comercio, pero los jueces las examinan caso por caso a la luz de la *rule of reason*, o regla de razonabilidad, para ver si cumplen con otros dos requisitos para ser restricciones razonables.<sup>41</sup> Primero, que la obligación de no competir no sea mayor que lo necesario para proteger el legítimo interés del acreedor de la misma. Por ejemplo, sería excesivo que el comprador de una empresa que vende duraznos impusiera una cláusula que impidiera al vendedor dedicarse a la producción de mermeladas. Y segundo, que esté limitada, en cuanto a su ámbito de aplicación, considerando, por una parte, el legítimo interés del acreedor, pero también la desventaja que causa al deudor y el posible daño al interés público. Para precisar esta

<sup>38</sup> *Ibidem*, artículo 187.

<sup>39</sup> Farnsworth, E. A., *op. cit.*, nota 35, p. 357.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, nota 33, artículo 188 (2).

<sup>41</sup> *Ibidem*, artículo 188 (1). Véase también Farnsworth, *op. cit.*, nota 35, pp. 360-362.

limitación, los tribunales consideran si el ámbito de vigencia está suficientemente limitado en cuanto al tipo de actividad, al ámbito espacial y al tiempo. Si la obligación de no competir no satisface estos requisitos se considera una restricción indebida y, conforme con la regla principal, carece de acción para ser exigida.

## IX. EN EL DERECHO DE COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En el artículo 85,1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea se establece la prohibición de prácticas que impidan, restrinjan o dañen la libre concurrencia.<sup>42</sup> La cuestión de si las cláusulas de no competencia violan esa disposición fue considerado por la Comisión de Competencia Económica de las Comunidades Económicas Europeas en dos casos (*Reuter/BASF* y *Nutricia/Remia*) que se le presentaron, y en los que fue definiendo sus criterios al respecto.<sup>43</sup>

En el caso *Reuter/BASF*, el doctor Reuter vendió a BASF su participación mayoritaria en empresas que fabricaban poliuretanos.

<sup>42</sup> Textualmente el artículo 85 dice: “1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: 1) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; 2) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; 3) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; 4) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; 5) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: —cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas; —cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas; —cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: 1) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; 2) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”. El texto puede consultarse en: Comisión Europea, *Derecho de la competencia en las Comunidades Europeas*, vol. IA (Normas aplicables a las empresas, al 30 de junio de 1994), Bruselas-Luxemburgo, 1994, p. 11.

<sup>43</sup> Los casos están citados en Bellamy, C. y Child, G., *Derecho de la competencia en el mercado común [Common Market Law of Competition]*, trad. de E. Picañol, Madrid, Civitas, 1992, pp. 589 y ss.

Se pactó una cláusula por la que Reuter se obligaba, por un periodo de ocho años, a no dedicarse a la investigación, fabricación y otras actividades en el campo relevante. Cinco años después, Reuter presentó una queja a la Comisión. Como principio general, la Comisión asentó que cuando únicamente se vendan los activos fijos de la empresa no es necesario proteger al comprador con una cláusula de no competencia, pero cuando la venta se extiende a la cartera de clientes (o “fondo de comercio”) y a conocimientos técnicos, puede aceptarse una cláusula de ese tipo, siempre que tal cláusula “sea esencial para la preservación del valor de la empresa transferida” y no “exceda de lo que sea necesario” para mantener ese valor. Si la cláusula cumple esas condiciones, no puede considerarse violatoria del artículo 85,1 pues no restringe la competencia, sino que únicamente sirve como garantía de que el vendedor transferirá el valor íntegro de la empresa que vende. Añadió que para cumplir tales condiciones, la cláusula debe estar limitada en el tiempo, al necesario para que el comprador pueda continuar con la cuota de mercado que tenía la empresa que adquirió, y limitada en el espacio a aquellos mercados en que participaba la empresa vendida o en aquellos en que podría ser un competidor potencial.

En el caso concreto, la Comisión sostuvo que la cláusula pactada restringía la competencia y contravenía el artículo 85,1 porque era demasiado amplia en cuanto a su materia, ya que pretendía impedir al doctor Reuter incluso la investigación no comercial, y en cuanto al tiempo, pues los ocho años pactados resultaba un periodo excesivo, ya que consideró que cinco años hubieran sido suficiente protección al comprador.

En el caso *Nutricia/Remia*, la Comisión confirmó los criterios generales elaborados en el caso anterior. La empresa holandesa, denominada Nutricia, vendió dos filiales, “Remia” y “Luycks”; la primera vendía principalmente salsas, la segunda pepinillos y condimentos. Nutricia se obligó, en dos cláusulas distintas, a: *i*) no competir directa o indirectamente en la producción o venta de salsas en el mercado holandés durante diez años, y *ii*) a no competir directa o indirectamente en la producción de pepinillos y

condimentos en los países europeos, por el mismo plazo. Las cláusulas fueron notificadas a la Comisión, y ésta las consideró anti-competitivas porque su contenido era excesivo en relación al mínimo objetivamente necesario para conservar el valor de las empresas transferidas. Especialmente se fijó en el plazo de duración de la cláusula, y señaló ciertos criterios para determinar, caso por caso, cuál puede ser el plazo adecuado; dichos criterios son: *i*) el tiempo requerido por el comprador para conservar la clientela; *ii*) la frecuencia con que los consumidores del mercado relevante cambian de marca y tipos; *iii*) el tiempo que se requiere para que los consumidores acepten nuevos productos y marcas; *iv*) el tiempo que necesitaría el vendedor en caso que quisiera volver al mercado y recuperar sus clientes; *v*) la duración de acuerdos conexos con la cláusula, como el que permite al comprador de la empresa usar la marca del vendedor o su red de ventas. En el caso, la Comisión sostuvo que en la venta de la empresa Remia, que implicaba la venta de conocimiento técnicos, cuatro años de no competencia sería una protección suficiente, mientras que respecto de la venta de la otra empresa, Luycks, que no implicó conocimientos técnicos, sino sólo traspaso de los activos y de la clientela, bastaba una restricción de dos años.

A partir de esta última decisión, la Comisión llegó a establecer una política general en cuanto a los plazos de vigencia de estas cláusulas. En su décimo tercer informe (1984, punto 88),<sup>44</sup> la Comisión estableció que cuando la transferencia de un negocio implica la de clientela y *know-how*, un periodo de cinco años es, por lo general, suficiente, y cuando sólo implica la transferencia de clientela, bastan dos años.

Pocos años más tarde, la Comisión precisaría con detalle su política respecto de las cláusulas de no competencia. El 21 de diciembre de 1989, el Consejo de las Comunidades Europeas publicó un reglamento sobre control de las operaciones de concentración de empresas, en el que también se refiere a las “restricciones accesorias” que aceptan las empresas al hacer dichas

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 591, nota 67.

operaciones.<sup>45</sup> La Comisión publicó en 1990 una comunicación sobre esas restricciones accesorias entre las cuales consideraba las cláusulas de no competencia.<sup>46</sup> Ahí reitera que el objeto y razón de ser de estas cláusulas es proteger al comprador para que reciba la totalidad del valor de la empresa cedida, y en particular de la clientela y los conocimientos técnicos. Nuevamente señala que la restricción de competencia no es necesaria cuando sólo se transmiten activos, sin ceder la clientela o conocimientos técnicos que no estén registrados como propiedad industrial.<sup>47</sup> Cuando el tipo de operación justifica la cláusula de no competencia, ésta sólo será admisible si está limitada en cuanto a su duración, campo geográfico, contenido y personas obligadas en razón del fin de preservar el valor de la empresa transferida. Tanto el reglamento como la comunicación citado se refieren a las cláusulas de no competencia dentro del ámbito de las operaciones de concentración, de modo que pueden ser evaluadas, conforme con esos criterios, cuando se pide autorización para hacer la concentración. Sin embargo, ello no obsta para que dichas cláusulas se juzguen, con esos mismos criterios, independientemente de operaciones de concentración que requieran autorización, como ocurrió en los casos citados (*Reuter/BASF* y *Nutricia/Remia*).

Lo más novedoso de esta comunicación es la fijación de ciertos criterios para precisar los límites que deben contener las cláusulas de no competencia: *i)* en cuanto a la duración, repite el criterio de que cinco años es un periodo razonable cuando se transmiten conocimientos técnicos y clientela, y dos años cuando sólo se transmite clientela; *ii)* respecto del territorio, dice que debe limitarse a los territorios donde el vendedor de la empresa transferida hubiere introducido sus productos, y que no hace falta restringir la competencia en territorios en los que no había vendido anteriormente,

45 El texto del reglamento puede verse en Comisión Europea, *op. cit.*, nota 42, pp. 469 y ss.

46 El texto de la *Comunicación de la Comisión sobre las restricciones accesorias en operaciones de concentración (90/C 203/05)*, puede verse en Bellamy, C. y Child, G., *op. cit.*, nota 43, pp. 968 y ss.

47 Por conocimientos técnicos o *know-how* se refiere a aquellas que no están registrados, pues cuando se ceden derechos registrados de propiedad industrial, el comprador (cesionario) podrá defenderse siendo titular de esos derechos de conformidad con las leyes aplicables.

con la cual elimina el criterio anotado en el caso *Reuter/BASF* de que se considerarían los territorios donde el vendedor podría ser un competidor potencial; *iii)* el contenido debe limitarse a los productos y servicios que constituyan la actividad económica de la empresa transferida, y aclara que no parece razonable que el comprador quede protegido respecto de bienes o servicios que el vendedor ha conservado; *iv)* en cuanto a las personas, el vendedor puede obligarse a no competir, en nombre propio, en el de sus empresas filiales y de sus agentes comerciales, pero la imposición de esa obligación a otras personas es inadmisible.

El mismo tratado señala las consecuencias de un acuerdo, como una cláusula de no competencia no justificada o debidamente limitada, que viole el artículo 85,1. Tiene dos consecuencias, por una parte, el acuerdo es “nulo de pleno derecho”, de conformidad con lo que dispone expresamente el párrafo dos del mismo artículo; por otra parte, los terceros que sufran perjuicios por la infracción podrán iniciar una acción civil de indemnización de daños y perjuicios o una acción que obliga a un hacer o no hacer en beneficio de los afectados.<sup>48</sup>

En síntesis, los criterios seguidos por la Comisión de Competencia en la Unión Europea respecto de las cláusulas de no competencia son los siguientes: *i)* las cláusulas se justifican como medios para asegurar que el comprador adquiera el valor total de una empresa cuando se le transfieren clientela o conocimientos técnicos no registrados como propiedad industrial; *ii)* para no ser anticompetitivas, dichas cláusulas tienen que estar debidamente limitadas en razón de la finalidad de proteger al comprador para que adquiera el valor real de la empresa comprada; *iii)* el límite temporal adecuado es, por lo general, cinco años si hay transferencia de clientela y conocimientos técnicos, y de dos cuando sólo se transfiere la clientela; *iv)* el límite territorial se define en razón del territorio donde el vendedor de la empresa había vendido sus productos; *v)* el límite material es el de los productos o servicios que vendía la empresa transferida, y *vi)* el límite personal es que sólo se obliga el vendedor, sus filiales o agentes comerciales y no

48 Véase Bellamy, C. y Child, G., *op. cit.*, nota 43, p. 593.

otras personas; *vii)* las cláusulas de no competencia que no estén justificadas o debidamente limitadas son nulas de pleno derecho, y los terceros afectados pueden reclamar judicialmente una indemnización de los daños y perjuicios que les hubieran causado.

## X. CONCLUSIONES SOBRE LAS REGLAS QUE DEBEN ORIENTAR SU JUICIO EN EL DERECHO MEXICANO

Las cláusulas de no competir se han considerado válidas en el derecho americano y en la Unión Europea siempre que cumplan determinados requisitos. En los Estados Unidos se ha dejado a los jueces precisar, mediante sus decisiones, los requisitos que deben tener dichas cláusulas para poder ser judicialmente exigibles. En la Unión Europea ha sido la comisión de competencia económica la que ha precisado esos requisitos. En México, no obstante que la Ley de Competencia Económica está más influida por las leyes americanas, convendría que fuera la Comisión Federal de Competencia Económica, como ya ha empezado a hacerlo, la que los precisara, haciendo declaraciones específicas sobre la validez o invalidez de esas cláusulas en casos concretos; dos razones, me parece, justifican que la Comisión desempeñe ese papel: la primera, es que la Comisión es la entidad administrativa que tiene la responsabilidad principal en la aplicación de la Ley de Competencia Económica, y la segunda que los jueces mexicanos tienen menos libertad que los jueces del *common law* para crear derecho.

En los dos derechos extranjeros analizados, el primer requisito que debe cumplirse para que las cláusulas sean válidas es que sean partes de un negocio principal y sirvan para proteger el legítimo interés de alguno de los contratantes. Este criterio no ha sido expresado por la Comisión mexicana y convendría que lo hiciera, pues de otro modo podrían considerarse válidas obligaciones de no competir que no tienen más sentido que restringir la participación en el mercado de determinados agentes, por ejemplo, la de no producir una determinada mercancía, o la de no presentar licitación en una subasta o concurso; o considerarse válidas obligaciones de no competir que son parte de un contrato, pero que no están justificadas por un interés legítimo, como la que se

incluiría en un contrato de venta de los activos de una empresa sin traspaso de la cartera de clientes.

En los dos derechos analizados se requiere también que la obligación de no competir esté limitada en cuanto a la materia, el territorio y el tiempo. Estos requisitos ya los ha definido la Comisión de competencia mexicana, añadiendo, a mi parecer atinadamente, la limitación en cuanto a las personas obligadas. Pero hace falta precisar esos límites, para lo cual también serviría la declaración, mencionada en el párrafo anterior, de que dichas cláusulas son medios para proteger el legítimo interés de una parte, de modo que su contenido no puede exceder de lo necesario para proteger ese interés, ni de los límites que puede requerir el bien común; también convendría ir precisando esos límites de manera concreta, como lo ha ido haciendo la comisión europea.

En los Estados Unidos y en la Unión Europea se juzga de la validez de esas cláusulas tomando en cuenta exclusivamente su contenido, sin considerar la posición económica de las partes. En el *Restatement of contracts* no hay ninguna exigencia de que una de las partes tenga poder sustancial en el mercado. En el derecho de competencia de la Unión Europea, la Comisión respectiva determinó que las cláusulas denunciadas violan el artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (precepto que sería comparable al 9o. de la ley mexicana que se refiere a las prácticas monopólicas absolutas), no obstante que en el artículo 86 se refieren a actos en los que una parte tiene un poder relevante en el mercado (que sería comparable al artículo 10 de la ley mexicana sobre prácticas monopólicas relativas). La cláusula que no cumple con los requisitos carece de acción en el derecho americano (*unenforceable*) o es nula de pleno derecho en la Unión Europea.

Para poder dar un tratamiento similar a las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano, se requiere que la Comisión Federal de Competencia Económica declare que las cláusulas de no competir que no satisfagan los requisitos establecidos se considerarán prácticas monopólicas absolutas, de modo que por su solo contenido, sin importar si una de las partes tiene poder económico sustancial en el mercado relevante, pueda declararlas nulas y sin

ningún valor jurídico, de conformidad con el párrafo final del artículo 9o. de la Ley Federal de Competencia Económica.<sup>49</sup>

Si la comisión mexicana tomara la posición de que las cláusulas de no competencia pueden constituir únicamente prácticas monopólicas relativas, la consecuencia sería que permitiría en México cláusulas de no competir que serían nulas en Estados Unidos o en Europa, por la única razón de que una de las partes no tiene un poder sustancial en el mercado relevante. En esta situación, empresas internacionales podrían actuar en el mercado mexicano, mientras no alcanzaran ese poder sustancial, con mayor libertad que en los otros dos mercados para restringir la competencia de las empresas mexicanas. Tal situación no es favorable ni desde el punto de vista del desarrollo de la economía nacional ni desde el punto de vista del libre comercio, pues México ofrecería como aliciente al inversionista extranjero la posibilidad de hacer algo que está prohibido en los otros mercados.

Si la Comisión Federal de Competencia Económica no precisara los criterios al respecto, permitiría la proliferación de cláusulas de no competencia injustificadas o excesivas, generalmente impuestas por empresas poderosas nacionales o transnacionales, en detrimento de la pequeña y mediana industria nacional, de los consumidores y aun del mismo libre comercio internacional. El defecto de la Comisión tendría que ser suplido por los jueces federales, en vía de amparo, con el riesgo del des prestigio de la propia Comisión en una de las materias en que se supone, y debe suponerse, que es experta.

<sup>49</sup> El párrafo dice: “los actos a que se refiere este artículo no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta ley...” De modo que si una cláusula de no competencia se considera práctica monopólica absoluta es nula, pero además se debe sancionar a quienes la pactaron. Esta exigencia de sanción puede parecer excesiva, si se considera que quien podría denunciar una cláusula de no competencia como práctica monopólica es principalmente la persona que la pactó y que se obligó a no competir, por lo que resultaría que al denunciar la práctica monopólica absoluta estaría al mismo tiempo pidiendo que se le sancionara. Pero esta objeción no tiene sentido cuando se analiza el artículo 35 que prevé las distintas sanciones que la Comisión puede imponer; la primera de esas sanciones (fracción I) es “ordenar la suspensión, corrección o supresión” de la práctica, de modo que en el caso de cláusulas de no competencia injustificadas o excesivas, la sanción podía ser simplemente la orden de suprimirlas, cuando fueran injustificadas, o bien corregirlas cuando fueran excesivas.