

*EL PACTO DE EXCLUSIVA EN ALGUNOS
CONTRATOS MERCANTILES*

Por: Javier Arce Gargollo.

El término de pacto de exclusiva no es definitivo, se conoce también como cláusula de exclusiva o de exclusividad, derecho de exclusividad, modalidad de exclusiva y otras.

El término de pacto a que nuestras leyes aluden en algunas disposiciones (por ejemplo el pacto de retroventa —Código Civil (C.c.) 2302— el pacto de preferencia —C.c. 2304 a 2308— y todos los vocablos relacionados: “lo expresamente pactado” —C.c. 1796— “puede pactarse” —C.c. 2301, 2310, 2312— o “salvo pacto en contrario” —Código de Comercio (C. de c.) 304, 333, 359, 381, 384, 391, 577—) debe tomarse como sinónimo de convenio (Art. 1792 C.c.) de compromiso o simplemente de acuerdo.

En Roma el pacto fue el acuerdo que, en sus orígenes, no tenía acción. Posteriormente el pretor reconoció que los pactos podían modificar una relación jurídica y aparecen generalmente concertados en el acto mismo del contrato. Se les conoce como “pacta adjecta”, unidos a una relación principal.

1.—CONCEPTO.

“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”.¹

En términos más amplios, y no sólo como limitación a la libertad contractual, ha sido concebido como “una obligación de no recibir de terceros una determinada prestación, bien de no realizarla en favor de terceros o bien ambas obligaciones recíprocamente”.²

1 Puente Muñoz, Teresa: El Contrato de Concesión Mercantil.—Ed. Montecorvo.—Madrid 1976.—pg. 109.

2 Idem. pg. 111.

La esencia de este acuerdo se encuentra en no recibir, en no realizar ciertas prestaciones, en no concluir determinados contratos, sino solamente con aquellas personas a quienes se les reconoce la exclusiva.

Este pacto de exclusiva —que excluye a los terceros de la realización de determinados negocios— significa para el beneficiario de la exclusiva un valor en su patrimonio, un privilegio y, algunas veces, un monopolio. En el campo de los negocios es evidente que un contrato con pacto de exclusiva tendrá un valor económico distinto, más alto, que un contrato que no tenga ese beneficio.

2.—ACCESORIEDAD DEL PACTO.

El pacto de exclusiva no puede acordarse en forma abstracta y general. No puede ser un acuerdo autónomo o independiente de una relación fundamental. Se habla así de un contrato de agencia o de distribución exclusiva, de un suministrador o proveedor exclusivo, etc. Siempre el pacto de exclusiva estará ligado a una relación principal y por ello resulta un acuerdo accesorio, adicional, que acompaña a algún contrato.

Sin embargo, se ha pensado que hay contratos que en su esencia o por su naturaleza son siempre exclusivos, de modo que el pacto de exclusiva forma parte esencial de la relación contractual y no puede separarse de ésta. Se produce, casi siempre, en contratos de ejecución confirmada, aquellos que buscan establecer una relación permanente entre las partes.

Trataremos por tanto de encuadrar al pacto de exclusiva dentro de la clasificación de cláusulas que integran a un contrato. Se habla así de cláusulas esenciales, naturales y accidentales.

Son esenciales aquellos elementos absolutamente necesarios para la existencia y validez del contrato, por ejemplo, la cosa y precio en la compraventa. Son elementos naturales aquellos que, sin ser absolutamente necesarios, acompañan ordinariamente a los contratos de determinada naturaleza, de modo que si las partes no disponen lo contrario o los excluyen, entran en juego por disposición de la ley. La ley suple a la voluntad de las partes. Son ejemplos de estos elementos, la evicción en la compraventa, la onerosidad del

mandato o de la comisión. Por último, son elementos accidentales aquellos que no son necesarios para la existencia y validez del contrato, ni acompañan ordinariamente al tipo contractual, pero las partes pueden adicionarlos si así lo expresan.³

El pacto de exclusiva puede ser esencial, natural o accidental para algunos contratos. Por ejemplo una ley Belga de 27 de julio de 1961 define al distribuidor y regula el contrato de distribución como sigue: "el concesionario de venta exclusiva es el comerciante que ostenta el derecho a vender a título exclusivo los artículos o productos de un fabricante concedente, en su propio nombre y en su propia cuenta".⁴ Algunos autores que estudian al contrato de concesión mercantil o distribución han aceptado que la exclusiva es un elemento esencial de este contrato, aunque no es unánime la opinión de la doctrina al respecto.

En otros casos, el pacto de exclusiva es un elemento natural del contrato al que está unido. Esto significa que si las partes no lo acuerdan, la ley que regula al contrato lo establece. En nuestro derecho no tenemos ningún caso de estos contratos, pero el Código Civil Italiano (C.c. ital.) que regula el contrato de agencia, prevé la exclusiva como cláusula natural de estos contratos. Así, el Art. 1743 dice: "El proponente no puede valerse simultáneamente de más agentes en la misma zona y para el mismo ramo de actividad, ni el agente puede asumir el encargo de tratar en esa zona y por el mismo ramo negocios de más empresas que concurren con el proponente".

Aquí, si las partes no lo pactan, la ley italiana establece la exclusiva —para las dos partes— como cláusula natural. Pero, desde luego puede excluirse del contrato si los contratantes expresamente lo acuerdan. Otros casos podrían encontrarse en algunas leyes de países centroamericanos.

3 Para ampliar sobre este tema puede verse: Díez Picazo, Luis: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.—Ed. Tecnos.—Madrid 1979.—pg. 226.— En nuestra doctrina: Borja Soriano, Manuel: Teoría general de las obligaciones.—Ed. Porrúa.—México 1982.—pgs. 278 y 279.

4 Citado por Broseta Pont, Manuel: Manual de Derecho Mercantil.—Ed. Tecnos.—Madrid 1978.—pg. 428.

Por último, el pacto de exclusiva se produce como elemento accidental de la mayoría de los contratos cuando las partes así lo acuerdan. Es éste el caso más usual en la práctica.

3.—CLASES.

Aunque son muy variadas las formas en que puede pactarse la exclusiva, en términos generales diremos que hay dos tipos de exclusiva en atención al beneficiario de la misma.

Para la agencia o distribución puede pactarse así. El obligado por la exclusiva no puede trabajar en su zona para otros empresarios o partes competidores; y el obligado por la exclusiva no puede designar a otros agentes o distribuidores en la zona o para los productos concedidos al beneficiario de la exclusiva, e incluso evitar que sus productos sean introducidos a la zona por conductos distintos a la actividad del beneficiario de la exclusiva. De este modo, el pacto de exclusiva puede ser de "simple o doble signo",⁵ o unilateral o bilateral en atención a los obligados por la exclusiva. En los contratos de suministro, agencia y distribución suele llamársele a estas clases de exclusiva como "exclusiva de abastecimiento o aprovisionamiento" cuando es el agente, suministrado o concesionario el obligado a no contratar con otros suministradores o fabricantes.

Un contrato, por lo tanto, puede contener el pacto de exclusiva a favor de una parte, por ejemplo del agente; a favor del empresario, o de ambas.

4.—REQUISITOS.

El pacto de exclusiva tiene dos requisitos básicos. Está referido siempre a determinada zona geográfica o comercial. Puede también comprender determinada clase de productos, pero esto también implica una zona geográfica. Y, el otro requisito de la exclusiva es su limitación en el tiempo, siempre la exclusiva debe tener un plazo.

5 Idem, pg. 423.

“En general se sostiene la necesidad de que la exclusiva quede sometida a límites de tiempo y de espacio que habrán de ser respetados por las partes”.⁶

Respecto al área geográfica, ésta puede ser muy amplia, por ejemplo: todo el mundo; o todo el mundo con excepción de México, Brasil y Argentina.

Mantilla Molina, al tratar de los agentes, nos habla de la posibilidad de pactar la exclusiva de estas tres formas:

“a) La renuncia del comerciante a otorgar el carácter de agentes a otras personas en el territorio de que se trata;

b) La renuncia a gestionar negocios sin intervención del agente, aunque reservándose la facultad de aceptar propuestas espontáneamente por personas residentes en el territorio de la exclusiva o que han de ejecutarse en él;

c) La obligación de no tratar sin intervención del agente, o a lo menos, la de abonarle la cantidad pactada sobre todos los negocios celebrados en el territorio y que han de ejecutarse en él, aunque se hubieren perfeccionado sin mediación del agente”.⁷

El problema de definir el territorio ha dado lugar a una fórmula que —cuando no se detalla la zona territorial— nos da un principio de solución para establecerla. Si no se ha señalado, nos dice un autor, “no habrá más límite que el de la efectiva actividad económica del beneficiario de la misma”.⁸

La fijación del territorio y su aplicación al pacto de exclusiva puede ser muy compleja. Así, por ejemplo, la doctrina francesa y la española hablan de distintas cláusulas de territorialidad con diferentes efectos en los obligados por la exclusiva. Estas se conocen

6 Uría, Rodrigo: Derecho Mercantil.—Madrid 1982.—pg. 557.

7 Mantilla Molina, Roberto: Derecho Mercantil.—Ed. Porrúa.—México 1976.—pg. 156.

8 Puente Muñoz, op. cit. pg. 121.

como: "territorialidad simple, territorialidad reforzada, territorialidad absoluta o territorialidad con reserva".⁹ Cada uno de estos conceptos entraña una mayor o menor protección a la zona exclusiva.

Respecto al plazo, como el pacto de exclusiva supone una limitación a la libertad, este acuerdo debe estar sujeto a un cierto término. "La duración de la obligación negativa no puede, sin embargo, ser indefinida o perpetua porque no puede serlo la limitación de la libertad individual que toda obligación supone. Tampoco será válida cuando tenga una duración excesiva".¹⁰

Si el pacto de exclusiva no tiene señalado un plazo específico de duración, debe entenderse que el término es el mismo que el del contrato principal al que está unido.

Por último, no ya como requisito, sino como materia importante que debe contener el pacto, es importante concretar a qué prestaciones, productos o mercancías se refiere. Esto resulta de gran utilidad práctica para aquellos casos de exclusiva en donde existen productos o mercancías similares a las que por la relación contractual principal tiene el obligado a la exclusiva. En el caso de "exclusiva de aprovisionamiento" (a favor del concedente), el concesionario o distribuidor, agente o suministrado se obliga a no adquirir o promover "productos análogos o concurrentes". El problema se presenta en la práctica al tratar de definir qué se entiende por productos concurrentes o, en terminología económica, bienes sustitutos.

5.—EFECTOS.

Es principio de todos los contratos y convenios que éstos sólo obligan a quienes intervienen en ellos como partes. "Res inter alios acta". El principio dice que "sólo a las "partes" aprovecha o perjudica el contrato, ya que únicamente para ellas dimanar los derechos o las obligaciones de dicho contrato; y, por contrapartida, todos los terceros extraños a dicho contrato no se benefician ni se perju-

⁹ Idem, pgs. 120 a 129.

¹⁰ Díez Picazo, op. cit. pg. 446.

dican directamente, pues no les obliga ni les otorga derechos ese contrato".¹¹

El efecto general que el pacto de exclusiva produce entre las partes es una obligación de no hacer y más específicamente de no contratar. Pero este deber sólo se produce entre las partes que intervienen en el pacto de exclusiva. De este modo, si una parte viola el pacto de exclusiva y contrata o recibe prestaciones de un tercero, esta nueva relación con el tercero es válida y el beneficiario de la exclusiva no puede exigir la nulidad o invalidar el nuevo acto, pues el tercero con quien se contrató no estaba obligado por el pacto de exclusiva. En resumen, el contrato celebrado entre el deudor del pacto de exclusiva y un tercero es válido.

Con respecto al acreedor o beneficiario del pacto de exclusiva, el deudor que lo viola debe resarcir los daños y perjuicios causados, por aplicación del principio general del incumplimiento de obligaciones negativas.

6.—INCUMPLIMIENTO.

Ante el incumplimiento del pacto de exclusiva por una parte (unilateral) o las dos partes (bilateral) obligadas, las consecuencias o efectos del incumplimiento se producen, solamente, entre las partes. Este incumplimiento, como el incumplimiento general de cualquier contrato bilateral, de prestaciones recíprocas, da derecho a la parte perjudicada a pedir de acuerdo al Art. 1949 del C.c. el pago de daños y perjuicios y el cumplimiento forzoso o la rescisión del contrato.

Es frecuente, por tanto, que dada la importancia que el pacto de exclusiva tiene para algunos contratos mercantiles como el de agencia o de distribución, el incumplimiento del pacto sea causa de terminación general de todo el contrato. Para el resarcimiento de los daños pueden las partes plantear contractualmente varias soluciones. El fabricante, por ejemplo, si viola el pacto de exclusiva y vende directamente o a través de un tercero en el territorio asig-

¹¹ Sánchez Meda, Ramón: De los Contratos Civiles.—Ed. Porrúa.—México 1976.—pg. 71.

nado puede verse obligado a pagar la comisión al agente exclusivo o el margen al distribuidor exclusivo al considerarse que la venta se hizo por su conducto. Puede también establecerse contractualmente una remuneración equivalente como una fracción o porcentaje de la comisión o margen que restituyan al beneficiario de la exclusiva del daño causado.

Joaquín Rodríguez señala que “no es raro encontrar cláusulas en que el agente (para el contrato de agencia) tendrá derecho a percibir comisión por todas las operaciones que se practiquen en su zona aunque se hagan sin su intervención”.¹² A esta remuneración Uría, entre otros autores, le ha llamado “comisión indirecta”.¹³ Con este tipo de soluciones que contractualmente garantizan el cumplimiento del derecho de exclusiva, puede lograrse que el contrato y el pacto subsistan y que no sea necesario acudir a la terminación de la relación contractual, por la compensación que en las violaciones a la exclusiva recibe su beneficiario.

7.—NATURALEZA JURIDICA.

El pacto de exclusiva es un acuerdo accesorio que requiere de una relación —generalmente contractual— para su existencia. Por tanto, en primer término diremos que el pacto de exclusiva es una cláusula o un acuerdo accesorio a una relación principal de la cual depende. No puede pensarse en un pacto de exclusiva en abstracto o general.

El pacto de exclusiva, por los efectos que produce, cabe dentro del concepto general de las obligaciones negativas u obligaciones de no hacer, pues significa para el deudor de éste un deber de abstinencia: de no recibir o realizar prestaciones, de no contratar con persona distinta al beneficiario de la exclusiva. La obligación de no hacer está regulada en el Art. 2028 de nuestro C.c. que dice: “El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención”. La obligación

¹² Rodríguez Rodríguez, Joaquín: Curso de Derecho Mercantil.—Ed. Porrúa.—México 1979 Tomo I.—pg. 228.

¹³ Uría, op. cit. pg. 557.

negativa puede ser, a su vez, abstención de actos materiales o de actos jurídicos. El pacto de exclusiva, como obligación negativa, implica así, sobre todo, una abstención de actos jurídicos que se conoce en la doctrina como "obligación de no contratar". Al respecto nos dice un autor: "Un negocio jurídico que ha alcanzado en los tiempos modernos una cierta tipicidad económico-social como obligación negativa, es el llamado pacto o cláusula de exclusiva (v.gr., suministro con exclusiva). Esta última figura aparece cuando el deudor promete que todas las prestaciones de una determinada especie las realizará sólo con la otra parte contratante y que, por consiguiente, se abstendrá de realizarlas con terceras personas. Por ejemplo: un fabricante se obliga a vender toda su producción a un comerciante y, por consiguiente, a no venderla a terceras personas. También a la inversa: un comerciante se compromete a adquirir las mercaderías de un determinado tipo sólo a un determinado fabricante y, por consiguiente a no aprovisionarse de otras distintas".¹⁴

No debemos dejar de mencionar que en nuestro derecho, para contratos traslativos de dominio, podemos acudir a otra interesante disposición que es el Art. 2301 del C.c. Este precepto contempla la posibilidad de que una de las partes se obligue a no vender a determinada persona. La norma dice: "Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona, pero es nula la cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna". "Esta modalidad —nos dice Francisco Lozano— consiste simplemente en que se impone al comprador una obligación de no hacer". Y, adelante agrega: "Se sanciona con la regla general en materia de incumplimiento de obligaciones... Por tanto la venta que realiza ese comprador a favor de la persona a quien se prohibió vender, es válida. Simplemente la transgresión, el incumplimiento, se sanciona con el pago de daños y perjuicios en favor del vendedor".¹⁵

Esta disposición, en nuestro concepto, puede interpretarse ampliamente y considerar a "determinada persona" como personas que tienen ciertas características: comerciantes de una zona geográfica, fabricantes de ciertos productos, etc. La norma prohíbe pactar la

14 Díez Picazo, op. cit. pg. 445.

15 Lozano, Francisco: Cuarto curso de Derecho Civil. Contratos.—México, D. F. 1970.—pgs. 238 y 239.

no enajenación en general, no vender a persona alguna. La disposición resulta así una especie de la norma que regula a las obligaciones de no hacer (Art. 2028 del C.c.) y debe entenderse y complementarse con aquélla.