

Los contratos de distribución comercial en la Ley Federal de Competencia Económica

XAVIER GINEBRA

SUMARIO: I. Los contratos de distribución comercial, sus diferentes modalidades y el derecho de la competencia. II. Modalidades de los contratos de distribución comercial. III. El impacto o convenio de exclusividad. IV. La cláusula de exclusividad en los contratos de agencia y de distribución y la concentración de empresas. V. Tratamiento de las principales cláusulas de los contratos de distribución comercial en la Ley Federal de Competencia Económica.

I. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL, SUS DIFERENTES MODALIDADES Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La distribución comercial de mercancías a alcanzado mucha importancia en la actualidad. En una época caracterizada por una mayor intensificación del comercio internacional entre los países, el control de los canales de distribución, al construir el medio por el cual los fabricantes o productores comercializan sus productos en los distintos mercados, dirigidos a un gran número de consumidores,¹ es indispensable para los empresarios contar con canales de distribución apropiados para aprovecharse de las ganancias derivadas de la apertura de las economías, por lo que la distribución comercial es un asunto de gran trascendencia, no sólo para el actual derecho mercantil, sino para toda la economía contemporánea.

La distribución comercial como actividad económica puede formalizarse a través de distintos instrumentos jurídicos, siendo los más frecuentes los contratos de agencia, distribución comercial, concesión mercantil y contrato de franquicia. Debido al diferente carácter que pueden asumir éstos, las repercusiones que pueden tener los mismos sobre el derecho de la competencia es variable por lo que realizaremos un análisis de los efectos que puede tener en el derecho *anti-trust* la celebración de cada uno de ellos.

¹ ARCE GARGOLLO, Javier *Contratos mercantiles atípicos* 3a. (México Porrúa 1996) 265.

Por otra parte, las restricciones sobre la competencia que suelen asumir esta clase de contratos, pueden englobarse en dos grandes cuestiones que serán examinadas a lo largo del presente estudio: los convenios de exclusividad, y las cláusulas contractuales que suponen una limitación o control de la independencia comercial de las empresas distribuidoras, en beneficio de las empresas fabricantes, lo que puede suponer, como veremos, un mecanismo de concentración de empresas, que entra de lleno en el ámbito de la legislación protectora de la competencia.

II. MODALIDADES DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

El contrato de agencia: El contrato de agencia es el contrato celebrado por una persona física o moral, denominada agente, por el cual se obliga frente a otra de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.²

No estamos de acuerdo con Rodríguez y Rodríguez,³ que no parece enfatizar una importante diferencia entre el contrato de agencias y el de comisión mercantil: el contrato de comisión mercantil se realiza para actos concretos de comercio, mientras que la agencia comercial supone una relación estable y duradera entre los contrastes, elemento que suele faltar en la comisión mercantil.

Son notas características del contrato de agencia la estabilidad, entendida como actividad ejercida de un modo continuo; su objeto, que es la promoción o conclusión de otros contratos, a nombre y en interés de otro, celebrado entre empresarios mercantiles y que engendra una relación de confianza entre las partes.⁴

El contrato de distribución comercial: Es aquel por el que el distribuidor se obliga a adquirir, comercializar y vender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante, productor o principal en los términos y condiciones de reventa que éste señale. El empresario tendrá la facultad de imponer al distribuidor determinadas obligaciones sobre la organización del negocio para la comercialización y reventa de los productos.⁵

Se diferencia del contrato de agencia en que en éste el agente actúa por cuenta del empresario y puede hacerlo a nombre de éste cuando se le concede la representación. En el contrato de distribución, el distribuidor actúa por su cuenta y propio nombre. El contrato de agencia es un contrato de gestión de intereses ajenos; el de distribución es un contrato traslativo de dominio en el que el distribuidor compra y adquiere los productos para revenderlos por su cuenta al consumidor, bajo las condiciones que le impone el empresario.⁶

² Artículo 1 de la ley española 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia.

³ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ *Derecho Mercantil II* (México Porrúa 1991) 133.

⁴ GARRIGUES, Joaquín *Curso de derecho mercantil II* (México Porrúa 1987) 118 y 119.

⁵ ARCE GARGOLLO, Javier, *op. cit.*, p. 268.

⁶ *Ibid.*, p. 269.

Estamos de acuerdo con Arce Gargollo en identificar el contrato de distribución con el de concesión comercial, puesto que muchas de las cláusulas que algunos autores identifican como parte de éste último (especialmente las que se refieren a la limitación del comportamiento empresarial del concesionario), suelen incluirse como parte del contenido de muchos contratos de distribución comercial, por lo que no es suficiente este elemento para distinguir a este contrato de la concesión mercantil, al igual que la responsabilidad de garantía que existe —al decir de Marzorati— en este último, cosa que no sucede en la distribución mercantil, ya que no estimamos que la obligación de garantía sea propia del contrato de concesión,⁷ porque dicha garantía es una obligación accidental al contrato, y que en el caso de México deviene más de la ley (la Ley Federal de Protección al Consumidor) que pertenecer a la esencia del contrato de distribución.

El contrato de franquicia: Este contrato, cuya existencia es reciente, ha ejercido un gran impacto en el economía de muchos países [...] en el comportamiento de los consumidores de bienes y servicios en todo el mundo y, en general, en el comercialización de bienes y servicios.⁸

La Ley de Propiedad Industrial (LPI) señala que habrá franquicias 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 puede 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, tendentes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue (artículo 142).

Arce Gargollo lo define como aquel por el que el franquiciante otorga al franquiciatario la licencia de uso de una marca con el derecho a distribuir ciertos productos o a explotar, con cierta exclusividad, una empresa o negociación mercantil de bienes o de servicios, en ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de marca (s) y nombre (s) comercial (es), a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación.⁹

Las características del contrato son:

a) El franquiciante concede al franquiciatario el derecho a usar una marca y a explotar una negociación mercantil en uno o varios establecimientos.

b) La licencia debe incluir autorización de uso de marca (de servicios o productos) y eventualmente la de los nombres y avisos comerciales y, en su caso, la explotación de patentes. El Reglamento de la LPI se refiere a los derechos de propiedad intelectual (artículo 65, fracción IV).

c) La franquicia tiene cierta exclusividad referida a un territorio o a uno o varios establecimientos geográficamente identificados. El Reglamento señala qué debe informarse sobre “la zona territorial de operación de la negociación que explote la franquicia” (artículo 65, fracción VII).

⁷ MARZORATI, Osvaldo *Sistemas de distribución comercial* (Buenos Aires Astrea 1992) 153.

⁸ GONZÁLEZ CALVILLO, Enrique y GONZÁLEZ CALVILLO, Rodrigo, *Franquicias: La Revolución de los 90* (México McGraw Hill 1991) 19.

⁹ ARCE GARGOLLO, Javier *El contrato de franquicia* (México Themis 1995) 34.

d) El franquiciatario se obliga a cumplir con el control de calidad del servicio y productos en los términos y especificaciones que le señale el franquiciante.

e) La transmisión de conocimientos o tecnología, de la que gran parte pertenece al "know-how", la hace el franquiciante mediante normas, manuales, guías, capacitación al personal e inspecciones periódicas.

f) La contraprestación que paga el franquiciatario está ligada a los resultados de la operación.

g) Generalmente es un contrato a largo plazo.

h) Es un contrato de colaboración, no de cambio, pues franquiciante y franquiciatario tienen intereses comunes.

i) La franquicia es un modo de organización para la explotación de cierta clase de negocios.¹⁰

La franquicia es el contrato de distribución que alcanza un mayor grado de integración entre el fabricante franquiciante y el distribuidor franquiciatario, ya que a las obligaciones propias del contrato de distribución, se añaden la transmisión del uso de marca y de los conocimientos técnicos necesarios para la explotación de la franquicia, lo cual conllevará repercusiones especiales en el derecho de la competencia, a la vez que justifica una supervisión más estricta del franquiciante sobre el franquiciatario.

III. EL IMPACTO O CONVENIO DE EXCLUSIVA

En términos amplios, el pacto o convenio de exclusividad 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."¹¹

En este pacto es esencial la obligación de no realizar ciertas prestaciones, o de no concluir determinados contratos, sino únicamente con las personas a quienes se les reconoce la exclusividad.¹²

Accesoriedad del pacto: El pacto de exclusividad 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 y exclusividad de un suministrador o proveedor exclusivo, de una representación exclusiva, etcétera. Siempre el pacto de exclusividad estará ligado a una relación principal y para ello resulta un acuerdo accesorio, adicional, que acompaña a algún contrato.

El contrato al que va unido el pacto de exclusividad es generalmente un contrato de ejecución continuada o diferida, es decir, que produce entre las partes una relación duradera, más o menos permanente. La exclusividad no se presenta en contratos de ejecución inmediata. Los casos de contratos en que frecuentemente se pacta la exclusividad (suministros, agencia, distribución, franquicia), presentan esta característica de la duración.

¹⁰ ARCE GARGOLLO, Javier *Contratos mercantiles...*, cit., pp. 291 y 292.

¹¹ PUENTE MUÑOZ, citado por ARCE GARGOLLO, *op. cit.*, p. 304.

¹² *Ibidem*.

Se ha considerado que hay contrato que en su esencia o por su naturaleza son siempre exclusivos, de modo que el pacto de exclusiva forma parte esencial o natural de la relación contractual y no puede separarse de ésta.

El pacto de exclusiva puede ser esencial, natural o accidental para algunos contratos. Por ejemplo, la ley belga sobre el contrato de distribución, en su texto de 1961, define al distribuidor exclusivo señalando que “el concesionario de venta exclusiva es el comerciante que ostenta el derecho de vender a título exclusivo los artículos o productos de un fabricante concedente, en su propio nombre y en su propia cuenta”.

También puede considerarse que la exclusiva resulta cláusula esencial en los contratos de intermediación (representaciones comerciales, comisiones, agencia, distribución) que regulan algunas leyes de países centroamericanos. Estas disposiciones son de orden e interés público en estos países y no permiten que las partes acuerden la no exclusividad del intermedio.

En otros casos, el pacto de exclusiva es un elemento natural del contrato al que está ligado. Esto significa que si las partes no lo acuerdan, la ley que regula al contrato lo establece. Por ejemplo, en el código civil italiano, que regula el contrato de agencia, prevé la exclusiva como cláusula natural de estos contratos.

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.

Por último el pacto de exclusiva se produce como elemento accidental de la mayoría de los contratos cuando las partes así lo acuerdan. Éste es el caso más usual en la práctica.¹³

Requisitos: el pacto de exclusiva tiene dos requisitos básicos. 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.¹⁴

a) Respecto al área geográfica, ésta puede ser muy amplia, y muchas veces se detalla en un anexo del contrato, por ejemplo: todo el mundo, o todo el mundo con excepción de México, Brasil y Argentina. Si no se ha señalado claramente la zona geográfica, “no habrá más límite que el de la efectiva actividad económica del beneficiario de la misma”.¹⁵ La fijación del territorio y su aplicación al pacto de exclusiva puede ser muy compleja. Hay distintas cláusulas de territorialidad con diferentes efectos en los obligados por la exclusiva. Estas se conocen como: “territorialidad simple, territorialidad reforzada, territorialidad absoluta o territorialidad con reserva”. Cada uno de estos conceptos entraña una mayor o menor protección a la zona exclusiva.

b) Como el pacto de exclusiva supone una limitación a la libertad, ese acuerdo debe estar sujeto a 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 validada cuando tenga una duración excesiva.¹⁶

¹³ *Ibid.*, pp. 304-306.

¹⁴ URÍA, citado por ARCE GORGOLLO, Javier, *op. cit.*, p. 306.

¹⁵ PUENTE MUÑOZ, citado por ARCE GARGOLLO, Javier, *op. cit.*, p. 306.

¹⁶ DIEZ PICAZO, citado por ARCE GARGOLLO, Javier, *op. cit.*, p. 306.

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. En una ley francesa relativa a los agentes comerciales se establece que la exclusiva no puede tener una duración mayor de diez años.

c) Por último, no ya como requisito, sino como materia que debe contener el pacto, es importante concretar a qué prestaciones, productos o mercancías se refiere la exclusividad. 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 distribuidor, agente, franquiciatario o suministrado, se obliga a no adquirir o promover productos análogos o concurrentes. En la práctica puede haber problemas para definir qué se entiende por productos concurrentes o sustitutos.

Clases

a) En atención a los obligados por la exclusiva, el pacto de exclusiva puede ser de simple o doble signo,¹⁷ o unilateral o bilateral. Es decir, un contrato puede contener el pacto de exclusiva a favor de una parte —por ejemplo del agente—, a favor del empresario o de ambas. Para los contratos de agencia, distribución o franquicia puede pactarse de la siguiente manera. El obligado por la exclusiva, si es el agente, el distribuidor o franquiciatario, no puede trabajar en su zona para otros empresarios u otros competidores. En los contratos de suministro, agencia y distribución, en los que el suministrado, el agente, el distribuidor o el franquiciatario es el que está obligado por la exclusiva, suele llamársele a ésta: exclusiva de abastecimiento o aprovisionamiento. Cuando el obligado por la exclusiva es el empresario, éste no puede designar a otros agentes, distribuidores o franquiciatarios en la zona o para los productos concedidos al beneficio de la exclusiva; e incluso en ciertos casos de contratación más compleja, evitar que sus productos sean introducidos a la zona por conductos distintos a la actividad del beneficiario de la exclusiva.

b) En atención al efecto del pacto de exclusiva respecto al territorio, éste puede ser de territorialidad simple, de territorialidad reforzada o de territorialidad absoluta.

I) En la llamada cláusula de territorialidad simple [...] el concedente ha reconocido mediante la misma al concesionario el privilegio de aprovisionarle en exclusiva para esta zona, y el de que el concesionario venda en exclusiva en ella. Pero no se ha obligado a protegerle contra la posible concurrencia de los demás concesionarios de otras zonas que puedan invadir la suya [...].

II) La finalidad de la cláusula de territorialidad reforzada es que los concesionarios adquieran el compromiso de respetar el monopolio territorial de los otros, de modo que ninguno de ellos puede adquirir un cliente no domiciliado en

¹⁷ BROSETA PONT, citado por ARCE GARGOLLO, Javier, *op. cit.*, p. 306.

su territorio sin afectar una de las obligaciones del contrato donde está acordada la exclusiva.

En la cláusula de territorialidad reforzada, el concedente se obliga a imponer el respeto de la zona geográfica de eficiencia de la concesión a los demás concesionarios. Esto se consigue través del pacto de respetar las zonas geográficas de cada concesionario que aparecen en los contratos individuales de concesión. Su efecto, es por tanto, impedir la concurrencia interna dentro de la red de concesión mercantil.¹⁸

III) La cláusula de territorialidad absoluta se da cuando los concesionarios exclusivos se comprometen respecto del concedente no sólo a no revender a clientes que no están domiciliados en sus sectores, sino igualmente a imponer a sus clientes la obligación de “no exportar” la mercadería fuera del sector donde ella ha sido comercializada. Ella no puede ser practicada más que si el concesionario es un mayorista exclusivo, revendedor a minoristas que él abastece en un sector concedido.¹⁹

En esta última clase de exclusiva, el concesionario, a su vez, impone al cierre (comerciante minorista o subdistribuidor) la obligación de no vender fuera del territorio concesionado. Aquí se produce un fenómeno económico interesante, pues los productos objeto del contrato de concesión se convierten en mercancía de no libre circulación.

IV. LA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE AGENCIA Y DE DISTRIBUCIÓN Y LA CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS

El contrato de concesión comercial es un instrumento jurídico a través del cual se crea una agrupación o concentración de empresas. La empresa del concesionario está en concreto, económica y contractualmente ligada a la del concedente. Por eso es que se ha calificado al contrato de concesión como una técnica jurídica de concentración de empresas, cuya originalidad radica en que no pertenece al derecho de sociedades ni a las uniones de empresas estrictamente; mientras que del grupo de sociedades surge una integración que tiene la finalidad de crear una unidad de decisión, de la formación de una red de concesionarios nace una situación de simbiosis económica que no altera la autonomía del concesionario (al menos formalmente), cualquiera que fuera el grado de dependencia.

La doctrina distingue dos tipos de concentración de empresas: uno tipo primario, en el cual se incluyen todas las operaciones que tienen por fin aumentar la talla y el poderío económico de las empresas individuales o sociales, y en el cual se aumentan las dimensiones de las cédulas económicas fundamentales y se disminuye su número; y un tipo secundario que es un fenómeno inverso al anterior. La empresa, en esta modalidad, crece, pero “formándose enjambres”, funda filiales, obtiene el control de empresas pertenecientes a terceros a celebrar contratos colusorios con la competencia. En este segundo tipo, persisten las cédulas

¹⁸ PUENTE MUÑOZ, citado por ARCE GARGOLLO, Javier, *op. cit.*, p. 308.

¹⁹ GUYENOT, citado por ARCE GARGOLLO, Javier, *op. cit.*, p. 308.

económicas de base en sus mismas dimensiones, se mantiene igual número de empresas, pero quedan integradas a una unidad más vasta, con una dirección económica unitaria. Dentro de este segundo grupo se ubica el contrato de concesión: el fabricante obtiene el control de empresas pertenecientes a otras personas, celebrando contratos con ellos, y de esta manera las empresas se agrupan, manteniendo cada una su individualidad y sus dimensiones propias.

Se resalta que este concepto de control en este sentido es muy amplio y debe ser analizado con un criterio funcional, es decir, sin perder de vista que el concesionario es el componente de un conjunto de otros contratos idénticos celebrados por el fabricante para facilitar la existencia de nuevas "bocas" de expendio de sus productos para el mercado, formando parte de una red de distribución integrada y sometida a su dirección y poder, lo que se expresa en una subordinada económica de las empresas agrupadas que subsiste, pese a la autonomía patrimonial y jurídica.

Otros autores analizan el fenómeno de la concentración, distinguiendo dos modos bien diferenciados en que puede producirse: por subordinación o por colaboración, que es el caso que nos ocupa.

Se ha puntualizado que las ventajas que reporta una concentración coordinada de los medios de comercialización son tan importantes como las desventajas que entrañan. Por un lado, el ofrecer productos y servicios más competitivos y en mayor cantidad puede mejorar el rendimiento. Pero por otro lado, las coaliciones y monopolios que resultan de las concentraciones, permiten que la búsqueda agresiva de la ganancia, como objetivo último, someta la economía a intereses privados, y dé lugar a actos o conductas que, sin ser por sí mismo punibles, pueden constituir abusos en razón de limitar, restringir o distorsionar la competencia, o en caso de pactos entre empresarios, constituir un abuso de posición dominante en un mercado, con un eventual perjuicio al interés económico general.²⁰

En atención a lo expuesto, en la comunicación relativa a los contratos de representación exclusiva, suscritos con agentes comerciales de 24 de diciembre de 1962, la Comisión Europea indica que los contratos suscritos con agentes comerciales, en los que éstos se comprometan, para una parte determinada del territorio del mercado común, a negociar asuntos por cuenta de una empresa o a concluir un acuerdo en nombre y por cuenta ajena o en nombre propio, pero por cuenta ajena, no están incurso en la prohibición establecida por el apartado I del artículo 85 TCEE, siempre que el agente comercial "no asuma ni ejerza una actividad de comerciante independiente en el desarrollo de sus operaciones comerciales". El criterio determinante considerado por la Comisión para distinguir al agente comercial del comerciante dominante empleado, relativa a la asunción de los riesgos financieros vinculados a la venta o ejecución del contrato; salvo la garantía usual dada por el cumplimiento del contrato, el agente comercial no debe, por su función, asumir riesgo alguno proveniente de la transacción.

La Comisión justifica su postura, basándose en el carácter auxiliar del agente comercial. El agente —que no es sí mismo comprador ni vendedor— actúa de acuerdo con las instrucciones y en interés de la empresa para la que desarrolla su

²⁰ MARZORATI, Osvaldo *Sistemas de distribución comercial* (Buenos Aires Astrea 1992) 126-128.

actividad: es ésta quien verdaderamente compra o vende, decidiendo libremente para qué producto y territorio desea transferir esas atribuciones a su representante. El compromiso recíproco de exclusividad, asumido por el agente y por la empresa para la que trabaja, reduce, ciertamente, la oferta y demanda en el mercado particular en el que los agentes comerciales ofrecen sus servicios, pero la Comisión considera estas restricciones como “una consecuencia de la obligación particular de defensa recíproca de los intereses, que existe entre el agente comercial y su empresario”. Pero ello estima que no hay restricción a la competencia.

Por el contrario, en opinión de la Comisión, no se puede afirmar que el apartado 1 del artículo 85 no sea aplicable a los contratos de representación exclusiva suscritos con comerciantes independientes. A este respecto, señala la propia comunicación que la Comisión considera que se encuentra en presencia de un comerciante independiente, cuando el contratante calificado como agente comercial: 1) debe mantener o mantiene, como propietario, unas existencias considerables de los productos objeto del contrato; 2) o debe organizar, mantener o garantizar —o efectivamente lo haga— a su costa, un servicio al cliente importante y gratuito; 3) o determine o pueda determinar los precios o condiciones de la transacción.

Hay restricción a la competencia —otra cosa es que sea capaz de afectar el comercio entre los Estados miembros, lo que dependerá de cada caso específico—, cuando existe un compromiso recíproco por el que el vendedor estipula que proporcionará exclusivamente a un solo comprador un determinado producto (reducción de la oferta) y el comprador se obliga a adquirir determinado producto exclusivamente de un sólo vendedor (reducción de la demanda).

La jurisprudencia del TJCE ha acogido y desarrollado estas ideas en un triple frente. En primer lugar, se ha preguntado hasta qué punto el despliegue de una actividad económica importante por el presunto agente comercial, y paralela a la que ha sido encargada por su comitente, desnaturaliza su condición de representante de comercio. A ello ha contestado en el caso *Suiker Unie*, el Tribunal declara en su sentencia que cuando un intermediario vende a nombre y por cuenta de un fabricante o de una asociación de fabricantes puede, en principio, ser considerado como un órgano auxiliar integrado en la empresa de éste, obligado a seguir las instrucciones del comitente y formando así con esta empresa, a semejanza del empleado de comercio, una unidad económica. Las compras —añade el Tribunal— efectuadas “al representante de comercio” constituyen en realidad compras efectuadas directamente al comitente. El hecho, para éste último, de obligar a los mayoristas a dirigirse a sus representantes y no a él mismo no debería constituir ni una acción abusiva ni un indicio de tal acción. Por el contrario, intermediario, incluso calificado como “representante de comercio” por los términos del contrato que haya concluido con el comitente, no puede ser considerado como un órgano auxiliar integrado en la empresa del comitente: 1) cuando tal contrato le confiere o le deja funciones que se aproximan económicamente a las de un empresario independiente, por el hecho de que prevé, la asunción, por el intermediario, de los riesgos financieros vinculados a la venta o al cumplimiento de los contratos concluidos con los terceros; 2) cuando el intermediario es una casa comercial importante que, paralelamente a las actividades de

distribución ejercidas por el comitente, se entrega, en tanto que comerciante independiente, a transacciones de una amplitud considerable sobre el mercado del producto de que se trate. Desde entonces, una cláusula de prohibición de competencia acordada entre el tal intermediario y su comitente puede constituir un acuerdo entre empresas con posición dominante, y puede ser constitutiva de un abuso de tal posición en los términos del artículo 86. En segundo lugar, el TJCE ha apuntado que tras la representación de varias empresas que compiten en un mismo mercado, por un solo agente comercial, puede ocultarse un comportamiento colusorio entre fabricantes y, por tanto, ser sancionado. Por último, el Tribunal, implícitamente, ha señalado también la dificultad de admitir que se pueda tratar de un representante de comercio a quien actúa por cuenta de un número muy considerable de comitentes.²¹

Consideramos que esta doctrina ha sido superada, al menos por lo que se refiere al contrato de franquicia, en virtud de la emisión del Reglamento CEE número 487/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado de categorías del acuerdo de franquicias, mismo que en general autoriza las cláusulas más usuales en los contratos de franquicia, entre las que se incluye el pacto de exclusividad, con lo que la doctrina sentada por las autoridades *antitrust* europeas, y por las autoridades jurisdiccionales alemanas en el caso *Pronuntia*, en el cual declaró anulables los pactos sobre acuerdos de exclusividad territorial que vedaran la actividad de los miembros de la red en áreas otorgadas a otro franquiciado, sin perjuicio de que el franquiciado por sí asumiera la obligación de no conceder más de una franquicia en determinada zona geográfica, posición que fue criticada en su momento por la doctrina, por considerarla una entelequia de trascendencia remarcable,²² han perdido su aplicabilidad con respecto al contrato de franquicia.

De toda la doctrina de las autoridades europeas de competencia transcrita se desprende que los distribuidores, en virtud de que se asumen los riesgos financieros de las operaciones que realizan (compran y revenden), no pueden considerarse como auxiliares del fabricante, mientras que, por otro lado, se ven sujetos a todos los inconvenientes propios de los agentes de comercio, en tanto están sujetos completamente a las instrucciones y control de la empresa fabricante, lo que puede constituir un indicio de un abuso de posición dominante, que impide la existencia de una efectiva competencia entre los distribuidores.

En relación con el derecho de control de concentraciones, el problema de la validez de la cláusula de exclusividad, desde la óptica de los efectos de las concentraciones sobre la competencia, estriba en que mientras el agente es considerado como un auxiliar del empresario, y por tanto, como parte del mismo, en el contrato de distribución y el de franquicia no se da dicha situación —al menos en teoría—, en virtud de que el distribuidor es un empresario independiente que asume por su cuenta y riesgo los resultados de las operaciones. Sin embargo, en la medida en la que exista disposiciones contractuales que limiten la autonomía

²¹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis *Derecho Mercantil Internacional* (Madrid Tecnos 1993) 149 a 151.

²² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, citado por KLEIDERMACHER, Jaime L., *Franquising. Aspectos económicos y jurídicos* (Buenos Aires Abeledo Perrot 1993) 23.

comercial del distribuidor, se daría de facto, una situación muy similar a la existente en el caso del contrato de agencia, lo que colocarían en una situación de dependencia hacia el concesionario y que podría llegar a constituir un caso de concentración vertical de empresa.

Desde esta última óptica —es decir, desde la perspectiva de las concentraciones de empresas—, entendida como las direcciones que toma una empresa al asociar su crecimiento a la elección de uno o más campos de actividad,²³ en el ámbito económico, es claro que la celebración de un contrato de distribución comercial por parte de una empresa a favor de una gran empresa, que le impone al distribuidor fuertes concentraciones económicas, lo que asociado al concepto tan amplio que hace la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) respecto de las concentraciones, entendidas como la fusión, adquisición del control o cualquier acto por el que se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realicen entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos (artículo 16 LFCE); los contratos de distribución comercial pueden considerarse, a nuestro juicio, como concentraciones bajo el concepto de la LFCE, cuando reúnen las condiciones mencionadas: que sea celebrado entre una gran empresa y una empresa con poco poder de mercado, que ve limitada sustancialmente su independencia económica como consecuencia de la celebración del contrato mencionado, al suponer de facto, el control de hecho de la gran empresa sobre el distribuidor.

V. TRATAMIENTO DE LAS PRINCIPALES CLÁUSULAS DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL EN LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Los distribuidores de diversas marcas de un producto específico consultaron a la Comisión sobre los aspectos de competencia de los contratos de distribución, establecidos por los fabricantes de dicho artículo. Los primeros son competidores entre sí, tanto dentro de cada marca como entre marcas. Por su parte, los fabricantes compiten entre ellos con sus respectivas marcas.

El producto referido es un bien de consumo duradero, costoso en términos relativos. Requiere de refacciones y partes especiales, así como de mantenimiento sistemático y especializado. El desempeño y el prestigio de la marca dependen en buena medida de estos cuidados. En estas condiciones, la distribución y los servicios postventa están estrechamente asociados. La prestación de ambos implica elevadas inversiones.

Los contratos de distribución comprenden diversas prácticas “verticales”, ya que corresponden a las relaciones mercantiles desde la producción hasta la distribución y comercialización del bien específico. En este contexto, la Comisión hizo comentarios generales sobre las cláusulas presentadas por los distribuidores:

²³ BUENO CAMPOS, Eduardo y MORCILLO ORTEGA, Patricio *Manual de economía y organización industrial* (Madrid McGraw Hill 1994) 169-171.

a) Distribución exclusiva de una marca: Esta condición tiene generalmente el objeto de garantizar al fabricante el beneficio de las inversiones hechas en asistencia técnica e incluso en infraestructura. Se evita de esta manera que el distribuidor utilice esos recursos en la promoción de otras marcas. En términos de eficiencia, esta medida estimula la asignación de recursos por parte de los fabricantes en la prestación de los servicios de venta y postventa relacionados con sus marcas respectivas.

b) Exclusividad territorial para el distribuidor de una marca. El monto de las inversiones en infraestructura de distribución y la escala de las operaciones justifican la asignación de territorios exclusivos. Este tipo de facilidades no deben evitar las presiones que implican: 1) la presencia de distribuidores de otras marcas en el mismo territorio; 2) la competencia potencial relacionada con la posibilidad de dividir la zona exclusiva entre nuevos distribuidores de la misma marca.

c) Imposición de precio y otras condiciones que el distribuidor ha de observar en las transacciones con sus clientes. En cuanto a precios, esta medida tiene el propósito de garantizar una rentabilidad competitiva y evitar abusos en la exclusividad territorial. El resto de las condiciones se relacionan generalmente con la protección de la imagen de la marca, así como de la calidad del bien y de los servicios conexos al mismo.

Serían válidas cláusulas como ventas atadas, obligaciones de no competir y limitaciones de competir al distribuidor o a sus propietarios? No obstante, la Comisión comunicó a los consultantes que el contrato de distribución incluía algunas cláusulas que podrían implicar prácticas monopólicas relativas como:

a) Restricciones a la comercialización de productos distintos a los bienes cuya distribución es objeto de contrato, y a la prestación de servicios de mantenimiento y reparación de marcas diferentes a las producidas.

b) Prohibición de adquirir de terceros productos de la marca distribuida, así como de importar artículos de dicha marca.

c) Prohibición a los accionistas de las distribuidoras de participar en otras empresas que pudieran competir con el fabricante.

d) Venta de unidades específicas del fabricante al distribuidor, atadas a la compra de otros modelos, e incluso al uso del financiamiento proporcionado por filiales del fabricante.

e) Obligación de utilizar los servicios de arrendamiento, financieros y de transporte, así como los sistemas de cómputo proporcionados por el fabricante o sus filiales.²⁴

²⁴ Informe de la Comisión Federal de Competencia, 1994-1995, pp. 93 y 94.