

EL PACTO DE EXCLUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

Arturo DÍAZ BRAVO

Aunque el pacto de exclusividad es susceptible de aparecer en numerosos contratos, la verdad es que se opera con más frecuencia en los llamados contratos de colaboración personal (agencia, comisión mercantil) o empresarial (asociación en participación, *joint venture*) y también en los contratos de transferencia de tecnología (licencias marcarias o de patentes, transferencia de tecnología franquicia). Cualquiera que sea, pues, la forma y alcances de estos pactos de exclusividad, no cabe duda sobre que forman parte de contratos que se inscriben en el modernamente llamado “derecho de la competencia”, pues en todos ellos las empresas acuden en auxilio personal, financiero o tecnológico de otras personas físicas o morales en su afanosa e incesante búsqueda de clientela.

Por lo que se refiere al contrato de distribución, puede recaer, como es perfectamente sabido, en mercaderías (bienes tangibles) o en servicios, y frecuentemente en ambos. En cuanto a los tangibles, se emplea en los contratos de distribución de prendas de vestir, alimentos, bebidas, medicamentos, automóviles, electrodomésticos y libros; en cuanto a los contratos de servicios, es usual su adopción en los que recaen sobre lavanderías, mensajería, reparaciones de todo tipo, gimnasios, asistencia automovilística, médica, hogareña y turística.

La circunstancia de que en muchos órdenes de la actividad económica el proveedor no está en posibilidad de hacer llegar sus productos o servicios directamente al consumidor, y ni siquiera al comercializador o vendedor de menudeo, ha configurado el ciclo proveedor (productor o fabricante) distribuidor comercializador consumidor, y con ello la operación de verdaderos contratos primigenios de distribución entre el proveedor y el distribuidor mayorista, y de subdistribución entre este distribuidor mayorista y el comercializador de menudeo o al detalle, con-

tratos que no necesariamente presentan las mismas características, en razón de las diferencias entre el mercado de mayoreo y el de menudeo.

Ahora bien, a reserva de examinar el contenido de la amplísima gama que configuran los pactos de exclusividad, cabe recordar aquí que por lo que hace a la distribución, el pacto puede operar en uno solo en ambos sentidos, y por ello este aspecto registra tres posibilidades:

- a) Que el proveedor disfrute de libertad para operar con uno o varios distribuidores, los que, en cambio, no pueden aprovisionarse de otro productor o fabricante;
- b) Que el proveedor se obligue a entregar sus bienes o servicios exclusivamente a un distribuidor, el que, en cambio, puede acudir a otros proveedores en demanda del mismo satisfactor;
- c) Que el proveedor y el distribuidor sean recíprocamente exclusivos.

Y todavía dentro del ámbito de la distribución, pero esta cláusula es de frecuente adopción en los contratos de ciertos servicios especializados y en los de franquicia. Desde el punto de vista geográfico o territorial la misma puede tener diversos alcances: urbana (y aun en ella pueden establecerse demarcaciones), estatal, regional o nacional. En cuanto a los precios de venta al comercializador o al público, es posible que se establezcan en el contrato, pero puede estipularse que será el proveedor quien los determine, sin descontar la posibilidad de que se deje libertad sobre este punto al distribuidor o al comercializador, o de que se trate de bienes o servicios cuyos precios se encuentran sujetos a control estatal.

Por lo que se refiere al contrato de franquicia, los pactos de exclusividad adquieren una proyección más amplia y, por supuesto, mayor trascendencia, en razón de que, como es sabido, en este contrato no se da la mera distribución de productos o de servicios, sino que opera “[...] cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue” (artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial). De esta suerte, el franquiciante suele imponer al franquiciatario cláusulas restrictivas con un contenido muy aproximado al siguiente:

- a) Abastecimiento de materias primas o insumos exclusivamente de un proveedor indicado por dicho franquiciante, que en ocasiones es él mismo;
- b) Forzosa reciprocidad en el intercambio de innovaciones o mejoras;
- c) Fijación de precios de venta al público;
- d) Prohibición de otorgar subfranquicias;
- e) Prohibición al franquiciatario de operar en el mismo o parecido giro durante un período posterior a la conclusión del contrato;
- f) Limitaciones en cuanto a la venta de productos adicionales, con señalamiento de la marca o proveedor de los mismos, con exclusión de otros similares.

Antes de analizar el contenido de dichas cláusulas a la luz del derecho mexicano, permítaseme hacer referencia a la incompatibilidad de las mismas con las modernas expresiones del derecho comparado en materia de libre competencia y de combate a las construcciones monopólicas de naturaleza económica. Así, la Corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea resolvió el 28 de enero de 1986, con apoyo en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, constitutivo de la hoy Unión Europea, y con fundamento también en el reglamento número 67/67, emitido por la Comisión de la propia UE, en el ya famoso caso Pronuptia, que algunas de las cláusulas propias del contrato de franquicia incurren en violación de las mencionadas disposiciones legales y reglamentarias.

Aunque lo propio puede predicarse de muchos otros países cuyas legislaciones han hecho a un lado el hoy decadente liberalismo económico, para adoptar medidas represoras de las prácticas restrictivas de la libre competencia, especial mención merece el caso de los Estados Unidos de América, en donde las cortes y los jueces vinieron considerando, durante muchos años, que algunos de los pactos de exclusividad son contrarios a la llamada Ley Sherman, si bien en los últimos tiempos han atenuado el rigor de la misma mediante la llamada “regla de razón”, según la cual una conducta sólo puede considerarse monopólica cuando realmente incida en la libertad de los consumidores de acudir a diversas fuentes de aprovisionamiento que actúan con independencia las unas de las otras, esto es, cuando con la referida conducta no se configure una entidad que llegue a ocupar una posición dominante en el mercado.

Empero, tal interpretación no fue compartida por los poderes Ejecutivo y Legislativo, cuando el primero de los cuales propuso, y el segundo

expidió, la llamada Ley Clayton y la Ley Federal de la Comisión de Comercio; a dicha Comisión se atribuyeron facultades jurisdiccionales para decidir los conflictos competenciales de orden económico por estricta aplicación de las leyes respectivas, y, por tanto, sin obligación de aplicar la regla de razón.

El panorama legislativo mexicano es muy similar a los anteriores, máxime a partir de la entrada en vigor, el 24 de junio de 1993, de la Ley Federal de Competencia Económica, ostensiblemente inspirada en la Ley Sherman, pues “[...] tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios” (artículo 2).

En efecto, si se analizan algunos de los preceptos de esta Ley se encontrará que muchas de sus disposiciones y prohibiciones chocan de modo frontal con casi todas las cláusulas de exclusividad antes mencionadas: “Quedan prohibidos [...] 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” (artículo 8);

[...] se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser [...] establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en los siguientes casos: I. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica [...]; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo, determinado o determinable; II. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expender o distribuir bienes o prestar servicios; III. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible o sobre bases de reciprocidad; IV. La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero [...] (artículo 10).

Cabe aclarar, sin embargo, que no todas las aludidas estipulaciones son violatorias de la citada Ley, pues para que lo sean deberá demostrarse “I. Que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante, y II. Que se realicen respecto de bienes o servicios que corres-

pondan al mercado relevante de que se trate”, esto es, deberá comprobarse que, no obstante los pactos de exclusividad, los consumidores conservan a su alcance otras fuentes de aprovisionamiento que, en cuanto a precio y calidad, no guardan notables diferencias con las de los bienes o servicios proporcionados por el comerciante sujeto a un pacto de exclusividad.

Apenas si hace falta recordar aquí que en algunos supuestos la exclusividad opera *ope legis*, indefinida o temporalmente; casos de exclusividad indefinida son los de las marcas, cuyos autores o titulares conservan su derecho mientras hagan uso efectivo de las mismas y mantengan la renovación de su registro (artículos 87 y 95 de la Ley de la Propiedad Industrial); casos de exclusividad temporal son los de las patentes (artículos 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 23 de la LPI), que tienen una vigencia de veinte años.

Como muchas veces se ha hecho notar, con las medidas impeditivas de conductas contrarias a la libre competencia el Estado atiende a la protección de un doble juego de intereses jurídico-económicos igualmente merecedores de tutela: el de la masa consumidora, en cuanto se propicia su derecho de contratar con cualquiera de una pluralidad de proveedores y de escoger libremente al que le ofrezca mejores condiciones de calidad y precio, y el de los proveedores mismos, que aspiran a desenvolverse en igualdad de circunstancias frente a sus competidores, esto es, sin trabas o ataduras que restrinjan su libertad de acción.

Por virtud de que estos pactos de exclusividad se inscriben dentro del amplio marco del derecho de la competencia, y en especial de su expresión antimonopólica, resulta interesante examinar, así sea superficialmente, las diferencias entre los dos grandes sistemas actuales represivos de las conductas anticompetenciales, a saber: el estadounidense y el comunitario europeo, en el entendido de que, como es fácil suponer, el mexicano es una imitación del primero.

La vaguedad y dureza de la Ley Sherman (1890), así como la adopción jurisprudencial de la regla de razón, impulsaron la expedición, en 1914, de la Ley Clayton y de la Ley de la Comisión Federal de Comercio, la primera de las cuales declara la existencia, en la vida del comercio, de cuatro prácticas ilegales: a) discriminación en los precios; b) celebración de contratos de venta con pactos de exclusiva en perjuicio de los competidores del vendedor; c) fusiones o adquisición del dominio de competidores; d) administración común de empresas competidoras.

Por su parte, la Ley de la CFC prescribe que “los métodos desleales de competencia en o que afecten el comercio y los actos o prácticas desleales o engañosos en o que afecten el comercio se declaran ilegales”. Cabe aclarar, sin embargo, que ni una ni otra ley establecen sanciones penales.

Diferentes son los rasgos de la política comunitaria europea, pues no debe olvidarse que el fundamental propósito del Tratado de Roma es el de crear un mercado único europeo. De este modo, las regulaciones en materia de distribución exclusiva atienden primordialmente a la integración de los diversos sistemas económicos de los países que forman la UE; luego, por ejemplo, se toleran acuerdos horizontales de cooperación, a condición de que provengan de diversos Estados miembros.

Pero además, aunque dentro de ciertos límites, la libre competencia encuentra un mayor ámbito, a condición de que se empleen adecuadamente los recursos, se fomente el desarrollo tecnológico y no se atente contra cualquiera de las expresiones del medio ambiente.