

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO

Facultad de Derecho

**“LA CLAUSULA DE NO COMPETIR EN
LOS CONTRATOS COMERCIALES”**

ALUMNA:

SILVIA AMARANTA GUERRERO CORRALES

DIRECTORA DE TESIS:

DRA. NATIVIDAD MARTÍNEZ AGUILAR

Ciudad Universitaria, México, ~~DF~~ ~~CD~~ ~~DF~~ ~~CD~~ 2012.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

INTRODUCCIÓN

1.	CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA REGULACIÓN SOBRE COMPETENCIA ECONÓMICA	
1.1	Antecedentes.	1
1.2	Concepto de concurrencia	6
1.3	Concepto de competencia económica	8
1.4	Marco Jurídico Mexicano de la Concurrencia y de la Competencia Económica	9
1.4.1	La Constitución	9
1.4.2	Ley Federal de Competencia Económica	15
2.	MARCO TEÓRICO Y ASPECTOS GENERALES DE LOS CONTRATOS	
2.1	Reglas generales sobre lo contratos	17
2.1.1	Bilaterales y Unilaterales	18
2.1.2	Onerosos y Gratuitos	18
2.1.3	Conmutativos y Aleatorios	18
2.1.4	Nominados e Innominados	18
2.1.5	Consensuales, Formales, Solemnes y Reales	19
2.2	Elementos de Existencia	19
2.2.1	El Consentimiento (de quienes intervienen en él);	20
2.2.2	El Objeto	20
2.2.3	La Solemnidad	20
2.3	Requisitos de Validez	21
2.4	Inexistencia y Nulidades	22
2.4.1	Inexistencia	22
2.4.2	Nulidad Absoluta	23
2.4.3	Nulidad Relativa	24
3.	LIMITACIONES A LA COMPETENCIA, A LA LIBRE CONCURRENCIA Y A LA LIBERTAD CONTRACTUAL	
3.1	Generalidades	26
3.2	Restricciones de Carácter Normativo a la Competencia y a la Libre Concurrencia, en función del sujeto	28
3.3	Restricciones en función de los Bienes y Servicios para el Consumo Popular y la Economía Nacional	39
3.4	Prohibiciones a la Libre Concurrencia en Función de la Actividad Económica	40
3.5	Restricciones para el Ejercicio de la Competencia y Libre Concurrencia que van en función de la Protección de la Colectividad.	42
3.6	Restricciones Convencionales	44
3.7	Limitaciones a la Libertad Contractual	44
4.	LOS PACTOS O ACUERDOS DE NO COMPETENCIA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA	
4.1	Consideraciones Generales	46
4.2	Obligaciones de No Hacer y los Pactos de No Competir	49
4.3	Fundamento Económico-Comercial de los Contratos de No Competir	50
4.4	Los Artículos 5º y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Federal de Competencia Económica.	52
	CONCLUSIONES	57
	FUENTES DE INFORMACIÓN	59
	BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA	
	LEGISLACIÓN	
	DICCIONARIOS	

ABREVIATURAS, LATINISMOS Y SIGLAS

Abreviaturas

comp.	compilador(es)
ed.	edición
núm.	número
p.	página
pp.	páginas
reimp.	reimpresión
vol.	volumen

Latinismos

<i>Cfr.</i>	confróntese
<i>erga omnes</i>	oponible a todos, de aplicación general
<i>Ibidem</i>	allí mismo (en página diferente)
<i>Idem</i>	el mismo, lo mismo
<i>op. cit.</i>	obra citada
<i>pacta sunt servanda</i>	las promesas deben mantenerse (las obligaciones)
<i>prima facie</i>	a primera vista

Siglas

COFECO	Comisión Federal de Competencia
CCDF	Código Civil para el Distrito Federal
LGSM	Ley General de Sociedades Mercantiles
DF	Distrito Federal
ONU	Organización de las Naciones Unidas
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México

INTRODUCCION

A pesar de que la regulación monopólica en México ha estado prevista a nivel constitucional desde 1857, ha sido hasta hace poco que ha cobrado gran importancia.

En efecto, después del largo período de encapsulamiento que sufrió la economía mexicana por motivo de políticas económicas que permanecieron vigentes desde el fin de la Segunda Guerra Mundial y hasta principios de la década de los ochenta, México reactivó su economía con una nueva perspectiva. Esta visión no fue sino la de la apertura comercial, la de la internacionalización de la producción y de los estándares de calidad, la de la privatización, en una frase: la del liberalismo.

La adhesión al GATT en 1986, fue sin duda un destacado primer paso, pero para insertar de forma definitiva a la economía mexicana dentro de la nueva tendencia, era necesario poner al día el sistema doméstico de regulación económica. La actualización de los ordenamientos jurídicos concernientes a la materia, vendría además a pavimentar el camino hacia la conclusión de acuerdos internacionales de comercio y de inversiones que en la primera mitad de los años noventa encontrarían su máxima expresión en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la Convención de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

Es precisamente en este contexto que la Ley Federal de Competencia Económica ve la luz por primera vez en diciembre de 1992 y se presenta como un instrumento clave en la nueva política económica de México. De esta forma, las actividades específicamente reguladas por tal instrumento cobran gran peso en los ámbitos económico y jurídico.

Es así como surge la necesidad de estudiar con detenimiento desde el punto de vista jurídico el fenómeno de la competencia económica. Se hace ineludible entender su objeto, conocer su método y determinar sus alcances, mismos que abarcan un amplio espectro del quehacer económico cotidiano.

Dentro de ese espectro encontramos a los “convenios de no competir”, que se han convertido en moneda de curso corriente en los negocios actuales y que, en la medida en que el tiempo avanza, se tornan cada vez más usuales, ya como parte de operaciones comerciales mayores y globales o con vida independiente. Aquí es donde se inscribe el presente trabajo.

Si bien existen ya diversos estudios sobre lo que ha dado en denominarse el *derecho de la competencia económica*, no existe profusión ni atomización de sus categorías tales que hayan abarcado nuestro tema. Las obras acerca de la Ley Federal de Competencia Económica que aparecieron un poco después de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, no fueron sino apologías a la misma o de meras monografías, en tanto que los trabajos posteriores se han

enfocado en la práctica de la Comisión Federal de Competencia y en explicaciones generales de la aplicación de ley o en comparaciones con regulaciones extranjeras. De ahí que nuestra aproximación a la materia cobre importancia, ya que se trata de una revisión a una zona específica de este campo en que limitan la vertiente pública del derecho y la privada: los convenios de no competir analizados desde la óptica de la regulación general en México de la competencia económica.

El método utilizado en la preparación de este trabajo es inductivo, puesto que de las observaciones particulares, se parte a la generalización concluyente y las técnicas empleadas son cien por ciento documentales.

El capítulo 1 abordaremos los antecedentes internacionales y nacionales de la regulación en materia de competencia económica, definiremos conceptos básicos para comprender la materia en general y el presente trabajo en particular, y estudiaremos el marco jurídico de la competencia económica en México.

Posteriormente pasaremos al capítulo 2, donde estudiaremos diversos aspectos de los contratos y la manera en que se encuentran regulados en la ley mexicana. Analizaremos a la luz de las doctrinas tradicionales (francesa y alemana), sus elementos esenciales, los requisitos de validez y las consecuencias legales que acarrea la falta de observancia de unos y otros.

En el capítulo 3 revisaremos rápidamente las limitaciones a la libre competencia, a la libre concurrencia y a la libre contratación. Para lo anterior, atenderemos a las muy diversas disposiciones legales que rigen diferentes materias.

Por último, en el capítulo 4 estudiaremos las razones económico-jurídicas de la existencia de los contratos de no competir, analizaremos su funcionamiento en lo particular y cotejaremos sus contenidos y efectos con las disposiciones constitucionales que los norman, específicamente con los artículos 5º y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CAPÍTULO 1

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA REGULACIÓN SOBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

1.1 ANTECEDENTES

A partir de la ratificación en 1789 de la Constitución de los Estados Unidos de América, dicho país se constituyó en el primer mercado común a escala continental. La sustitución de los Estatutos de la Confederación (*Articles of Confederation*), conforme a los cuales los Estados, en lo individual, podían imponer aranceles y otras barreras a las importaciones de bienes provenientes de los Estados parte de la Confederación y el crecimiento de los medios masivos de comunicación y transportación, como el ferrocarril, el telégrafo y, posteriormente, el teléfono, dieron paso a la consolidación de dicho mercado común.¹

Los manufactureros respondieron a las demandas de este tipo de mercado con innovaciones tecnológicas y organizacionales que les permitieron explorar y explotar las economías de escala, a las que con anterioridad no les era posible alcanzar.²

El crecimiento explosivo —debido tanto a la expansión interna como a las fusiones—, de numerosas empresas estadounidenses líderes a dimensiones sin precedentes, transformó las estructuras del mercado de los Estados Unidos, las estrategias comerciales de las empresas y la percepción pública acerca de la correcta relación de las empresas con el gobierno. Estos adelantos propiciaron la aprobación de 12 leyes estatales antimonopolios y, posteriormente, a la primera

¹ Cfr. SCHERER, Frederic. *Competition Policies for an Integrated World Economy*. The Brookings Institution. Washington, Estados Unidos de América, 1994, pp. 17-19

² SAMUELSON y NORDAUS definen a las economías de escala como aquella “función de producción en la que, cuando se duplican todos los factores, se duplica la producción con creces” haciendo que los costos medios de producción disminuyan. SAMUELSON, Paul & NORDAUS, William. *Economía*. Libros McGraw-Hill de México, México, 1986, p. 1107.

legislación federal de los Estados Unidos en esta materia: la Ley Sherman de 2 de julio de 1890 (*Sherman Antitrust Act*).

Cuando esa ley fue aprobada, aproximadamente el 40% de la fuerza de trabajo estadounidense se dedicaba al campo.³

Los "trusts"⁴ eran percibidos por los campesinos como los causantes del alza de precios de los productos industrializados (los que cayeron durante la década de 1880).

Se decía que a través del uso de precios predatorios, los *trusts* habían llevado a muchas firmas o empresas pequeñas a la quiebra, y era precisamente en los pequeños negocios con los que el público identificaba mejor sus sentimientos.

³ SCHERER, Frederic. *Op. Cit.* p. 18.

⁴ Una asociación u organización de personas o corporaciones con la intención y poder, o la tendencia a crear un monopolio, controlar la producción, interferir con el libre curso del comercio o transportación, o a fijar y regular el precio y suministro de *commodities*. En la historia del desarrollo económico el "trust" fue originalmente un mecanismo por medio del cual varias corporaciones dedicadas en la misma línea general de negocios podían combinarse para su mutua ventaja o beneficio, con la finalidad de eliminar la competencia destructiva, controlando la producción de su *commodity*, así como regulando y manteniendo su precio, pero al mismo tiempo preservando su existencia individual y separada, y sin consolidación o fusión de algunos. Este mecanismo era la instalación de un comité o consejo, compuesto probablemente, de presidentes o directores generales de diferentes corporaciones, y la transferencia a ellos de la mayoría del capital de cada una de las corporaciones, para ser mantenido "en confianza (*in trust*)" por los accionistas que de esa forma cedían sus participaciones de capital. En contrapartida, estos accionistas recibían, "certificados trust" que probaban su derecho a recibir dividendos sobre su capital cedido a pesar de que sus derechos corporativos (de voto) habían pasado a los beneficiarios. Esta última característica permitía a los beneficiarios o al comité, elegir a todos los directores de todas las corporaciones, y mediante los funcionarios y ejercer una influencia absoluta de control sobre la política y operaciones de cada empresa constituyente (del *trust*) para los fines y propósitos anteriormente mencionados. A pesar de que el "trust" en este sentido, es ahora rara vez usado (si acaso se usa) como una forma de organización corporativa, habiendo dado paso a la "empresa controladora (o empresa holding)" y otros mecanismos, la palabra se hizo común tanto en leyes estatutarias como en la lengua coloquial, para designar casi cualquier combinación de tendencia o carácter monopolístico. *Northern Securities Co. V. U.S.*, 193 197, 24 S. Ct.436, 48 L. Ed. 679; *Mallinckrodt chemical Works v. State of Missouri*, 238 U.S. 41, 35 S. Ct. 671, 673, 59 L. Ed. 1192. En un sentido más amplio, el término es aplicable a cualquier combinación de establecimientos en la misma línea de negocios para conseguir los mismos fines por la sujeción de los intereses individuales de cada uno de los que constituyen la combinación, a una autoridad común por los intereses de todos. *Mallinckrodt Chemical Works v. State of Missouri*, 238 U.S. 41, 35 S. Ct. 671, 673, 59 L. ed. 1192.

Las fortunas creadas a partir de las utilidades monopólicas incrementaron la inequitativa distribución de la riqueza, provocando reacciones particularmente amargas debido a la manera en que la riqueza era ostentada por aquellos que la poseían.

Durante los últimos años de la década de 1880 a 1890, los periódicos liberales constantemente publicaban editoriales en contra de los *trusts*; y, en la campaña presidencial de 1888, todos los grandes partidos incluían en sus plataformas electorales programas *antitrust*.⁵

La formación de *trusts* dominantes de los mercados fue prácticamente única en los Estados Unidos. En Europa, la reacción a la modernización y crecimiento de los medios de comunicación y tecnología industrial, fue la formación de *cartels* (hoy mejor conocidos, en México, como “carteles”) estructurados de una manera menos rígida.⁶

Mientras los *cartels* y *trusts* ganaban terreno en las últimas décadas del siglo XIX, los economistas debatían con singular entusiasmo los eventos que ante ellos se desarrollaban. Al tiempo en que la Ley Sherman era aprobada en los Estados Unidos de América, las diferencias de opiniones sobre cuatro importantes puntos económicos, destacaban: 1) las economías de escala; 2) el abuso de la fijación de precios; 3) las mejores estrategias de reforma; y 4) la alternativa entre *cartels* y monopolios.⁷

⁵ Cfr. SCHERER, Frederic. *Op. Cit.* p. 20

⁶ *Cartels*: Este concepto hace referencia a acuerdos anticompetitivos, en los que los competidores restringen la competencia entre ellos, sin producir justificación pro-competencia alguna. Los acuerdos que fijan precios, restringen la producción o dividen mercados, son generalmente considerados como “*hard-core cartels*”. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS. *OECD. Conference on Trade and Competition*. [COM/DAFFE/CLP/TD(99)66]. París. Junio 25, 1999, p. 3.

⁷ A decir de SCHERER, el toque estructural más agudo sobre los *trusts* lo puso Theodore Roosevelt, el presidente de los Estados Unidos, al expresar: “Esta es una era de combinaciones. Los grandes negocios han llegado para quedarse. No se le puede poner un fin; y si se hiciera, sí se les pusieran un fin, esto significaría el más diseminado desastre para la comunidad... No puede llegar el bienestar industrial a menos que los grandes negocios prosperen... No podemos mantener

Unos años más tarde en 1914, “la Ley Sherman vendría a ser reforzada con la Ley Clayton (*Clayton Act*), la cual señaló como ilegales cinco prácticas comerciales, a saber, la discriminación de precios, las ventas atadas, los contratos de exclusividad, las fusiones entre compañías competidoras, y el hecho de que los consejos de administración de empresas competidoras tuviera consejeros comunes. Cada una de estas actividades serían ilegales siempre y cuando tuvieran como objeto reducir la competencia o crear un monopolio.”⁸

Alemania representa la otra cara de la moneda. La validez legal de los *cartels* era reconocida, incluso con la aparición de la ley sobre competencia, en ese país, en los años de 1890 a 1900. En el caso de madera suave de Sajonia fue, a decir de los expertos el primero en que la Suprema Corte alemana decidió que los *cartels* eran acuerdos lícitos y obligatorios para las partes, bajo las prerrogativas de la libertad de asociación en los términos de la legislación alemana. Sólo en circunstancias especiales en los que los *cartels* constituyeran monopolios de hecho, o en aquellos casos en que existiera explotación extrema de los consumidores, el poder judicial podía tomar decisiones anti-cartel.⁹

Al parecer, ésta y las subsecuentes decisiones de los tribunales alemanes se encontraban influenciadas por la corriente encabezada por el economista de la misma nacionalidad, ROBERT LIEFMANN, quien sostenía que los *cartels* o las formaciones monopólicas eran necesarias en las condiciones de mercado imperantes en el momento. En el año de 1902, dicho tratadista, afirmó: “El derecho a asociarse es tanto para el trabajador como para el empresario, la condición fundamental de cada elemento de progreso en la economía. ... Los *cartels* son fenómenos necesarios en nuestra economía actual y no podrá ser

nuestra postura contra la competencia extranjera, no podemos ser líderes de Sudamérica sin exitosos compromisos relacionados con los grandes negocios.” SCHERER, Frederic. *Op. Cit.*, pp. 18-20.

⁸ PEREDO RIVERA, Amilcar. *Competencia Económica. Teoría y Práctica*. Porrúa, México, 2004, p. 12.

⁹ SCHERER, Frederic. *Op. Cit.*, pp. 18-35.

nunca una función del Estado suprimirlos, en todo caso deberá evitar en la medida de lo posible sus efectos desfavorables.”¹⁰

Esta visión permaneció vigente hasta 1923, año en el que debido a otro tipo de factores, por ejemplo, el temor del gobierno alemán a la hiperinflación, se aprobó la Ley de *Cartels*,¹¹ que si bien no adoptaba una postura radical, sometía a una rigurosa fiscalización a estas organizaciones.¹²

Los enfoques sobre las organizaciones monopólicas y los sistemas regulatorios de la competencia económica, representados en sus extremos por los Estados Unidos de América y Alemania, no se reconciliaron sino hasta terminada la Segunda Guerra Mundial. Época en la que prevalecieron las ideas y/o políticas multilaterales en materia económica, hasta cierto punto armonizadas en diversos foros, que resultaron en la creación, por ejemplo, del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial y de la Comunidad Económica Europea (*sic*).¹³

En México, a pesar de que la Constitución de 1857 en su artículo 28 prohibía la existencia de monopolios,¹⁴ una regulación más específica sobre competencia económica apareció hasta el año de 1917, con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ya desde entonces, el artículo 28 prohibía la existencia de monopolios y señalaba que la ley castigaría severamente y las autoridades perseguirían con eficacia, “toda concentración o acaparamiento, en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario; todo acto que evite o

¹⁰ *Ibidem*, p. 33.

¹¹ Ordenanza sobre *Cartels* o “Kartellverordnung” aprobada el 2 de noviembre de 1923.

¹² Por su parte, la Ordenanza de 15 de julio de 1933, confería al Ministerio de Economía, las facultades para constituir concentraciones e incluso de imponer la adhesión a aquéllas ya existentes.

¹³ CRAIG, Paul & DE BURCA, Grainne. *EC Law. Text, Cases and Materials*. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 1995, pp. 2-9.

¹⁴ Este artículo 28 establecía: “No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptúanse (*sic*) únicamente, los relativos a la acuñación de moneda, a los correos y a los privilegios que por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora.” TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes Fundamentales de México 1818-2005*. Porrúa, México, 2005, p. 605

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.”

Posteriormente, el 31 de agosto de 1934, el entonces Presidente, Abelardo L. Rodríguez, en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por decreto del Congreso de la Unión de 28 de diciembre de 1933, promulgó la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios (en adelante denominada “Ley Antimonopolios de 34”).

La Ley Antimonopolios de 34 vino a ser complementada años después con la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1950.

Conjuntamente, estos dos ordenamientos legales constituyeron, por más de medio siglo, el universo de normas jurídicas que en México tuvieron por objeto la regulación de la competencia económica, e incluso apuntalaron y/o ayudaron a poner en marcha el modelo de económico de sustitución de importaciones, que estuvo vigente en México prácticamente hasta la mitad de la década de los años ochenta.¹⁵

1.2 CONCEPTO DE CONCURRENCIA

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española establece que “conurrencia” deriva de “concurrente”, y tiene los siguientes significados: 1) Acción y efecto de concurrir; 2) Conjunto de personas que asisten a un acto o

¹⁵ Cfr. LUSTIG, Nora. *Mexico: The Remaking of an Economy*. The Brookings Institution, Washington - Estados Unidos de América, 1993, pp. 2-29

reunión; 3) Coincidencia, concurso simultáneo de varias circunstancias; y 4) Asistencia, participación.¹⁶

El Diccionario Jurídico Mexicano se limita a señalar que concurrencia es: “asistir a los mercados, conjunto de compradores y vendedores de diferentes bienes y servicios, para competir en el mismo plano de igualdad, comercio, industria o servicios, bien sea nacional o internacionalmente.”¹⁷

Como lo afirma Jorge WITKER, la “concurrencia” se refiere a la existencia de sectores económicos totalmente abiertos a la participación de los agentes económicos públicos o privados,¹⁸ sin embargo, es importante aclarar que dentro del marco jurídico mexicano la más importante diferencia entre “concurrencia económica” y “competencia económica” (que se define en el apartado siguiente), consiste en que el primero de los conceptos es presupuesto del segundo.

La concurrencia es, propiamente la participación de los agentes económicos, bien se trate de personas físicas o morales, nacionales o extranjeras, en los mercados, en la actividad económica.

Así, es obvio que sin la asistencia de dichos agentes al mercado, la competencia entre éstos no existiría.

Ignacio BURGOA asevera que la “libre concurrencia es un fenómeno económico a (*sic*) virtud del cual todo individuo puede dedicarse a la misma actividad, perteneciente a un determinado ramo, que aquella a que cuyo desempeño se entregan otras personas. La idea de libre concurrencia descarta la del exclusivismo en una función económica, esto es, implica la prohibición de que una

¹⁶ *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. 22ª Edición. Tomo I. Madrid. 2001, p. 1418.

¹⁷ QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. “Concurrencia Mercantil”, *Diccionario Jurídico Mexicano*. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Porrúa, México, 2004, pp. 697-698

¹⁸ WITKER, Jorge y VARELA, Angélica. *El Derecho de la Competencia Económica en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2003, pp. 3-4.

persona o un grupo de individuos determinados tengan el privilegio de desplegar una cierta actividad, sin que ésta sea susceptible de ejercitarse por otros sujetos.”¹⁹

1.3 CONCEPTO DE COMPETENCIA ECONÓMICA

En general, por competencia²⁰ entendemos rivalidad, disputa o contienda. Es precisamente en este sentido que, los economistas SAMUELSON y NORDHAUS afirman que competencia es la “rivalidad entre las empresas que compiten (*sic*) por los clientes.”²¹

Para FRISCH PHILIPP, la competencia es “la relación entre sujetos, personas físicas o morales que ejercen actividades económicas en forma independiente, por medio de venta de mercancías o prestación de servicios similares, con relación a una clientela también similar, de modo que puedan resultar repercusiones entre dichos sujetos, a causa del ejercicio de sus actividades en tal forma que pueda beneficiarse a la actividad de otro.”²²

Como se apuntó en el apartado anterior, la competencia supone la participación de los distintos agentes económicos en el interior de un mercado específico.²³ Situación que a su vez supone la existencia de una economía capitalista o de mercado, dentro de la cual las fuerzas de la oferta y la demanda pueden actuar libremente, prácticamente sin restricciones gubernamentales y en el que los medios de producción son propiedad privada.

La competencia económica es, la expresión misma de la lucha del agente económico (empresario) por captar clientela (consumidores), ofreciendo al

¹⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 37ª ed., Porrúa, México, 2004, p. 411.

²⁰ Del latín *competens* y *enfins*, relación, aptitud, apto, proposición.

²¹ SAMUELSON, Paul A. y NORDAHUS, William D., *Op. Cit.* p. 1100.

²² FRISCH PHILIPP, Walter. *Competencia Desleal*. Oxford University Press Harla México. México, 1996, p. 6.

²³ *Cfr.* WITKER, Jorge y VARELA, Angélica. *Op. cit.* pp. 3-6.

mercado productos y servicios a precios, calidades o bajo condiciones contractuales más favorables que los demás, con lo que limita las posibilidades a los demás agentes económicos que asisten al mismo mercado (competidores) de colocar sus productos.²⁴

1.4 MARCO JURÍDICO MEXICANO DE LA CONCURRENCIA Y DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

Las disposiciones legales que rigen la concurrencia y la competencia económicas en nuestro país, derivan directamente de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente de los artículos 5º y 28. La inclusión de estas disposiciones a nivel constitucional tiene como objeto servir de sustento a la eficiente operación de la economía del país y en consecuencia, maximizar el beneficio de la población.

1.4.1 La Constitución

De fundamental importancia para nuestro análisis es el artículo 5º constitucional, que tutela la libertad de trabajo, de comercio e industria. La licitud de estas actividades será la clave para su libertad. Asimismo, establece con toda claridad ciertas limitantes de la libertad contractual.²⁵

RABASA afirma que “las garantías individuales establecidas por la constitución, además de su fin propio –proteger al hombre- tienen otro: salvaguardar a la colectividad. La libertad propia está limitada por la libertad de los demás; de ahí que no puede ser absoluta. Tal es la razón de las limitaciones a los derechos que consagra este artículo.”²⁶ El referido artículo 5º a la letra dispone:

²⁴ WITKER, Jorge. *Derecho de la Competencia en América*. Fondo de Cultura Económica. Chile, 2000, p. 20.

²⁵ La libertad contractual será examinada posteriormente. *Vide infra*, Capítulo III.

²⁶ RABASA, Emilio O. y CABALLERO, Gloria. *Mexicano esta es tu Constitución*. 10ª ed., Miguel Ángel Porrúa, México, 1995, p. 50.

Artículo 5.- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquellas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona.

[énfasis añadido]

PEREZNIETO CASTRO y GUERRERO SERRAU, consideran que “cuando el Constituyente (sic) mexicano de 1917 afirma que <a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos>; establece el derecho a la libertad de comercio e industria; esto es, el derecho que se le reconoce a cada una de las personas para que con libertad ejerzan el comercio o la industria, y que en ese ejercicio respeten la libertad de las demás personas, sus competidoras en esa actividad.”²⁷

Aunque la última parte del párrafo transcrito parece más un exceso en la interpretación de los autores respecto de la voluntad del constituyente, lo cierto es que la libertad consagrada en tal artículo reviste la importancia de los derechos que se consideran fundamentales para el hombre, derechos mínimos inherentes al hombre por su condición humana. Los antecedentes de esta libertad y/o estos derechos se remontan, de más reciente a nivel nacional a más antiguo a nivel internacional, a la Constitución de 1857, el Plan de Ayutla de 1854, la *Loi Reyes* del 17 de marzo de 1791, la *Loi Chapelier* de 14 de junio de 1791 y la Declaración de los Derechos del Hombre de 26 de agosto de 1789,²⁸ que permitieron y alentaron la participación de los particulares (ya personas físicas, ya empresas), en los más diversos campos del quehacer económico al amparo del nuevo dogma de la igualdad de todos ante la ley.²⁹

²⁷ PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GUERRERO SERRAU, Renato. *Derecho de la Competencia Económica*. Oxford University Press. México, 2001, p. 1.

²⁸ Cfr. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. Libertad de Asociación en *Diccionario Jurídico Mexicano*, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Porrúa, México, 2004, pp. 2373-2375.

²⁹ Burgoa afirma que “siguiendo los ordenamientos constitucionales del *México independiente*, las declaraciones de la Declaración Francesa de 1789 (sic), casi todos ellos consagraron la libertad en general como derecho del gobernado. Por ende, siendo la libertad de trabajo una especie del mismo, tácitamente se estableció en las leyes fundamentales que rigieron en nuestro país desde

De particular relevancia resulta el sexto párrafo del artículo 5º constitucional transcrito, ya que incide de forma directa en nuestro campo de estudio. Al prohibir ese tipo de acuerdos de voluntades, el párrafo citado refuerza la noción de libre concurrencia y de libre competencia en el ámbito nacional mexicano.

Por su parte, el mencionado artículo 28, dispone:

Artículo 28.- En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; 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 y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias

que éste logró su emancipación política de la Madre Patria (*sic*).” BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Op Cit.*, p. 346.

para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del Banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por períodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquellos en que actúen en la representación del banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia. Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución.

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en

cada caso. Las mismas Legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten substancialmente las finanzas de la Nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta.

Manuel PALACIOS LUNA afirma que, en resumen, las materias sobre las que versa el artículo, son: las funciones del Estado en las áreas estratégicas, la regulación de los monopolios y la protección al consumidor; y que de esta forma se define y complementa a nivel constitucional, la participación del Estado en la economía.³⁰

Este artículo sirve de fundamento para toda la legislación secundaria en materia de control de monopolios, libre competencia y libre competencia. Al respecto, Ignacio BURGOA, señala que al prohibir los monopolios, se vedan la creación y funcionamiento de entidades económicas (*trusts, cartels*) que con exclusión de otra o de cualquier otro individuo, desempeñen una actividad económica, ya sea de producción o de consumo, entre otras, colocando a todo sujeto en la posibilidad

³⁰

Cfr. PALACIOS LUNA, Manuel R. *El Derecho Económico en México*. 6ª ed., Porrúa, México, 1996.

jurídica de dedicarse a cualquier ocupación, circunstancia de la que surge la libre concurrencia como fenómeno natural.³¹

Al impedir los estancos,³² elimina la prohibición de venta, compra, consumo, o circulación que se establezca o pudiera establecerse respecto de cualquier mercancía o servicio; asegurándose así, su libre producción, comercio y consumo.

Los demás párrafos del artículo en comento se encargan de complementar las disposiciones tendientes a proteger la libre participación en el mercado nacional de los diversos agentes económicos, así como delimitar las actividades (económicas) consideradas ilícitas y proscritas dentro del territorio mexicano.

1.4.2 Ley Federal de Competencia Económica

Promulgada en el año de 1992 y reformada sustancialmente el 30 de agosto de 2011, la Ley Federal de Competencia Económica es reglamentaria del artículo 28 constitucional. Esta ley abrogó a la antigua Ley Antimonopolios de 34; y, según Santiago Levy, tiene por objeto proteger y promover la eficiencia económica; el proceso de competencia, más no a los competidores individuales.³³

³¹ BURGOA ORIHUELA, *Op. Cit.*, p. 412

³² “Según el *Diccionario de Autoridades*, estanco es “el asiento que se hace para acotar la venta de las mercancías y otros géneros vendibles, poniendo tasa y precio a que fijamente se hayan de vender, y embarazando que otros puedan tratar y contratar en los géneros que no toma por su cuenta y por cuyos derechos y rentas hace escritura y obligación”. Los apuros financieros llevaron a diversos países europeos a ejercer algunos ramos del comercio y la industria de forma exclusiva. De ahí que “estanco” haya venido a ser, en la época de la consolidación de las monarquías europeas, el monopolio en favor del Estado, ya fuera para elaborar o vender, exclusivamente ciertos artículos como el tabaco y la sal, o bien, para explotar con igual privilegio algunos servicios como el de correos, el de telégrafos, etc. Los primeros monopolios del Estado fueron ingleses; pero este modo de realizar las transacciones comerciales, por parte del Estado, interviniendo directa o indirectamente en la producción, explotación, o comercialización de determinados productos; fue general en Europa.” GONZÁLEZ, María del Refugio. Estancos en *Diccionario Jurídico Mexicano*, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Op. cit.*, pp. 1577-1579.

³³ LEVY, Santiago. “Notas Sobre la Nueva Ley Federal de Competencia Económica.” en INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM. *Estudios en Torno a la Ley Federal de Competencia Económica*. UNAM, México, 1994. p. 63.

Esta ley introduce una serie de conceptos que hoy en día son de uso común en la jerga legal mexicana y que atienden a los fenómenos de tipo económico-corporativos con fuerte trascendencia en el ámbito tanto de la libre competencia como en el de la libre competencia. En este sentido, las “prácticas monopólicas absolutas”, las “prácticas monopólicas relativas”, las “concentraciones”, los “mercados relevantes” y el “poder sustancial” en éstos, son figuras jurídicas de referencia necesaria en la actividad económica diaria de las empresas y demás agentes económicos en México.³⁴

Con tan sólo 39 artículos y tres transitorios, la ley se ocupa de los monopolios y las prácticas monopólicas, las concentraciones, la participación de la Comisión Federal de Competencia (“COFECO”)³⁵, los procedimientos, las sanciones que conlleva la inobservancia de sus disposiciones, así como los medios de impugnación accesibles a aquellos que consideran conculcados sus derechos por motivo de las resoluciones dictadas por la COFECO o autoridad administradora.

³⁴ Los conceptos son definidos en la ley, pero para entenderlos bien y comprender funcionan en la práctica, la obra de PEREDO RIVERA puede ser de gran utilidad, ya que para abordar los temas hace uso de los casos presentados ante la Comisión Federal de Competencia.

³⁵ El Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia publicado en el Diario Oficial de la Federación de 28 de agosto de 1998, le confiere el carácter de órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía encargado de administrar los procedimientos establecidos en la Ley Federal de Competencia Económica.

CAPÍTULO 2

MARCO TEÓRICO Y ASPECTOS GENERALES DE LOS CONTRATOS

Este capítulo tiene como intención bosquejar un panorama general de la forma en que funcionan los contratos en México. Debido a que las diferentes doctrinas que hablan sobre los elementos de existencia, los requisitos de validez y la nulidad de tales actos jurídicos, se encuentra fuera del ámbito de nuestro estudio, nos limitaremos a proporcionar una descripción de aquello que es reconocido como cierto para la mayoría de académicos mexicanos.

2.1 REGLAS GENERALES SOBRE LOS CONTRATOS

Por definición, los contratos³⁶ son acuerdos de voluntades entre dos o más personas que sirven para producir o transferir derechos y obligaciones.³⁷

Baste con la definición anterior para señalar que los contratos pueden clasificarse en: a) bilaterales o sinalagmáticos y unilaterales; b) onerosos y gratuitos; c) conmutativos y aleatorios; d) nominados e innominados; y e) consensuales, formales, solemnes y reales.³⁸

³⁶ Del latín *contractus* derivado a su vez del verbo *contrahere*, reunir, lograr concertar. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Porrúa, 9ª ed., México, 2004. p. 691.

³⁷ El artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal a la letra establece que: “los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.

³⁸ Véase DÍAZ BRAVO, Arturo. *Contratos Mercantiles*. Harla, 5ª ed., México, 1995. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Teoría del Contrato. Contratos en Particular*. Porrúa, 2ª ed., México, 2002. ZULOAGA, Enrique. *Pacto Contractual y Contratos Atípicos*. Porrúa, 2ª ed., México, 2002. LOZANO NORIEGA, Francisco. *Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos*. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., 6ª ed., México, 2001. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil IV. Contratos*. Porrúa, 19ª ed., México, 1988.

2.1.1 Bilaterales y unilaterales³⁹

Es unilateral el contrato que engendra sólo obligaciones para una parte y derechos para la otra; en tanto que es bilateral el acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones de ambas partes.⁴⁰

2.1.2 Onerosos y gratuitos

El artículo 1837 del Código Civil para el Distrito Federal (“CCDF”) establece que: “Es contrato oneroso aquél en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquél en que el provecho es solamente de una de las partes.”

2.1.3 Conmutativos y aleatorios

Claramente el artículo 1838 del CCDF establece la diferencia entre estos tipos de contratos: “El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.”

2.1.4 Nominados e innominados.

Siguiendo la idea de LOZANO NORIEGA, el contrato nominado es aquel que ha sido objeto de una reglamentación legal y el innominado es el que carece de ésta.⁴¹

³⁹ LOZANO NORIEGA, Tomás. *Op. Cit.* p. 13. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. Cit.*, p. 22.

⁴⁰ Artículos 1835 y 1836 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁴¹ LOZANO NORIEGA, Tomás. *Op. Cit.*, p. 25.

2.1.5 Consensuales, Formales, Solemnes y Reales

Los contratos consensuales son aquellos que para su celebración y validez no necesitan de formalidad alguna. De modo contrario los contratos formales son aquellos que para su validez requieren por disposición legal de formalidades, las cuales generalmente se traducen en la necesidad de constar por escrito.⁴²

Los contratos solemnes son aquellos para cuya existencia misma, requieren de cierta forma o solemnidad. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ afirma que “son aquellos en los cuales algunas o todas sus formalidades son consideradas como indispensables para la estructura del acto o del contrato en su caso; y por ello dichas formalidades se elevan al rango de solemnidades; por ello la inobservancia de dichas formalidades no trae como consecuencia simplemente la falta de forma (*sic*) como se da en los actos jurídicos formales y la que origina la nulidad relativa del acto correspondiente; en realidad se estaría ante la falta de solemnidad lo que a su vez se traduciría teóricamente en la inexistencia y más justamente,... en la nulidad absoluta del acto.”⁴³

Finalmente, los contratos reales son aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa; es decir, se exige para su perfeccionamiento un principio de ejecución.⁴⁴

Pasaremos ahora a estudiar los elementos de existencia, los requisitos de validez y la nulidad e inexistencia de los contratos.

2.2 ELEMENTOS DE EXISTENCIA

⁴² PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Derecho Notarial*. Porrúa, 4ª ed., México, 1989. p. 64.

⁴³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Op. Cit.* p. 136.

⁴⁴ LOZANO NORIEGA, Tomás. *Op. Cit.* p. 16. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Op. Cit.*, p. 14.

Para que un contrato tenga “vida jurídica”; es decir, para que exista, es necesario que cuente con dos elementos y ocasionalmente con tres, a saber:

2.2.1 El Consentimiento (de quienes intervienen en él)

La acepción más común de “consentimiento” refiere al “acto de la voluntad que implica la determinación de una persona con respecto a un fin”.⁴⁵ Desde el punto de vista legal y siguiendo a DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, diremos que en sentido amplio el consentimiento es un acuerdo de voluntades y en sentido estricto, aceptación. El acuerdo no prejuzga sobre qué voluntad se somete a la otra, sino simplemente toma en cuenta la convención; la aceptación por su parte supone una propuesta sugerente.⁴⁶

2.2.2 El Objeto

El objeto de los contratos conforme al artículo 1824 del CCDF es la cosa que el obligado debe dar o el hecho de hacer o no hacer. No obstante la aseveración anterior, se considera que en los contratos existe un doble objeto: uno directo y otro indirecto. “En efecto, para la doctrina existe el doble objeto señalado; uno directo del contrato consistente en las consecuencias jurídicas indicadas y otro el indirecto, la cosa o el hecho positivo o negativo; para nuestro Código, por su parte, con su reconocimiento pero sin mención expresa de lo anterior, el indirecto doctrinal, o sea, la cosa o el hecho indicados, son los que conforme al propio ordenamiento tienen el carácter de objeto del contrato.”⁴⁷

2.2.3 La Solemnidad

⁴⁵ Diccionario Porrúa de la Lengua Española. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., 49ª Edición, México, 2004.

⁴⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Op. Cit.*, p. 23

⁴⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Op. Cit.*, p. 61.

Por solemnidad debe entenderse el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad, no sólo para la validez del contrato, sino para la existencia misma de éste.⁴⁸ El único caso en que la solemnidad funciona en los términos explicados, es en el contrato de matrimonio previsto por ejemplo, en el Libro Primero del Código Civil para el Distrito Federal. Para clarificar este concepto, es preciso decir que el contrato de matrimonio que no se celebra ante el juez del Registro Civil es inexistente. La solemnidad consiste aquí en la presencia del juez del Registro Civil.

2.3 REQUISITOS DE VALIDEZ

A diferencia de los elementos, cuando se habla de “requisitos de validez” se presupone la existencia del contrato (por concurrir consentimiento y objeto), sólo que para que el instrumento valga, es necesario que cumpla con ciertas exigencias.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ afirma que una vez que el acto existe, por darse la voluntad o reunirse las voluntades y referirse a un objeto, se precisan unos requisitos para que el acto valga. Así, en la ley se ha establecido que no basta la creación de un acto, sino que se requiere además que la voluntad o voluntades que en el intervinieron, sean de personas conscientes de lo que hacen, esto es, capaces. Pero no basta que sean capaces, se requiere que además externen su voluntad de manera libre y nunca viciada; que las voluntades persigan un objeto, un fin de los que la ley o las buenas costumbres consideren lícito y que se exterioricen en el mundo del derecho en la forma o manera que éste determina.⁴⁹

Para efectos del presente estudio baste con enumerar los requisitos reconocidos en el Derecho Mexicano y por la doctrina; a saber:

⁴⁸ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Op. Cit.*, p. 63-83.

⁴⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. Porrúa, 7ª ed., México, p. 179.

- a) La capacidad.⁵⁰
- b) La ausencia de vicios del consentimiento. Tales vicios son: el error, el dolo, la mala fe y la violencia;⁵¹
- c) La forma;⁵² y
- d) La licitud del objeto.⁵³

Como lo hemos expresado, la falta de estos requisitos tiene como consecuencia en el mundo jurídico que el contrato sea nulo —ya que lo sea por completo o que sea susceptible de posterior convalidación—. Estas consecuencias junto con la inexistencia del contrato, son los puntos que a continuación estudiaremos.

2.4 INEXISTENCIA Y NULIDADES

Desde la propia teoría del derecho, diversos autores⁵⁴ han explicado partiendo de la corriente en la que se inscriben, ciertas consecuencias que pueden traer aparejados los actos jurídicos dependiendo de la manera en que se construyeron *ab initio* o por la carencia de requisitos para su debida construcción.

2.4.1 Inexistencia

Los contratos no existen por la falta de consentimiento o de objeto; es decir son inexistentes cuando cualquiera de sus elementos esenciales no se presenta. Aún cuando la anterior afirmación resulta del todo obvia, para el campo del derecho es trascendental entenderla con absoluta claridad, ya que difiere —sutilmente— de otros dos fenómenos (relacionados con los contratos) cuyos efectos a ojos de personas no doctas pueden parecer iguales: la nulidad absoluta y la nulidad relativa.

⁵⁰ Vide. Artículos 646, 647, 1798 y 1799 del CC.

⁵¹ Vide Artículos 1812 a 1823 del CC.

⁵² Vide Artículos 1832 a 1834 del CC.

⁵³ Vide Artículos 1827 a 1831 del CC.

⁵⁴ E.g., KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. UNAM, 2ª ed., 5ª reimp., México, 1995, pp. 189-191.

El artículo 2224 del CCDF -y su correlativo en el Código Civil Federal- establece que el acto jurídico (entiéndase contrato en el presente caso), no producirá efecto legal alguno y no será susceptible de valer por confirmación ni por prescripción.

2.4.2 Nulidad Absoluta

Esta surge al momento mismo de la celebración del contrato y se debe a que el acto jurídico en cuestión —generalmente por razón de su objeto— va en contra de una ley prohibitiva o una de orden público.⁵⁵ Conforme a la teoría bipartita (elaborada principalmente por DOMAT Y POTHIER), la nulidad absoluta se produce *ipso iure*; el acto afectado por ella no tiene efectos jurídicos; puede ser invocada por cualquier interesado, y la acción en que se haga valer no se extingue ni por renuncia, confirmación, ratificación, prescripción o caducidad.

Por su parte el artículo 8 del Código Civil para el Distrito Federal, a la letra dispone:

“Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.”

Por ejemplo, un contrato de compraventa de un terreno en la playa celebrado entre un mexicano como vendedor y un británico como comprador, sería un contrato afectado de nulidad absoluta, ya que el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (que por supuesto es una norma de orden público) dispone que en una faja de cien kilómetros a lo largo de las

⁵⁵

El Diccionario Jurídico Mexicano afirma que “el orden público es un mecanismo a través del cual el Estado (el legislador, o en su caso el juez) impide que ciertos actos particulares afecten los intereses fundamentales de la sociedad.” INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM. *Op. Cit.*, p. 2702.

fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

2.4.3 Nulidad Relativa

Se produce, en los actos que han nacido en el mundo jurídico por reunir las condiciones especiales de existencia, pero defectuosos o imperfectos por no reunir los requisitos de validez que señala, el artículo 1795 del CCDF.

Conforme a la antes comentada teoría bipartita, la nulidad relativa permite que el acto afectado produzca efectos jurídicos en tanto no ha sido decretada, pero dichos efectos pueden destruirse por la aplicación retroactiva de la sentencia en que se decreta la nulidad; sólo puede hacerse valer por la persona en cuyo favor se haya establecido; el acto puede convalidarse por confirmación, ratificación o renuncia, y la acción puede prescribir o caducar.

Se entiende por nulidad relativa, en la teoría que enunciamos, aquella protección que la ley establece en favor de personas determinadas. Afecta a aquellos actos que contienen elementos de validez exigidos por las normas de orden público, pero que adolecen de algún vicio que implica un perjuicio para determinada persona, misma a la que la ley le concede acción para atar dichos actos y reparar el perjuicio. Estos los actos afectados por nulidad relativa producen efectos jurídicos en tanto no ha sido decretada su anulación y decretada ésta, serán invalidados retroactivamente. En virtud de que es una sanción impuesta como protección para determinadas personas, como ya quedó establecido, sólo éstas podrán ejercitar las acciones correspondientes para declarar nulo el acto viciado que los afecta y, en esa medida, dichos actos podrán convalidarse por confirmación, prescripción o caducidad.

BONNECASE hace la distinción entre nulidad absoluta y relativa, explicando que el acto afectado por la primera viola una regla de orden público pudiendo ser invocada por cualquier interesado, dicho acto no puede ser convalidado y la

acción de nulidad es imprescriptible. Y por la segunda viola una regla de orden privado pudiendo ser invocada sólo por personas determinadas, el acto puede convalidarse y la acción puede prescribir.⁵⁶

Las ideas de BONNECASE fueron las que el legislador mexicano recogió y plasmó en los artículos 2224 a 2242 del Código Civil para el Distrito Federal, bajo el título: “De la Inexistencia y la Nulidad”.

Los artículos 2229 a 2242 del mencionado ordenamiento legal, señalan las características de la nulidad relativa dependiendo del vicio de que se trate.

Así, las acciones y la excepción de nulidad por falta de forma pueden ejercitarse u oponerse por cualquier interesado, en cambio aquellas provenientes de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad sólo pueden invocarse por el directamente afectado (el que ha sufrido los vicios del consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz).

La nulidad de un acto jurídico por falta de forma se extingue por la ratificación del acto realizándolo en forma omitida; si la falta de formalidades vicia un acto irrevocable y a quedado constancia indubitable de la voluntad de las partes, cualquier interesado puede exigir judicialmente que el acto se otorgue en la forma prescrita.

Tratándose de actos anulables por incapacidad, violencia o error, pueden ser confirmados cuando la causa de nulidad cese. Esta confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto siempre que no perjudique a terceros.⁵⁷

⁵⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Op. Cit.* p. 183-205. y BORJA SORIANO, Manuel. *Op. Cit.*, p. 103-109.

⁵⁷ Los plazos para que opere la prescripción son: a) tratándose de incapacidad, los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto; b) tratándose de error, los mismos términos excepto si el error se conoce antes de que éstos transcurran, en cuyo caso la acción prescribe a los sesenta días, contados a partir de que el error fue conocido, y c) tratándose de violencia, la acción prescribe a los seis meses, contados desde que el vicio cesó. *Cfr.*, artículos 638, 2236 y 2237 del CC.

CAPÍTULO 3

LIMITACIONES A LA COMPETENCIA, A LA LIBRE CONCURRENCIA Y A LA LIBERTAD CONTRACTUAL

3.1 GENERALIDADES

Como se hizo mención en el capítulo primero, en principio, la libertad de trabajo contenida en el artículo 5º constitucional sólo encuentra límite en la licitud de las actividades que pretenden desarrollar los individuos que gozan de la misma. No obstante, el texto del referido artículo 5º constitucional permite restricciones a dicha libertad en virtud de leyes y decretos emanados de los poderes Legislativo y Ejecutivo, cuando se afecten derechos sociales; en sentencias o resoluciones del Poder Judicial, o cuando hayan afectado o puedan afectarse derechos subjetivos por resoluciones judiciales o administrativas.

En este sentido, existen normas, que no afectan –desde el punto de vista jurídico- el proceso de competencia y de libre concurrencia pues lo que pretenden proteger es a la sociedad, como ejemplo de lo anterior podemos señalar que tanto la Ley General de Salud como la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, mismas que analizaremos más adelante, buscan proteger derechos sociales.

También existen otro tipo de restricciones de carácter normativo, en función del sujeto que realiza la actividades -de la persona o del cargo que desempeñe-, en atención al territorio y al interés de la actividad comercial que le sea propia, pues de no existir éstas, las personas que llevaran a cabo cierto tipo de actividades podrían obtener ventajas indebidas que perjudicasen a terceros.

En México son varias las legislaciones que contemplan restricciones o prohibiciones a la competencia o a la libre concurrencia, entre las que destacamos al Código de Comercio, al Código Penal Federal, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley Federal del Trabajo, la Ley Federal de Correduría Pública, la Ley Federal de Responsabilidades y la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Por otra parte, es importante destacar que la propia Constitución fija algunas restricciones a la garantía de libre concurrencia, pues en el propio artículo 5º, permite, como se apuntó anteriormente, que sea mediante leyes y decretos emanados de los poderes Legislativo y Ejecutivo, cuando se afecten derechos sociales; en sentencias emitidas por el Poder Judicial y en resoluciones emanadas de procedimientos administrativos, o cuando hayan afectado o puedan afectarse derechos subjetivos.⁵⁸

Lo anterior es congruente con lo señalado por GARRIGUES, quien afirma que "... sin necesidad de pacto especial, la ley impone a veces a determinadas personas una prohibición de concurrencia a favor de determinada empresa. Tal es el caso de las prohibiciones de comerciar, fundadas en el deseo de proteger el interés privado del titular de una industria mercantil contra la competencia de personas ligadas a ella en vínculo de sociedad o dependencia. Unas veces la ley quiere proteger a la empresa contra personas que, por conocer íntimamente la organización del negocio, podrían, a costa de poco trabajo, obtener una posición favorable en la competencia...; otras veces, la ley, a más de esta razón, quiere evitar que el dependiente vuelva a disponer de una actividad mercantil que quedó vinculada definitivamente al negocio de su principal..."⁵⁹

Esto lo podremos corroborar en el siguiente capítulo.

⁵⁸ BARRERA GRAF, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa. México, D.F. 1989, p. 143

⁵⁹ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, 9ª ed., Porrúa, México, 1993, Tomo I, pp. 238 y 239

3.2 RESTRICCIONES DE CARÁCTER NORMATIVO A LA COMPETENCIA Y A LA LIBRE CONCURRENCIA, EN FUNCIÓN DEL SUJETO

Como se mencionó, existen algunas disposiciones dentro del sistema jurídico mexicano que establecen restricciones subjetivas a la libre competencia y a la libre concurrencia o el caso de las siguientes:

El Código de Comercio en su artículo 12 dispone, que no podrán ejercer el comercio:

- I. Los corredores.
- II. Los quebrados que no hayan sido rehabilitados.
- III. Los que por sentencia ejecutoria hayan sido condenados por delitos en contra de la propiedad, incluyendo en éstos el de la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión.

La limitación a que se refiere la fracción anterior, comenzará a surtir sus efectos a partir de que cause ejecutoria la Sentencia respectiva y durará hasta que se cumpla con la condena.

En este mismo sentido, la Ley Federal de Correduría Pública en su artículo 20, fracción I, dispone que “los corredores públicos no podrán comerciar por cuenta propia, o ser comisionistas”, éstos son personas que venden y compran por cuenta de otra persona y cobran una comisión. Adicionalmente prohíbe el que los corredores públicos puedan fungir como factores o dependientes, para lo cual el artículo 309 del Código de Comercio menciona en su primer párrafo que “se reputarán factores los que tengan la dirección de alguna empresa, establecimiento fabril o comercial, o estén autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y en

nombre de los propietarios de los mismos”, es decir, que sean representantes; asimismo, el párrafo segundo del dicho precepto señala que dependientes son “aquellos que desempeñen constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta de los mismos”.

Ley Federal de Correduría Pública

“Artículo 20.- a los corredores les estará prohibido:

- I.- Comerciar por cuenta propia o ser comisionistas;
- II.- Ser factores o dependientes;”

Otro es el caso de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, la cual prohíbe de manera determinante a los notarios de dicha circunscripción territorial, el ejercicio de la actividad aludida fuera de los límites territoriales del Distrito Federal y cuando intervengan en un acto o hecho que por ley corresponda exclusivamente a algún funcionario público, es decir, que sustituya en sus funciones a alguna persona que tenga dicho carácter. En adición a lo anterior esta ley (artículos 31, 32 y 45) prevé otro tipo de prohibiciones que no necesariamente son contrarias al espíritu del artículo 5º constitucional, entre las que encontramos:

- 1) Actuar en asuntos que se les encomiende si existe alguna circunstancia que les impida atenderlo con imparcialidad;
- 2) Actuar como notario en el caso de que intervenga por si o en representación de terceras personas, su cónyuge, sus parientes consanguíneos afines o en línea recta sin limitación de grados, los consanguíneos en la colateral hasta el cuarto grado, inclusive los afines en la colateral hasta el segundo grado;
- 3) Ejercer sus funciones si el acto o hecho interesa al notario, cónyuge o alguno de sus parientes en los grados mencionados con anterioridad;
- 4) Realizar funciones, si el objeto o fin del acto es contrario a la ley o a las buenas costumbres; y

5) Ejercer funciones, si el objeto del acto es físicamente imposible.

Al respecto cabe mencionar que las limitantes relacionadas directamente con la libertad para concurrir libremente y ejercer la actividad notarial, son aquellas contempladas por los artículos 5 y 35, fracción II, de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, pues éstas obedecen tanto a un límite territorial en el cual los notarios están obligados a ejercer sus encomiendas, así como la posibilidad de sustituir en sus funciones a una persona que tenga el carácter de funcionario público, como por ejemplo tendríamos el caso de un Ministerio Público, el de un Secretario de Acuerdos o el de un Actuario de un Juzgado Federal o del Fuero Común.

Ley del Notariado para el Distrito Federal

“Artículo 5.- los notarios del Distrito Federal no podrán ejercer sus funciones fuera de los límites de éste.

Los actos que se celebren ante su fe, podrán referirse a cualquier otro lugar, siempre que se de cumplimiento a las disposiciones de esta ley.

Quien carezca de la patente de notario expedida para actuar en el Distrito Federal, no podrá ejercer funciones notariales dentro de los límites del mismo, ni instalar oficinas.

Artículo 35.- Queda prohibido a los Notarios:

...

II. Intervenir en un acto o hecho que por ley corresponda exclusivamente a algún funcionario público;”

De manera similar la Ley del Notariado del Estado de México en su artículo 21 dispone que “desempeñar cualquier empleo, cargo o comisión pública o privada

remunerada; ejercer como abogado postulante o agente de cambio; la actividad de comerciante, de corredor público o ministro de cualquier culto”, es un impedimento de los notarios.

Asimismo, el Código de Comercio señala en su artículo 312, que los factores o gerentes, no podrán dedicarse a negocios del mismo género de los que hicieron a nombre de sus principales, salvo que éstos los hubieran autorizado expresamente. Dicha prohibición puede considerarse aplicable en general a todo representante, porque en la práctica puede reflejarse directamente en la actividad que desarrollan los gerentes, directores generales, así como el administrador único de las sociedades mercantiles. Cabe señalar que a los “dependientes” o empleados de una negociación mercantil, les está prohibido realizar operaciones de comercio por cuenta propia, e incluso, de realizar ese tipo de operaciones se actualizaría una causal por la cual el trabajador puede ser despedido de su empleo, actualizando con ello la fracción II del artículo 330 del Código de Comercio.

Código de Comercio

“Artículo 312.- Sólo autorizados por sus principales y en los términos en los que expresamente lo fueren, podrán los factores traficar o interesarse en negociaciones del mismo género de las que hicieron en nombre de sus principales.

...

Artículo 330.- Los principales podrán despedir a sus dependientes antes del plazo convenido.

...

II. Por hacer alguna operación de comercio, sin autorización de su principal, por cuenta propia.

...”

Caso similar es el que señala la fracción II, del artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo, al establecer como causa justificada de rescisión del contrato de trabajo, el hecho de que el trabajador incurra durante sus labores en faltas de probidad. En este sentido, nuestros más altos tribunales han sostenido el criterio de que cuando un trabajador haga competencia a su patrón, estableciendo una industria o negociación idéntica a la de éste, o prestando sus servicios en otra industria o negociación de la misma naturaleza, incurre en una falta de probidad que hace imposible la prosecución de la relación empleado-empendedor, y como consecuencia puede el patrón rescindir la relación de trabajo.

Al efecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido:

FALTA DE PROBIDAD DEL TRABAJADOR, LA CONCURRENCIA DESLEAL AL PATRON LA IMPLICA. La circunstancia de que un obrero haga competencia a su patrón, estableciendo una industria o negociación idéntica a la de éste, o prestando sus servicios en otra industria o negociación de la misma naturaleza, significa una falta de probidad que hace imposible la prosecución de la relación obrero patronal, basada en la confianza.⁶⁰

Además del precepto citado en el punto inmediato anterior, la Ley Federal del Trabajo en su artículo 134, fracción XIII dispone que el trabajador tendrá la obligación de guardar escrupulosamente los secretos técnicos y comerciales de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente o de los que tengan conocimiento en razón del trabajo que desempeñen, así como de aquellos asuntos administrativos que estuvieran reservados y cuya divulgación pudiera causar perjuicios a la empresa. Al respecto cabe señalar, que en la eventual

⁶⁰ Quinta Época Instancia: Cuarta Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: Tomo V, Parte SCJN. Tesis: 193. p.: 127 Quinta Época: Amparo en revisión 1084/34. Quiroz Carlos y coags. 3 de abril de 1935. unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 77/42. Mancíaelli Randoni Augusto. 23 de marzo de 1943. unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2993/43. Boniche Arturo. 4 de abril de 1944. cinco votos. Amparo directo 1581/44. Pimentel Carlos. 21 de abril de 1944. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 7660/44. Noria Miguel. 7 de febrero de 1945. Mayoría de cuatro votos. Nota: En el apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1954 se publicó con el rubro "IMPROBIDAD DEL TRABAJADOR POR HACERLE LA COMPETENCIA AL PATRON".

renuncia o despido del trabajador, el patrón puede obligar al trabajador a suscribir un convenio mediante el cual éste, temporalmente no pueda dedicarse al ejercicio de la misma actividad similar, situación que de ninguna manera sería contraria al principio de libre concurrencia. Sin embargo, con objeto de proteger los secretos técnicos y comerciales de los productos a cuya elaboración tenía encomendados el trabajador, éste en caso de divulgarla a un tercero sería responsable de los daños y perjuicios que sufriera el patrón y tenía que indemnizarlo por violar dicho convenio.

Ley Federal del Trabajo

“Artículo 134.- son obligaciones de los trabajadores:

...

XIII.- Guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales y de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tengan conocimiento por razón del trabajo que desempeñen, así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicios a la empresa.”

...

Asimismo, la legislación en materia de propiedad industrial al tocar el punto de los secretos industriales, dispone una obligación a cargo de las personas que por motivo de su empleo, cargo, trabajo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, utilizan información de la cual se haya prevenido su confidencialidad, para que no sea divulgada por ningún medio y sin que exista una causa justificada. Dicha prohibición coloca de igual manera al trabajador, prestador de algún servicio, socio, o persona que este directamente relacionado con dicha información, de cumplir con la obligación de abstenerse de revelar o divulgar, información que pudiera conferir ventajas competitivas o económicas a

terceros, ya que de lo contrario dicha persona sería responsable por los daños y perjuicios causados al titular de los derechos de propiedad mencionados.

Ley de la Propiedad Industrial

“Artículo 82.- Se considera secreto industrial a toda información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral con carácter de confidencial, que se le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.

...

Artículo 84.- La persona que guarde un secreto industrial podrá transmitirlo o autorizar su uso a un tercero. El usuario autorizado tendrá la obligación de no divulgar el secreto industrial por ningún medio.

En los convenios por los que se transmitan conocimientos técnicos, asistencia técnica, provisión de ingeniería básica o de detalle, se podrán establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos industriales que contemplen, las cuales deberán precisar los aspectos que comprenden como confidenciales.

Artículo 85.- Toda aquella persona que, con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto industrial del cual se le haya prevenido sobre su confidencialidad, deberá de abstenerse de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que guarde dicho secreto, o de su usuario autorizado.”

(énfasis añadido)

Por otra parte, la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) en su artículo 35, señala que los socios no podrán dedicarse a negocios del mismo género de los que constituyen el objeto de la sociedad, ni formar parte de otras sociedades con objetos similares. Cabe destacar que, por una parte, la restricción en este caso es exclusiva para los socios que participan en la Sociedad en Nombre Colectivo, y por otra parte, puede quedar sin efecto si los socios así lo acuerdan. Esto se traduce en que los socios de cualquier otro tipo de sociedad (e.g., sociedad de responsabilidad limitada, sociedad en comandita por acciones, etc.) sí pueden dedicarse a la misma actividad a que se dediquen las sociedades de las que forman parte a menos, por supuesto, que acuerden entre si lo contrario, lo que significaría un pacto o acuerdo de no competencia.⁶¹

Ley General de Sociedades Mercantiles

“Artículo 35.- Los socios, ni por cuenta propia ni por ajena, podrán dedicarse a negocios del mismo género de los que constituyen el objeto de la sociedad, ni formar parte de sociedades que los realicen, salvo con el consentimiento de los demás socios.”

La prohibición legal del párrafo precedente, “comprende tanto la actividad que se realiza directa y personalmente por el socio, como aquella que afectara indirectamente a través de mandatario o apoderado; inclusive por un presta nombre o testafirro, en que el representante oculte la representación al actuar a nombre propio pero por cuenta del representado que no se ostenta”.⁶² Ahora bien, “no opera dicha prohibición si todos los demás socios consienten en la competencia. Todos ellos, individualmente o por acuerdo unánime en junta de socios que se celebre, deben convenir en ello: no cabe, pues, acuerdo mayoritario

⁶¹ Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, p. 143

⁶² *Idem*, p. 352

(como en los casos de los artículos 31, 34, 41 y 42 de la LGSM). El acuerdo o consentimiento puede ser previo a la actividad competitiva, o bien, posterior a ésta mediante la ratificación del acto o de la actividad de competencia”⁶³

Ley General de Sociedades Mercantiles

“Artículo 31.- Los socios no pueden ceder sus derechos en la compañía sin el consentimiento de todos los demás, y sin él, tampoco pueden admitirse otros nuevos, salvo que en uno u otro caso el contrato social disponga que será bastante el consentimiento de la mayoría.

...

Artículo 41.- El administrador sólo podrá enajenar y gravar los bienes inmuebles de la compañía con el consentimiento de la mayoría de los socios, o en el caso de que dicha enajenación constituya el objeto social sea una consecuencia natural de éste.

Artículo 42.- El administrador sólo podrá, bajo su propia responsabilidad, dar poderes para la gestión de ciertos y determinados negocios sociales; pero para delegar su encargo necesitará el acuerdo de la mayoría de los socios, teniendo los de la minoría el derecho de retirarse cuando la delegación recayere en persona extraña a la sociedad.”

Por otro lado y pese a que la prohibición aludida comprende “negocios del mismo género de los que constituyen el objeto de la sociedad”, se debe considerar limitada al objeto real, o sea, a los negocios que efectivamente realice la sociedad, aquellos que, además de estar comprendidos en la cláusula respectiva del

⁶³

Idem, p. 353.

contrato social, se realicen realmente, o sean tan similares a éstos que se deban considerar del mismo género. Si así no fuera, la prohibición abarca cualquier negocio de los que pueda llevar a cabo la sociedad porque su objeto social lo permita, no habría en realidad competencia, e impedirle al socio impondría tales restricciones que podrían violarse su derecho constitucional al trabajo.

La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en su artículo 47, fracción XXIII, señala que los servidores públicos estarán obligados a abstenerse durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de que se haya retirado de su empleo, cargo o comisión, de realizar actividades profesionales, comerciales o industriales que se encuentren directamente vinculadas, reguladas por el servidor público de que se trate y que implique conflicto de intereses.

Al respecto cabe señalar que dicha disposición tiene previstos dos características: la primera está directamente relacionada con el funcionario público que en ejercicio de un empleo, cargo o comisión, preste un servicio relacionado o vinculado con las actividades que se encuentre realizando, prohibición que es necesaria para que el funcionario no propicie corruptelas y provoque daños o perjuicios a la entidad o dependencia en la que se encuentre trabajando; la segunda característica es la abstención de realizar actividades relacionadas o vinculadas con las que el funcionario tenía encomendadas, durante el año siguiente a la fecha de su separación del cargo que desempeñaba.

Esta segunda características presenta cierta problemática: al prohibir el ejercicio temporal de las actividades profesionales lícitas del funcionario en cuestión, la prohibición –contenida en legislación secundaria- sería *prima facie* violatoria de la libertad laboral contenida en el 5º constitucional, situación agravada por el hecho de que presumiblemente el exfuncionario público requeriría de llevar a cabo esas actividades para asegurar su subsistencia, puesto que se trataría precisamente de la rama de su especialidad.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos

“Artículo 47.- Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones, para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, y sanciones que corresponda, sin perjuicio de sus derechos laborales, así como de las normas específicas que al respecto rijan en el servicio de las fuerzas armadas:

...

XXIII.- Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones de solicitar, aceptar o recibir, por sí o por interpósita persona, dinero, objetos mediante enajenación a su favor en precio notoriamente inferior al que el bien de que se trate y que tenga en el mercado ordinario, o cualquier donación, empleo cargo o comisión para sí, o para las personas a las que se refiere la fracción XIII, y que procedan de cualquier persona física o moral cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y que implique intereses en conflicto. Esta prevención es aplicable hasta un año después de que se haya retirado del empleo, cargo o comisión;”

De lo anterior se desprende que efectivamente la garantía de libre concurrencia conferida por el artículo 5º no es irrestricta, ya que está limitada por leyes y decretos emanados de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, cuyo objeto tiende a la protección de la sociedad y no así del individuo.

3.3 RESTRICCIONES EN FUNCIÓN DE LOS BIENES Y SERVICIOS PARA CONSUMO POPULAR Y LA ECONOMÍA NACIONAL

El párrafo segundo del artículo 28 constitucional, señala claramente el deber que tiene el Estado de castigar severamente todo acuerdo, procedimiento o combinación de productores industriales, comerciantes, o empresarios que de cualquier manera hagan para evitar la libre competencia o la competencia entre sí. No obstante, dentro del mismo artículo existe una excepción al principio de libre competencia, y a saber es el párrafo tercero del mismo en el cual se señala que:

“Las leyes fijarán la bases para que se señalen los precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones necesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios...”

Al respecto cabe señalar que, en la actualidad y sobre todo hace algunos años, la intervención del Estado se manifestó en otras actividades que restringían la libertad de libre competencia, mediante la imposición y fijación de precios máximos a productos y servicios determinados, así como la implementación de diversas modalidades en la distribución de artículos, materias o productos que se consideraban necesarios para la economía nacional o el consumo popular. Podemos señalar que hoy en día, esa libertad consagrada por nuestra Carta Magna sólo puede restringirse por virtud de la fijación de precios máximos y fundamentalmente conforme a los parámetros establecidos por la Ley Federal de Competencia Económica.

“Artículo 7º.- Para la imposición de precios máximos a los productos y servicios que sean necesarios para la economía nacional o el consumo popular, se estará a lo siguiente:

II. La Secretaria, sin perjuicio alguno de las atribuciones que correspondan a otras dependencias, determinará, mediante acuerdo debidamente fundado y motivado los precios máximos que correspondan a los bienes y servicios determinados conforme a la fracción anterior, con base en criterios que eviten la insuficiencia en el abasto.

La Secretaria podrá concertar y coordinar con los productores o distribuidores las acciones que sean necesarias en esta materia, sin que ello se entienda violatorio de lo dispuesto por esta ley, procurando minimizar los efectos sobre la competencia y libre concurrencia.”

Cabe señalar que el establecimiento de precios máximos o mínimos por parte de las autoridades es una forma de manipular artificialmente el mercado, que inhibe y desincentiva la inversión por parte de productores o prestadores de servicios para producir y prestar con mayor eficiencia y calidad, la diversidad de bienes o servicios que se ofrecen a los consumidores, al igual que la fijación de precios distorsiona e interfiere directamente en las condiciones que debe imperar en el mercado y que van en función de la oferta y la demanda, por esta razón creemos que aún y cuando dicha disposición no es violatoria de lo dispuesto por la Ley Federal de Competencia Económica, es probable que en términos económicos se afecte el proceso de competencia y de libre concurrencia comentado a lo largo de la presente investigación.

3.4 PROHIBICIONES A LA LIBRE CONCURRENCIA EN FUNCIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Los párrafos cuarto y séptimo del artículo 28 de nuestra Constitución señalan que no constituirán monopolios y estarán reservadas de manera exclusiva al Estado las siguientes áreas estratégicas: **correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad, acuñación de moneda y emisión de billetes.**

Podemos decir que para la explotación de dichas áreas no existe la participación de agentes económicos distintos a las entidades de la administración pública o las

empresas estatales que tienen encomendadas dichas funciones, por lo que al no existir otro tipo de entidades tanto públicas como privadas, nacionales o extranjeras, que puedan explotar tales áreas, las garantías de competencia y libre concurrencia consagradas por nuestra ley suprema están restringidas para los agentes económicos que no formen parte de la estructura Estatal, y por lo tanto está prohibido su ejercicio. Lo anterior en vista de que esas áreas son estratégicas para el desarrollo de la economía nacional y son, por esa misma razón, consideradas de interés público.

Bordando sobre el entramado del artículo 28 de la Constitución, la Ley de Inversión Extranjera, en su artículo 5º reserva, de manera exclusiva, el ejercicio de diversas actividades económicas al Estado mexicano en las áreas consideradas como estratégicas, con lo que consecuentemente se restringe a los particulares sus posibilidades para concurrir y competir libremente en el mercado nacional.⁶⁴

Ley de Inversión Extranjera

“Artículo 5º. Están reservadas de manera exclusiva al Estado las funciones que determinen las leyes en las siguientes áreas estratégicas:

- I.- Petróleo y demás hidrocarburos;
- II.- Petroquímica;
- III.- Electricidad;
- IV.- Generación de energía nuclear;
- V.- Minerales radioactivos;
- VI.- Derogada;
- VII.- Telégrafos;
- VIII.- Radiotelegrafía;
- IX.- Correos;

⁶⁴

Es de destacarse este punto de congruencia entre la Constitución y la Ley de Inversión Extranjera porque en aspectos tan importantes como la “zona restringida”, la Ley de Inversión Extranjera es contraria a la fracción I del artículo 27 constitucional. Estos aspectos no son objeto del presente trabajo por lo que no serán abordados, pero mencionarlos era importante.

- X.- Derogada;
- XI.- Emisión de billetes;
- XII.- Acuñación de moneda;
- XIII.- Control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos; y
- XIV.- Las demás que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables.”

Por otro lado, la Ley de Inversión Extranjera, restringe a los extranjeros de la garantía de libre concurrencia, ya que reserva con carácter exclusivo a mexicanos o sociedades mexicanas, el ejercicio de actividades económicas como las siguientes: Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería; comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo.

3.5 RESTRICCIONES PARA EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA Y LIBRE CONCURRENCIA QUE VAN EN FUNCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA COLECTIVIDAD

Tal vez el mejor ejemplo de este tipo de restricciones lo constituya la función que desempeña la Comisión Federal para la Protección de Riesgos Sanitarios, órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud que ejerce las atribuciones de ésta, en cuanto al control sanitario del proceso, uso, mantenimiento, importación, exportación y disposición final de equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnóstico, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgicos, de curación y productos higiénicos, y de los establecimientos dedicados al proceso de los productos. Alguna de estas atribuciones se traducen en expedición de autorización sanitaria, que la Ley General de Salud regula de la manera siguiente:

“Artículo 368.- La autorización sanitaria es el acto administrativo mediante el cual la autoridad sanitaria competente permite a una persona pública o privada, la realización de actividades relacionadas con la salud humana, en los casos y con los requisitos y modalidades que determine esta Ley y demás disposiciones generales aplicables.

Las autorizaciones sanitarias tendrán el carácter de licencias, permisos, registros o tarjetas de control sanitario.

Artículo 375.- Requieren de permiso:

I. (Se deroga).

II. Los responsables de la operación y funcionamiento de fuentes de radiación de uso médico, sus auxiliares técnicos y los asesores especializados en seguridad radiológica, sin perjuicio de los requisitos que exijan otras autoridades competentes;

III. La posesión, comercio, importación, distribución, transporte y utilización de fuentes de radiación y materiales radiactivos, de uso médico, así como la eliminación, desmantelamiento de los mismos y la disposición de sus desechos;

IV. Los libros de control de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como los actos a que se refiere el Artículo 241 de esta Ley;

V. La internación de cadáveres de seres humanos en el territorio nacional y su traslado al extranjero, y el embalsamamiento;

VI. La internación en el territorio nacional o la salida de él, de tejidos de seres humanos, incluyendo la sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas y hemoderivados;

VII. La publicidad relativa a los productos y servicios comprendidos en esta Ley;

VIII. La importación de los productos y materias primas comprendidos en el Título Décimo Segundo de esta Ley, en los casos que se establezcan en la misma y otras disposiciones aplicables y en los que determine la Secretaría de Salud;

IX. La importación y exportación de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y productos o preparados que las contengan, y

X. Las modificaciones a las instalaciones de establecimientos que manejan sustancias tóxicas o peligrosas determinadas como de alto riesgo para la salud, cuando impliquen nuevos sistemas de seguridad.

Los permisos a que se refiere este Artículo sólo podrán ser expedidos por la Secretaría de Salud, con excepción de los casos previstos en las fracciones II y V en lo relativo al embalsamamiento.”

Es este órgano desconcentrado el que determina si por ejemplo, ciertos bienes pueden importarse o distribuirse, tomando en cuenta el bienestar colectivo. Ahí está el caso de la prohibición de distribuir jugos de zanahoria provenientes de los Estados Unidos de América hecha en octubre de 2006, después de que supiera del riesgo de botulismo que importaban tales productos⁶⁵, y el caso de la prohibición de importar pseudoefedrina.

De esta manera, los particulares no pueden, en tiempos y/o situaciones determinadas, dedicarse a actividades que involucren el comercio de esos productos y por lo tanto, no existe competencia ni concurrencia en esas áreas en protección del interés superior de la colectividad.

3.6 RESTRICCIONES CONVENCIONALES

En principio, los particulares pueden siempre restringir la competencia y/o la concurrencia económicas, sin más limitación que su voluntad. Este principio se materializa y hace positivo dentro del sistema jurídico mexicano gracias a disposiciones como el artículo 1832 del Código Civil Federal y 78 del Código de Comercio, que indican que en los contratos –civiles y mercantiles respectivamente- las partes se obligan en la manera y términos que aparezca que quisieron hacerlo.

3.7 LIMITACIONES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL

Esta libertad no es absoluta, el artículo 1831 del Código Civil Federal limita el poder de los particulares para contratar con base en la licitud de las actividades sobre las que versen sus convenios o contratos.

⁶⁵

Véase el comunicado de prensa de la Secretaría de Salud de 02 de octubre de 2006 en la página de la SS, <http://201.147.97.103/work/sites/cfp/resources/LocalContent/402/1/b60.pdf> consultada el 15 de enero de 2007.

Sin duda la mayor limitación se encuentra en el orden público y las leyes prohibitivas. Los contratos celebrados en contravención del orden público o de leyes prohibitivas, son nulos absolutamente en términos de lo dispuesto por el artículo 8° del Código Civil Federal (y su correlativo del Código Civil para el Distrito Federal) cuyos alcances fueron analizados en el capítulo II de la presente disertación.

Capítulo 4

LOS PACTOS O ACUERDOS DE NO COMPETENCIA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

Este capítulo examinaremos la teoría y mecánica de los pactos, contratos o acuerdos de no competencia y los motivos que les dan origen en la práctica, así como su licitud a la luz de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Como lo afirma ADAME GODDARD los convenios, contratos, acuerdos, pactos o cláusulas por los 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.⁶⁶

Desde nuestro punto de vista, en realidad no existe un motivo importante por el cual las leyes mexicanas tuvieran que referirse expresamente a este tipo de acuerdos; ya que sus características actualizan a la perfección las disposiciones generales relativas a las obligaciones de no hacer previstas tanto en el Código Civil Federal como en los códigos civiles aplicables en las Entidades Federativas.

En un ejercicio de simplificación, nos atrevemos a clasificar la manera en que se presentan este tipo de acuerdos, en dos grandes rubros: los de exclusiva y los que prohíben la competencia por cualquier otra razón.

⁶⁶

ADAME GODDARD, Jorge. “¿Deben ser Válidas las Cláusulas de No Competencia en el Derecho Mexicano?” en IJ_UNAM *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. IJ-UNAM Nueva Serie Año XXXIV. No. 102 Septiembre - Diciembre 2001.

El acuerdo de exclusiva suele aparecer en contratos de suministro, distribución, transferencia de tecnología, agencia y franquicia; e incluso en relaciones con comisionistas y mediadores, así como en contratos de prestación de servicios.⁶⁷

La exclusiva ha sido concebida como una obligación de no recibir de terceros una determinada prestación o como una obligación de no otorgar a favor de terceros cierta prestación.

PUENTE MUÑOZ —citado por ARCE GARGOLLO— afirma por ejemplo, que “la exclusiva en su aspecto negativo representa una limitación a la libertad contractual, al imponer al concedente de la exclusiva la obligación de no celebrar una clase determinada de contratos con persona distinta al concesionario, o a éste la de no concluirlos con otro que no sea el concedente.”⁶⁸

Para ilustrar estos acuerdos, pactos o convenios de exclusiva, nos permitiremos transcribir la redacción típica de un par de estos instrumentos. El primero de los ejemplos se refiere a un contrato de distribución:

CLAUSULA NO. X.- DESIGNACIÓN DE EL DISTRIBUIDOR.

“EL PROVEEDOR” designa a “EL DISTRIBUIDOR” como distribuidor de los EQUIPOS (según se define en la cláusula correspondiente) dentro del TERRITORIO y únicamente para la venta de los EQUIPOS a los clientes de “EL PROVEEDOR”, por su parte “EL DISTRIBUIDOR” acepta de conformidad dicha designación. “EL PROVEEDOR” podrá autorizar a “EL DISTRIBUIDOR” la prestación de servicios adicionales a los terceros clientes finales mediante comunicación escrita.

“EL DISTRIBUIDOR” aquí designado se obliga a entregar a “EL PROVEEDOR” una lista con sus posibles clientes dentro de los tres (3) días naturales siguientes a la fecha de firma del presente contrato, con la finalidad de que “EL PROVEEDOR” haga su mejor esfuerzo para que ningún otro distribuidor designado por “EL

67

ARCE GARGOLLO, Javier. *Contratos Mercantiles Atípicos*. Trillas, 2ª ed., México, 1993, pp. 190-197.

68

Idem, p. 191.

PROVEEDOR” contrate venta alguna de los EQUIPOS con dichos clientes durante un plazo de tres meses contados a partir de la presente fecha.

CLAUSULA NO. “Y”.- EXCLUSIVIDAD.

“EL DISTRIBUIDOR” se abstendrá de celebrar operaciones comerciales con cualquier persona física o moral que fabrique, venda o distribuya sistemas o equipos del mismo tipo de los EQUIPOS, cuando éstas tengan por objeto la compra, venta, distribución e/o instalación de los mencionados equipos o sistemas.”

El segundo ejemplo deriva de un contrato de franquicia y su redacción lleva implícita la obligación del franquiciatario de vender exclusivamente los productos del franquiciante:

CLAUSULA “X”. EXCLUSIVIDAD

EL FRANQUICIATARIO no podrá, bajo pena de terminación anticipada del Contrato, vender cualquier producto o productos que no estén debidamente autorizados por EL FRANQUICIANTE. En caso de que EL FRANQUICIATARIO desee vender o distribuir cualesquiera Productos que no estén expresamente contenidos en el Anexo “A” del presente Contrato, deberá obtener autorización por escrito por parte de EL FRANQUICIANTE, en el entendido de que será facultad discrecional de éste retirar en cualquier momento dicha autorización, previo aviso por escrito con 5 (cinco) días hábiles de anticipación.

Por su parte, los acuerdos que prohíben la competencia por cualquier causa distinta a la exclusiva, derivan de transacciones comerciales cuya naturaleza es por completo diferente. Ejemplo de lo anterior lo constituyen los convenios que provienen de operaciones de compraventa de activos, en los que el comprador adquiere los activos de una empresa con la condición de que el vendedor se obligue a no dedicarse por sí o mediante terceros a las mismas actividades. Son precisamente este tipo de acuerdos los que comúnmente se conocen en la práctica mexicana como convenios de no competir.

4.2 OBLIGACIONES DE NO HACER Y LOS PACTOS DE NO COMPETIR

Cuando hablamos de pactos de no competir, nos referimos evidentemente a obligaciones de no hacer. No estamos frente a lo que DWORKIN llamaría “casos difíciles” en los que la subsunción de una situación de hecho no pueda adecuarse a las hipótesis previstas con anterioridad por la ley.⁶⁹ No lo estamos porque es fácil concluir que un compromiso contraído mediante el pacto de no competir, digamos en la producción o venta de algún satisfactor, no es otra cosa más que una simple obligación contractual de no hacer.

Un ejemplo de estos convenios es el que a continuación transcribimos en su redacción original en inglés con una traducción propia:

1. *In consideration of the execution of this Agreement, Company X agrees to pay to Company Z, the total sum of one million United States dollars (USD 1 Million).*
2. *Company Z agree that, during the term of the Joint Venture Agreement, it shall not, without the prior written consent of Company X, directly or indirectly, for its own account or for the account of others, whether as principal, agent, consultant, advisor or through any other corporation, partnership, trust, association or other entity or through any individual:*
 - (a) *engage in the manufacture, distribution and/or sale of any Motorcycle Refinishing Products or any related business in the Territory, including without limitation, the manufacture, distribution and sale of Motorcycle Refinishing Products to any warehouse, distributor, jobber, body shop or any buying groups associated with Company X, or any of Affiliates of the same within the Territory, except to the extent provided by the Joint Venture Agreement; and*
 - (b) *employ or otherwise engage, contract with or utilize any employees of Company X (including without limitation Company X's former employees, officers, directors or agents now employed by Company X) in any capacity whatsoever relating to the*

⁶⁹

Ronald DWORKIN afirma que “en el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por una institución, el juez -de acuerdo con esa teoría- tiene que ‘discreción’ para decidir el caso en uno u otro sentido. Esta opinión supone, aparentemente, que una u otra de las partes tenía un derecho preexistente a ganar el proceso...” Los Derechos en Serio. 5ª reimp., Barcelona, Ariel, 2002, p. 147.

manufacture, distribution and sale of Motorcycle Refinishing Products or any related business in the Territory.

1. *Como contraprestación por la celebración de este Convenio, la Compañía X se obliga a pagar a la Compañía Z la suma total de un millón de dólares de los Estados Unidos de América (USD 1 Millón).*
2. *La Compañía Z conviene en que durante el término del Contrato de Coinversión y sin el previo consentimiento por escrito de la Compañía X, directa o indirectamente, por su cuenta o por cuenta de otros, ya sea como agente, consultor, consejero, o mediante alguna otra corporación, sociedad, fideicomiso, asociación o cualquier otra entidad o individuo, no:*
 - (a) *se dedicará a la manufactura, distribución y/o venta de Productos de Terminado para Motocicletas o a cualquier a negocio relacionado dentro del Territorio, incluyendo pero no limitado a la manufactura, distribución y venta de Productos de Terminado para Motocicletas, a cualquier almacén, distribuidor, contratista o grupos de compradores asociados con la Compañía X, o cualquier de sus Afiliados dentro del Territorio excepto en la medida en que lo permita el Contrato de Coinversión; y*
 - (b) *emplee o de alguna otra forma se relacione laboralmente, contrate o utilice a cualquiera de los empleados de la Compañía X, (incluyendo sin limitación alguna a los empleados, funcionarios directores o agentes que hayan trabajado o que actualmente trabajen para la Compañía X) en cualquier calidad relacionada con la manufactura, distribución y venta de Productos de Terminado para Motocicletas o cualquier negocio similar en el Territorio.*

4.3 FUNDAMENTO ECONÓMICO-COMERCIAL DE LOS CONTRATOS DE NO COMPETIR

El suministro de insumos y/o la distribución de productos tienen costos determinados para las empresas por las inversiones específicas que éstas realizan y por el premio sobre el riesgo en que se incurre en una operación comercial. No obstante, esas inversiones específicas tienen de alguna forma su contraparte en la exclusividad, la cual tiene un costo: comprar a una sola empresa

o vender a un solo comprador reduce, en ambos casos, economías de alcance⁷⁰ y escala⁷¹ en la venta y compra de productos. En ambos casos, aumenta el riesgo por tener un solo cliente.

Entonces, los acuerdos de exclusividad -que implican no competencia- tienen costos de transacción constituidos por las inversiones específicas, riesgos y pérdidas de economías de escala y alcance. En ausencia de prácticas anticompetitivas, el intercambio de beneficios se refiere en primera instancia a los pagos por los costos de transacción en que incurren las empresas. Los pagos estarán reflejados en las condiciones contractuales que en términos generales llamaremos precio del contrato. El precio contractual estará determinado por el precio de compra y de venta que convengan las empresas en las siguientes situaciones:

- i) Si el vendedor realiza las inversiones específicas, este costo se refleja en un precio contractual de venta mayor. Pero, el comprador pugna por un precio de compra menor por los riesgos de tener que comprar a un solo vendedor y por las pérdidas en economías de escala y alcance.
- ii) Si el comprador realiza las inversiones específicas, este costo se refleja en un precio contractual de compra menor en el sentido de que el precio es neto de las inversiones realizadas por el comprador. Por su parte, el vendedor debe recibir un pago por el riesgo de tener un solo comprador y por la pérdida de economías.

⁷⁰ Siguiendo a SAMUELSON y a NORDAUS, son "... economías de producir múltiples bienes y servicios. Así, existen economías de alcance si es más barato producir conjuntamente tanto el bien X como el Y que por separado." *Op. cit.* p. 1107.

⁷¹ "Se trata de la situación en la que el costo medio de producción disminuye cuando aumenta el tamaño de la planta y la producción" *Idem.*

- iii) Si no existen inversiones específicas, los contratos de exclusividad fijan un precio contractual relacionado con la elasticidad de la demanda del producto sujeto a la exclusividad.

Las exclusividades por razones de eficiencia tienen el efecto de aumentar las compras que se realizan de un producto sujeto a la exclusividad. La inversión específica es el factor básico para evaluar la eficiencia de la exclusividad. Algunas empresas pueden realizar inversiones para estrechar alguna relación vertical, pero el problema es determinar si tal inversión es específica. Seguramente, la valoración de si una inversión es específica sería una cuestión debatible en casos particulares.

Los criterios para determinar el poder sustancial en el mercado serán los factores principales para determinar el efecto anticompetitivo de un acuerdo exclusivo, además de la valoración conjunta de las restricciones verticales que sean utilizadas en un acuerdo.

4.4 LOS ARTÍCULOS 5º Y 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, tres normas de alta jerarquía en México regulan diversos aspectos de un mismo fenómeno: la competencia económica. Al ser los pactos o acuerdos de no competir un aspecto de la competencia económica, se hace evidente que esas normas inciden en su normatividad. Así, la pregunta que se antoja natural es si esas normas se complementan en la regulación de dicho fenómeno o si existe un conflicto entre ellas.

Para empezar, vale dejar sentado que de esas tres normas, dos tienen la misma jerarquía dentro del orden jurídico mexicano y una es inferior a esas dos. Por supuesto, los artículos quinto y veintiocho constitucionales poseen por igual, el

más alto rango, en tanto que la Ley Federal de Competencia Económica, que según se explicó anteriormente es reglamentaria del mencionado artículo veintiocho (*supra* 1.4.2), se encuentra por debajo de ellas.⁷²

Establecido lo anterior, es menester determinar, en un primer paso, si existe una colisión entre las normas de mayor jerarquía y resolver la preeminencia de una sobre otra, para posteriormente hacer lo propio entre las normas de distinto nivel jerárquico.

Tenemos entonces que discernir si en efecto la libertad de comercio y/o profesión es contraria a la libertad de concurrencia y a la libertad de competencia.⁷³ La situación es simple, no hay necesidad de recurrir a un intrincado sistema de resolución antinómica para concluir que en realidad no existe un problema y que las libertades aludidas son complementarias a grado tal, que de la lectura e interpretación conjunta de los artículos que las establecen y/o tutelan, se desprende un dispositivo jurídico holístico en el que subyace la ideología del libre mercado.

Por lo que hace a la Ley Federal de Competencia Económica frente a los artículos constitucionales mencionados, tampoco hay inconsistencia, al menos no flagrante. Para ejemplificar inconsistencias de este tipo ahí está el caso de las disposiciones de los artículos 10 y 11 de la Ley de Inversión Extranjera y el artículo veintisiete constitucional en tratándose de la “zona restringida”. Mientras que la fracción I del

⁷² A efecto de establecer el lugar jerárquico que guardan los tratados internacionales en el derecho mexicano, en el Amparo en Revisión 815/2006 interpuesto por Almidones Mexicanos, S.A. de C.V., la Suprema Corte de Justicia de la Nación elabora una clara distinción entre la leyes generales y las leyes federales, y de paso proporciona un detallado esquema de la ubicación de unas normas respecto de otras. Así, los tratados internacionales son “inmediatamente inferiores” a la constitución y después les siguen las leyes generales y posteriormente las leyes federales.

⁷³ Jaime Cárdenas siguiendo a Norberto Bobbio propone un esquema de relación entre normas que es implica el conflicto entre ellas: 1) Norma obligatoria vs. norma prohibitiva; 2) Norma obligatoria vs. permiso negativo; 3) Norma prohibitiva vs. permiso positivo; 4) Norma obligatoria vs. permiso negativo; 5) Norma prohibitiva vs. permiso negativo; y 6) Norma que establece permiso positivo vs. norma que establece permiso negativo. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, La Argumentación como Derecho. 2ª reimp., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 126

artículo veintisiete establece que en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas, el artículo 10 de la Ley de Inversión Extranjera matiza la prohibición cuando se trata de extranjeros socios de una sociedad mexicana –tal vez entendiblemente- y el artículo 11 concibe un complejo mecanismo (fideicomiso) de vocación cien por ciento elusiva, que permite a extranjeros, personas físicas, la titularidad de derechos reales sobre bienes ubicados en la zona restringida que resulta para efectos prácticos en contravención al mandato constitucional.

Regresando al centro de esta disertación, en lo que se refiere a los pactos o acuerdos de no competir, lejos de contravenir el artículo quinto constitucional, la Ley Federal del Competencia Económica refuerza sus principios. Los numerales 8, 9 y 10 disponen:

Artículo 8o.- Quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las 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. (subrayado añadido)

Artículo 9o.- 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.- Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

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

Artículo 10. 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, procedimientos 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...

II...

III...

IV. La venta, compra o transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero. (subrayado añadido)

...

Conforme a la fracción II del artículo 9, el establecimiento de diversas obligaciones de no hacer entre competidores es considerado una práctica monopólica absoluta, misma que por mandato del artículo 8 está prohibida.

En el caso de la fracción IV del artículo 10, por supuesto estamos ante la regulación y consecuente prohibición -sujeta a la actualización de los supuestos de los otros artículos mencionados- de al menos uno de los tipos de pacto de no competir: una exclusiva. La razón es obvia, la exclusiva cierra el acceso a mercado a otros competidores.

No obstante, no existe prohibición expresa en la Ley Federal de Competencia Económica respecto de los pactos de no competir ¿se deben entender permitidos? La respuesta es negativa por tres razones:

1. El artículo 8 es una prohibición genérica de las actividades que impiden o restringen tanto la libre concurrencia como la libre competencia y el objeto de los pactos, acuerdos, convenios y/o contratos de no competir impide o restringe ambos fenómenos;
2. El artículo quinto constitucional prohíbe los convenios que impliquen la renuncia a ejercer profesión, industria o comercio algunos, y siendo el objeto genérico de los pactos, acuerdos, convenios y/o contratos de no competir, la obligación de al menos una de sus partes de no dedicarse o desarrollar

alguna profesión, industria o comercio, actualizan el supuesto previsto constitucionalmente y se encuentran prohibidos;

3. Finalmente, al no existir problemas antinómicos entre la Ley Federal de Competencia Económica y los artículos quinto y veintiocho constitucionales, y al formar éstos ordenamientos legales una unidad jurídica diseñada para salvaguardar aquellas libertades sobre las que se construye y opera el libre mercado en México, los pactos de no competir están proscritos.

CONCLUSIONES

1. Los convenios de no competir no revisten característica especial alguna que justifique su regulación específica, ya que se ajustan sin mayor problema a los convenios o contratos previstos por la legislación civil mexicana, como aquellos que tienen por objeto obligaciones de no hacer.
2. Los artículos 5º y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Federal de Competencia Económica conforman un dispositivo jurídico coherente que tiene por objeto tutelar las libertades de profesión y comercio, así como de concurrencia y competencia económica sobre las que se edifica el modelo económico mexicano de libre mercado.
3. Los acuerdos, pactos o convenios de no competir conculcan el dispositivo holístico aludido en la conclusión anterior. Por una parte, en especie son prohibidos por los artículos 8º, 9º y 10º de la Ley Federal de Competencia Económica y por otra, son abiertamente violatorios del artículo 5º constitucional, ya que su objeto principal es un no hacer que implica no dedicarse a determinada profesión, industria y/o comercio.
4. Al ser violatorios del mencionado precepto constitucional se encuentran de origen, viciados de una causa de nulidad absoluta. En otras palabras, aún siendo

celebrado entre particulares capaces, son nulos de pleno derecho porque van en contra de disposiciones de orden público.

5. Para que los pactos de no competir puedan ser instrumentados válidamente en México, en forma de contratos principales o bien, según su uso común, como parte de operaciones comerciales complejas, es necesaria la reforma de la Constitución.

6. Sin la reforma constitucional aludida y aún cuando la autoridad de la materia, la COFECO, los llegare a considerar inocuos para el sistema jurídico mexicano, y por lo tanto legales, no lo son, puesto que contravienen la disposición expresa del 5º constitucional. Son pactos inválidos de origen en el Derecho Mexicano y corresponde exclusivamente a la autoridad judicial determinar su legalidad.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA

- ADAME GODDARD, Jorge. “¿Deben ser Válidas las Cláusulas de No Competencia en el Derecho Mexicano?” en IJ-UNAM, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. IJ-UNAM Nueva Serie Año XXXIV. No. 102 Septiembre - Diciembre 2001.
- ARCE GARGOLLO, Javier. *Contratos Mercantiles Atípicos*. Porrúa, 9ª ed., México, 2002.
- AREEDA, Phillip. *Antitrust Law*. Tomo III. Little, Brown and Company, United States of America, 1996.
- BARRERA GRAF, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Porrúa, 3ª ed., México 1991.
- BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General de los Obligaciones*. Porrúa, 16ª ed., 1998.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 37ª ed., Porrúa, México, 2004.
- CABANELLAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, Heliasta, Argentina, 1983.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *La Argumentación como Derecho*. 2ª reimp., IJ. México, 2007.

- CRAIG, Paul & DE BURCA, Grainne. *EC Law. Text, Cases and Materials*. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 1995.
- DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Laboral*. Porrúa, México, 2001.
- DÍAZ BRAVO, Arturo. “Aspectos Jurídicos de la Competencia Desleal”, en *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*. Año IV números 7 y 8, México, 1969.
- DÍAZ BRAVO, Arturo. *Contratos Mercantiles*. Harla, 5ª ed., México, 1995.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Teoría del Contrato. Contratos en Particular*. Porrúa, 2ª ed., México, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. 5ª reimp., Ariel, España, 2002.
- FRISCH PHILIPP, Walter. *Competencia Desleal*. Oxford University Press Harla México. México, 1996.
- GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I, 9ª ed., Porrúa, México 1993.
- GINEBRA SERRABOU, Xavier. *Derecho de la Competencia*, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2001.
- GONZÁLEZ, María del Refugio. “Estancos”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. Porrúa, 7ª ed., México
- KELSEN, HANS. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. UNAM, 2ª ED. 5ª REIMP., MÉXICO, D.F.

- KRAKOVSKI, Michael. *Política de Competencia en Latinoamérica*. Ed. Imprimatur/Artes Gráficas, Nicaragua, 2002.
- LEVY, Santiago. “Notas Sobre la Nueva Ley Federal de Competencia Económica.” en INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM. *Estudios en Torno a la Ley Federal de Competencia Económica*. UNAM, México, 1994.
- LOZANO NORIEGA, Francisco. *Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos*. 6ª ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 2001.
- LUSTIG, Nora. *Mexico: The Remaking of an Economy*. The Brookings Institution, Washington - Estados Unidos de América, 1993.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. *Derecho Mercantil*. 23ª ed., Porrúa, México, 1999.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS. *OECD. Conference on Trade and Competition*. [COM/DAFFE/CLP/TD(99)66]. París. Junio 25, 1999.
- PALACIOS LUNA, Manuel R., *El Derecho Económico en México*. 6ª ed., Porrúa, México, 1996.
- PEREDO RIVERA, Amilcar, *Competencia Económica. Teoría y Práctica*, Porrúa, México, 2004.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Derecho Notarial*. Porrúa, 4ª ed., México, 1989.

- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GUERRERO SERRAU, Renato. *Derecho de la Competencia Económica*. Oxford University Press. México, 2001.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. “Concurrencia Mercantil”, *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México, 2004.
- RABASA, Emilio O. y CABALLERO, Gloria. *Mexicano esta es tu Constitución*. 10^a ed., Miguel Ángel Porrúa, México, 1995.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús. Libertad de Asociación en *Diccionario Jurídico Mexicano* Instituto de Investigaciones Jurídicas. Porrúa, México, 2004.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil IV. Contratos*. Porrúa, 19^a ed., México, 1988.
- SAMUELSON, Paul & NORDAUS, William. *Economía*. Libros McGraw-Hill de México, México, 1986.
- SCHERER, F. M. *Competition Policies for and Integrated World Economy*. Brookings Institution. Washington, 1994.
- STUBBS, Richard & UNDERHILL, Geoffrey (comp.). *Political Economy and the Changing Global Order*. Macmillan, Londres, 1994.
- TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes Fundamentales de México 1818-2005*. Porrúa, México, 2005.
- VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Contratos Mercantiles*, Porrúa, 10^a ed., 2001.
- VICIANO PASTOR, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*, Ed. Tirant Llobrich, Valencia - España, 1995.

—WITKER, Jorge y VARELA, Angélica. *Derecho de la Competencia en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003.

—WITKER, Jorge. *Derecho de la Competencia en América*. Fondo de Cultura Económica. Chile, 2000.

—ZULOAGA, Enrique. *Pacto Contractual y Contratos Atípicos*. Porrúa, 2ª ed., México, 2002.

LEGISLACIÓN MEXICANA

—Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

—Ley General de Sociedades Mercantiles

—Ley Federal de Competencia Económica.

—Código de Comercio.

—Código Civil Federal

—Código Civil para el Distrito Federal

—REGLAMENTO INTERIOR DE LA COMISION FEDERAL DE COMPETENCIA ECONOMICA

DICCIONARIOS

—INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 2ª ed., Porrúa, México, 1987.

—BLACK, H. *Black's Law Dictionary*. 6ª ed., St. Paul Minn. West Publishing Co., 1991.

—REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª Edición. Tomo I. Madrid. 2001.