

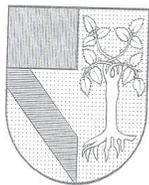
**UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA**

AIMÉE GONZÁLEZ SÁNCHEZ

**LA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD EN EL
CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN:
UN ANÁLISIS CRÍTICO**

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86

Zapopan, Jalisco, Enero de 2011.



DERECHO

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. AIMEÉ GONZÁLEZ SÁNCHEZ
Presente:

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **"LA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD EN EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN: UN ANÁLISIS CRÍTICO"**, presentado por Usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



DR. EDUARDO ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ



GUILLERMO ALEJANDRO GATT CORONA
JESUS ARMANDO ZULOAGA ELIAS
JUAN CARLOS SAUZA MANCILLA
SERGIO ANTONIO HUERTA RIOS
ALICIA DANIELA AGUIAR SANCHEZ
JAIMÉ DE SALIS SANTOYO
PABLO EDEN WYNTER BLANCO
LUCÍA FALCÓN PALOMAR
ADRIANA ISABEL LÓPEZ PADILLA TOSTADO
GILBERTO SAMUEL MÉNDEZ FERNÁNDEZ
ARANZAZU MÉNDEZ GONZÁLEZ
MARIANA SARDO
JESÚS GUILLERMO URIBE VILLA

Guadalajara, Jalisco. Septiembre 22, 2010

Mtra. María Isabel Álvarez Peña
Secretaria Académica de la Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Campus Guadalajara
Presente,

Estimada Mtra. Álvarez,

He leído cuidadosamente en mi carácter de Asesor de tesis, el documento titulado **"La Cláusula de Exclusividad en el Contrato de Distribución: un análisis crítico"**, que como trabajo de recepción profesional presenta la pasante en derecho **AIMÉE GONZÁLEZ SÁNCHEZ**, tesis que en mi concepto y en los términos establecidos por la institución, reúne los requisitos previstos para un trabajo de tal carácter.

Por ello otorgo a dicha tesis mi VOTO APROBATORIO.

Sin más por el momento, me despido poniéndome como siempre a sus amables órdenes.

Atentamente,

Mtro. Guillermo A. Gatt Corona

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN-----	6
I.- CONTRATOS MERCANTILES-----	9
1.1.- Marco Jurídico y su diferencia con los Contratos Civiles-----	9
1.2.- Contratos Atípicos-----	22
1.2.1.- Problemáticas de la Atipicidad-----	24
1.2.2.- Necesidad de su legislación-----	27
II.- CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN-----	29
2.1.- Clasificación Doctrinal-----	32
2.2.- Elementos Personales -----	35
2.3.- Elementos Reales-----	37
2.4.- Obligaciones de las Partes-----	40
2.4.1.- Obligaciones del Distribuidor-----	40
2.4.2.- Obligaciones del Empresario-----	47
2.5.- Causas de Terminación-----	49
2.6.- Figuras Afines-----	53
2.7.- Forma del Contrato-----	60
2.8.- Vigencia del Contrato de Distribución-----	62
2.9.- Cláusulas-----	64
2.9.1.- Obligaciones de las Partes-----	65
2.9.2.- Cláusula de Exclusividad-----	66
2.9.3.- Cláusula de No competencia-----	69
2.9.4.- La Confidencialidad-----	71
2.9.5.- Cláusula de Solución de Controversias-----	73
2.9.6.- Pena Convencional-----	74
2.9.7.-Cláusula relativa a la propiedad industrial de los productos objeto del contrato-----	75
III.- CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD-----	78
3.1.- Artículo 5to de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-----	82
3.2.- Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-----	87
3.3.- Ley Federal de Competencia Económica-----	91
3.3.1.- Artículo 9 de la LFCE-----	94
3.3.2.- Artículos 10, 11, 12 y 13 de la LFCE---	96
IV.- LA PROPUESTA DE LEY EN ESPAÑA-----	113
4.1- Ventajas y desventajas de la "Proposición de Ley de Contrato de Distribución" presentada en España--	116
4.1.1.- Ventajas-----	116

4.1.2.- Desventajas-----	119
CONCLUSIONES-----	121
PROPUESTAS. NECESIDAD DE TIPIFICARLO EN MÉXICO-----	125
1.-Desventajas-----	126
2.- Ventajas-----	127
3.- Propuesta de Legislación-----	129
ANEXO "A"-----	137
BIBLIOGRAFÍA-----	153

INTRODUCCIÓN

La idea de la presente Tesis surgió de mi primer día de trabajo, cuando me pidieron que revisara un contrato de distribución, con cláusula de exclusividad y elaborara un memorándum indicando mi opinión legal sobre el mismo y en su caso, diera las propuestas para modificar alguna de sus cláusulas. Para estar en posibilidades de revisarlo tome mi libro de Contratos Mercantiles y el Código de Comercio, con la idea de revisar los puntos con los que debe cumplimentar un Contrato de Distribución. Sin embargo, ni el Código de Comercio ni el libro de Contratos Mercantiles establecía los lineamientos con el que el Contrato de Distribución debería cumplir.

El presente estudio tiene como finalidad realizar un análisis del contrato mercantil atípico de distribución. Dicho análisis abarca desde la definición de contrato, la diferencia de los contratos mercantiles con los contratos civiles, los antecedentes del contrato de distribución, sus elementos, clasificación y verificación de la legalidad de la cláusula de exclusividad con los artículos constitucionales y con la Ley Federal de Competencia Económica, entre otros aspectos relevantes.

Partiendo del punto de que el contrato de distribución es uno de los contratos mercantiles más utilizados en la economía actual y siendo el mismo un contrato no regulado por nuestra legislación, como propuesta principal de la presente tesis propongo que el contrato de distribución, sea tipificado en la legislación Mexicana. Como parte de mi propuesta principal

incluyo en la presente tesis un análisis de las ventajas y desventajas que conllevarían el hecho de tipificar dicho contrato.

Para encontrarme en condiciones de proponer una legislación sobre el contrato de distribución, primero realizaré el análisis de los elementos del contrato de distribución, de sus clasificaciones, de sus cláusulas y verificaré la similitud que guarda con figuras afines, así como las diferencias principales entre el contrato de distribución y figuras similares.

Tomando en consideración la afirmación que las cláusulas de exclusividad, ya sea para una o para ambas partes en un contrato de distribución, son violatorias de diversos preceptos constitucionales y lo consideran una práctica monopólica y, por ende, violatorio de lo establecido por la Ley Federal de Competencia Económica y su reglamento, así como con la finalidad de probar que la inclusión de dicha cláusula no es un práctica monopólica; incluyo en la presente tesis un breve análisis de los preceptos constitucionales relativos al monopolio y los artículos que de la Ley Federal de Competencia Económica se derivan.

Así mismo, me propongo analizar una propuesta de legislación que existe en España para regular el contrato de distribución, con la finalidad de proponer, derivado de su análisis, una legislación respecto de dicho contrato en nuestro país.

Concluiré la presente tesis con mi propuesta principal, que en resumen se enfoca en la tipificación del contrato de distribución por la legislación mexicana, toda vez que en la actualidad es uno de los más utilizados en la sociedad y que el mismo no ha sido regulado por nuestra legislación mercantil. Cabe mencionar que mi propuesta de legislación del contrato de distribución, no es una propuesta de legislación exhaustiva, no busco limitar a las partes contratantes, sino mi propuesta es fijar las bases mediante las cuales las partes tomen como punto de partida, para celebrar un contrato de distribución, propongo una legislación que marque los cimientos a partir de los cuales las partes contratantes construirán su contrato de distribución. Concluyendo con la propuesta de los artículos que deben ser incluidos en nuestra legislación mercantil.

CAPÍTULO I

CONTRATOS MERCANTILES

1.1.-MARCO JURÍDICO Y SU DIFERENCIA CON LOS CONTRATOS CIVILES.

El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando, las partes pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho: crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin de extinguirla.¹

El contrato se conoce como la fuente más importante de las obligaciones, un contrato da origen a una gran cantidad de obligaciones para las partes que en él intervienen.

Si quisiéramos diferenciar un contrato de un convenio, tendríamos que atender a su definición teórica siendo su principal diferencia el hecho de que el convenio *lato sensu* es clasificado como el género y el contrato como la especie del mismo, "el contrato es una especie del género convenio y éste, el acuerdo de dos o más personas con un fin jurídico; cuando ese fin es la creación de una obligación, el convenio toma el nombre de contrato"² "el contrato es una especie del género convenio, y que el primero de tales vocablos sólo debe emplearse para aquellos acuerdos de voluntades por virtud de los cuales se producen o transfieren obligaciones o derechos; cuando se modifiquen o extingan obligaciones será menester el empleo de la palabra *convenio*"³. En virtud de dicha clasificación se origina la definición de contrato incluida en nuestro Código Civil Federal en su artículo 1793 que versa de la siguiente forma "Los convenios que producen o transfieren

¹BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Ed. Porrúa, 1998, p. 111.

²GAUDEMET, Eugene, *Teoría General de las Obligaciones*, Segunda Edición, México, Ed. Porrúa, 1984, p. 37.

³DIAZ BRAVO, Arturo, *Contratos Mercantiles*, Sexta Edición, México, Ed. Oxford, 1997, p. 8.

las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos"⁴, "convenio en virtud del cual se produce o se transfiere una obligación o un derecho."⁵ Esta diferencia es sólo una diferencia teórica, ya que muchas veces en la vida cotidiana contrato y convenio son usados incorrectamente como sinónimos.

"En los contratos en general, se encuentra inmerso el concepto de obligación, entendida como el vínculo que limita la actividad humana y la dirige en un sentido determinado"⁶.

"La obligación es una relación jurídica entre dos personas, por la cual una de éstas... está facultada para exigir de otra... determinada prestación. Cuando esta relación jurídica resulta de un acto o de un hecho comercial, la obligación tiene carácter mercantil."⁷

El haber de los contratos se clasifica en contratos civiles y contratos mercantiles. "La importancia de esta distinción estriba en las consecuencias diversas que implica considerar un contrato como civil o como mercantil, v.gr. en cuanto a la transmisión de riesgos, los efectos de la morosidad o el plazo de cumplimiento de obligaciones"⁸. Existen diversos autores como León Tovar, Soyla H⁹ y autores a los que ella hace referencia en su libro *Contratos Mercantiles*, que a la fecha afirman no existe una definición que comprenda todos los actos considerados por las leyes como mercantiles. Para dicha autora:

El problema se centra en el concepto del acto de comercio porque tanto los contratos civiles como los mercantiles son actos jurídicos y sin embargo los

⁴ *Código Civil Federal*. México, Ediciones Delma, 2001.

⁵ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Vigésimo sexta Edición México, Ed. Porrúa, 1998, p. 188.

⁶ GIORGIANNI, Michele, *La obligación: la parte general de las obligaciones; traducción de la edición italiana, con un prólogo del autor a la edición española, de Evelio Verdera y Tuells*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 19.

⁷ AYLLÓN GONZÁLEZ, María Estela y GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora, *Temas Selectos de Derecho Corporativo*, México, Ed. Porrúa, 2000, p. 139.

⁸ LEÓN TOVAR, Soyla H, *Contratos mercantiles*, México, Ed. Oxford, 2004, p. 1.

⁹ *Ibidem*, pp. 2-6.

segundos tienen una reglamentación especial o excepcional, no obstante la cual no existe ninguna definición posible que aglutine todos los actos calificados por las leyes como mercantiles, pese a que el CCo¹⁰ advierte en su art. 1049: "*Son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir controversias que conforme a los artículos 4, 75 y 76 se deriven de los actos comerciales.*"¹¹

A pesar de que la línea que divide a unos de otros es sumamente delgada y en muchas ocasiones son combinados, nuestra legislación hace un esfuerzo en señalar elementos que nos permite determinar una distinción entre ambos, a diferencia de otras legislaciones que buscan unificar las normas del derecho civil y mercantil en un solo ordenamiento¹². De la misma forma podemos tomar lo que establece un Tribunal Colegiado de Circuito en una tesis aislada en dicho sentido:

Para poder definir cuándo un contrato es de naturaleza civil o mercantil, debe tenerse en cuenta que el Código de Comercio define al derecho mercantil desde una concepción objetivista, esto es, lo define a partir de los actos que la propia norma cataloga como comerciales y no necesariamente en función de los sujetos que los desarrollan (comerciantes). El mencionado cuerpo de leyes, en su artículo 75, enumera en veinticuatro fracciones, los actos que considera mercantiles, a los que clasifica como tales ya sea por el objeto, por los sujetos que intervienen o por la finalidad que se persigue con su realización, y, en su fracción XXV, precisa que serán mercantiles cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en ese código, concluyendo que, en caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial. La enumeración que se hace en el artículo 75 del Código de Comercio, comprende una gran variedad de actos cuya naturaleza deriva de distintas razones, por lo cual, no es posible obtener una definición única de acto de comercio, al igual que tampoco puede darse un concepto unitario de contrato mercantil; luego, dado que el único rasgo que identifica a los actos de comercio, es que lo son, por disposición expresa del legislador, para establecer cuándo se está en presencia de obligaciones de esa naturaleza, deberá indagarse si el acto jurídico en cuestión encuadra en aquellos que el legislador catalogó expresamente como actos de comercio. De donde se sigue, que deben calificarse como contratos mercantiles todas las relaciones

¹⁰ Código de Comercio, México, Distrito Federal, Ed. Themis, 2004.

¹¹ LEÓN TOVAR, Soyla H. *Op.Cit.* p. 10.

¹² Tal como lo han hecho en Italia y en Suiza. La razón para esa unificación estriba en la superación de las posibles diferencias entre las normas del Código Civil y del comercio, en todo caso, ambos están ubicados dentro del llamado derecho privado; al punto que algunos consideran que dicha unificación podría provocar la desaparición del derecho mercantil. LEÓN TOVAR, Soyla H, *Ibidem*, p. 147.

jurídicas sometidas a la ley comercial; lo que implica, que serán mercantiles los contratos, aun cuando el acto sea comercial sólo para una de las partes, tal como se preceptúa en el artículo 1050 del código en consulta.¹³

Desde el punto de vista doctrinal los principales elementos que diferencian a un contrato mercantil de un contrato civil, se conocen como aquellos elementos que condicionan a un acto de comercio, los cuales son: el objeto, sujeto y el fin. Dentro del elemento **objeto** se contemplan todos aquellos contenidos en el artículo 75 del Código de Comercio, el hecho de que el objeto materia del contrato esté contemplado o contenido en el mencionado artículo del Código de Comercio será considerado un Contrato Mercantil y por ende se regirán por dicho ordenamiento legal.

Si en nuestra ley son actos de comercio los enumerados y considerados como tales por el art. 75 de CCo (básicamente contratos ya actos relacionados con las empresas) por voluntad del legislador, dichos actos atribuyen la calidad de comerciante a quien los realiza en forma profesional, pero también es indiferente la persona quien lo realiza, e incluso muchos de esos actos pueden ser realizados por personas que no son consideradas en derecho comerciantes, y sin embargo, el CCo en su art. 1050 declara la aplicación de sus normas procesales aun cuando sólo para una de las partes el acto sea mercantil, eliminando así el concepto de acto mixto; de donde se habrá de concluir que hoy por hoy la preocupación de los juristas no debe ser la de definir el acto de comercio en general, sino indagar cuáles actos tienen esa naturaleza y, sobre todo, cuáles son los actos que pese a lo dispuesto por la ley no pueden ser mercantiles.¹⁴

A su vez como **sujetos** se entienden aquellos que previstos por el artículo 3 del Código de Comercio, los cuales comúnmente se conocen como comerciantes; y que con fundamento en el mencionado artículo "se reputan en derecho comerciantes:

¹³ Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada III.2o.C.118 C, Novena Época. "Contratos Mercantiles. Forma de Establecer que se ésta en Presencia de Obligación de Carácter Natural", Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Julio de 2006.

¹⁴ LEÓN TOVAR, Soyla H. *Op. Cit.* p. 5

I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.”¹⁵

Y el último de los elementos principales es el **fin**; por el fin se entiende aquellos actos cuya finalidad primordial sea la especulación, el fin oneroso o el fin de lucro, en otras palabras las partes integrantes del contrato tendrán como principal finalidad el obtener un beneficio económico de dicho contrato. Con base en nuestra legislación los podríamos generalizar como aquellos contratos que tengan como finalidad principal el obtener un lucro, su objeto esté contenido en el artículo 75 de Código de Comercio o dicho contrato sea realizado entre comerciantes, serán considerados como un Contrato mercantil y los mismos deberán atender lo establecido en nuestra legislación Mercantil. Sin embargo, como hice mención de forma anterior, existen autores que afirman que dichas definiciones no son exactas y llegan a abarcar actos que no son mercantiles o en su caso pueden llegar a dejar fuera de su definición actos que en el fondo son mercantiles.

... No se puede dar una definición de contrato mercantil, ni se hará aquí intentos de crear nuevas clasificaciones del acto de comercio para aplicarlas a los contratos mercantiles; únicamente siguiendo la reglamentación de CCo y las clasificaciones doctrinarias de los actos de comercio, se señala que son mercantiles los contratos, ya sea por el sujeto (comerciante), por el objeto (cosas mercantiles), por la finalidad (especulación comercial) o por su conexión a un negocio mercantil.¹⁶

¹⁵ *Código de Comercio*. México, Distrito Federal, Ed. Themis, 2004.

Una obligación mercantil es un vínculo jurídico por el cual un sujeto tiene el deber de cumplir frente a otro sujeto, una prestación que tiene carácter mercantil, a cambio recibirá una contraprestación. Partiendo el hecho que el acto que originó dicha obligación es de naturaleza mercantil, es por ello que el contrato es considerado mercantil y se regirá bajo las normas de carácter mercantil.

Como mencioné anteriormente existen contratos que contienen elementos del acto de comercio, sin embargo también contienen elementos de un contrato civil y en virtud de ello podrían llegar a ser incluidos en los contratos civiles, a estos contratos se les conocen como mixtos, por ser contratos que combinan elementos civiles y elementos mercantiles. No abundaré mucho en este tema, toda vez que no es materia de mi tesis determinar la solución para esos contratos considerados como mixtos, solamente citaré a Díaz Bravo Arturo en lo siguiente:

Ya la doctrina mexicana ha puesto de relieve la ausencia de una clara solución legal sustantiva para estos actos. Mientras algunos autores¹⁷ estiman que, por no existir la posibilidad legal de imponer a ambas partes el carácter que el acto tiene sólo para una de ellas, en tales casos existe un doble régimen legal, otros apuntan que con ellos se crearían situaciones caóticas, solo evitables mediante la aplicación, a tales actos mixtos, del C. Com exclusivamente.¹⁸

Todo individuo como parte de su vida cotidiana celebra un sin número de contratos. La celebración de contratos es una actividad común de nuestra vida ordinaria, en virtud de ello y

¹⁶ LEÓN TOVAR, Soyla H. *Op. Cit.* p. 7.

¹⁷ BARRERA GRAF, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*, México 1989, p. 71; MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho Mercantil*, 22ª Ed. México 1982, p. 90. *Apud*, DÍAZ BRAVO, Arturo. *Op. Cit.* pp. 4 -5.

¹⁸ DÍAZ BRAVO, Arturo. *Op. Cit.* pp. 4 -5.

en atención a que la actividad de los comerciantes consiste esencialmente en contratar, es que el contrato se considere como la fuente más común de las obligaciones.

El ser humano, en su devenir histórico, por el simple hecho de vivir en sociedad, realiza una serie de actos, es por ello que la vida económica de un país se basa en gran parte en el comercio que se desarrolla en dicho país. No se puede hablar de economía, ni desarrollo económico dejando a un lado el comercio. A su vez el comercio para su desenvolvimiento y actividad diaria hace uso de los contratos, de aquí la importancia que tiene un contrato mercantil en la vida diaria de cualquier individuo y en especial de los comerciantes¹⁹.

Cabe hacer un paréntesis para mencionar que los contratos tienen dos tipos de elementos, los elementos de esencia y los de validez. "Son elementos esenciales: el consentimiento y el objeto; son elementos de validez: la capacidad de las partes; la ausencia de vicios de la voluntad y las formalidades."²⁰

Se puede decir que los contratos mercantiles surgieron con el fin de regular las relaciones entre comerciantes, estableciendo términos y plazos para el pago, cumplimiento, causas de terminación, formas de cumplimiento, condiciones, entre otras. Una vez que el comercio tomo auge se convirtió en la base de la economía de todo país, derivado de ello surgió la necesidad de encontrar una forma indubitable de pactar el cumplimiento de las obligaciones fijada en los contratos, con la finalidad de otorgar seguridad a los contratantes y poder comprobar la existencia de las obligaciones. "Mediante los contratos propios del tráfico mercantil el hombre procura satisfacer todas sus necesidades materiales, espirituales, científicas, de esparcimiento, etc., recurriendo a las empresas

¹⁹ AYLÓN GONZÁLEZ, María Estela y GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. *Op. Cit.* p. 138.

²⁰ MOTO SALAZAR, Efraín, *Elementos de Derecho*, Cuadragésima Quinta edición, México, Ed. Porrúa, 2000. p. 255.

productoras y distribuidoras de los bienes y servicios que se lanzan al mercado a dicho fin.”²¹

Las leyes mercantiles siempre han sido dictadas para los comerciantes o para los actos de comercio; pero en ambos casos, tanto en el llamado sistema subjetivo como en el objetivo, de las leyes mercantiles se han apoyado en el concepto de comercio, que es el antecedente lógico del Derecho Mercantil.²²

El Derecho Mercantil se puede concebir como el derecho de los comerciantes y de los actos de comercio.

Nuestro actual Código de Comercio se expidió el día 4 de junio de 1887. Desde dicha fecha y a lo largo de su historia ha sufrido diversas reformas, sin embargo, a pesar de dichas reformas se puede catalogar, en mi opinión, como un Código incompleto por diversas razones entre las que destaca el hecho de que no regula la gran mayoría de los contratos que atendiendo su uso diario y cotidiano en nuestra sociedad, deberían de ser regulados y en virtud de dicha regulación deberán ser considerados como contratos típicos.

En México, los contratos de derecho mercantil se encuentran regulados en un capítulo especial, del Código de Comercio, “el cual lo regula de manera general, ya que no están sujetos a la normatividad de las Entidades Federativas, puesto que ellas carecen de facultad para legislar sobre la materia de comercio, en virtud de que se rigen por las disposiciones federales.”²³ El Código de Comercio en su artículo 78 señala que “en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse...”²⁴ Dicho artículo es el fundamento legal que faculta a las partes contratantes a

²¹ FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*, 2da Edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999, p. 1.

²² GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 9ª edición, México, Ed. Porrúa, 1993, p. 51.

²³ AYLÓN GONZÁLEZ, María Estela y GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. *Op. Cit.* p. 139.

que atendiendo su voluntad, la manera que exterioricen su voluntad y la forma de plasmar dichos acuerdos en el contrato, serán los términos y condiciones sobre los cuales se obliguen. Dichas voluntades exteriorizadas serán los términos en que se obliguen mutuamente, y atendiendo a ello es en la medida en que deberán cumplir sus obligaciones pactadas en dicho contrato.

A pesar de que el Código de Comercio faculta a los contratantes para que en atención a su voluntad, a los términos y a la forma que cada parte se quiso obligar en un contrato, estarán obligadas las partes; no establece lo que será o lo que se considera contrato en nuestra legislación. Esto es una muestra de la deficiencia que sufre nuestra legislación mercantil. Existen quienes apoyan la idea de omitir o no incluir definiciones de ningún concepto en las leyes, ya que al incluir definiciones se limita el concepto de las mismas y con ello nos sujetamos a la voluntad del legislador. En este caso es necesario delimitar los parámetros que se tomarán en cuenta para identificar a cuáles actos jurídicos nuestra legislación le dará tratamiento de contrato mercantil y a cuáles actos negaría dicho tratamiento. A diferencia de lo anteriormente expuesto, el Código Civil Federal, si incluye la definición de contrato, su forma, división, cláusulas y objeto, lo cual, en algunas ocasiones, permite delimitar si uno se encuentra frente a un contrato civil o frente a otro acto. Aunque dicho Código es supletorio para el Código de Comercio²⁵, apoyo la idea de que dicha definición de contrato debería ser incluida en la legislación Mercantil.

²⁴ *Código de Comercio*, México, Distrito Federal, Ed. Themis, 2004.

²⁵ Código de Comercio. "**Artículo 2o.**- A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal."

Los contratos mercantiles han sido sujetos a diversas formas de clasificación por diversos autores, una de dichas clasificaciones doctrinales, es aquella que divide los contratos en típicos y atípicos, así como la clasificación que los distingue en contratos nominados e innominados. Abundando un poco más en el tema.

Contratos Típicos son aquellos que tienen su regulación en la ley, que los precisa y les otorga una disciplina en cuanto a su contenido, sus efectos e incluso, sus requisitos formales. Contratos atípicos son aquellos no regulados por la ley, surgidos a la vida jurídica en razón de la libertad de contratación, inherente junto con la libertad para contratar a la autonomía de la voluntad.²⁶

A contrario *sensu* se ubican los contratos atípicos que son aquellos contratos que no se encuentran regulados en nuestra legislación. En algunas ocasiones se llegan a mencionar los contratos atípicos en nuestra legislación y en otras ocasiones no llegan a ser mencionados, pero la esencia que distingue a los contratos atípicos es el hecho que no se encuentran regulados de forma exhaustiva y específica respecto a su creación, ejecución, elementos etc., a diferencia de los contratos típicos, que si lo hacen. "Contrato Atípico es aquel que no se encuentra regulado por la ley y, por tanto, no se ajusta a ninguno de los tipos establecidos"²⁷.

Contratos Atípicos. Son los contratos no regulados expresamente en las leyes y que se presentan algunas veces con una simple modificación de alguno de los elementos caracterizantes de un contrato típico, en otras con el elemento de dos o más contratos regulados y en otras más con toda una nueva estructura, cuyo régimen jurídico depende de su propia caracterización y la voluntad de las partes dentro de los límites de la autonomía de la voluntad.²⁸

²⁶ FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos. Op. Cit.* p. 293.

²⁷ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho. Op. Cit.* p. 189.

²⁸ LEÓN TOVAR, Soyla H. *Op. Cit.* p. 9

Son nominados aquellos contratos a los cuales se les otorga un nombre por nuestra legislación y por dicho nombre se le conoce y se le distinguen del resto de los contratos, en contraposición de ellos se encuentran los contratos innominados, los cuales son aquellos que no se mencionan en nuestra legislación, por lo que su nombre se les otorga por la costumbre y usos que se le da a los mismos y en atención a la situación jurídica que busca regular.

Al regular o tipificar un contrato, se establecen las bases en las cuales se puede elaborar un contrato, los elementos que debe contener, las formalidades y además fija supletoriamente la voluntad de las partes, en caso de que las partes durante su elaboración omitan pactar un término, un plazo, obligación, entre otros.

El problema de los contratos atípicos (o típicos socialmente) es el régimen jurídico aplicable a los mismos, ya que algunas veces se presentan como una pluralidad de prestaciones, típicas de varios contratos típicos en un contrato único, reunidas y coordinadas en un único esquema contractual por acción de una única causa mixta, en otras con una sola variante de los contratos típicos y en otras más con todo un nuevo esquema.²⁹

Haciendo un análisis de los contratos atípicos, los cuales abundan en nuestra legislación Mexicana, podemos darnos cuenta que los mismos no gozan de las ventajas de un contrato típico, en virtud de ello, estos contratos se deben elaborar atendiendo a las bases generales de los contratos que establece nuestra legislación y atendiendo a aquellos contratos que son similares y típicos al contrato atípico en cuestión. Pero no gozarán de tener la seguridad de que en el supuesto de omitir alguna cláusula, siempre estará la ley que supla la voluntad de las

²⁹ LEÓN TOVAR, Soyla H. *Op. Cit.* p. 10

partes o que otorgue las bases para contratar, si no que sólo se elaboran en atención a los conocimientos y experiencias en la materia.

Muchos apoyarán la idea de que los contratos atípicos no son un problema, pero no debemos dejar fuera de nuestro análisis, el supuesto de que al momento de elaborar el contrato se omite algún término o alguna cláusula en el mismo, no existiendo para ello una ley que supla la voluntad; de la misma forma los jueces no tendrán una base para pedir una rescisión, terminación o cumplimiento forzoso de dicho contrato; son estos hechos los que dan origen a un problema. Si aunado a esto recordamos que muchos de los contratos más utilizados y comunes en la sociedad actual, no está tipificado entonces estamos frente a un problema más grave.

Son pocos los contratos que nuestra legislación mercantil incluye, tales como la compraventa, permuta, de seguros, de transporte terrestre, cesión de créditos, entre otros. En dicha materia nuestra legislación es muy escasa. Estoy a favor de las opiniones de que una legislación mercantil no puede incluir la totalidad de los contratos existentes, pero a su vez firmemente creo que por lo menos aquellos contratos que son utilizados ordinariamente en la vida cotidiana deben ser incluidos en la legislación mercantil, debido a que son dichos contratos los que rigen la vida mercantil y por lo tanto la vida económica de los países.

Es importante señalar que las normas que rigen el derecho mercantil deben de cambiar y adaptarse a las exigencias de la actividad mercantil que vive una sociedad en un momento

determinado. Dichas normas mercantiles nacieron con el fin de satisfacer las necesidades de la sociedad en un momento determinado de la historia, pero dichas necesidades cambian día con día, la economía de todos los países ha cambiado y por ello la legislación que los regula debe adaptarse y buscar regular las necesidades actuales de la sociedad. En ello se resumen su fin y su motivo de existencia.

La transformación económica contemporánea es resultado de una revolución en los sistemas de producción de bienes y de su distribución que abarca desde la segunda mitad del siglo XIX hasta nuestros días, y se manifiesta en un proceso en notable aceleración, influido de manera decisiva por avances técnicos, pero la tecnología y la sociedad avanzan más rápidamente que la normatividad, de tal manera que es muy común encontrar que las nuevas figuras no estén aún tipificadas³⁰.

Hay que recordar que la actividad mercantil se encuentra dentro de las principales actividades de cualquier sociedad, derivado de dicho hecho es la importancia que su regulación satisfaga las necesidades de dicha sociedad. Los contratos requieren una atención en un grado mayor, tanto por los legisladores, como por las partes que bajo dichas bases buscan contratar.

El ser humano... realiza una serie de actos, que en algunos casos le permite sobrevivir y en otros, para mejorar su calidad de vida; así la persona, compra, vende, genera, transporta, fabrica, distribuye bienes y servicios, en su relación con los demás sujetos, dando nacimiento a la figura de contrato³¹.

Un contrato elaborado correctamente deberá establecer las bases, lineamientos, términos y condiciones para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, así mismo también podrá dar solución a cualquier problema que pueda originarse en la vigencia del contrato y que se derive de la relación contractual, estableciendo una solución u opción para

³⁰ HALPERIN, Isaac, "Contratos y obligaciones comerciales", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 74, 13, 1980, p. 166.

³¹ FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*, Op. Cit. p. 14.

solucionar al mismo o en su caso para darlo por terminado anticipadamente. Sin embargo, no podemos dejar todo el peso en el contrato, deben existir opciones y soluciones a los problemas que puedan originarse de dicha relación contractual, la ley debe regular e incluir en su legislación algunos contratos que por su uso cotidiano se han vuelto indispensables para la vida comercial de una sociedad.

La finalidad de esta breve explicación es hacer énfasis en la importancia de un contrato en una sociedad, su regulación, su forma, elementos y la seguridad que deben otorgar a las partes que celebran el mismo. Toda sociedad realiza diariamente una cantidad innumerable de contratos, es por ello que opino que los contratos deben tener una legislación más amplia de la existente, regulándose determinados elementos de los contratos. Los dejaré con ésta idea, con el objetivo de que una vez que me adentre y me extienda en el análisis del propio contrato de Distribución, capten la esencia de mi propuesta y de lo que busco hacer notar con la presente tesis.

Como mencioné anteriormente una de las clasificaciones más utilizadas por diversos autores entre ellos *Javier Arce Gargollo*, referente a los contratos, es la que divide los contratos en típicos y atípicos. Me propongo a continuación realizar un análisis más detallado atendiendo a dicha clasificación.

1.2.-CONTRATOS ATÍPICOS

La permanente evolución de las relaciones económicas, la revolución tecnológica, la ampliación de los mercados, la expansión de la economía, las renovadas necesidades del tráfico mercantil y el cambio que día a día se opera en

todos los órdenes de la vida, determinan la aparición y proliferación de relaciones contractuales no previstas por los textos legales y que dan nacimiento a nuevas figuras contractuales; por lo tanto, los clásicos contratos típicos resultan insuficientes para dar adecuada solución a todos estos problemas.³²

El contrato de Distribución, al igual que una extensa lista de contratos que son utilizados de manera ordinaria en nuestra sociedad, son considerados contratos atípicos. Dicha atipicidad está basada en el hecho de la ausencia de legislación sobre el mismo, en contra posición de un contrato típico, el cual se encuentra regulado e incluido en nuestra legislación.

“La tipicidad es, pues, una cualidad relativa en el tiempo: contratos que hasta un determinado momento han sido atípicos pueden dejar de serlo y convertirse en típicos desde el momento en que se regula su contenido.”³³ Dicho fenómeno de contratos atípicos se da más en el Derecho Mercantil que en el Derecho Civil. En ambos derechos se da la libertad contractual, el Código Civil Federal permite la existencia de todos aquellos contratos mediante el cual las partes acuerden libremente su contenido y que a su vez dicho contenido no vayan en contra del mismo ordenamiento legal. Esta facultad que se establece en dicho precepto legal, se extiende a otros ordenamientos, tales como el Código de Comercio, es por ello, y en base a la supletoriedad, es que también la libertad contractual aplica en y se permiten los contratos atípicos mercantiles.

Analícemos porqué se da más en el Derecho Mercantil que en el Derecho Civil, la respuesta es simple, además de dicha libertad contractual, que existe en ambos derechos, son las necesidades cambiantes que se dan en Derecho Mercantil. Es

³² FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. Op. Cit. p. 289.

³³ DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tomo I, Madrid, Tecnos, 1979, p. 252.

decir, en el derecho mercantil, las relaciones comerciales van cambiando día con día, y con ello creando nuevas necesidades, las cuales se deben satisfacer a través de la legislación. "La tendencia a la creación e innovación permanente mostrada por los operadores económicos conduce inexorablemente a la continua creación de nuevos contratos en el ámbito mercantil."³⁴ Es decir los negocios son distintos hoy en día, que hace unos cuantos años y seguirán cambiando continua y rápidamente; por ello es el nacimiento de contratos que satisfagan dichas negociaciones, pero la adecuación de la legislación o normas que regulen a los contratos, no se da con la misma rapidez que los cambios en la sociedad.

Los contratos atípicos surgen por el contraste de la evolución constante de la realidad social, de las exigencias del tráfico comercial, de la existencia de nuevos mercados, así como de la rigidez y resistencia del derecho codificado, apenas susceptible de transformaciones lentas y distanciadas.³⁵

Las relaciones de las comunidades son satisfechas por muchos comerciantes, los negocios de un comerciante son satisfechas por contratos mercantiles, por ello al cambiar el estilo de vida de una comunidad, nace un contrato para satisfacer sus nuevas necesidades. El mundo mercantil cambia de una forma acelerada, y con la finalidad de satisfacer las nuevas necesidades originadas en la comunidad, es que surgen nuevos contratos mercantiles. Estos contratos mercantiles nacen siendo atípicos, basados en la libertad contractual que otorga nuestra legislación, buscando llenar esas lagunas y al mismo tiempo satisfacer las necesidades que el Código Mercantil ha dejado a un lado.

1.2.1.-PROBLEMÁTICA DE LA ATIPICIDAD

³⁴ PELLISÉ DE URUIZA, Cristina, *Los Contratos de Distribución Comercial*, España, Ed. Bosh, 1999, p. 30.

Lo que se clasifica como un contrato atípico busca satisfacer o cubrir una necesidad determinada en la sociedad, pero a su vez su falta de regulación puede llegar a ocasionar problemas. Dichos problemas pueden llegar a ser los siguientes: la aceptación que tienen los mismos, su validez dentro de nuestro sistema jurídico y qué normatividad le aplicará al mismo.

Los contratos atípicos planean dos problemas fundamentales. El primero consiste en dilucidar los límites dentro de los cuales el contrato es admisible y debe considerarse válido y eficaz, y dispone de la protección del ordenamiento jurídico (problema de admisibilidad y de validez). El segundo consiste en determinar, a falta de una normatividad legal, cuál es la disciplina a que tales contratos deben estar sometidos y por consiguiente, puntualizar la manera como deben ser interpretados y como deben ser integradas sus lagunas o sus deficiencias (problema de disciplina normativa).³⁶

Respecto de la aceptación cabe señalar que todos aquellos contratos, aunque no se encuentren expresamente incluidos en nuestra legislación, serán aceptados socialmente y válidos, cuando los mismos no vayan en contra o ataquen ningún precepto legal. Siempre y cuando un contrato no viole algún precepto legal, se base en las obligaciones legales y en los principios generales de derecho, deberá ser aceptado por la legislación mexicana, esto con fundamento en la libertad contractual que el Código Civil ha otorgado a las contratantes.

Tribunales Colegiados de Circuito en un Tesis Aislada reafirma la Libertad Contractual estableciendo: "La libertad contractual suele identificarse con la "autonomía de la voluntad" y encuentra su límite en las leyes de orden público o las buenas costumbres..."³⁷

Ahora respecto a la normatividad aplicable, a su suplencia e interpretación es donde observo que se da el mayor problema.

³⁵ LEÓN TOVAR, Soyla H. *Op. Cit.* p. 9.

³⁶ ARCE GARGOLLO, Javier. *Op. Cit.* p. 141.

³⁷ Tesis Aislada: III.2o.C.151 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXVIII, Diciembre de 2008, p. 1053.

En el momento de elaborar un contrato uno se apoya en su regulación incluida en la legislación vigente.

Se podrían considerar como las bases de un contrato aquellos lineamientos establecidos en la legislación aplicable y partiendo de los mismos elaborar dicho contrato mediante analogía. Y en ausencia de alguna cláusula en el mismo, se estará a las disposiciones de dicha legislación al respecto. Pero ¿Qué pasa si en un contrato no se establece alguna cláusula elemental, tal como vigencia, y no existe suplencia a la misma? Aquí podemos tomar lo establecido por Arce Gargollo en su libro *Contratos Mercantiles Atípicos*, quien en el mismo cita a Messineo Francesco en su teoría de la Analogía: "Las reglas que deben aplicarse para interpretar el contrato atípico son las del contrato típico con el que tenga mayor *analogía*"³⁸.

En este caso se atenderá a la regulación aplicable a aquellos contratos típicos a los cuales el contrato atípico es similar. Es decir, se basa en ellos para su elaboración e interpretación (suplencia).

Es por ello importante delimitar cuales contratos son similares o figuras afines a un contrato atípico para aplicarlo al contrato en cuestión, sin olvidar esa unidad que dicho contrato forma.

El Problema de los Contratos atípicos (o típicos socialmente) es el régimen jurídico aplicable a los mismos, ya que algunas veces se presentan como una pluralidad de prestaciones, típicas de varios contratos típicos en un contrato único, reunidas y coordinadas en un único esquema contractual por acción de una única causa mixta, en otras con una sola variante de los contratos típicos y en otras más con todo un nuevo esquema."³⁹

³⁸ MESSINEO (5) tomo I, pp. 715 y 716, *Apud*. ARCE GARGOLLO, Javier. *Op. Cit.* p. 144.

³⁹ LEÓN TOVAR, Soyla H. *Op. Cit.* p. 10

Además de la analogía otra forma para su interpretación y suplencia es tomar en cuenta las obligaciones generales y los principios generales de derecho, los cuales son un concepto muy amplio, estos sirven de base para el mismo. No hay que olvidar la jurisprudencia y tesis sobre el tema, los cuales también buscan fijar las bases del mismo y llenar las lagunas que pueda llegar a tener dicho contrato atípico en el país.

1.2.2.- NECESIDAD DE SU LEGISLACIÓN.

El Código Civil Federal en su artículo 1858 establece que "Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía, de los reglamentos de este ordenamiento"⁴⁰.

Este artículo del Código Civil Federal permite la existencia en nuestra legislación, de los contratos clasificados como atípicos, los cuales nacen con la finalidad de llenar las lagunas existentes tanto en la legislación civil como en la legislación mercantil, y que a su vez permiten satisfacer las necesidades contractuales que se han originado e incrementado al paso de los años.

Pero cuando un contrato atípico se vuelve de uso común en una sociedad, se vuelve necesaria su inclusión en la legislación. La validez del contrato atípico será aceptada, pero una regla general no siempre satisface todas aquellas necesidades particulares que pueden llegar a surgir de un contrato atípico, así como tampoco la analogía con otro contrato típico llenará las lagunas existentes (en ocasiones no

⁴⁰ *Código Civil Federal*. México, Ediciones Delma, México, 2001.

se esta seguro de cual contrato es análogo al contrato atípico en cuestión, por lo que no se esta seguro que regulación le aplicará).

Una vez que un contrato atípico adquiere un uso ordinario en la comunidad, éste debe ser regulado, no en forma exhaustiva (ya que limitaría a las partes al momento de contratar), pero si establecer sus bases o lineamientos principales, con la principal finalidad de evitar conflictos entre las partes, facilitándoles la elaboración del contrato, previniendo la suplencia de la voluntad y otorgando seguridad a los contratantes.

CAPÍTULO II

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

El contrato de distribución, es también conocido como contrato de concesión mercantil. "El origen de este contrato se halla en Alemania en los contratos de distribución de cerveza, tanto en su modalidad de mayorista a expendedor como de fabricante a mayorista."⁴¹

La utilidad del contrato de distribución en el ámbito mercantil es indiscutible por el beneficio que produce en el comercio, al productor se le permite la fabricación de un producto o productos al por mayor sin necesidad de preocuparse del proceso de distribución al por menor de los mismos y en ocasiones sin asumir el riesgo de venta final de esos productos, riesgo que será responsabilidad del distribuidor.

La distribución comercial es una materia en continua evolución y por ello difícilmente acotable por el Derecho. Es la fase del proceso económico que se sitúa entre la producción de los bienes o el suministro de los servicios y su consumo o uso. La distribución de los productos y de los servicios permite hacerlos llegar a los consumidores finales, siendo los mecanismos utilizados cada vez más complejos y diversos.⁴²

El contrato de distribución se define como:

... un contrato consensual que le otorga al distribuidor el derecho de vender a un sector determinado la mercadería que produce o importa la otra parte (a la que se conoce como "distribuida"), a cuyo efecto ésta queda obligada a suministrarla durante la vigencia del contrato, dentro de las condiciones convenidas o que surjan de la práctica. La distribuida le vende al distribuidor cada partida de mercadería que le envía, por lo que ésta pasa a ser propiedad del último dentro de las condiciones de ese "contrato marco" que es la distribución... La ganancia del distribuidor surge del

⁴¹ ARCE GARGOLLO, Javier. *Op. Cit.* p. 363.

⁴² PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. *Op. Cit.* p. 27.

margen de reventa, de las bonificaciones que le efectúa la distribuida o de ambos factores a la vez.⁴³

La necesidad del contrato de distribución en nuestro país se origina en el hecho de que ofrece una solución para satisfacer un fenómeno económico de colaboración de venta entre productos y distribuidores, propio de la economía de masas y la globalización que vivimos en la actualidad.

La aparición de los contratos de concesión mercantil en la práctica comercial se produjo progresivamente como alternativa a las tradicionales figuras de la intermediación comercial. Para el productor, se trataba de conciliar dos exigencias antagónicas: la necesidad de liberarse de las cargas y los riesgos inherentes a la difusión de los bienes y el deseo de no desinteresarse completamente de lo que sucede a sus productos en la fase distributiva.⁴⁴

La distribución comercial es la actividad económica que consiste en hacer llegar los productos o servicios acabados desde el productor hasta el consumidor final. En otras palabras buscan regular relaciones entre un fabricante o productor, quien produce y vende los bienes a un comerciante independiente para que éste los pueda revender, en ocasiones en un territorio determinado y atendiendo a las características o lineamientos fijados por el mismo contrato de distribución.

Su finalidad es distribuir los productos sin que el productor se preocupe por dicha actividad, es decir delega la venta al por menor a través de dicho contrato.

Los contratos de distribución son contratos mercantiles suscritos por un proveedor y un minorista que actúa en nombre y por cuenta propia. Son contratos que operan en circuitos de distribución y que constituyen una de las principales opciones de la distribución comercial⁴⁵.

⁴³ FARINA, Juan M. *Resolución del contrato en los sistemas de distribución*, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2004, pp. 5-6.

⁴⁴ PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. *Op. Cit.* p. 28

⁴⁵ *Ibidem*, p. 29.

Son instrumentos muy apropiados para entrar o hacer presencia en los mercados exteriores sobre todo, para las empresas que buscan vender productos o servicios en diferentes mercados y que en ocasiones no cuentan con recursos económicos suficientes o en su caso no tienen interés para cubrir las ventas al por menor. "Estos contratos permiten al productor conservar un importante control de la forma en que es comercializado su producto o servicio hasta que llegan al consumidor."⁴⁶

El contrato de distribución, a pesar de ser un contrato muy utilizado en la actualidad económica de nuestro país, continua siendo un contrato atípico, es decir no se encuentra regulado en nuestra legislación de forma específica. México es uno de los muchos países que a pesar del uso cotidiano y cada día con mayor frecuencia de dicho contrato, no lo incluye en su legislación. El hecho de que el contrato de distribución sea un contrato atípico es una práctica común en la mayoría de los países, a pesar que se ha convertido en uno de los contratos más utilizados por la economía moderna, probablemente derivado de la especialización que estamos viviendo; es por ello que existen países como España, que tienen propuesta de leyes específicas que regulen los contratos de distribución como tal. Más adelante incluyo el estudio sobre dicha propuesta de ley que existe en España.

A continuación encontrarán un análisis sobre el contrato de distribución, clasificación, sus elementos y características. Como todo contrato, el contrato de

⁴⁶ CASARES RIPOL, Javier, *Factores de cambio en la distribución comercial, Derecho Privado y Constitución*, Madrid, Número 5, 1995. p. 67.

distribución, contiene elementos doctrinales en base a los cuales se clasifica y se diferencia de otros contratos.

2.1.-CLASIFICACIÓN DOCTRINAL

*Es contrato mercantil.

"El contrato de distribución es un contrato para el comercio, mientras que el de suministro es para la industria..."⁴⁷

Si partimos de la idea que la finalidad primordial de un contrato de distribución es que el productor o fabricante de uno o varios productos pueda delegar la distribución de su producto a un distribuidor, quien buscará revender dicho producto en un territorio determinado, cumpliendo con ello los elementos a los que se encuentra sujeto un contrato para ser considerado como mercantil, así como el fin de lucro que existe en dicho contrato. Podemos decir que en virtud de ello el contrato de distribución es considerado un contrato mercantil.

*Es consensual, "aquél que, perfeccionándose por el mero consentimiento, no necesita otro requisito que el de la voluntad de los contratantes, suficientemente declarada para que éstos queden obligados."⁴⁸

Toda vez que nuestra legislación no prevé el contrato de distribución, y por ende no impone formalidad alguna que seguir en su elaboración, es por ello que se clasifica como un contrato consensual. Sin embargo, es recomendable que el mismo

⁴⁷ LEÓN TOVAR, Soyla H. *Op. Cit.* p. 7.

⁴⁸ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. *Op. Cit.* p.187.

sea pactado mediante documento escrito, toda vez que "en la mayoría de los casos la utilización de la forma verbal, sin instrumentación por escrito, genera dificultades para interpretar las obligaciones de las partes."⁴⁹

*Es bilateral, el contrato de distribución produce obligaciones para ambas partes, tanto para el fabricante, como para el distribuidor, obligaciones que estudiaremos más adelante en el presente. "Los contratos sinalagmáticos o bilaterales, se dan cuando ambos contratantes se obligan recíprocamente, el uno respecto del otro."⁵⁰

*Es oneroso, otorga provechos y gravámenes para ambas partes. El fabricante se obliga a entregar los bienes objetos del contrato al distribuidor y éste último se obliga a distribuirlos en el territorio. El fabricante recibirá una contraprestación por los bienes entregados y el distribuidor obtendrá las ganancias que resulten de sus esfuerzos por revender los productos objetos del contrato. "Contrato oneroso es aquel en el cual se estipulan provechos y gravámenes recíprocos."⁵¹

*Es traslativo de dominio, en atención a las mercancías objeto del contrato de distribución. El fabricante transmite el dominio de los bienes al distribuidor con la finalidad de que éste último pueda revender las mercancías. Como mencioné anteriormente, "la distribuida le vende al distribuidor cada

⁴⁹ FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos. Op. Cit.* p. 416.

⁵⁰ GAUDEMET, Eugene. *Teoría General de las Obligaciones. Op. Cit.* p. 38.

⁵¹ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. *Op. Cit.* p.193.

partida de mercadería que le envía, por lo que ésta pasa a ser propiedad del último..."⁵²

*Es principal, ya que existe sin necesidad de otro contrato pero excepcionalmente puede llegar a ser accesorio. "Contrato Principal es aquel contrato que cumple por sí mismo un fin propio y subsistente, sin relación con ningún otro."⁵³

*Puede considerarse un Contrato De tracto sucesivo toda vez que "el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado."⁵⁴

*Puede llegar a ser un contrato *intuitu personae*, debido a que se realiza en atención a la confianza mutua entre las partes. "Se celebra *intuitu personae* pues el concedente toma en cuenta la organización económica, técnica y comercial del distribuidor y su poder de penetración, sus antecedentes en la zona determinada (o en otras) y demás condiciones para cumplir el objeto del contrato."⁵⁵

No obstante, en estos contratos, éste elemento no tiene consecuencias jurídicas especiales relevantes salvo que ello sea pactado a través de cláusulas, como la prohibición de cesión del contrato, la prohibición de subcontratación y la posibilidad de resolver el contrato si dejan de existir determinadas cualidades de las personas.⁵⁶

*En ocasiones puede llegar a ser considerado un contrato por adhesión, ya que en muchas ocasiones el fabricante impone su voluntad sobre la del distribuidor, y éste último sólo acepta los términos preestablecidos por el fabricante.

⁵² FARINA, Juan M. *Resolución del contrato en los sistemas de distribución*. Op. Cit. p. 6.

⁵³ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. Op. Cit. p.193.

⁵⁴ SOTO ÁLVAREZ, Clemente, *Prontuario de Derecho Mercantil*, México, D.F. Ed. Limusa, 1991. p. 322.

⁵⁵ FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. Op. Cit. p. 415.

⁵⁶ PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. Op. Cit. p.45.

* Es un contrato de duración, ya que se producen relaciones obligatorias continuadas o duraderas a diferencia de los contratos de tracto único que cumplen sus obligaciones de manera inmediata.

Ciertamente, todo contrato supone el transcurso de un lapso de tiempo entre su conclusión y su extinción. Pero, el aspecto temporal que se pretende poner de relieve no es el que requiera la realización de la prestación, sino la duración como elemento que determina la prestación que debe ser realizada. En estos contratos, la duración no depende directamente de la prestación que debe cumplirse; las partes pueden acordar el tiempo durante el cual cumplirán la prestaciones concertadas. En los contratos de distribución comercial, el interés de los contratantes es la prolongación de las prestaciones en el tiempo en un marco de estabilidad, que se cristaliza en la existencia de una ejecución reiterada o de un comportamiento continuo durante un periodo de tiempo determinado o indeterminado.⁵⁷

*Por último es un contrato atípico ya que no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico. "El que no se encuentra regulado por la ley y por tanto no se ajusta a ninguno de los tipos establecidos."⁵⁸

Los elementos son también un factor distintivo del contrato de distribución, dichos elementos se han llegado a clasificar en elementos personales (sujetos que intervienen) y elementos reales. Primero señalaré los sujetos que intervienen o elementos personales, éstos usualmente son dos que son:

2.2.- ELEMENTOS PERSONALES

Los elementos personales también pueden ser conocidos como las partes del contrato de distribución, "su determinación es

⁵⁷ *Ibíd.* p. 46.

⁵⁸ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. *Op. Cit.* p. 187.

fácil; son aquellos cuyas voluntades quedaron vinculadas por el contrato”⁵⁹ y que se denominan comúnmente como:

a).- El fabricante, productor o empresario. “Productor, importador o mayorista quien provee los bienes a ser distribuidos (en la práctica y en la doctrina se habla de *concedente, comitente o distribuido* para referirse a la parte que vende las mercaderías al distribuidor).”⁶⁰ Usualmente es quien produce la mercancía y busca que alguien la distribuya, aunque en algunas ocasiones puede ser un intermediario o un distribuidor que realiza un contrato de subdistribución. Debe contar con la facultad para transmitir la posesión de los bienes objetos del contrato para vender, enajenar y disponer de los productos, para poder transmitir la propiedad de los bienes. Recordemos que se da una compraventa dentro del contrato de compraventa, o se establecen las bases y lineamientos bajo las cuales se realizarán las ventas de los productos para luego ser revendidos por el distribuidor. Es por ello que el fabricante o empresario debe tener las facultades y derechos necesarios para vender y transmitir la propiedad de los bienes objetos del contrato.

b).- Distribuidor. “Persona física o moral, tiene la calidad de comerciante, pues adquiere para revender”⁶¹. No se debe contar con características especiales pero debe ser sujeto a obligarse. “En el contrato de distribución, el distribuidor, en similitud con el concesionario, actúa en nombre y por cuenta propia y no en representación de un principal.”⁶² Es el distribuidor quien usualmente asume el riesgo de los productos,

⁵⁹ GAUDEMET, Eugene. *Teoría General de las Obligaciones*. Op. Cit. p. 226.

⁶⁰ FARINA, Juan M. *Contratos comerciales moderno*. Op. Cit. p. 414.

⁶¹ ARCE GARGOLLO, Javier. Op. Cit. p. 370.

“al actuar el distribuidor en nombre e interés propio, desvincula a quien le vende los bienes y servicios de aquellos que los adquieren, salvo los derechos emergentes por vicios en los productos elaborados.”⁶³

Aunque las partes que intervienen en el contrato de distribución no requieren de características especiales, en ocasiones es necesario que el distribuidor cuente con una clientela preestablecida, ya que en base a dicha clientela se logra tener una mayor seguridad de que el contrato y la reventa de los productos por el distribuidor llegarán a tener el éxito esperado. Como mencioné anteriormente puede darse el caso de que el contrato de distribución sea un contrato por adhesión, mediante el cual el fabricante establece las cláusulas del contrato y el distribuidor sólo se atiene a las mismas, un ejemplo sería el caso de que se solicitara que el distribuidor contara con una clientela preestablecida en el territorio en el cual se ejecutará el contrato. “Son contratos *intuitu personae* y regularmente hay un ramo y una zona de actuación.”⁶⁴

Se celebra *intuitu personae*, pues el concedente toma en cuenta la organización económica, técnica y comercial del distribuidor y su poder de penetración, sus antecedentes en la zona determinada (o en otras) y demás condiciones para cumplir el objeto del contrato.⁶⁵

Tomando como base a Javier Arce Gargollo en su libro de Contratos Atípicos, quien establece que “Los elementos reales del contrato de distribución son el objeto, precio y las condiciones de reventa impuestas al distribuidor.”⁶⁶

2.3.- ELEMENTOS REALES

⁶² DE AGUINIS AMA, María M. *Contrato de Agencia Comercial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1991, p. 11.

⁶³ FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. *Op. Cit.* p. 414.

⁶⁴ DE AGUINIS AMA, María M. *Op. Cit.* p. 10.

⁶⁵ FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. *Op. Cit.* p. 415.

⁶⁶ ARCE GARGOLLO, Javier. *Op. Cit.* p. 370.

a).- Objeto: "Por la naturaleza de este contrato, no todos los bienes muebles pueden ser objeto del mismo. Las características que deben tener los productos objeto de este contrato son: ser bienes muebles tangibles (cosas) y generalmente fungibles (estándar)."⁶⁷

En general pueden ser sujetos a la distribución todos los bienes muebles que pueden ser comercializados.

b).- El precio. Es la contraprestación que se pagará por los productos objetos del contrato. "Valor pecuniario de una cosa."⁶⁸

Podemos afirmar que en el contrato de distribución se establecen dos tipos de precios, el de la venta (entre fabricante y distribuidor) y el precio de reventa (entre el distribuidor y consumidor final). El precio de venta inicial es fijado por el productor y aceptado por el distribuidor, ya que es el productor quien determina a que valor le va a transmitir los objetos del contrato al distribuidor. El precio de reventa puede ser acordado entre las partes atendiendo la calidad económica del territorio sobre el cual será válido dicho contrato o puede no establecerse en el contrato otorgando plena libertad al distribuidor para fijarlo posteriormente.

Es decir, que en el mismo contrato se pueden llegar a establecer el precio de reventa o el precio en base al cual el distribuidor ofrecerá los productos a su clientela, con dicha facultad el productor o fabricante puede intervenir en el

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 371.

precio que sus productos serán ofrecidos por el distribuidor y con ello evitar que los productos o mercancías objeto del contrato sean revendidos a precios excesivos.

En lo personal considero de vital importancia el establecer un índice sobre el cual los precios se incrementarán con el paso del tiempo, esto en virtud de:

The difficulty is here that the distribution agreement is intended to be of considerable duration but that the prices of goods, which shall be bought from time to time by way of individuals sales contracts under the terms of the distribution agreement may be affected by inflation or other events of may fluctuate if quoted on world market...⁶⁹

Incluir una cláusula en el contrato mediante la cual se establezca el porcentaje o índice en atención al cual los precios se actualizarán y con ello evitar el surgimiento de futuros problemas o discordia entre las partes, ya que las partes anticipadamente establecen el margen y temporalidad que los precios de venta se incrementarán, otorgando mayor seguridad a las partes.

c).-Otras condiciones. Tomando como base a Cristina Pellisé Urquiza, en su libro Los Contratos de Distribución Comercial podemos afirmar que el productor en muchas ocasiones establece requisitos con el fin de asegurar que la distribución se realice de forma efectiva, son requisitos que el productor establece en el contrato con el fin de que el distribuidor los cumpla a la hora de revender. Son la movilidad del contrato, es decir aquí el productor puede identificar los puntos que le interesan respecto a la venta de su producto por

⁶⁸ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. *Op. Cit.* p. 412.

⁶⁹ SCHMITTHOFF CLIVE MACMILLAN, Adams John N, *Schmitthoff's Export trade: the law and practice of international trade*, Londres, Sweet & Maxwell, 10 Edición, 2000, p. 266.

un distribuidor ajeno a su compañía y se le da la libertad para que los regule en el contrato. Ejemplo de los mismos son el fijar el territorio en el que el distribuidor esta facultado a vender los productos objetos del contrato, la temporalidad o vigencia del mismo, las condiciones que deben cumplir los locales de venta, utilizar la marca en la forma pactada, precio de reventa, publicidad, entre otros.

2.4.- OBLIGACIONES DE LAS PARTES

En virtud de que el contrato de distribución es clasificado como un contrato bilateral, da origen a obligaciones para ambas partes, a continuación incluyo un breve análisis de las obligaciones a las cuales las partes del contrato de distribución se encuentran sujetas, una vez celebrado el mismo:

2.4.1.-Obligaciones del distribuidor.

Su obligación primordial siempre será el distribuir y vender o comercializar los productos, pero aunado a esto también el distribuidor se obliga a:

*Recibir los productos o mercancías objeto del contrato de distribución, no sólo es un derecho del distribuidor, si no es una obligación el recibir los productos objetos del contrato con el fin de comercializar los mismos.

Se obliga, más que a vender, a adquirir una cantidad mínima de mercadería dentro de los períodos previstos. Es natural que el distribuidor se esfuerce en vender esa cantidad mínima, pues de otro modo acumulará un *stock* a pura pérdida. Claro está que el fabricante o proveedor puede no conformarse con esa venta mínima y requerir al distribuidor una mejor política de ventas, para aumentar así la colocación del producto en el mercado. Llegado el caso, y según lo pactado, habrá de analizarse si el

distribuidor no aumenta el volumen de ventas por negligencia y de esto puede derivar una resolución anticipada del contrato.⁷⁰

Es importante que en el contrato se establezcan las cantidades mínimas que un distribuidor debe adquirir por cada pedido y/o por determinado periodo de tiempo. Una cláusula en este sentido otorga seguridad al productor o fabricante de que el distribuidor se esforzará lo suficiente para distribuir una cantidad mínima del producto objeto del contrato, a su vez permite al distribuidor el asegurarse que siempre y cuando distribuya la cuota mínima preestablecida por el contrato, el mismo continuará vigente.

*Realizar el pago, como la contraprestación por recibir las mercancías el distribuidor deberá realizar el pago según lo pactado en el contrato en la fecha y lugar en el mismo indicado. Tal como lo comente anteriormente, es recomendable que se incluya una cláusula en el contrato en la cual se indique el índice sobre el cual el precio se deberá actualizar y la temporalidad con la que se actualiza. Recordemos que el contrato de distribución es ejecutado con la finalidad de establecer una relación comercial y tiende a realizarse por largos periodos de tiempo. Es por ello que al establecer su índice y la temporalidad con la que el precio se actualizará, las partes acuerdan desde un principio el valor de la mercancía en un futuro.

También es de gran importancia establecer e indicar de forma expresa el porcentaje o tasa del interés, que en caso de

⁷⁰ FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos. Op. Cit.* p. 416.

mora del pago por parte del distribuidor, será aplicable a la cantidad pendiente de pago.

A falta de disposición expresa por nuestra legislación mercantil en lo referente al lugar y tiempo para realizar el pago, se estará a lo establecido en el Código de Comercio para la Compraventa mercantil.

El contrato mercantil de distribución exclusiva, por su naturaleza específica, no puede ser considerado como una compraventa lisa y llana, pero esta circunstancia no trae como consecuencia la falta de aplicación de las disposiciones relativas del Código de Comercio; de manera que si se ha pactado la entrega de las mercancías en cantidad y plazo determinado, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 375 y 376 del mismo ordenamiento el comprador no está obligado recibirlas fuera de ellos; pero si aceptare entregas parciales, quedará consumada la venta en lo que a éstas se refiere. Por otra parte, en las compraventas mercantiles, una vez perfeccionado el contrato, el contratante que cumpliera tendrá derecho a exigir del que no cumpliera la rescisión o cumplimiento del contrato y la indemnización, además, de los daños y perjuicios; en consecuencia, si el comprador acepta la entrega de las mercancías fuera de plazo y no se rehúsa a recibirlas, está legalmente obligado a pagar el precio de las mismas y, por lo tanto, el vendedor si está legitimado para exigir el cumplimiento del contrato, así como el pago del precio de la mercancía entregada.⁷¹

***Respetar el pacto de confidencialidad:**

En las últimas décadas se suma al objeto de estos contratos el ingrediente de la propiedad incorporea, por cuanto el concedente, fabricante, principal o franquiciante, transfiere, en mayor o menor medida, tecnología industrial y comercial a través del *know how*, las marcas, patentes, nombre, emblema, diseños y asistencia técnica, cuya utilización se autoriza a la contraparte, lo que regularmente va acompañado de una cláusula de confidencialidad.⁷²

Es muy probable que el distribuidor, como parte de su relación contractual con el productor, tenga acceso a

⁷¹ Tercera Sala. Tesis Aislada, Séptima Época. "Compraventa de Distribución Exclusiva, Contrato Mercantil de Rescisión", Seminario Judicial de la Federación 151-156 Cuarta Parte, Septiembre 1981.

⁷² DE AGUINIS, Ana María M. *Op. Cit.* p. 10.

información confidencial relacionada con el producto, su proceso de manufactura, *know how*, entre otras, es por ello importante incluir en el contrato una cláusula de confidencialidad, otorgando con ello seguridad a dicha información y por ende al productor. El tema de la confidencialidad lo retomo más tarde en la sección 2.9.4 de la tesis, sin embargo cabe mencionar que será de utilidad el incluir una pena convencional en caso de que el distribuidor incumpla, con ello se asegura la confidencialidad de la información y en caso de incumplimiento el productor asegura una indemnización por los daños que la divulgación de dicha información a terceros pueda llegar a ocasionarle al productor o fabricante.

* Respetar los derechos de Marca del fabricante. "*Due protection should be provided for the seller's patent and trade marks, and the seller sometimes asks generally for an undertaking on the part of the buyer not to make, imitate or copy the goods.*"⁷³

Es común que los fabricantes o productores de las mercancías objeto del contrato de distribución tengan registradas las marcas de dichas mercancías. Es recomendable que se incluya una cláusula en el contrato de distribución en donde se establezca que se autoriza al distribuidor para utilizar la marca en artículos promocionales o en publicidad de las mercancías para su reventa, pero siempre aclarando que dicho autorización no es considerada como una transmisión de

⁷³ SCHMITTHOFF CLIVE MACMILLAN, Adams John N. *Op. Cit.* p. 269.

los derechos de marca del fabricante que una vez que finalice la vigencia del contrato de distribución el distribuidor deberá destruir o devolver aquellos artículos promocionales o publicitarios en donde se incluya la marca de las mercancías.

Al incluir una cláusula en este sentido se permite al distribuidor que promocióne las mercancías al público en general utilizando la marca y con ello permitiendo que la venta de las mercancías sea mayor, a su vez se protege al fabricante o productor o al propietario de la marca de las mercancías, de que el distribuidor no podrá realizar ningún acto que tienda a usurparle la marca de los mismos, siendo esta cláusula favorable para ambas partes, ya que otorga beneficios a ambos.

*Otras condiciones. Además de las obligaciones principales, el distribuidor debe cumplir con otras condiciones, esto con la finalidad de obtener mayor seguridad a la hora de contratar. Usualmente las condiciones se establecen al distribuidor, y con ello el fabricante o productor busca asegurar el éxito de la reventa e sus mercancías.

En atención a lo que acuerden en cada caso particular las partes, el distribuidor puede quedar obligado a lo siguiente: seguir los sistemas de publicidad que le señale el fabricante, contribuir a los gastos de la propaganda de los productos, dar garantía y servicio de posventa los clientes de los productos, tener en depósito mercancías o un inventario mínimo de productos o de refacciones o repuestos para revender.⁷⁴

Estas condiciones pueden variar en atención a las áreas que el productor busque proteger, entre ellas destacan:

⁷⁴ IGLESIAS PRADA, José Luis. *Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil en estudios de homenaje a Rodrigo Uría*, Ed. Civita, Madrid 1978. CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho Mercantil*. Ed. Herrero, México 1975. PUENTES MUÑOZ, Teresa, *El Contrato de Concesión Mercantil*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1976. Apud. ARCE GARGOLLO, Javier. *Op. Cit.* p. 375.

a).- Establecer precios de reventa: Con ello el productor asegura que el consumidor final adquirirá los productos a un precio justo.

b).- Publicidad: Sabemos la importancia que tiene en el comercio una buena publicidad. Es por ello que al publicitar de forma correcta y efectiva el producto, se puede asegurar su venta y con ello el éxito del contrato. Un productor inteligente aprovechará el contrato para establecer las condiciones en las que su producto se deberá publicitar, medios que se deberán de utilizar y la continuidad con la que se deberá efectuar.

*The seller is normally not interested in the proceeds of the sale of goods in the territory, as his overseas contractor stands in the position of a buyer and not of an agent. The seller is, however interested in seeing a demand created in the overseas market for his goods and having his trade mark advertised if the goods are distributed under that mark. The buyer is, therefore, sometimes asked to undertake certain minimum obligation with respect to the advertising of the goods.*⁷⁵

c).- Prestar un servicio post- Venta: En virtud de que es el distribuidor quien en su momento tiene contacto directo con los consumidores, se puede establecer que sea el distribuidor quien preste los servicios de post venta, ya sea para cambios, reparaciones o productos defectuosos. El distribuidor se podrá proteger incluyendo en la misma cláusula, su facultad para repetir en contra del productor por el producto dañado. Es también de vital importancia que el distribuidor cuente con un periodo de gracia para revisar los productos y en caso de encontrar defectos en los mismos regresarlos al productor ya sea para su cambio o reembolso, esto a costa del productor.

⁷⁵ SCHMITTOFF CLIVE MACMILLAN, Adams John N. *Op. Cit.* p. 268.

e).- Inventario mínimo: Se puede establecer un mínimo de productos que debe tener el distribuidor en su almacén, con ello se busca la satisfacción de todos los consumidores y se evita el negar ventas por no contar con el producto deseado.

The seller asks sometimes that order representing a minimum value shall be ordered within a fixed time; sometimes the agreement gives the seller an option of giving notice of termination if the orders placed by the buyer do not represent a minimum value for a fixed period.⁷⁶

f).- Respetar el pacto de exclusividad. El pacto de exclusividad deberá ser definido por las partes dentro del contrato, porque por pacto de exclusividad podemos entender que el distribuidor no pueda producir o vender productos de igual o con características similares a los productos objeto de el contrato durante su vigencia (es decir el distribuidor no compite con el productor) o es la exclusividad que goza el distribuidor de que el productor o fabricante no realizará otro contrato de distribución con otro distribuidor dentro del territorio determinado por el contrato en cuestión, (es una obligación que nace a cargo del fabricante).

"If these Rights are not defined in the contract, it should be borne in mind that in modern commercial usage the following meaning is often attributed to the terms "sole" and "exclusive":

1.- Both terms imply that the principal shall not be entitled to appoint another distributor or agent for the territory of the representative.

2.- If the representation is "sole" the principal himself may undertake sales in the territory of the representative on his own account without any liability to the representative.

⁷⁶ *Idem.*

*3.- If the representation is "exclusive", the principal is not allowed himself to compete with the representative in the allotted territory."*⁷⁷

Podemos fácilmente cometer el error de considerar a todo contrato de distribución con pacto de exclusividad como una forma de monopolio, pero esta afirmación la refutaré más adelante, ya que dedico una parte de mi tesis para expresar opiniones y fundamentos para negar dicha afirmación, ya que determinados supuestos no resulta aplicable.

Retomando el tema de las obligaciones, a continuación abordaré las del empresario, productor o fabricante como parte del contrato de distribución.

2.4.2.-Obligaciones del empresario:

- Realizar la entrega de la mercancía en atención a lo pactado: "Entregar los bienes que el distribuidor habrá de revender en la cantidad, tiempo y forma previstos, o la solicitada por el distribuidor..."⁷⁸ Es la obligación principal del empresario el realizar la entrega de la mercancía en el lugar y en el tiempo pactado en el contrato. Aunado a la obligación de entregar la mercancía el productor debe transmitir la propiedad de los mismos, con la finalidad que el distribuidor pueda revender los productos objetos del contrato.

Los productos entregados deben cumplir con calidad establecida en el contrato; en otras palabras el empresario está obligado a que los productos entregados cumplan con la calidad pactada. "El empresario debe garantizar al distribuidor

⁷⁷ *Ibidem*, p. 260.

⁷⁸ FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos. Op. Cit.* p. 417.

la *calidad y cantidad* de la mercancía objeto de la distribución. El distribuidor, como adquirente, tiene las acciones propias por vicios ocultos que señala el C. de C. (art. 383) y completa el C.C. (2142 a 2149)."⁷⁹

Cuando los productos así lo permite, se establece la obligación del distribuidor a revisar los productos y otorgar su conformidad en un tiempo determinado, liberando con ello al fabricante de los vicios o daños que puedan ocasionar los productos. En otras ocasiones cuando por la naturaleza y tipo de los productos no se pueda verificar su estado y por ende el distribuidor no está en facultades para determinar si el producto no contiene vicios o daños, entonces usualmente se incluye una cláusula que establece que el distribuidor deberá informar al fabricante de cualquier vicio que resulte en los productos, una vez que el consumidor final se lo haga saber.

- **Pacto de Exclusividad:** Tal como lo mencioné en las obligaciones del distribuidor, el productor también puede obligarse bajo los términos del pacto de exclusividad, acordando que sólo tendrá un distribuidor por territorio determinado. Este es un beneficio que en ocasiones se otorga al distribuidor, cuando el productor al celebrar un contrato de distribución con pacto de exclusividad a favor del distribuidor, se obliga a únicamente vender el producto objeto del contrato a dicho distribuidor, asegurando con ello que cualquier individuo que quiera adquirir el producto objeto del contrato, dentro del territorio determinado, deberá comprarlo del distribuidor. Con esto los distribuidores aseguran una parte de las ventas del producto.

⁷⁹ ARCE GARGOLLO, Javier. *Op. Cit.* p. 377.

- Otras Obligaciones Especiales pactadas:

En esto caben todas aquellas otras obligaciones que el empresario adquiriera en el mismo contrato y que hayan sido fijadas por las partes en común acuerdo. "Entre algunas de los deberes de esta parte del contrato, a modo de ejemplo, se señalan las siguientes: respetar los descuentos pactados; colaborar en campañas de publicidad que benefician a todos los distribuidores y al mismo empresario; proporcionar ayuda técnica, administrativa y de ventas para la comercialización de los productos."⁸⁰ Existe un sin fin de posibilidades de diferentes obligaciones que las partes pueden acordar y por ello el empresario queda ligado y obligado a las mismas.

2.5.-CAUSAS DE TERMINACIÓN

Después de mencionar y analizar las obligaciones de las partes en el contrato de distribución, ahora mencionaré y haré un pequeño estudio sobre las causas de terminación en el citado contrato.

Las causas de terminación de un contrato de distribución se agrupan en las siguientes categorías: Vigencia establecida. En esta causa la terminación se efectúa en la fecha preestablecida por las mismas partes, es decir es la llegada del plazo prefijado en el contrato, es conocida como la causa normal de terminar un contrato, es la conclusión de la vigencia del mismo. "En algunas ocasiones se previene un plazo, posterior a la terminación, durante el cual el concesionario tiene todos los derechos del distribuidor para revender la mercancía en su

⁸⁰ ARCE GARGOLLO, Javier. *Op. Cit.* p. 377.

poder, con los beneficios de uso de marca, publicidad y los derechos que derivan de la relación contractual.”⁸¹ Es también conocido como plazo de gracia para que el distribuidor pueda deshacerse de dichas mercancías.

Otra alternativa es que las partes establezcan en el contrato una opción para una renovación o una prórroga y realizándose la misma con aviso de una de las partes a otras, o en otras ocasiones se establece una prórroga o renovación la cual operará de manera automática si las partes no objetan al respecto. La práctica mas usada entre los contratantes es que pacten la prórroga automática, siempre con la condicionante que las partes hayan cumplido con las obligaciones que le deriven del contrato y hayan tenido una buena relación durante la vigencia del contrato de distribución. En ocasiones es benéfico para las partes tener ese derecho de prórroga o renovación, pero esto depende de las necesidades que las partes tengan a la hora de contratar y la vigencia que busquen en dicha relación.

Otra forma de terminación es el plazo indeterminado. Esto se da cuando las partes no fijan un plazo para la terminación o vigencia del contrato de distribución; o que pacten que la terminación del contrato será indefinida. En caso de que el plazo de terminación sea indefinido, el contrato se podrá dar por terminado con un aviso por anticipado de una parte a la otra donde le informa que ya no podrá continuar con el contrato y con la relación que de el se deriva. *"The contract is usually concluded for an indefinite time, and either party is given the right of terminating the agreement upon a fixed date, e.g. the*

⁸¹ *Ibidem*, p. 381.

end of every calendar year, on having given notice a fixed number of days or months prior that date.”⁸²

Este aviso debe realizarse con una anticipación razonable, con el fin de que la otra parte tome las medidas necesarias para la terminación del contrato y no le cause un perjuicio. Este preaviso puede ser pactado por las partes en el mismo contrato o también se pueden tomar los principios que la UNIDROIT⁸³ señala, que concluyen en los mismos requisitos, que es un aviso de una parte a la otra donde señalan que quieren dar por terminado el contrato. “Si las partes no establecen el preaviso como medio de terminación y han sometido el contrato a los principios de UNIDROIT, “cualquiera de las partes podrá dar por terminado un contrato de tiempo indefinido, comunicándoselo a la otra con una anticipación razonable” (art.5.1.8).”⁸⁴

Otra forma de terminación es la muerte o inhabilitación. Se establece que en virtud de que la relación en un contrato de distribución se da en base a la confianza que guarda el fabricante o productor con el distribuidor, se basa en su conocimiento y experiencia, ya que el contrato en ocasiones es clasificado como *intuitu personae*, es por ello que con la muerte o inhabilitación del distribuidor se da por terminada la relación, siempre y cuando el distribuidor sea persona física. En este sentido podemos tomar en consideración la siguiente Tesis:

Si mediante un contrato una persona se obligó a hacer productivo un pozo petrolero, que iba a taponarse por incosteable, y a mantenerlo en estado de costeabilidad, como esta costeabilidad no dependía de una labor única de dicha persona, sino también de un trabajo constante, los

⁸² SCHMITTHOFF CLIVE MACMILLAN, Adams John N. *Op. Cit.* pp. 269 - 270.

⁸³ En 1994, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (universalmente conocido como UNIDROIT) publicó los “Principios sobre los contratos Comerciales internacionales, que en forma abreviada se designan como *Principios de UNIDROIT*. Arce Gargollo Javier. *Op. Cit.* p. 64.

⁸⁴ ARCE GARGOLLO, Javier. *Op. Cit.* p. 383.

derechos adquiridos en virtud del contrato por la persona citada, al ser estrictamente personales, no pueden heredarse, de manera que su sucesión no está en posibilidad de exigir que se siga cumpliendo el contrato, que con la muerte de dicha persona terminó.⁸⁵

Pero hay que aclarar esto sólo aplica a la muerte del distribuidor, es decir, se basa en la confianza que se le tiene al distribuidor, a sus características personales, pero no aplica a la muerte del distribuidor y fabricante, con su muerte no se extingue el contrato, ya que los productos se podrán seguir fabricando aun con su muerte, salvo que se pacte otra cosa.

Por último, también se podría clasificar como causa de terminación de un contrato de distribución, aquellas causas que las partes expresamente pactaran como terminación anticipada en el contrato de distribución. En otras palabras aquí encuadrarían todas aquellas causas relacionadas con el incumplimiento, con la quiebra, retraso en el pago y en general todas aquellas causas que obstaculizarían la continuación de la vigencia del contrato y por ende de la relación contractual que existe entre las partes. Es importante señalar que las partes deben analizar detalladamente este tipo de causas, en virtud de las cuales no podrían continuar con dicha relación e incluirlas en el contrato como causas de terminación anticipadas, ya que en cada caso serán diferentes atendiendo las necesidades de las partes y del producto objeto del contrato de distribución. Existen ocasiones en la que se establece que en el supuesto que el distribuidor sea una persona moral y ésta cambia de socios o en su caso de accionistas el contrato se dará por terminado,

⁸⁵ Tesis Aislada del Amparo civil directo 4215/53 Quinta Época. "Intuitu Personae (Derechos Sucesorios)", Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta CXXV, Julio de 1955.

esto en virtud de que usualmente las partes contratan por la confianza que tienen en las personas (socios de las personas morales), pero si éstas cambian no continuarían con el contrato, ya que dicha confianza se ha extinguido.

2.6.-FIGURAS AFINES

Los contratos usualmente tiene figuras afines, figuras similares a las cuales se asemejan, tal es el caso del contrato de distribución el cual es afín al contrato de suministro, agencia, de franquicia entre otros (los cuales se definen más adelante). Es indispensable identificar aquellas figuras afines o análogas a un contrato atípico, para que una vez identificados se puedan tomar como base para interpretar dicho contrato atípico en cuestión, sin dejar a un lado que aunque son similares en algunos aspectos, siempre guardan diferencias esenciales por lo que cada uno es independiente del otro.

A continuación mencionaré una pequeña reseña sobre las similitudes y las principales diferencias de aquellos contratos que en virtud de sus elementos son afines a los contratos de distribución:

Recordemos, que estaremos frente a un contrato de distribución cuando el distribuidor se obliga a revender determinado bien o servicio en forma masiva en una zona o territorio determinado, y quien a su vez debe pagar una contraprestación al fabricante o productor por los bienes, objetos o mercancía objeto del contrato.

- El Contrato de Agencia. Es aquel contrato mediante el cual

El agente de comercio se obliga a desplegar una actividad adecuada para lograr clientes para su comitente, y remitir a éste los pedidos de mercaderías,

servicios u otros bienes cuya comercialización le ha sido encomendada. El comitente, al aceptar el pedido, concierta el contrato que lo liga de modo directo con el cliente; el agente de comercio no es parte de dicho contrato, sino un intermediario.⁸⁶

De acuerdo a lo que se viene desarrollando, la caracterización del contrato de agencia comercial propiamente dicho gira en torno de un número de elementos básicos a saber:

a).- El agente es un promotor de negocios, clientela y contratos.

b).- La representación directa no integra la tipología contractual, depende de las condiciones particulares de la relación pactada con el proponente. Las responsabilidades del agente frente a terceros se vincula con la manera de realizar los negocios.

c).- Se trata de un contrato con múltiples variantes en torno de la zona de actuación del agente, pacto de exclusividad, sistema de remuneraciones, causales de resolución, objeto, instrucciones y plazos de duración.

d).- Es un contrato destinado a extenderse en el tiempo; es decir, no se celebra para promover un negocio o una contratación aislada.

e).- El agente actúa de manera autónoma, expresión que desdeña la relación de dependencia laboral y normalmente se organiza como empresa.

f).- Es un contrato innominado pero tiene personalidad propia...

g).- Es un contrato de colaboración entre empresas...

h).- En las contrataciones internacionales se le denomina indistintamente contrato de agencia o representación comercial.

i).- Regularmente es un contrato de adhesión con mayor capacidad de decisión e imposición de condiciones por parte del proponente.⁸⁷

En virtud de lo anterior, podemos decir que es una relación jurídica consistente en la ejecución de operaciones mercantiles a cargo de un agente, de forma continua pero por cuenta de un empresario, quien contrata los servicios del agente. El agente

⁸⁶ FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos. Op. Cit.* p. 420.

⁸⁷ DE AGUINIS AMA, María M. *Op. Cit.* pp. 40-41.

puede conservar su organización empresarial, ya que su actividad de agente la desarrolla como mero intermediario independiente, no asumiendo los riesgos del negocio. El agente debe percibir un pago convenido por su actividad de gestión, sin llegar a ser empleado y conservando su calidad de comerciante independiente. Se asemeja al de distribución, en que ambos se realizan entre comerciantes, son de duración y existe colaboración entre el empresario y el distribuidor o agente, según sea el caso. "El agente promueve negocios que sólo concluye cuando tiene poder y representación suficiente al efecto, pero en ningún caso asume el riesgo de la pérdida en la operación."⁸⁸

Sin embargo, el contrato de distribución, en contrario al contrato de agencia tiene como característica que el distribuidor actúa en su nombre y por cuenta propia, en la zona geográfica asignada o territorio preestablecido, asumiendo por si mismo los riesgos de las operaciones comerciales que realiza con los clientes, pues actúa con capital propio e independencia del principal o productor, sin perjuicio de que las actividades se lleven a cabo en interés de aquél y también en el propio.

- Contrato de Suministro.

Se caracteriza porque una de las partes, Productor, asume la obligación mediante un precio unitario de entregar periódicamente a otra (suministrado), cosas muebles en cantidad, tiempo y forma fijados en el contrato. Se trata de un contrato en el que las partes cumplen prestaciones correspectivas de manera continuada. Es un contrato de cambio, pero no de venta. El Productor no se obliga a transmitir la propiedad de una cosa, si no más bien a suministrarla a entregar ésta.⁸⁹

Los bienes objeto de la distribución son productos protegidos por marcas, que avalan la calidad del

⁸⁸ DE AGUINIS, Ana María M. *Op. Cit.* p. 11.

⁸⁹ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *Contratos Mercantiles*, 2da Edición, México, Ed. Porrúa. 1985, p. 170.

producto en el mercado y no pueden ser alteradas sino que deben ser vendidas tal como se recibe por el distribuidor; en el suministro, en cambio, el suministrante transforma los bienes, generalmente insumos para producir otros productos que después comercializa, o los consume en el mismo proceso de transformación.⁹⁰

En general, se puede decir que las diferencias más palpables entre el contrato de suministro y el contrato de distribución está en el hecho de que en el contrato de distribución el distribuidor revende los productos (previamente fabricados) con la marca del productor o fabricante, es decir el distribuidor no transforma la mercancía que obtiene, sino que la revende con la marca del fabricante en un territorio determinado.

En el contrato de suministro, el suministrado usualmente adquiere los productos con la finalidad de transformarlo, es decir, no lo obtiene para revenderlo, sino con la finalidad de utilizarlos en la producción de una mercancía, la cual será la que venderá y utilizando una marca diferente a la marca de los productos que el suministrante le suministró.

Así mismo, otra diferencia es el hecho de cómo lo establece Oscar Vasquez del Mercado, el Contrato de Suministro busca suministrar el producto, sobre el hecho de transmitir la propiedad del mismo.

- Contrato de franquicia.

En la actualidad, también significa tanto el sistema de comercialización de bienes o servicios por el cual el propietario de un producto, procedimiento, o servicio, protegido mediante una marca registrada, logra introducirse por medio de sus distribuidores asociados con el comercio de minoristas, reservándose el derecho de controlar la forma en que aquéllos distribuyan su producto o servicio. Es decir, se trata de un método

⁹⁰ LEÓN TOVAR, Soyla H. *Op. Cit.* p. 261.

para distribuir bienes o servicios a los consumidores, como también el contrato por medio del cual se permite a dichos distribuidores el uso de ese sistema de comercialización en el marco de una vinculación e integración contractual entre las partes; esto es, un contrato con formato de negocio en el que un empresario desarrolla un sistema o método de operación para la comercialización de productos o servicios, en donde la marca registrada identifica a todas las partes de ese sistema o método. Así, el nombre de Wendy's no identifica un platillo particular del menú de esa cadena de restaurantes, sino todo el sistema de comercialización, es decir, la forma en que Wendy's proporciona el servicio de comida rápida.⁹¹

La función del contrato de franquicia se puede resumir como:

El medio por el cual el titular (franquiciante o franquiciador) de una marca o designación comercial determinada y conocida de bienes o servicios llega al consumidor final, a través de una serie de establecimientos comerciales (franquiciados) que fabrican y expenden el producto o servicio de esa marca conforme a las instrucciones y exigencias del franquiciante. Aunque el Franquiciado es un comerciante autónomo, se integra a la red organizada por el franquiciante como si fuera una sucursal de éste.⁹²

El franquiciatario recibe el *know how* del franquiciante, para vender los productos o prestar los servicios del franquiciante, el franquiciatario debe seguir los lineamientos preestablecidos por el franquiciante para la venta de sus productos o para la prestación de sus servicios.

En una franquicia se regula la forma de prestar el servicio o vender los productos, así como la forma de organización del negocio. Se diferencia del contrato de distribución toda vez que el distribuidor a diferencia del franquiciatario, en que cubre la totalidad los costos de organización de su propio negocio (no forma parte de la red organizada por el productor) y que a su vez no obtiene los conocimientos técnicos para el mismo, solamente obtiene el producto de parte del fabricante.

⁹¹ Gross Herbert y Skaupy Walter, *Un secreto comercial; el boom de los sistemas de franquicia*, Madrid, Anaya, 1971, p. 9, *Apud*. LEON TOVAR, Soyla H. *Op. Cit.* p. 676.

- Contrato de Compraventa.

Para la compraventa mercantil es válida la definición que el Código Civil del Distrito Federal establece para la compraventa civil, cuando dice que "habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro, a su vez, se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero" (2248). Se trata, en esencia, del cambio convenido de cosa por dinero⁹³.

La compraventa, si bien es un contrato típicamente civil, tiene carácter de mercantil cuando la ley le da ese carácter o cuando se celebra con el objeto directo y preferentemente de traficar...⁹⁴

Tomando como base en el libro de Contratos Mercantiles de Soyla H. León Tovar, podemos señalar la diferencia que existen entre la compraventa mercantil y la compraventa civil.

Conforme el CCo existe una distinción entre compraventa civil y compraventa mercantil; en ambas, una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa a la otra parte, quien a su vez se obliga a pagar por ella un precio cierto y en dinero; pero la compraventa es civil cuando ninguna de las partes es comercial o, siéndolo, el objeto del contrato no es una cosa mercantil, ni la venta o compra se hacen con el propósito directo y preferente de traficar o de especular. Son compraventa mercantiles las que se hagan con el objeto directo o preferente de traficar y aquellas que el mismo CCo califica de mercantiles, y que conforme el art. 75 del propio ordenamiento lo son en función del fin o propósito, del sujeto o del objeto.⁹⁵

Aunque como mencioné anteriormente existen países como Italia y en Suiza en donde dicha diferencia ya no existe al haberlo unificado ambos bajo el derecho privado, sin embargo, en nuestro país sigue existiendo dicha diferencia, y es por ello que Soyla H. León tovar señala en su libro cual es la importancia de la distinción entre la compraventa de carácter civil y la compraventa de carácter mercantil:

⁹² FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos. Op. Cit.* p. 478.

⁹³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*. Sexta Edición, México, Ed. Porrúa, 1966, p. 4.

⁹⁴ LEÓN TOVAR, Soyla H. *Op. Cit.* 143.

⁹⁵ *Ibidem.* pp. 143-144.

.... la importancia de la misma estriba en las consecuencias diversas que implica considerar un contrato como civil o como mercantil v. gr. en cuanto a la transmisión de riesgos, los efectos de la morosidad, el plazo de cumplimiento, lugar de pago, así como la vía procesal para exigir el cumplimiento.⁹⁶

Después de analizar la definición y características del contrato de distribución, así como del contrato de compraventa, podemos afirmar que dentro de un contrato de distribución se realiza un contrato de compraventa, sin embargo, el contrato de distribución no concluye en el mismo.

El contrato de compraventa es un contrato instantáneo donde existe una prestación única, la cual se perfecciona; de acuerdo al artículo 2249 del código Civil Federal; al haber consentimiento entre las partes con respecto al objeto y al precio y de acuerdo con el artículo 373 del Código de Comercio tendrán por perfeccionadas por el sólo consentimiento de las partes. El contrato de distribución existe una serie de prestaciones periódicas y sucesivas (tracto sucesivo), se puede decir que la prestación es cumplida en diversos momentos e incluyendo mayor número de cargas al distribuidor y autorizándolo en algunos casos a utilizar la marca con fines publicitarios.

Derivado de las definiciones de los contratos puedo afirmar que la mayoría de los contratos afines al contrato de distribución son contratos que no se encuentran tipificados por nuestra legislación mexicana mercantil. En su calidad de contratos, deben elaborarse teniendo en cuenta las normas generales sobre contratos establecidas en el Código Civil y por su naturaleza mercantil deben tomar en cuenta los principios

⁹⁶ *Ibidem.* p. 146.

que informan al Derecho Mercantil y que están establecidos en el Código de Comercio.

La ausencia de regulación específica permite afirmar que respetando las normas limitativas que el propio Código de Comercio establece (y en su caso el Civil), las partes pueden pactar libremente el contenido de los contratos. Esto en virtud del "Principio de autonomía de la voluntad de los contratantes" a la hora de celebrar el instrumento.

En los contratos mercantiles se reconoce la autonomía de la voluntad de las partes para celebrar y ejecutar los contratos que deseen e incluir en ellos las cláusulas que consideren más convenientes, estén o no reconocidos (nominados) o reglamentados (típicos) por la ley, con las únicas limitaciones a que se hace referencia más adelante.⁹⁷

... por lo que el *CFE* impone límites a la autonomía de la voluntad, a la libertad de contratar y a la libertad contractual: el orden público, las leyes prohibitivas, la moral, las buenas costumbres y los derechos de terceros.⁹⁸

Este principio permite el surgimiento de contratos atípicos como el contrato que nos encontramos analizando, siempre que el mismo respete los límites establecidos a la autonomía de la voluntad otorgada a las partes.

2.7.- FORMA DEL CONTRATO.

La celebración de este contrato no requiere formalidad alguna es un contrato *consensual*. Como figura no regulada en el Derecho mexicano, no existe norma legal que le imponga la necesidad de una forma como requisito de validez.⁹⁹

Tomando en consideración lo establecido por el artículo 78¹⁰⁰ y 79¹⁰¹ del Código de Comercio, y toda vez que la ley no le exige formalidad específica alguna, podemos afirmar que un

⁹⁷ *Ibidem*. p. 15.

⁹⁸ *Ibidem*. p. 17

⁹⁹ ARCE GARGOLLO, Javier. *Op. Cit.* p. 372.

¹⁰⁰ Artículo 78 del Código de Comercio establece: "En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

¹⁰¹ Artículo 79 del Código de Comercio establece: "Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo precedente: I.- Los contratos que con arreglo a este código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran forma o solemnidad necesaria para su eficacia; II.- Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige

contrato de distribución podría constar en documento privado, escritura pública o incluso ser un contrato verbal.

El contrato de distribución es un contrato consensual, en el cual impera la libertad de formas. En la mayoría de los casos, la utilización de la forma verbal, sin instrumentación por escrito, genera dificultades para interpretar las obligaciones de las partes.¹⁰²

Sin embargo, la naturaleza del propio contrato y las exigencias de la vida cotidiana nos llevan a afirmar que si bien legalmente no se requiere forma alguna para su celebración, en la práctica resultaría difícil probar la existencia de un contrato en forma verbal, prueba de ello podemos citar una Tesis Aislada del Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito que establece:

Es cierto que el artículo 1441 del Código Civil vigente en el Estado de Puebla establece que son contratos consensuales los que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes, sin que la ley exija que se prueben por escrito ni se entregue el bien objeto del contrato para la constitución de éste; sin embargo, el precepto debe entenderse referido a la eficacia del contrato, esto es, a la no necesidad de ponerlo por escrito para que surta todos sus efectos, caso distinto a la obligación de probar su existencia cuando se cuestione, de donde resulta que si una de las partes niega haberlo celebrado, a la otra corresponderá demostrar lo contrario por alguno de los medios de prueba que establece la ley, atento al principio de que el actor debe probar su acción y el demandado sus excepciones.¹⁰³

Es por ello que podemos concluir que la costumbre nos ha llevado a requerir que con la finalidad de otorgar mayor seguridad a los contratantes, y como una prueba del mismo se acostumbra celebrar el mismo por escrito. Con ello las partes contratantes se obligan fehacientemente una frente a la otra, sin que exista duda en los términos y cláusulas en que las partes pretendieron obligarse entre sí. Que en la actualidad el

escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana. En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requerida, no producirán obligaciones ni acción en juicio."

¹⁰² FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos. Op. Cit.* pp. 415- 416.

¹⁰³ Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada VI.Io.29 C, Octava Época. "Contratos Consensuales. Si la Demandada Apoya su Excepción en haber Celebrado uno de Ellos, Debe Demostrarlo." Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XV-II, febrero de 1995.

contrato de distribución se celebre por escrito, se basa en las prácticas, usos y costumbres mercantiles, para que las partes contratantes guarden en su poder una prueba palpable de los términos en los que quedaron obligados.

2.8.- VIGENCIA DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN.

Respecto a la duración de los contratos de distribución, ésta puede ser pactada expresamente o no establecer un plazo de duración específico, siendo de vigencia indeterminado.

Si el plazo ha sido previamente establecido por las partes, es lógico decir que el contrato llega a su fin cuando se cumple dicho plazo, sin embargo, el fin del contrato puede anticiparse en virtud de una la actualización de alguna causa que las mismas partes podrían haber convenido como causas de terminación anticipadas, las cuales se analizan en la sección 2.5 de la presente tesis, denominada "Causas de terminación".

Quando el contrato es de duración indeterminada caben los siguientes supuestos: 1) que prevea la posibilidad de extinción mediante declaración de voluntad unilateral de cualquiera de las partes; 3) resolución contractual por justa causa, y 3) que el contrato nada prevea.¹⁰⁴

Si la terminación es generada por la actualización de alguna de las condiciones listadas como causa de terminación anticipada, dicha conclusión del contrato sería justificada y no habría lugar a reclamo. Así mismo, puede darse el caso en que las partes hubieran pactado la libertad de dar por terminado anticipadamente el contrato de forma unilateralmente y quieran separarse del contrato apelando a la libertad que tienen de hacerlo, siempre que respeten el aviso

¹⁰⁴ FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos. Op. Cit.* p. 410.

(recomendablemente por escrito) con una anticipación, que han acordado en el contrato, el cual se recomienda se preestablezca atendiendo las necesidades de los contratantes y del objeto del contrato.

El aviso anticipado es con la finalidad de facultar con ello a los contratantes a organizarse para finalizar la relación contractual, en su caso que el distribuidor tenga un plazo para vender los productos remanentes y no recibir más pedidos de los clientes, y en el caso del fabricante conseguir un nuevo distribuidor en dicho territorio.

Esta resolución anticipada del contrato puede producir una serie de perjuicios, como por ejemplo sería el caso que durante el período transcurrido no hubiera podido recuperar su inversión, le sobrara mercadería y ya no puede hacer uso de la marca para comercializarlo. Podemos tomar en consideración lo que el autor Juan M. Farina indica en su libro de Contratos Comerciales Modernos al citar a Marzorati¹⁰⁵ quienes afirman que en el supuesto que el contrato tenga vigencia indeterminada, las partes no podrán cesar abruptamente la relación, salvo en los casos que una causa se los impusiera o que la otra parte haya actuado culpablemente o dolosamente.

En el mismo sentido podemos incluir en el texto del artículo 1949 del Código Civil Federal que establece:

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento,

¹⁰⁵ En su libro *Sistemas de Distribución Comercial*.

cuando éste resultare imposible.¹⁰⁶

Estos perjuicios pueden dar lugar a una indemnización si la resolución ha sido injustificada o cuando no habiéndose pactado la resolución unilateral, ésta se quiera hacer valer por alguna de las partes. En ambos casos se entiende que los daños y perjuicios deben ser probados, por ello recomiendo incluir una pena convencional para los casos de terminación anticipada injustificada, protegiendo a las partes para en caso que se actualicen daños y perjuicios, la parte afectada pueda recibir una cantidad preestablecida para su correspondiente indemnización.

2.9. -CLÁUSULAS

Soyla H. León Tovar en su libro de Contratos Mercantiles, afirma que los contratos contienen cláusulas esenciales, naturales y accidentales. Las cláusulas esenciales se podrían definir como aquellas cláusulas necesarias para la existencia el contrato como tal, son las cláusulas que les otorga su esencia como un contrato determinado y que en ocasiones son las mismas que otorgan la diferencia con otro contrato, sin las cláusulas esenciales un contrato no sería lo que es.

La filosofía nos dice que así como la existencia responde a la cuestión de si un ser existe, la esencia responde a la de que es un ser; la esencia denota el fondo esencial interno de las cosas por oposición a su forma exterior.¹⁰⁷

A pesar de que el contrato de distribución es atípico podemos afirmar que existen cláusulas esenciales que le otorgan al contrato esencia de contrato de distribución y que lo caracterizan y diferencian de otros contratos.

¹⁰⁶ *Código Civil Federal*. México, Ediciones Delma, 2001.

¹⁰⁷ BRUGGER, Walter, *Diccionario de Filosofía*, 13 Edición, Barcelona, Herder, 1995. p 202.

A su vez existen cláusulas naturales y accidentales; las naturales son aquellas que a pesar de no otorgar o ser parte de la esencia del contrato ordinariamente acompañan a los contratos de dicha naturaleza. "Son una consecuencia natural de los contratos. Se tienen como puesta aunque no se inserten..."¹⁰⁸

Por último encontramos las cláusulas accidentales que son las cláusulas irrelevantes para la existencia del contrato, sin embargo, las partes lo consideran importante su inclusión en el contrato en virtud de que buscan regular una situación concreta que puede llegar a ocasionarse.

A continuación incluyo un breve análisis de las cláusulas que en base a las costumbres y usos mercantiles, son incluidas usualmente en un contrato de distribución en México. Por ende las mismas requieren una mayor atención y cuidado de las partes contratantes a la hora de celebrar el mismo:

2.9.1.-Obligaciones de las partes

La mayoría de los autores que consulte para la elaboración de este capítulo¹⁰⁹, coinciden en la importancia de las obligaciones de las partes.

Es por ello que se deben incluir las obligaciones del empresario, fabricante o productor a entregar las mercancías objeto del contrato en el plazo, lugar y en las condiciones previamente pactadas, al distribuidor. A su vez debe indicar las obligaciones del distribuidor a pagar la contraprestación convenida por las mismas y a revender dichos productos dentro del territorio. Dada la naturaleza del contrato de distribución, que en muchas ocasiones es utilizado por

¹⁰⁸ LEÓN TOVAR, Soyla H. *Op Cit* p.113.

productores que buscan incursionar mercados externos, es necesario indicar en el contrato de distribución el momento en el que la propiedad del producto es transmitida, es decir establecer si el productor deberá transportar los productos hasta las bodegas del distribuidor, o en su caso delegar el transporte a un transportista, indicando siempre si el riesgo sobre el producto es transmitido a la entrega del productor o a la entrega al distribuidor.

En algunos casos las obligaciones del distribuidor incluyen que las ventas deben ser por una cantidad mínima determinada anualmente y de no llegar a dicha meta, el contrato se puede dar por terminado de forma anticipada. Las obligaciones de las partes son analizadas de forma más exhaustiva en la sección 2.4 titulada obligación de las partes, en la presente tesis.

2.9.2.- Cláusula de exclusividad

La cláusula de exclusividad en un contrato de distribución no es en sí una cláusula esencial de dichos contratos, si no se considera una cláusula accidental, ya que aun sin ella el contrato seguirá siendo considerado un contrato de distribución, sin embargo, en la práctica se incluye con la finalidad de otorgar mayor seguridad a las partes a la hora de contratar. "Los contratos de distribución pueden contener, como elemento accesorio, un pacto de exclusiva a favor del empresario, del distribuidor o de las dos partes."¹¹⁰ El pacto de exclusividad es una práctica recurrida en el campo de las relaciones mercantiles, es por ello que a pesar de no ser en si

¹⁰⁹ PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina, FARINA, Juan M. y ARCE GARGOLLO, Javier. *Op. Cit.*

¹¹⁰ ARCE GARGOLLO, Javier, *Op. Cit.* p. 378.

una cláusula esencial del contrato de distribución la sigo incluyendo en la presente sección por su gran importancia.

"... aunque no es un elemento necesario de la definición la exclusividad, ésta es frecuente en la distribución, tanto para evitar que otros distribuidores vendan los productos en una zona determinada asignada al distribuidor exclusivo como para que el distribuidor no venda productos iguales o similares en dicha zona..." ¹¹¹

La cláusula de exclusividad puede pactarse en favor de ambas partes o una sola, y referirse a restricciones territoriales o fuentes de aprovisionamiento. El resultado de su aplicación es el surgimiento de implicaciones jurídicas que es preciso analizar, en otras palabras el pacto de exclusividad puede llegar a ser considerado como una práctica monopólica bajo determinadas circunstancias contempladas en la Ley Federal de Competencia Económica, dichas circunstancias serán analizadas en la presente tesis en el Capítulo III.

Entrando más a detalle en la cláusula de exclusividad, la misma puede ser utilizada en dos sentidos en una relación contractual derivada de un contrato de distribución:

"They provide, in essence, that the seller, a... manufacturer grants the buyer, an overseas merchant, sole trading rights within a particular territory with respect to goods for a specified kind while the buyer may undertake to rely on the seller as the sole source of supply whenever desirous of buying goods of the specified kind..." ¹¹²

- a) Otorgando una exclusividad al distribuidor en un territorio previamente establecido por parte del fabricante o productor. El fabricante o productor le asigna la distribución exclusiva de las mercancías o productos objeto del contrato al distribuidor, en un

¹¹¹ LEÓN TOVAR Soyla H. *Op. Cit.* p. 261.

¹¹² SCHMITTHOFF CLIVE MACMILLAN, Adams John N. *Op. Cit.* pp. 269 y 270.

territorio determinado, obligándose con ello el fabricante a no contratar o a no vender dichas mercancías a terceras personas o a otro distribuidor ubicado dentro del territorio objeto de la exclusividad.

Mediante la inclusión de una cláusula de este tipo en el contrato de distribución se asegura la exclusividad del distribuidor para distribuir y vender dichos productos en el territorio exclusivo, siendo el único distribuidor de dichas mercancías dentro del territorio, sin competencia, buscando asegurar el éxito de sus ventas en el área determinada.

- b) Otorgando exclusividad al empresario, fabricante o productor. Mediante este tipo de cláusulas el distribuidor se obliga a no vender o distribuir productos de la competencia del empresario, productos similares o análogos al producto objeto del contrato de Distribución. En general a no contratar con otro empresario o fabricante de iguales o productos similares, para que el distribuidor los venda o distribuya durante la vigencia del contrato de distribución. Buscando el fabricante con ello, asegurar las ventas de su producto en el territorio determinado.

Es una práctica común el incluir cláusulas de este tipo en los contratos de distribución con la finalidad de que las mercancías objeto del contrato sean vendidas de forma única por el distribuidor, con ello logrando que el distribuidor ponga todo su esfuerzo en la promoción reventa de los productos dentro del territorio.

Las cláusulas de exclusividad son consideradas cargas o beneficios adicionales en un contrato de distribución, es por

ello que a pesar de que un contrato de distribución carezca de una cláusula en dicho sentido, y mientras contenga las cláusulas esenciales seguirá siendo un contrato de distribución, simplemente las partes no gozarán de ningún tipo de exclusividad.

Una cláusula de exclusividad no sobrevive por sí misma, siempre va relacionada de alguna u otra forma con otra obligación la cual es considerada como principal, en este caso la distribución.

2.9.3.-Cláusula de no competencia

Es práctica común incluir en los contratos de distribución una obligación adicional al distribuidor de no hacer, esto es, de no realizar una actividad similar a la que es materia del contrato, más específico aún se le prohíbe al distribuidor fabricar o producir mercancías o productos iguales, análogos o similares a los productos objeto del contrato de distribución.

Cuando existe una relación contractual derivada de un contrato de distribución, usualmente el distribuidor adquiere información referente a la producción o manufactura de los productos de parte del fabricante y en algunos casos llega a conocer el *know how* del fabricante. El fabricante o productor con el propósito principal de protegerse de la competencia futura que puede ocasionarle el distribuidor al conocer o estar enterado de la información antes mencionada, tiende a incluir una cláusula de no competencia en los contratos de distribución.

La vigencia de las cláusulas en este sentido es usualmente por un periodo superior a la vigencia de la relación de distribución que guardan las partes, en otras palabras se

establece que el distribuidor no podrá producir o fabricar productos iguales a los del fabricante o productor en un periodo de tiempo, aún cuando el distribuidor ya no distribuya los productos del fabricante o empresario.

La CFC afirmó en su primer informe anual que las cláusulas de no competencia por las que se acuerda que el vendedor está obligado a no realizar actividades o inversiones dentro del mismo mercado relevante en el que opera el comprador no necesariamente contravienen lo dispuesto en la LFCE, siempre que dichas cláusulas "estén limitadas en cuanto a las personas que quedan obligadas, en el ámbito espacial en el que rige la disposición, los productos o servicios que se refiere y el tiempo durante el que estará vigente la obligación."¹¹³

Las cláusulas de no competir son válidas siempre que estén limitadas en cuanto a las personas obligadas, en el ámbito espacial en el que rige la disposición, los productos o servicios a que se refiere, y el tiempo durante el cual estará vigente la obligación.¹¹⁴

Derivado de las citas anteriores, es que el pacto de no competencia hay que entenderlo limitado en espacio y tiempo. No se busca eliminar definitivamente la libre competencia que pueda llegar a causar el distribuidor, ni se busca que el distribuidor elimine su actividad de producir bienes iguales o similares a las mercancías objeto del contrato, si no se busca que en un territorio y durante un tiempo determinado el distribuidor no produzca o fabrique productos iguales o similares a los del fabricante o empresario. Se busca salvaguardar los conocimientos relativos a la fabricación de los productos en cuestión, que el distribuidor adquirió mediante la información del fabricante a la que tuvo acceso durante la vigencia del contrato de distribución. Tampoco es lógico creer que siendo una cláusula que restringe derechos, ésta pueda prolongarse indefinidamente en el tiempo.

¹¹³ Comisión Federal de Competencia, *Informe Anual 1993-1994*, p. 29, *Apud.* AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier B, *La Libre Competencia*, México, Ed. Oxford, 2001. p. 101.

Adicionalmente, la CFC estableció que estas cláusulas se analizarían caso por caso, considerando la estructura de los competidores en cada uno de los mercados, examinando la justificación o eficiencia de la cláusula. Además, se analizarían con más cuidado aquellas cláusulas de no competir que contiene una duración de más de cinco años, o cuyo objeto no es la transferencia de canales de distribución u otros elementos similares, pues este tipo de cláusulas pudieran encubrir o implicar restricciones contrarias a la competencia.¹¹⁵

2.9.4.- La confidencialidad

Este pacto es aquel por el cual se obliga al distribuidor del contrato a guardar reserva sobre los secretos de producción o comercialización a los que se hubiere tenido acceso en cumplimiento de dicho contrato.

Su estipulación ya es rutina en los contratos internacionales de transferencia de tecnología, comercialización y representación. En virtud de ella, el agente reserva y no puede usar, en su propio beneficio-lealtad comercial-, las especificaciones y conocimientos que le suministre el principal como parte de sus deberes de proveer información y modalidades operativas que configuran un verdadero *know how* comercial común a otros contratos como la concesión, distribución y *franchising*.¹¹⁶

En principio, se entiende que éste debe obligar al distribuidor del contrato, que es quien directamente tiene acceso a la información confidencial. Sin embargo, la obligación alcanza también a todo aquel que tenga acceso a dicha información, es por ello que el distribuidor tenga la obligación de proteger y no divulgar los conocimientos que le fueron transmitidos.

La diferencia en uno y otro caso es que respecto al distribuidor la obligación de reserva surge del contrato por el cual se le transmiten esos conceptos o ideas; y en el caso de un empleado del distribuidor el deber de reserva surge a partir

¹¹⁴ AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier B. *Op. Cit.* p. 103.

¹¹⁵ *Ibidem.* p. 101.

de la relación laboral o más específico del contrato laboral que le prohíbe revelar dicha información. La Ley de Propiedad Industrial en su artículo 84, establece:

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 contempla, las cuales deberán precisar los aspectos que comprenden como confidenciales.¹¹⁷

A su vez en el artículo 86 establece que

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 abstenerse de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que guarde dicho secreto, o de su usuario autorizado.¹¹⁸

Con fundamento en los citados artículos se deriva la obligación del trabajador a guardar aquellos secretos o información confidencial a la cual tenga acceso al prestar sus servicios.

El Trabajador entiende que en este sentido asume una obligación laboral específica, y que en caso de incumplirla, dicho incumplimiento podrá ser motivo de despido por justa causa, generándose además a favor del empleador una acción judicial por los daños y perjuicios que pudieran haber sido ocasionados al mismo y/o a terceras personas.¹¹⁹

Se recomienda que a su vez el distribuidor tome las medidas necesarias para que dicha información se mantenga confidencial, es decir, si es necesario el distribuidor deberá

¹¹⁶ DE AGUINIS, Ana María M. *Op. Cit.* pp. 91-92.

¹¹⁷ *Ley de Propiedad Industrial*. México Distrito Federal, Ed. Themis, 2001.

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ ALMUZARA ALMAIDA, Cristina, COUDERT, Fanny, MARZO PORTERA, Ana y NAVALPOTRO NAVALPOTRO, Yolanda, *Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal*, Segunda Edición, España, Ed. Nex Nova, 2005, p. 260.

de realizar contratos de confidencialidad con sus empleados, para que prevalezca la información como confidencial.

En ambos casos, el contrato mismo deberá especificar la naturaleza confidencial de la información. Tanto el caso del distribuidor y en el del empleado debe haber una prevención para conservar la confidencialidad.

2.9.5.-Cláusula de solución de controversias

Es de vital importancia incluir en los contratos de distribución una cláusula para la solución de controversias. Esta cláusula deberá a su vez atender las necesidades de las partes contratantes, ya que se puede establecer que las partes acuerden resolver entre ellas las controversias hasta llegar a un acuerdo mutuo, establecer el arbitraje como medio de solución de las mismas o fijar los tribunales competentes.

En mi opinión, la primera opción deberá ser tratar de llegar a un acuerdo entre las partes de forma armoniosa, ya sea para salvar la relación contractual y de negocios que vienen teniendo las partes. Si después de intentar de forma amigable resolver el problema, pero no se llega a un acuerdo, opino que el arbitraje es una de las mejores opciones, obligándose las partes a resolver sus controversias atendiendo el procedimiento previamente establecido en el contrato, con ello se logra reducir el tiempo que tarda un tribunal en resolver una disputa mercantil y en virtud de ello las partes podrán volver a contratar en un tiempo menor, pero como mencione anteriormente esta cláusula se debe elaborar en atención a las partes y sus necesidades.

2.9.6.- Pena Convencional.

“Los contratantes pueden estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la forma convenida entre ellos”¹²⁰. El incluir una cláusula en este sentido permite a las partes recibir como indemnización; en caso de incumplimiento de la otra parte; una suma de dinero, la cual es previamente fijada y convenida por las partes al momento de celebrar el contrato de distribución, evitando con ello el seguir un procedimiento para obtener el pago de los daños y perjuicios.

.... la pena convencional es un pacto que se une a una obligación principal, en virtud del cual se estipula una indemnización de daños y perjuicios que habrá de satisfacerse por uno, por varios o por todos los contratantes para los supuestos concretos que se determinen, de cumplimiento total, cumplimiento irregular o simplemente retraso.¹²¹

El artículo 88 del Código de Comercio habla de la pena de indemnización por incumpliendo, estableciendo “En el contrato mercantil en que se fije pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra.”¹²²

En el mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia, en una Jurisprudencia establece:

El artículo 88 del Código de Comercio establece que quien demande el incumplimiento de un contrato mercantil podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena en él prescrita. Por otra parte, si bien es cierto que el Código Civil Federal es de aplicación supletoria y que su artículo 1846 regula el incumplimiento parcial de las obligaciones, su aplicación únicamente se justificaría si existiese una laguna en el Código de Comercio. Sin embargo, toda vez

¹²⁰ DE PINA VARA, Rafael, *Derecho Mercantil Mexicano*, Vigésimo octava Edición, México, Ed. Porrúa, 2002, p. 205.

¹²¹ ESQUIBEL MUÑIZ, Unai, *Las denominadas cláusulas de rescisión del contrato de los deportistas profesionales*, Madrid, Ed. Dickinson, 2005, p. 110.

¹²² Código de Comercio. Ed. Themis, México DF, 2010.

que el artículo 88 del Código de Comercio no hace una distinción entre los tipos de incumplimiento, debe entenderse que dicho artículo comprende tanto el parcial como el total. En todo caso, ambos son tipos de incumplimiento de las obligaciones contraídas, por lo que debe considerarse que dicho artículo es una norma completa, o sea, una norma de la que no deriva ninguna laguna. Es decir, dado que el artículo 88 del Código de Comercio regula todos los supuestos de incumplimiento (ya sea parcial o total) no existe justificación para aplicar supletoriamente el artículo 1846 del Código Civil Federal. Por lo tanto, cuando se demande el incumplimiento parcial o total de un contrato mercantil, el acreedor no podrá ejercer simultáneamente las acciones de cumplimiento del contrato y la de pago de la pena en él convenida, sino que deberá ejercer exclusivamente una de ellas.¹²³

Es por ello que podemos afirmar que cuando tal cláusula es incluida en el contrato de distribución y en supuesto de que se actualice un incumplimiento, no podrán reclamarse, además de la pena convencional, los daños y perjuicios sufridos, es decir o se elige la pena convencional o se elige los daños y perjuicios.

3.9.7.- Cláusula relativa a la propiedad industrial de los productos objeto del contrato.

En el mercado actual es necesario publicitar los productos, con la finalidad que los consumidores lleguen a conocer el mismo, se creen una necesidad y busquen el adquirirlo. De la misma forma es importante mencionar que la mayoría de los productos tienen su marca, diseño industrial, nombre comercial entre otros, debidamente registrados. En virtud de ello y con la finalidad de que el distribuidor se encuentre facultado a realizar promoción y publicitar los productos objeto del

¹²³ Suprema Corte de Justicia. Tesis de Jurisprudencia 29/2008, Novena Época. "Contratos Mercantiles. En los casos de Incumplimiento Parcial de las Obligaciones Pactadas en Ellos, es Aplicable el Artículo 88 del Código de Comercio y no el 1846 del Código Civil Federal, y no el 1846 del Código Civil Federal, Aplicado Supletoriamente a la Materia", Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Julio de 2008.

contrato de distribución, es necesario que el productor o fabricante o quien ostente la titularidad de la marca, le otorgue la facultad al distribuidor para utilizar dicha marca para publicitar y promocionar los productos.

El artículo 136 de la Ley de Propiedad Industrial establece que "El Titular de una marca registrada o en trámite podrá conceder, mediante convenio, licencia de uso a una o más personas, con relación a todos o algunos de los productos o servicios a los que se aplique dicha marca..."¹²⁴

Ahora bien el titular de la marca debe de asegurarse de incluir o indicar en dicha cláusula que los derechos de la marca o marcas no se entienden por transmitidos, si no que únicamente se le está autorizando al distribuidor para utilizar la misma en promociones y durante la vigencia del contrato de distribución, con la finalidad de que el público en general llegue a conocer los productos y puedan identificar al distribuidor de los mismos.

Estas son algunas de las cláusulas que usualmente son incluidas en los contratos de distribución. Cabe mencionar que diversos autores afirman que el contrato de distribución puede ser considerado un contrato complejo o un grupo de contratos, ya que usualmente incluye cláusulas que llegan a ser considerado un contrato accesorio al contrato de distribución que sería el principal. En general el contrato de distribución puede llegar a incluir cláusulas que regulan diferentes aspectos que se derivan de la distribución de los productos y que atienden las necesidades que cada parte y el producto objeto de la distribución llegaren a tener.

¹²⁴ Ley de Propiedad Industrial. *Sumario Mercantil*. Themis, México 2010.

CAPÍTULO III
CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD

La cláusula de exclusividad en algunos casos pueden ser consideradas violatorias de diversos preceptos legales tales como los artículos 5 y 28 constitucionales, afirmando que las cláusulas en dicho sentido impiden la libre competencia, violando por ende lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Federal de Competencia Económica¹²⁵. En la presente tesis realizo un análisis para verificar la legalidad de las mencionadas cláusulas, establezco fundamentos para demostrar que las cláusulas de exclusividad no en todos los casos son violatorias de los mencionados preceptos legales y busco demostrar que las cláusulas de exclusividad al cumplir con los lineamientos establecidos por la Ley Federal de Competencia Económica y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no pueden ser clasificadas como prácticas monopólicas.

Antes de iniciar mi análisis a los mencionados preceptos legales, incluyo unas definiciones que serán de utilidad a la hora de realizar dicho análisis:

- Competencia:

Una forma de mercado, forma de una actividad o de un proceso social. La competencia se emplea en un sentido técnico para clasificar las condiciones de mercado según el grado de control sobre los precios que posean los productores o consumidores. Estas situaciones dependen del número de Productores y demandantes, de la uniformidad de los bienes y de la libertad de entrada para los oferentes potenciales.¹²⁶

Es necesario entender que es considerado como competencia para estar en posibilidades de verificar que actos pueden violar la libre competencia.

¹²⁵ Publicada en el Diario Oficial el día 24 de Diciembre de 1992 y última modificación el 28 de Junio del 2006.

- Mercado: "Un grupo de compradores y vendedores que están en un contacto lo suficientemente próximo para que las transacciones entre cualquier par de ellos afecte las condiciones de compra o venta de los demás."¹²⁷
- Consumidor: "Persona, colectividad o institución que utilizan servicios o bienes materiales para la satisfacción de sus necesidades."¹²⁸ La Ley Federal de Protección al Consumidor, define consumidor en su Artículo Segundo como:

La persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley.

¹²⁹

- Competencia Perfecta:

Un mercado perfectamente competitivo es aquel en el que todas las empresas son demasiado pequeñas para influir en el precio del mercado. Eso significa que independientemente de lo que produzcan, pueden vender toda su producción al precio vigente en el mercado. Por lo tanto, en un mercado perfectamente competitivo una empresa no tiene razón alguna para vender a un precio inferior al del mercado. Tampoco elevará su precio por encima del precio de mercado, ya que entonces no vendrá nada, puesto que los consumidores preferirán comprar a los competidores cuyos productos tengan un precio más bajo.¹³⁰

Una empresa de competencia perfecta no tiene influencia sobre el precio que recibe por su producto, simplemente acepta el que establece el mercado. Se ha dicho que una empresa de competencia perfecta, por dos razones, no determina el precio: (1) cada una produce una pequeña parte del producto del mercado y (2) cada una de esas pequeñas partes no se distingue de la producida por las demás empresas.¹³¹

¹²⁶ SELDON Arthur y PANNANCE F.G, *Diccionario de Economía*, Barcelona, España, Ed. Oikos, 1980, pp. 131-132.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 345.

¹²⁸ *Nueva Enciclopedia Universal*, Barcelona, España, Ed. Carroggio, 1982, p. 2432.

¹²⁹ Ley Federal de Protección al Consumidor. Multi Agenda Mercantil. Ediciones fiscales ISEF.

¹³⁰ SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William, *Economía*, Décimo quinta edición, España, Ed. Mc Graw Hill, 1998, p.152.

¹³¹ PETERSON, Willis L., *Principios de Economía Micro*, México, Distrito Federal, Editorial CECSA, 1981, p. 173.

Podemos decir que un mercado con competencia perfecta es cuando el precio es libremente fijado por la oferta y la demanda, sin que las partes influyan en fijar el precio.

- Competencia Imperfecta: Se actualiza cuando

una empresa puede influir significativamente en el precio del mercado de su producto. Existe competencia imperfecta en una industria si todos los vendedores pueden controlar en alguna medida el precio de su producto. La existencia de competencia imperfecta no significa que una empresa controle absolutamente el precio de su producto. Pensemos en el caso del mercado de bebidas de cola, en el que Coca-Cola y Pepsi tienen conjuntamente la mayor cuota de mercado y predomina claramente la competencia imperfecta. Si el precio actual de una lata de bebida refrescante es de 75 centavos, Pepsi puede ser capaz de fijarlo en 70 u 80 y seguir siendo una empresa viable. Difícilmente podría fijarlo en 40 pesos o 10 centavos, pues a esos precios quebraría. Vemos, pues, que un competidor imperfecto tiene, al menos, un cierto margen de maniobra para fijar su precio. El margen de maniobra varía de una industria a otra.¹³²

La competencia imperfecta en oposición a la perfecta es que los agentes sí influyen de forma significativa en el proceso de fijar los precios de los productos.

- Monopolio: Se define como el caso extremo de la competencia imperfecta, es decir, el único vendedor que controlara absolutamente una industria. Es el único productor en su industria y no existen otras que produzcan buenos sustitutos.¹³³ "Control de una mercancía o servicio por parte de un solo vendedor. En el mundo real, todas las mercancías y servicios compiten entre sí, de modo que son pocos los vendedores que pueden considerarse como monopolistas perfectos. Por lo tanto, en la práctica el monopolio se refiere al vendedor de una mercancía o un servicio que carece de unos sustitutos próximos."¹³⁴

¹³² SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William, *Economía. Op. Cit.* p. 153.

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ SELDON, Arthur y PENNANCE F.G, *Diccionario de Economía. Op. Cit.* p. 367.

El artículo 28 constitucional, prohíbe de forma expresa la existencia de monopolios en México, más adelante analizaremos este fundamento legal en relación con la cláusula de exclusividad en el contrato de distribución.

- Oligopolio: El término oligopolio significa pocos vendedores. En este contexto, pocos pueden ser únicamente 2 o hasta 10 ó 15 empresas. Lo importante es reconocer que las acciones de las distintas empresas afectar al precio de mercado. En el sector de transporte aéreo, la decisión de unas líneas aéreas de bajar sus tarifas puede desencadenar una guerra de precios que provoque una reducción de las tarifas de todos sus competidores.¹³⁵
- Prácticas anticompetitivas: Se trata de conductas mercantiles ilícitas que atentan contra la determinación o formación de los precios. Estas acciones u omisiones son realizadas por empresas privadas o públicas con objeto de distorsionar los mercados. Las más significativas son las prácticas restrictivas y las prácticas desleales de comercio internacional.¹³⁶

Después de las breves definiciones de varios conceptos que nos servirán para la presente investigación, iniciaré con mi análisis de los preceptos legales a los que la cláusula de exclusividad podría llegar a ser considerada violatoria. El primer artículo que analizó es el artículo 5to de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.1.- ARTÍCULO 5TO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

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 terceros o por resolución gubernativa dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser

¹³⁵ SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. *Op. Cit.* p. 154.

¹³⁶ WITKER, Jorge y VARELA, Angélica, *Derecho de la competencia económica en México*, México D.F., Editorial UNAM, 2003, p. 13.

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 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.¹³⁷

Recordemos que la cláusula de exclusividad puede incluirse en el contrato de distribución imponiendo cargas a ambas partes contratantes. "La esencia de este acuerdo de exclusiva se encuentra en no recibir, en no realizar ciertas prestaciones, en no concluir determinados contratos, sino solamente con

¹³⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ediciones Delma, Estado de México, 2004.

aquellas personas a quienes se les reconoce la exclusiva”¹³⁸. Aquí podemos citar a Javier B. Aguilar Álvarez de Alba cuando habla de las cláusulas de no competir en relación con el artículo 5 constitucional:

“De acuerdo con esta disposición, todas aquellas convenciones en que las partes renuncien a desempeñar cualquier actividad en forma permanente o por tiempo limitado, como sucede generalmente en los contratos de sociedad en la que los socios se comprometen a no hacer competencia individualmente a la entidad moral que forman, son al parecer inconstitucionales, y a la luz del sexto párrafo del art. 5 de nuestra Ley Fundamental, carecen de validez en el punto en que dicha renuncia se estipule.¹³⁹ Sin embargo, algunas ejecutorias del Poder Judicial dan validez a la cláusula de no competir, enfocándolas en las obligaciones de no hacer en las obligaciones contractuales, cuyo incumplimiento pueda dar lugar al pago de la indemnización correspondiente”¹⁴⁰.

En virtud de lo establecido por el artículo 5 constitucional, podemos llegar a la conclusión que cuando la cláusula de exclusividad se establece con cargas al distribuidor, éste queda obligado a no distribuir mercancías o productos iguales o análogos a los productos objeto del contrato en el territorio determinado. Es decir “El distribuidor obligado por la exclusiva no puede contratar la distribución de productos en su zona con otros empresarios, es lo que se conoce como exclusiva de abastecimiento o aprovisionamiento”¹⁴¹. Ahora bien cuando las cargas de la cláusula de exclusividad son impuestas al empresario, fabricante o productor, y por ello éste se obliga a no otorgar otra distribución o contratar con otro distribuidor dentro del mismo territorio. En éste tipo de exclusividad es importante

¹³⁸ ARCE GARGOLLO, Javier. *Op. Cit.* p. 378.

¹³⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las garantías individuales*, 19ª Edición, México, Ed. Porrúa, 1985, p. 340. AGUILAR, *Apud.* ÁLVAREZ DE ALBA, Javier B. *Op. Cit.* p. 91,

¹⁴⁰ *Idem.*

¹⁴¹ *Idem.*

resaltar la existencia de dos elementos o requisitos de la exclusividad, que son el plazo o tiempo determinado y en algunos casos, el territorio. En este sentido puedo volver a citar a Javier B. Aguilar Álvarez de Alba, para apoyar la importancia de esos dos elementos:

"... es importante que la duración de la cláusula no sea excesiva, es decir, no más larga que el tiempo requerido para proteger al comprador de un uso indebido de los activos intangibles por parte del vendedor. La duración máxima depende del plazo de depreciación del activo intangible de que se trate, es decir, del tiempo que se requiere para que el valor del intangible se acerque significativamente a cero. Esto debe determinarse caso por caso."¹⁴²

"Una excepción a la prohibición sería cuando la cláusula sólo se aplicara a cierta zona geográfica (aunque hay que señalar que muchas veces la cláusula de no competir no se limita a una zona geográfica). El propósito constitucional se refiera a la renuncia al comercio, a determinada profesión o industria, pero no a que en una zona geográfica determinada se obligue a abstenerse de realizar actos de competencia con su contratante. De tal forma, libre será de ejercer ese comercio o industria en el resto del país, pero no en la zona específicamente fijada como prohibida. Al efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido lo siguiente:

COMERCIO, RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD DE. No puede reputarse como renuncia temporal o permanente para ejercer el comercio, en los términos de la prohibición constitucional, el que una persona convenga en no ejercer el comercio dentro de un perímetro determinado, fuera del cual quedan expeditas sus facultades para llevarlo a cabo.

Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación* 5ª época, tomo LXXXI, página 3827, Ramírez Juan Antonio. 21 de agosto de 1944, cuatro votos.

Sin embargo, el que las cláusulas de no competir se exentan de la aparente prohibición *per se* en la Constitución no se fundamente en la referencia a determinada zona geográfica, si no en las justificaciones económicas de la dichas cláusulas..."¹⁴³

¹⁴² *Ibidem.* p. 93.

¹⁴³ *Ibidem.* pp. 97-98.

Se puede apreciar claramente que la cláusula de exclusividad utilizada en el contrato de distribución, no conlleva una dependencia económica ni una subordinación entre las partes, es decir, no existe una relación laboral entre las mismas, sino se actualiza una relación meramente contractual.

Con el fin de reforzar esta afirmación podemos citar la siguiente jurisprudencia:

El Contrato celebrado por una empresa con determinadas personas, concediéndoles la exclusividad para que vendan los productos de aquéllas en tal o cual región, no es un contrato de trabajo, si no existe la dirección técnica, la dependencia de los concesionarios con una empresa, por lo que hace a la distribución, al manejo, a la propaganda, a la contratación de personal, sino que antes bien, se les reconoce autonomía en dichos manejos, por lo que el contrato que se trata es de naturaleza *sui generis*, semejándose al contrato de agencia de que habla la fracción X del artículo 75 del Código de Comercio.¹⁴⁴

Las partes en el contrato de distribución con cláusula de exclusividad ejercitan el llamado principio de autonomía de la voluntad o libertad de las partes para contratar y establecer libremente las cláusulas que regirán el mismo, velando en todo momento no contravenir lo establecido por el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Ahora bien si nos encontramos en presencia de una relación contractual y no frente a una relación de carácter laboral, la cláusula de exclusividad no contravienen lo establecido por el artículo 5to constitucional. Dicho artículo busca proteger y salvaguardar los intereses de los trabajadores, buscando crear un equilibrio para compensar la posición desventajosa que los trabajadores llegan a tener frente a sus patrones.

¹⁴⁴ Amparo Directo 5057/58 *Concesiones exclusivas para la venta de productos de una empresa, naturaleza de los contratos de*, Sexta Época, p. 122.

Las intenciones de los legisladores a la hora de redactar el artículo 5to constitucional son claras, ellos buscaban proteger a los trabajadores por la posición desigual en la que se encuentran frente a los patrones. Con la finalidad de confirmar que la cláusula de exclusividad no es violatoria de lo establecido por el artículo 5to constitucional, verifiquemos los elementos esenciales para que exista una relación laboral de acuerdo al artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, el cual versa de la siguiente forma: "se entiende por relación de trabajo cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario¹⁴⁵".

Es decir, para estar frente a una relación de trabajo es necesario que se actualice i).- la subordinación (del empleado frente al patrón) y que ii).- que el empleado reciba un pago por sus servicios. Es claro que los elementos listados no se actualizan en una cláusula de exclusividad en el contrato de distribución, por ende no nos encontramos frente a una relación laboral, sino frente a una relación meramente contractual.

Partiendo del punto que nos encontramos frente a una relación contractual y con fundamento en el artículo 78 del Código de Comercio, cuya redacción es la siguiente "En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que parezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados"¹⁴⁶, podemos afirmar que las partes contratantes que cuentan con el principio de autonomía de la

¹⁴⁵ Ley Federal del Trabajo, Ed. Porrúa, México, 2003.

voluntad, se podrán obligar en los términos de la cláusula de exclusividad, siempre que la misma atienda lo previsto por la Ley Federal de Competencia Económica. Los lineamientos establecidos por la Ley Federal de Competencia Económica serán analizados más adelante en la sección 3.3 de la presente tesis.

3.2.- ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Una vez desvirtuada la posibilidad de que la cláusula de exclusividad incluida en un contrato de distribución contravenga lo establecido por el artículo 5to constitucional, nos ocuparemos de verificar la legalidad de dicha cláusula al amparo de lo establecido por la Ley Federal de Competencia Económica, sin embargo primero verificaremos el artículo 28 constitucional que da origen a dicho ordenamiento jurídico.

El artículo 28 constitucional, aun cuando comienza por establecer, en términos concretos, la prohibición de que en la República existan monopolios, no se ocupa exclusivamente de éstos, en el sentido estricto de la palabra, esto es, entendiéndolo como monopolio la concentración en una persona o corporación, de determinada rama del comercio o de la industria, sino que teniendo en cuenta que la mayor parte de los economistas juzgan que hay monopolios, no solamente en esos casos de concentración individual, sino en muchas actividades económicas en las que, si bien no falta en absoluto la concurrencia, ésta sólo puede existir de una manera limitada, en perjuicio del bien general, dicta prevenciones encaminadas a combatir esas actividades de monopolio parcial.¹⁴⁷

El texto artículo 28 Constitucional es el siguiente:

En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y

¹⁴⁶ *Código de Comercio*, México Distrito Federal, Ed. Themis, 2001.

¹⁴⁷ Tesis Aislada Quinta Época, "Monopolios", Seminario Judicial de la Federación XL, Abril de 1934, p. 3448.

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 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 los 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 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 sociales 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 constituye 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 establezca 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 periodos 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 aquéllos en que actúen en 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 conceda 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 inventos y perfeccionadores de alguna mejora.

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la presentación 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 sustancialmente las finanzas de la Nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta¹⁴⁸.

El artículo 28 constitucional se considera el fundamento legal y las bases para la creación de la Ley Federal de Competencia Económica¹⁴⁹, la cual regula:

"1) la libre concurrencia, 2) la libre competencia y 3) dar certidumbre a los particulares, tanto en su quehacer económico ordinario, como en la actuación de la autoridad sobre tal respecto, objetivo este último traduce muy bien la interrelación entre lo económico y lo jurídico, al dar certidumbre legal a la actividad económica."¹⁵⁰

Como parte de mi análisis para determinar si las cláusulas de exclusividad pueden llegar a ser consideradas una práctica monopólica, las cuales de alguna forma afecten la libre competencia en el mercado, es necesario analizar la Ley Federal de Competencia Económica. Es por ello que a continuación incluyo artículos de dicha ley y un breve estudio y comparación de los mismos con los alcances de la cláusula de exclusividad utilizada en los contratos de distribución.

3.3.-LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

¹⁴⁸ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Estado de México, Ediciones Delma, 2004.

¹⁴⁹ Publicada en el DOF el 24 de Diciembre de 1992, vigente desde el 23 de Junio de 1993.

La Ley Federal de Competencia Económica “regula y sanciona los monopolios, prácticas monopólicas, las concentraciones y las restricciones al comercio entre entidades federativas; establece la Comisión Federal de Competencia”¹⁵¹, delimitando su estructura y sus funciones, así como las disposiciones generales de procedimiento ante dicho organismo y los recursos procedentes”¹⁵². Busca un crecimiento económico el país, mediante la regulación del mercado.

El Objetivo de la LFCE es promover la eficiencia económica y proteger al proceso de competencia (rivalidad entre empresas que buscan incrementar sus utilidades o participación en el mercado) y libre concurrencia (posibilidades de incursionar libremente en los mercados para ofrecer bienes y servicios). Los principales beneficiados por la competencia son los consumidores, es decir todos los mexicanos, ya que genera una mayor diversidad opciones de productos y servicios, y a menores precios. La competencia incrementa también la eficiencia de las empresas y tiene un alto impacto en la competitividad internacional de México¹⁵³.

Reafirmando ese espíritu con el que fue redactada la ley, podemos tomar parte de la Exposición de Motivos de la Ley Federal de Competencia Económica:

Los objetivos centrales de la iniciativa que someto a la consideración de ese H. Congreso, radican en promover la eficiencia económica y evitar las prácticas monopólicas. La iniciativa, de aprobarse, protegería el proceso competitivo y la libre concurrencia de los particulares en las actividades económicas. Es precisamente el proceso constante y permanente en el que las empresas compiten entre sí lo que trae como resultado menores costos, mejores y nuevos productos, mayores servicios para los consumidores y menores precios. En suma, una mayor eficiencia.

Asimismo, en el proyecto se precisan con claridad, cuáles manifestaciones económicas no constituyen monopolios, tales como las asociaciones o sociedades cooperativas que

¹⁵⁰ WITKER, Jorge, *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*, México, Ed. Porrúa México, UNAM, 2003, p. 140.

¹⁵¹ La Comisión Federal de Competencia, de conformidad con lo establecido en el Art. 23 de la LFCE: “es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, que cuenta con autonomía técnica y operativa y tiene a su cargo prevenir, investigar y combatir los monopolios, prácticas monopólicas y las concentraciones y goza de autonomía para dictar sus resoluciones. Sus atribuciones se enlistan en el art. 24 de la LFCE.

¹⁵² WAITKER, Jorge y VARELA, Angélica. *Op. Cit.* p. 65.

¹⁵³ www.cfc.gob.mx 10/09/2010.

vendan directamente sus productos en el extranjero, así como las asociaciones de trabajadores constituidas conforme a la legislación aplicable.

La iniciativa busca aprovechar los efectos de la apertura comercial y, al mismo tiempo, evitar que las prácticas anticompetitivas originadas en el extranjero tengan un efecto adverso sobre el mercado nacional. En este sentido, se reforzarían las disposiciones relacionadas con el comercio exterior.¹⁵⁴

El primer artículo de la Ley Federal de Competencia Económica se encuentra redactado de la siguiente forma: *"La presente ley es reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia, es de observancia general en toda la Republica y aplicable a todas las áreas de la actividad económica"*¹⁵⁵.

Como hice mención anteriormente, la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) tiene su fundamento en el artículo 28 constitucional y busca regular el libre mercado, eliminando las prácticas monopólicas, anticompetitivas y como lo establece su artículo segundo, las demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.

Por ello prohíbe y sanciona todos los comportamientos que, en los términos de la ley, afectan indebidamente a la competencia que en sí misma busca la eficiencia económica como resultado de una mejor asignación de los recursos, o mayor diferencia de los productos, y el desarrollo de ventajas competitivas en beneficio de la producción y, por ende, de los consumidores¹⁵⁶.

La LFCE en su artículo tercero sujeta al cumplimiento de la misma *"a los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o*

¹⁵⁴ www.cfc.gob.mx 10/09/2010

¹⁵⁵ *Ley Federal de Competencia Económica*, Estado de México, Editorial Ediciones Delma, 2004.

cualquiera otra forma de participación en la actividad económica"¹⁵⁷. "Con esto podemos concluir que en ámbito personal de aplicación quedan comprendidos todos los agentes económicos."¹⁵⁸

Después de analizar los artículos 1 y 3 de la LFCE, podemos concluir que las partes contratantes en un contrato de distribución se encuentran sujetas a la observancia de dicha LFCE, ya que como es evidente encuadran en la definición de agentes económicos, por lo que es de vital importancia el continuar analizando la misma.

El artículo 8 de la LFCE establece lo siguiente: " 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."¹⁵⁹

Los monopolios en México se encuentran prohibidos expresamente tanto por el artículo 28 constitucional, así como por la LFCE, pero ¿Qué clasifica nuestra legislación como actos o prácticas monopólicas? La LFCE establece dos tipos de prácticas monopólicas, las denominadas absolutas y las relativas, las que serán estudiadas a continuación, incluyendo un breve análisis de los artículos de la LFCE y su reglamento que regulan y limitan las prácticas monopólicas en nuestro país.

¹⁵⁶ PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GUERRERO SERREAU, Renato Roberto, *Derecho de la competencia económica*, México D.F., Ed. Oxford, 2002, p. 83.

¹⁵⁷ *Ley Federal de Competencia Económica*, Editorial Themis, México D.F., 2009.

¹⁵⁸ WITKER, Jorge, *Op. Cit.* p. 143.

3.3.1.- Artículo 9 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) .

El artículo 9 de la LFCE establece que los elementos que deberán actualizarse en nuestro país para encontrarnos frente a las prácticas monopólicas absolutas:

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;

III.- Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, Productores, tiempos o espacios determinados o determinables; o

III.- Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Los actos a que se refiere este artículo no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta ley sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere resultar¹⁶⁰.

Si bien es cierto que el artículo 9 de la LFCE lista como prácticas monopólicas absolutas a los contratos o convenios y a su vez en su fracción tercera específicamente menciona a la distribución, sin embargo recordemos que los sujetos a quienes va dirigido este artículo es a los agentes económicos competidores entre sí, quienes buscan realizar un convenio

¹⁵⁹ Ley Federal de Competencia Económica, Editorial Themis, México D.F., 2009.

entre ellos para limitar la libre competencia, conviniendo en la restricción recíproca de ventas. La Comisión Federal de Competencia en su informe anual del 2008 define prácticas monopólicas absolutas:

Las prácticas monopólicas absolutas se definen como aquellos contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea fijar precios, restringir cantidades, segmentación de mercados o coordinación de posturas en licitaciones. Por otro lado, las prácticas monopólicas relativas son aquellos actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea desplazar a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso, o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.¹⁶¹

La cláusula de exclusividad, que en ocasiones es incluida en los contratos de distribución, obliga a las partes contratantes; un fabricante, productor o empresario y un distribuidor; quienes pactan la exclusividad ya sea a favor de una o de ambas partes. Las prácticas monopólicas absolutas atendiendo lo establecido por el artículo 9, son definidas como los actos entre competidores quienes realizan convenios, contratos o acuerdos para fijar precios, ofertar bienes, demarcar mercados, asignarse clientela entre otros actos. Las partes de un contrato de distribución no son agentes económicos competidores que buscan limitar la libre competencia, establecer precios o demarcar mercados, mediante acuerdo entre ellos, sino entre un fabricante o productor y un distribuidor, quien en libre competencia con otros busca un mercado óptimo para un mercado competitivo.

La cláusula de exclusividad en un contrato de distribución no estará prohibida en si misma por el artículo 9 de la LFCE, al no llegar a encuadrarse como una práctica

¹⁶⁰ Ley Federal de Competencia Económica. Editorial Themis. México D.F. 2009.

¹⁶¹ CFC Informe Anual 2008, p. 15

monopólica absoluta, toda vez que las partes no son competidores entre sí, sino que se encuentran en lugares distintos del proceso, realizando por así decirlo un trabajo en equipo con asignaturas diferentes para cada parte.

Como hice mención, la LFCE clasifica a las prácticas monopólicas en absolutas y relativas, después de verificar que las cláusulas de exclusividad incluidas en un contrato de distribución no es considerado una práctica monopólica absoluta, ya que dicho tipo de prácticas monopólicas va dirigida a agentes competidores entre sí, continuaré con el análisis para verificar en que casos dicha cláusula puede llegar a considerarse una práctica monopólica relativa.

3.3.2.- Artículos 10, 11, 12 y 13 de la LFCE.

A continuación incluyo lo establecido por los artículos 10, 11, 12 y 13 de la LFCE, con la finalidad de verificar en que casos la cláusula de exclusividad puede llegar a ser considerada o clasificada como una práctica monopólica relativa.

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 accesos o 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 comercialización o distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos de tiempo determinados, incluida la división, distribución o asignación de clientes o Productores; 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 Productor debe observar al comercializar 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, compra o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

V.- La acción unilateral consiste en rehusarse a vender, comercializar o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.

VI.- La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún agente económico o para rehusarse a vender, comercializar o adquirir bienes o servicios a dicho agente económico, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado;

VII.- La venta sistemática de bienes o servicios a precios por debajo de su costo medio total o su venta ocasional por debajo del costo medio variable, cuando existan elementos para presumir que estas pérdidas serán recuperadas mediante incrementos futuros de precios, en los términos del Reglamento de esta Ley:

VIII.- El otorgamiento de descuentos o incentivos por parte de productores o Productores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción;

IX.- El uso de las ganancias de un agente económico obtenga de la venta, comercialización o prestación de un bien o servicio para financiar las pérdidas con motivo de la venta, comercialización o prestación de un bien o servicio;

X.- El establecimiento de distintos precios o condiciones de venta o compra para diferentes

compradores o vendedores situados en igualdad de condiciones, y

XI.- La acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores.

Para determinar si las prácticas a que se refiere este artículo deben ser sancionadas en términos de esta ley, La Comisión analizará las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta que acrediten los agentes económicos y que incidan favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia. Estas ganancias en eficiencia podrán incluir las siguientes: la introducción de productos nuevos; el aprovechamiento de saldos, productos defectuosos o perecederos; la reducción de costos derivado de la creación de nuevas técnicas y métodos de producción, de la integración de activos, de los incrementos en la escala de la producción y de la producción de bienes o servicios diferentes con los mismos factores de producción, la introducción de avances tecnológicos que produzcan bienes o servicios nuevos o mejorados; la combinación de activos productivos o inversiones que mejoren la calidad o amplíen los atributos de los bienes y servicios; las mejoras en calidad, inversiones y su recuperación, oportunidad y servicios que impacten favorablemente en la cadena de distribución; que no causen un aumento significativo en precios, o una reducción significativa en las opciones del consumidor, o una inhibición importante en el grado de innovación en el mercado relevante; así como las demás que demuestren que las aportaciones netas al bienestar del consumidor derivan de dichas prácticas superan sus efectos anticompetitivos.

Artículo 11.-Para que las prácticas a que se refiere el artículo anterior se consideren violatorias de esta ley, deberá comprobarse:

- I.- Que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante, y
- II.- En general, todo acto que indebidamente dañen o impida el procesos de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

El artículo 11, limita la aplicación del artículo 10 a que se actualicen los requisitos del artículo 11. En virtud de ello es que la ley en su artículo 12 trata

de definir o listar los elementos del mercado relevante.

Artículo 12.-Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

I.- Las posibilidades de sustituir el bien o servicios de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;

II.- Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes: de sus complementos y de sustitutos de otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

III.- Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados, y

IV.- Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los Productores a clientes alternativos.

Para comprender mejor que se considera como mercado relevante, incluí la siguiente Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia:

La Ley Federal de Competencia Económica y su reglamento no establecen una definición conceptual de lo que es "mercado relevante"; sin embargo, a través de los criterios contenidos en sus preceptos, se colige que se compone de todos los productos que son razonablemente intercambiables o sustituibles, según los fines para los que fueron hechos, considerando las características de precio, uso y calidad. En forma más simple, el "mercado relevante" es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una doble dimensión: De productos o servicios y geográfica o territorial. En esa tesitura, para que exista mercado relevante es necesario que un conjunto de bienes o servicios iguales o similares estén al alcance del consumidor en un territorio lo suficientemente extenso como para que el consumidor esté dispuesto a obtener la mercancía o servicio en algún punto de ese espacio geográfico, en el tiempo en que aquél esté dispuesto a esperar para satisfacer su necesidad. En ese orden de ideas, se advierte que este concepto, que tiene una triple delimitación: objetiva, geográfica y temporal, adquiere importancia si se considera que es en dicho mercado donde existe el riesgo de que los agentes económicos incurran en prácticas anticompetitivas que distorsionan la concurrencia y eficiencia económicas.

Así, la definición de "mercado relevante" se convierte sólo en un medio para determinar la presencia o ausencia de poder en el mercado; no obstante, para evaluar si dicho poder de mercado existe, primero es indispensable identificarlo. Por otra parte, es importante precisar que el concepto jurídico indeterminado "mercado relevante" implica una valoración económica compleja de carácter discrecional que, prima facie, sólo la Comisión Federal de Competencia puede construir a partir de la evidencia de que en principio dispone, por lo que opera una presunción de validez respecto a la conclusión obtenida, que exige a la parte investigada cuestionar, en su caso, la información y aplicación en lo sustancial y concreto de los hechos y criterios metodológicos o regulativos utilizados. Como ejemplos de algunas definiciones del concepto en estudio se tiene que tanto la Comisión de Defensa de la Libre Competencia como el tribunal, ambos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú, afirman que: "El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores.". Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica se ha pronunciado en los siguientes términos: "El mercado se compone de los productos que tienen un grado razonable de intercambiabilidad según los fines para los que fueron hechos, y considerando las características de precio, uso y calidad.". También el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea señala: "El concepto de 'mercado relevante' implica que pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado.". De lo expuesto se concluye que las condiciones básicas a considerar para definir el "mercado relevante" son: 1. La posibilidad de sustituir un bien por otro, lo que requiere una prueba de sustituibilidad de bienes o servicios ante la oferta y demanda que pueda oscilar; 2. Los costos de distribución del bien y de sus insumos; 3. La posibilidad de los consumidores para obtener el bien en otro mercado; y, 4. Las restricciones normativas que limitan el acceso del consumidor a otras fuentes de abasto alternativas.¹⁶²

Así mismo, para aclarar mejor los requisitos del artículo 11, la ley trata de delimitar las características distintivas de lo que se considera un mercado relevante en su artículo 13.

¹⁶² Jurisprudencia Novena Época, "Mercado Relevante. Su Concepto en Materia de Competencia Económica", Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta; XXVIII, Octubre de 2008, p. 2050

Artículo 13.- Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

I.- Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

II.- La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

III.- La existencia y poder de sus competidores;

IV.- Las posibilidades de acceso de agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;

V.- Su comportamiento reciente, y

VI.- Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta ley.¹⁶³

La Suprema Corte de Justicia en la siguiente Jurisprudencia, trata de delimitar lo que debe ser considerado como poder sustancial, la cual la transcribo para tomarla como parte del análisis:

Conforme a los artículos 8o., 9o., 10, 11, 12 y 13 de la Ley Federal de Competencia Económica, el objeto esencial de los agentes económicos consiste en establecer los lineamientos de comercialización, distribución, producción y precio de determinados bienes y servicios, en razón de algunos elementos estratégicos como son, entre otros, la ubicación geográfica, los periodos de tiempo, los Productores, clientes y consumidores, con la finalidad de maximizar sus ganancias y utilidades comerciales, las cuales sirven como indicadores para comprobar si su actividad comercial es o no la de un agente económico, es decir, si repercute o no en el proceso de competencia y libre concurrencia. Así, acorde a la Ley señalada, deben examinarse las operaciones o prácticas efectuadas por los agentes económicos para verificar si trascienden favorablemente en la economía del Estado o si violentan el proceso de competencia y libre concurrencia mercantil, como ocurre cuando ejercen un poder sustancial en el mercado relevante. En ese sentido, para considerar que los agentes económicos tienen ese carácter, necesariamente su actividad debe trascender a la vida económica del Estado, esto es, sus ganancias comerciales deben repercutir en el proceso de competencia y libre concurrencia mercantil.¹⁶⁴

¹⁶³ Ley Federal de Competencia Económica, Editorial Themis, México D.F., 2009.

¹⁶⁴ Jurisprudencia Novena Época, "Agentes Económicos. Para Considerarse con ese Carácter necesariamente su actividad debe trascender a la vida Económica del Estado", Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta; XXVIII, Septiembre de 2008, p. 143

El artículo 10 de la LFCE define como 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 a favor de una o varias personas y a su vez establece una lista de 11 supuestos entre los que se incluyen aquellos realizados entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, incluyendo la distribución exclusiva; la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado; la imposición de precios; la venta condicionada a no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios de un tercero, entre otros supuestos los cuales fueron ampliados por la reforma realizada el año 2006 a la Ley¹⁶⁵.

Analizando esta parte de dicho artículo se podría llegar a la conclusión errónea que el contrato de distribución con cláusula exclusividad es violatorio en todo momento del artículo 10 de la LFCE y que puede llegar a ser considerado una práctica monopólica relativa. Pero es importante realizar el análisis general y no dejar atrás que a su vez el artículo 11 condiciona lo establecido por el artículo 10, sujetándolo a que se actualice lo establecido por los artículos 11, 12 y 13 de dicha ley.

Analicemos ahora el artículo 11, el cual expresamente condiciona el hecho de que un acto, convenio o acuerdo, llegue

¹⁶⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de Junio del 2006.

a ser considerado práctica monopólica relativa deberá actualizarse dos supuestos de forma conjunta que son:

- a).- Que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante, y
- b).- En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

Resumiendo se puede decir que la cláusula de exclusividad, incluida en los contratos de distribución, puede llegar a ser considerada una práctica monopólica relativa, siendo para ello un requisito indispensable, con fundamento en el artículo 11 de la LFCE, que las partes del contrato de distribución tengan un poder sustancial sobre el mercado relevante. Para continuar el análisis es necesario determinar qué es considerado como un mercado relevante y qué es poder sustancial de conformidad con lo establecido por la LFCE.

El artículo 12 de la LFCE incluye 4 supuestos que enlistan las situaciones en las cuales estaremos frente a un mercado relevante, las cuales se pueden resumir en la posibilidad que tienen los consumidores para sustituir el bien o servicios; para acudir a otro mercado para obtener dichos bienes o servicios, la existencia y poder de sus competidores y los costos o restricciones que tengan los bienes o servicios para acceder los mismos al territorio. "En síntesis, los criterios básicos para determinar un mercado relevante son: posibilidad de sustitución del bien, costo de distribución de los

sustitutos y probabilidades, y restricciones de los consumidores para acudir a otros mercados¹⁶⁶".

Por ello, si el bien objeto del contrato de distribución, es un bien que puede ser sustituido por otro bien que se encuentre en nuestro mercado, o si es posible adquirir el mismo fuera del territorio y las restricciones normativas no obstaculizan la entrada del mismo, la cláusula de exclusividad no puede ser considerada una práctica monopólica relativa, sino una exclusividad otorgada entre agentes que no son competitivos entre sí.

Para definir mercado relevante en los términos del Art. 12 de la LFCE, y en atención a la jurisprudencia que anteriormente transcribí, es el requisito indispensable partir de las características objetivas del producto, las cuales se determinan en función de sus atributos, de quiénes los ofertan y los demandan, así como el grado de sustituibilidad que existe con otros productos iguales o similares.

La capacidad de los agentes económicos para afectar de manera negativa a la competencia depende de su poder de mercado. Ahora bien, si el contrato de distribución es celebrado sobre bienes que no tengan competencia dentro del territorio o no existan bienes sustitutos del mismo en el territorio y que a su vez ocasione un gasto excesivo el importar el mismo al territorio, es decir, en caso de que nos encontremos frente a un bien que pertenece a un mercado relevante; para que la cláusula de exclusividad en él incluida pueda llegar a ser considerada una práctica monopólica

¹⁶⁶ WAITKER, Jorge y VARELA, Angélica, *Op. Cit.* p.129.

relativa, es necesario que el agente económico (las partes), tenga un poder sustancial sobre dicho mercado. El artículo 13 establece las bases, en virtud de las cuales se determina si un agente cuenta con poder sustancial sobre un mercado relevante, que son:

- a).- Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.
- b).- La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;
- c).- La existencia y poder de sus competidores;
- d).- Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;
- e).- Su comportamiento reciente, y
- f).- Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta ley.

Una vez que se ha determinado el mercado relevante, se analiza si el agente económico dentro de ese mercado tiene o puede adquirir la capacidad para fijar precios o para restringir el abasto o suministro en el mercado, desplazar a otro agente económico o impedirles su acceso al mismo, sin que ningún otro agente pueda contrarrestar dicho poder.¹⁶⁷

Para estar en posibilidades de determinar si el agente económico, en nuestro caso las partes del contrato de distribución, tienen poder sustancial sobre el mercado relevante, debemos determinar si cuentan con la capacidad para subir precios, o fijar los mismos de forma unilateral, sin que la competencia de otros agentes elimine o disminuya los efectos

¹⁶⁷ *Ibidem.* p.130.

negativos producidos por dichos actos a la libre concurrencia o a la competencia económica en el territorio. "La determinación de poder sustancial en un mercado relevante debe hacerse en función de la participación de los agentes económicos, es decir, la parte que dicho agente abastece o le corresponde en dicho mercado. La participación puede ser evaluada con base en el volumen de ventas, número de clientes, capacidad de producción, etc."¹⁶⁸

La fracción 1 del Art. 13 de la LFCE dispone que primero se debe considerar la participación de mercado; ésta se establece mediante índices que permitan definir el porcentaje de la participación de ese agente económico en el mercado relevante. Para ello se toman en cuenta, entre otros, las indicaciones del volumen de ventas de la empresa, del número de clientes que tiene, de su capacidad productiva que es la empresa, del número de clientes que tiene, de su capacidad productiva que es la capacidad que una empresa tiene de aumentar sus niveles de producción rápidamente y sin mayores inversiones, y de esa manera estar más presente sobre el mercado.¹⁶⁹

En segundo lugar, habrá de considerarse la existencia y el poder respectivo de sus competidores: el poder sustancial de un agente económico depende tanto de su tamaño, que se refleja en su participación, como de su tamaño relativo respecto de los demás agentes económicos en el mercado relevante. Para ello, se consideran el número y el tamaño de los agentes económicos competidores más cercanos que forman parte de la transacción, así como la existencia o no de barreras para la entrada de nuevos competidores, o a los competidores potenciales.

La CFC utiliza como instrumento de medición el índice de Herfindahl-Hirschmann adaptado para el caso de México, así como el índice de dominación,¹⁷⁰ con objeto de poder encontrar las interacciones competitivas de los agentes económicos en el mercado. Se considera que una participación de mercado de 53% puede conducir a la realización de prácticas monopólicas, aunque este porcentaje podrá ser menor de acuerdo con los elementos y las circunstancias de cada caso. Sin embargo,

¹⁶⁸ *Ibidem*. p.131.

¹⁶⁹ La CFC considera preferentemente el valor monetario de las ventas totales del mercado relevante, ya que son más confiables y su interpretación es más directa, sin perjuicio de utilizar otros indicadores en términos de volumen, peso o cualquier otro tipo de unidades que pudiera ser relevantes en determinados asuntos. *Cfr.* "Resolución por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación". CFC, 4 de Junio de 1998, *Apud.* PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GUERRERO SERREAU, Renato Roberto. *Op. Cit.* p. 99.

¹⁷⁰ "Resolución por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación", CFC, 4 de Junio de 1998, Diario Oficial, *Apud. Idem*.

determinado índice de concentración de mercado no puede considerarse como un elemento suficiente y necesario para que exista poder sustancial, sino que también habrá que determinar en qué medida el agente económico tiene la capacidad para aumentar o disminuir los precios o desplazar indebidamente a sus competidores del mercado. Es decir, que se actualice la capacidad monopólica del agente económico.

Además de la participación de mercado, se analiza el grado de posesionamiento de los bienes o servicios, que consiste en el tiempo, la experiencia, la inversión y el manejo que tiene el agente económico en el mercado relevante; la existencia de barreras normativas, arancelarias y no arancelarias que limitan las posibilidades de acceso a fuentes de insumo de las empresas, y que haya diferenciales elevados en costos que pudieran llevar a los consumidores con otros Productores. Si no es posible que los consumidores acudan a otros mercados, o que los Productores competidores abastezcan el mercado geográfico del cual se trata, se consolida el poder de mercado que tiene el agente implicado en el área afectada por una práctica o concentración prohibida, lo que configura las infracciones previstas por la LFCE.¹⁷¹

Con el fin de ejemplificar el poder sustancial del mercado relevante, podemos mencionar la Resolución del Pleno de la Comisión Federal de Competencia con expediente número DC-08-2007 mediante el cual se solicitaba se emitiera resolución sobre el poder sustancial de Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. (TELCEL), en el mercado de provisión de servicios de voz mediante telefonía móvil al usuario final. En dicho procedimiento la Comisión después de analizar la sustituibles, la facultad de TELCEL de fijar los precios de forma unilateral, su importancia en el mercado (tomando en cuenta el número de usuarios con los que cuenta y el ingreso que le generan), la existencia de barreras para la entrada al mercado de servicios de telefonía móvil, el poder de los competidores en el mercado de TELCEL, lo establecido por LFCE y su reglamento en lo referente a Mercado relevante y poder sustancial, así como los

¹⁷¹ PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GUERRERO SERREAU, Renato Roberto, *Op. Cit.* pp. 98- 100.

aspectos regulatorios de los oferentes del servicio de telecomunicaciones; la Comisión resolvió:

Primero. TELCEL tiene poder sustancial en el mercado relevante de servicios de telefonía móvil a nivel nacional.- **Segundo.** En cumplimiento de la fracción VII del artículo 33 bis de la LFCE, publíquese la presente resolución en los medios de difusión de la Comisión, así como sus datos relevantes en el Diario Oficial de la Federación, y notifíquese la misma a la Comisión Federal de Telecomunicaciones, así como al a Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

A su vez las partes no deben olvidar verificar lo establecido por el Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica¹⁷² (RLFCE) respecto de las prácticas monopólicas relativas, por que "aun cuando aparentemente solo... se pretende dar mayor claridad a los supuestos de prácticas monopólicas absolutas y relativas, no con el fin de ampliar los tipos de conducta, si no para precisarlos..."¹⁷³, lo cierto es que jurídicamente existe una ampliación de los tipos de conducta."¹⁷⁴

Artículo 6.- Los agentes económicos podrán acreditar ante la Comisión si las ganancias en eficiencia que se deriven de la práctica monopólica relativa inciden favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia, lo cual deberá tomar en cuenta en la evaluación de las conductas a que se refiere el artículo 10 de la ley.

Se considerarán ganancias en eficiencia, entre otras:

I.- La obtención de ahorros en recursos que permitan al presunto responsable, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien a menor costo o una mayor cantidad del bien al mismo costo;

II.- La obtención de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta que separadamente;

¹⁷² Publicado el 4 de Marzo de 1998 en el Diario Oficial de la Federación.

¹⁷³ PRADO ROBLES, Luis A y ELIZONDO CASTRO, León Ricardo, "Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, en *Informe de Competencia Económica*, CFC, 1997, p. 94. *Apud.* WITKER, Jorge. *Op. Cit.* p. 141,

¹⁷⁴ WITKER, Jorge. *Op. Cit.* p. 141.

III.- La disminución significativa de los gastos administrativos;

IV.- La transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado, y

V.- La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o distribución.

Artículo 7.- Se consideran prácticas comprendidas en la fracción VII del artículo 10 de la ley, entre otras:

I.- La venta sistemática de bienes o servicios a precios por debajo de su costo medio total o su venta ocasional por debajo del costo medio variable;

II.- El otorgamiento de descuentos por parte de productores o Productores a los compradores con el requisito de exclusividad en la distribución o comercialización de los productos o servicios, cuando no se justifique en términos de eficiencia;

III.- El uso persistente de las ganancias que un agente económico obtenga de la venta de un bien o servicio para financiar pérdidas en otro bien o servicio;

IV.- El establecimiento de distintos precios o condiciones de venta para diferentes compradores situados en igualdad de condiciones, o

V.- La acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea o pueda ser incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores.¹⁷⁵

En RLFCE establece en su artículo 7 que también serán consideradas como prácticas monopólicas relativas aquellas listadas en dicho artículo. En su fracción segunda incluye el otorgamiento de descuentos por parte de productores o Productores a los compradores con el requisito de exclusividad en la distribución o comercialización de los productos o servicios, cuando no se justifiquen en términos de eficiencia. Retomando nuestro análisis de la cláusula de exclusividad, en

¹⁷⁵ Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica. Editorial Themis, México D.F. 2009.

el supuesto que el fabricante, productor o empresario otorgue descuentos sobre los productos objeto del contrato al distribuidor con el requisito de exclusividad en la distribución, dicho acto deberá ser acreditado como ganancia de eficacia en los términos del artículo 6 del RLFCE, para que los descuentos no lleguen a encuadrar como una práctica monopólica relativa.

Tanto la LFCE como su reglamento permiten la cláusula de exclusividad en los contratos de distribución, y la misma no podrá ser considerada una práctica monopólica, verificando en todo momento que las partes no mantengan un poder sustancial sobre el mercado de los bienes objeto del contrato, que el mercado de los bienes no sea un mercado relevante y en caso de otorgamiento de descuentos, que los mismos sean en virtud de una ganancia de eficacia.

La Comisión Federal de Competencia se encuentra facultada para, entre otras actividades; sancionar las prácticas monopólicas prohibidas por la LFCE, tanto las absolutas (acuerdos entre empresas para manipular los precios, dividir mercados o coordinar posturas en licitaciones), como las relativas que pueden realizar empresas con poder de mercado (entre otras, la división vertical de mercados, las ventas atadas, la negación de trato, la depredación de precios y la imposición de restricciones a la reventa de productos).¹⁷⁶

Las sanciones aplicables tanto a concentraciones, como a las prácticas monopólicas absolutas y relativas son establecidas por el artículo 35 de la Ley Federal de Competencia Económica.¹⁷⁷ Su misión principal es "Proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de prácticas monopólicas y demás

¹⁷⁶ www.cfc.gob.mx 11/09/2010

¹⁷⁷ Las Multas que puede imponer la CFC por Prácticas Monopólicas relativas van hasta 900,000 el SMGVDF.

restricciones la funcionamiento eficiente de los mercados, para contribuir al bienestar de la sociedad.”¹⁷⁸ “La CFC cuenta con dos tipos de procedimientos para prevenir, investigar y sancionar las prácticas monopólicas: las denuncias presentadas por los agentes económicos y las investigaciones de oficio”¹⁷⁹. Las denuncias presentadas por alguna parte o un afectado, son con fundamento y de conformidad con el procedimiento establecido por el artículo 33 de la Ley Federal de Competencia Económica, que podrá en algunos casos concluir con la imposición de alguna multa.

Para finalizar este capítulo incluyó un caso tomado del Informe Anual 2008, elaborado y publicado por la CFC, el cual toca el tema de la exclusividad y prácticas monopólicas relativas:

En 2003, Ajemex, S.A. de C.V. (Ajemex) y otras personas físicas denunciaron a diversas empresas que conforman el Grupo Coca Cola, por supuestas prácticas monopólicas, consistentes en la venta de bebidas carbonatadas sujetas a la condición de no adquirir ni vender las bebidas carbonatadas producidas o distribuidas por empresas distintas al Grupo Coca Cola. Una vez concluida la investigación y el procedimiento seguido en forma de juicio, en junio de 2005, la Comisión resolvió que los miembros del grupo denunciado eran responsables de llevar a cabo las prácticas monopólicas relativas previstas en las fracciones IV y V del artículo 10 de la LFCE, por lo que se les impuso una multa. Inconforme con tal determinación, las empresas del Grupo Coca presentaron recursos de reconsideración, los cuales se declararon infundados. A fin de combatir la resolución definitiva de la CFC, las empresas integrantes del Grupo Coca Cola promovieron juicios de amparo, los cuales se sobreseyeron pues el Juzgado de Distrito estimó que eran improcedentes. En contra de esta determinación, las empresas integrantes del Grupo Coca Cola, interpusieron recursos de revisión ante un Tribunal Colegiado. En virtud de que subsistían cuestiones relativas a la constitucionalidad de diversos artículos de la LFCE y su Reglamento, el Tribunal Colegiado remitió los expedientes a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁷⁸ www.cfc.gob.mx 11/09/2010

¹⁷⁹ CFC Informe Anual 2008, p. 15

En octubre de 2007, la Primera Sala del Alto Tribunal resolvió que los artículos de la LFCE y su Reglamento que fueron impugnados no contravenían lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y negó el amparo a las quejas. Una vez resuelta la constitucionalidad, en junio de 2008, el Tribunal Colegiado validó la resolución de la Comisión, y negó el amparo a las empresas del Grupo Coca Cola.¹⁸⁰

Podemos concluir que la legalidad de la cláusula de exclusividad, incluida en el contrato de exclusividad, se encuentra limitada a que los agentes económicos, que contraten en el mismo, no cuenten con un poder sustancial sobre un mercado relevante. Las partes deben verificar que los bienes objeto del contrato sean sustituibles en el mercado, la existencia de normativas arancelarias y no arancelarias que limiten el acceso al país de productos análogos o similares y que ambas partes no cuenten con un poder sustancial para unilateralmente fijar los precios de dichos bienes en el mercado. Mientras estas condiciones subsistan, la cláusula puede ser considerada como no violatoria de dichos preceptos y por ende una cláusula válida.

CAPÍTULO IV

LA PROPUESTA DE LEY EN ESPAÑA.

¹⁸⁰ CFC Informe Anual 2008, p. 70.

En la actualidad son pocas las legislaciones que regulan el contrato de distribución, en la mayoría de los países es un contrato atípico. Este hecho es en muchos casos ocasionado porque la distribución mercantil se encuentra en continua evolución, buscando satisfacer las necesidades que se van presentando en los mercados actuales. Derivado de ello es que los legisladores no regulan dicha materia, con la finalidad de no limitar el mercado y su constante evolución.

Mi propuesta fundamental de la presente tesis es la tipificación del contrato de distribución, mediante la inclusión en nuestra legislación mercantil, en específico en el Código de Comercio, de una forma no exhaustiva.

No propongo limitar la libertad contractual de las partes al celebrar un contrato de distribución, sino que regulen las áreas elementales del contrato, otorgar seguridad a las partes y fijar las bases para contratar; pero otorgando un margen en el cual las partes establezcan y aporten diferentes cláusulas para que el contrato satisfaga sus necesidades, que como he comentado en varias ocasiones, cambian constantemente.

Durante mi investigación encontré una propuesta de ley de contratos de distribución presentada en España el 27 de Septiembre del 2007; proposición presentada por la Federación de Asociaciones de Concesionarios de la Automoción (FACONAUTO), con la finalidad que dicha ley regule las relaciones entre Productores y distribuidores, evitar abusos y excesos contractuales, y otorgar seguridad jurídica a las partes contratantes.

El Licenciado Blas Vives Soto, Abogado y Secretario General de FACONAUTO, declaró que el objetivo que se persigue con esta ley es "reequilibrar la situación actual, en la que el modelo de contratación y las causas de terminación de contrato están impuestas por una sola de las partes, que es el Productor/franquiciador. Esta realidad da lugar a múltiples abusos derivados de la posición de dominio que ostentan en la relación contractual, que deben ser corregidos para preservar la libre competencia y para asegurar que la actividad de la distribución responda a las demandas de los consumidores y usuarios".¹⁸¹

Incluyó dicha propuesta de ley en mi tesis, para analizarla, determinar sus ventajas y desventajas y en base a ese análisis encontrarme en posibilidades de elaborar mi propia propuesta para la tipificación del contrato de distribución.

La proposición de ley de contratos de distribución presentada en España se enfoca principalmente en resguardar los derechos del distribuidor, ya que su punto de vista es éste: la parte menos favorecida en dichos contratos, siendo la parte débil en la relación contractual, derivado de ello se busca y se propone una ley que defina y regule las distintas modalidades de contratos de distribución comercial, con el fin de evitar situaciones contractuales de abuso y de promover la seguridad jurídica de los operadores económicos en la distribución de bienes y servicios, con especial atención a las Pymes, que intervienen en el mismo. Dicho enfoque se puede

¹⁸¹ <http://www.mundofranquicia.com/mfc/reportajes/desarrollo.php?num=77> 11 de Septiembre del 2010.

apreciar en su Exposición de Motivos Sección II que establece lo siguiente

1.- La Ley pretende conjugar, en la medida de lo posible, los principios de libertad de empresa y autonomía de la voluntad y de tutelar de la parte más débil de la relación contractual, que, por lo general, suele ser el distribuidor.

Si bien es cierto que el distribuidor consiente voluntariamente en insertarse en la red de distribución de su Productor, no lo es tanto que tenga intención de quedar atrapado definitivamente en ella. La experiencia demuestra que los distribuidores, con cierta frecuencia, forman parte del dilatado grupo de las pequeñas y medianas empresas que, a la hora de contratar, están en una posición subordinada respecto a sus Productores o suministradores. En estos casos, parece necesario que el legislador corrija esta situación de desequilibrio contractual y trate de impedir los comportamientos abusivos de la parte dominante.¹⁸²

A pesar de que la propuesta de ley surge con la intención de proteger al más débil en la relación contractual, la propuesta no deja fuera los intereses y derechos de los Productores o fabricantes, si no que busca generar una relación un poco más equilibrada entre las partes, regulando las lagunas que existen en la ley. Anexo al presente la "PROPOSICIÓN DE LEY DE CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN" bajo el Anexo "A".

4.1.- Ventajas y desventajas de la "Proposición de Ley de Contrato de Distribución" presentada en España.

Después de analizar la propuesta de la legislación española respecto del contrato de distribución y tomando en consideración las diversas lecturas que utilicé para la elaboración de la presente tesis, así como en su caso los diversos contratos de distribución que he llegado a analizar,

¹⁸² Proposición de Ley de Contratos de Distribución. Exposición de Motivos II. <http://www.mundofranquicia.com/mfc/reportajes/desarrollo.php?num=77> Noviembre 25, 2010.

elaboro una breve lista de las ventajas y desventajas que de forma personal encuentro en la propuesta española.

4.1.1.- Ventajas:

*Dicha propuesta establece en su artículo 1 el concepto o definición del contrato de distribución, delimitando con ello cuáles contratos quedarán sometidos a dicha ley.

*Establece una lista de las obligaciones de las partes contratantes, es decir, en el supuesto que las partes omitan establecer de forma específica en el contrato alguna de las obligaciones establecidas en el artículo 13, las partes podrán en caso de duda, verificar dicho artículo y aplicar las obligaciones ahí establecidas.

*Permite la celebración de contratos de distribución con cláusula de exclusividad tanto a favor del distribuidor como a favor del Productor, ya que en su artículo 2 establece las principales modalidades de los contratos de distribución incluyendo los contratos de distribución con cláusulas de exclusividad en distintos sentidos. Ahora bien en su artículo 14 establece que el pacto de exclusividad deberá limitarse a los bienes y servicios y al espacio geográfico determinado en el contrato, poniendo sobre aviso a las partes, que al momento de celebrar un contrato de distribución con cláusula de exclusividad deben poner especial interés en determinar y delimitar los productos, servicios y la zona geográfica sobre la cual deberá versar el contrato.

*Establece la obligación de formalizar la celebración del contrato por escrito y firmado por todas las partes en su artículo 7, facilitando con ello la forma para acreditar la celebración de dicho contrato.

* Describe los contenidos esenciales del contrato de distribución, en forma de listado en su artículo 12. Es decir, establece lo que se conoce como las cláusulas esenciales del contrato de distribución, aquellas que no podrán ser modificadas unilateralmente por las partes.

* Establece las obligaciones de las partes, incluyendo en las obligaciones del productor en el Artículo 13 número 2 letra c) "El Productor no podrá inmiscuirse en el régimen de precios del distribuidor. Únicamente podrá formular recomendaciones acerca del precio de reventa o prestación de servicios a la clientela del distribuidor. Este gozará de libertad para ajustarlas a sus necesidades en función de los gastos que la distribución genere..." Limitando con esto la facultad del fabricante para establecer los precios de reventa por el distribuidor, permitiendo así al distribuidor obtener una utilidad mayor de dicha actividad.

* Su Artículo 16 expresamente establece la independencia que existe entre Productor y distribuidor, siendo por ello cada parte responsable frente a terceros de los derechos y obligaciones derivados de la relación, aclarando que la relación contractual solamente se reduce a la distribución de los bienes objeto del contrato, entendiéndose que el distribuidor no es, bajo ninguna circunstancia, representante del productor ante terceros.

*Permite la opción de que el distribuidor pueda realizar publicidad sobre el producto objeto del contrato, con aprobación del fabricante sobre el diseño y contenido del mensaje publicitario. Recordemos que en el mercado actual es indispensable el dar a conocer los productos, para que los consumidores o clientes finales los identifiquen y busquen

adquirir los mismos. Así mismo permite al productor asegurarse de que sus productos serán dados a conocer sin ocasionar un menoscabo grave a la imagen de su marca o prestigio comercial. Este párrafo del artículo, otorga ventajas a ambas partes en relación a la forma de publicitar los productos, protegiendo los intereses de ambos.

*Aunque no soy muy partidaria que los contratos se celebren por tiempo indefinido, se puede incluir como una ventaja que una vez que un contrato por tiempo definido llega a su conclusión y las partes siguen ejecutándolo como si estuviera vigente, se convierte automáticamente en un contrato de tiempo indefinido. Sin embargo, yo lo propondría como una prórroga otro plazo igual en lugar de convertirlo en indefinido.

*Incluye y describe en su artículo 24, un proceso claro las causas por las cuales se puede llegar a extinguir un contrato de distribución celebrado por tiempo indefinido, evitando con confusiones para su terminación.

*Establece los casos en los que aplicará la terminación anticipada de un contrato de distribución en su artículo 25, así como la forma adecuada para realizar su terminación.

* Determina de forma específica los lineamientos a seguir al concluir la relación contractual entre las partes así como en lo referente a la amortización de las inversiones, permitiendo a las partes que en caso de no establecerlo de forma expresa en el contrato, podrán siempre estarse a lo que la ley establece de forma clara.

*Otorga seguridad jurídica a las partes.

4.1.2.- Desventajas:

*En determinados casos la ley regula cuestiones extremadamente específicas limitando con ello la libertad contractual de las partes.

*En su artículo 6 se establece que la jurisdicción será la del domicilio del distribuidor, no pudiendo establecer una cláusula o estipulación en contrario, limitando con ello la opción que las partes de común acuerdo establezcan un domicilio para competencia territorial en relación con las acciones derivadas del contrato.

*Como mencioné en un punto anterior, la ley en ocasiones se vuelve demasiado específica, tal es el caso del artículo 8 en su inciso 1) que indica que las partes deberán entregarse por escrito la información necesaria para la celebración, dando un tiempo mínimo para la entrega de dichos documentos con un mes de anticipación. Cada caso deberá variar según las partes, no creo que se deba limitar al respecto.

*Su artículo 10 habla de la imposibilidad inicial, estableciendo que si en el momento de celebración del contrato le resultara imposible a una de las partes cumplir las obligaciones pactadas, ésta responderá ante la otra por el incumplimiento, sin embargo, deja fuera situaciones de caso fortuito o causa mayor.

*En su artículo 17 se indica que es necesario el consentimiento del Productor para que el distribuidor pueda ceder, total o parcialmente el contrato, sin embargo, más adelante limita al Productor a no poder negar su consentimiento si la empresa cesionaria se compromete, por escrito, a mantener la organización, medios y recursos que el cedente mantenía.

Incluyo este artículo como una desventaja toda vez que un contrato de distribución en muchas ocasiones se basa en la confianza que existe entre las partes, así como el conocimiento que tiene el distribuidor que llevó al fabricante a contratar con él, y este artículo lo ignora por completo obligando al Productor a otorgar su consentimiento.

*Si es cierto que indicar el proceso para extinguir un contrato por tiempo indefinido es una ventaja, sin embargo, se establece un plazo mínimo en el que el preaviso que debe ser presentado a la otra parte, permitiendo que dicho plazo puede ser aumentado por las partes, y a su vez, no da la opción de que las partes establezcan un plazo menor, en caso de así convenirles y que los bienes objeto del contrato así lo requieran.

*Es una ley que favorece más a los distribuidores.

La finalidad de incluir en este capítulo la propuesta de ley que existe en España, fue con la finalidad de tomarla como ejemplo para al resaltar sus ventajas, las tomemos para nuestra legislación en dicho sentido y al listar sus desventajas las analicemos y las evitemos al momento de tipificar el contrato de distribución.

CONCLUSIONES

La intención de realizar el análisis integrado en la presente tesis ha sido la de estudiar el contrato de distribución. Dicho estudio partió desde lo más general, que ha sido estudiar la definición de contrato, la diferencia que existe en nuestro país entre los contratos civiles y mercantiles, las características de los contratos atípicos, hasta llegar a su definición, clasificación y elementos que lo integran.

Una vez que, de forma general, estudié el contrato de distribución, su clasificación y elementos, me adentré en el estudio de la necesidad que existe para que el contrato de distribución sea tipificado en nuestra legislación. Como he comentado en diversos capítulos de mi tesis, actualmente vivimos en una economía globalizada y especializada en donde los fabricantes y Productores se enfocan en su tarea de fabricar los productos, delegando la distribución de los mismos a otros individuos o empresas. Es común encontrar un distribuidor en México de algún producto fabricado en el extranjero, ya sea con cláusula o sin cláusula de exclusividad. Esta especialización en áreas determinadas ha dado origen a la popularidad que goza el contrato de distribución en la actualidad, así como para su uso cotidiano.

Así mismo, en el capítulo Tercero de mi tesis, analicé las diferentes opciones que puede tener la cláusula de exclusividad, que en muchas ocasiones es incluida como parte de los contratos de distribución. Estas cláusulas se utilizan en la actualidad con la finalidad de fortalecer la relación contractual que existe entre las partes. Por un lado el

productor o fabricante se asegura que el distribuidor sólo ofrezca a los posibles clientes su producto o servicio, limitándolo a no distribuir un producto de la competencia o similar, asegurando con ello la venta de su producto. Así mismo, el distribuidor de alguna forma asegura la venta de los productos o servicios que adquirió, al ser asignado un territorio exclusivo para la venta del mismo, evitando con ello la competencia que puede existir respecto de dicho producto, cuando de conformidad con la Ley Federal de Competencia Económica se vendan otros productos o servicios similares al objeto del contrato.

Siendo la cláusula de exclusividad una parte importante y significativa del contrato de distribución y pudiendo confundirse la misma con alguna práctica monopólica, incluí en el estudio el análisis de la Ley Federal de Competencia Económica para identificar en qué casos una cláusula de exclusividad llegará a violar lo establecido por la misma y considerarse como una práctica monopólica.

De dicho estudio se desprende que en algunos casos el contrato de distribución con cláusula de exclusividad puede llegar a ser considerado una práctica monopólica relativa, sólo y únicamente cuando las partes que intervienen y participan en el contrato de distribución tengan un poder sustancial sobre el mercado relevante. Por lo que puedo llegar a resumir diciendo que si el producto o servicio objeto del contrato de distribución con cláusula de exclusividad puede llegar a ser sustituido por los consumidores por otro producto o servicio similar al que tengan acceso, no estaríamos ante el supuesto de un mercado relevante. Ahora bien el poder sustancial de un agente económico será siempre en atención a su posibilidad de

desplazar a sus competidores y en su caso modificar de forma unilateral los precios. De la LFCE podemos concluir que si las partes de un contrato de distribución vigilan el cumplimiento de lo establecido por los artículos 10, 11 y 12 de la LFCE, no podrán ser encuadrados en una práctica monopólica relativa.

Dentro del capítulo cuarto analicé una propuesta de legislación sobre el Contrato de Distribución que existe en España, en este caso dicha propuesta se enfoca en el sector automovilístico. Aunque la finalidad de mi tesis es demostrar la necesidad que existe de una legislación que verse sobre el contrato de distribución, también era tema importante no limitar las partes al momento de contratar, dejando un margen para que las partes elaboren el contrato de distribución atendiendo a las necesidades de las mismas. Es por ello que incluí dicha propuesta de legislación que se puede tomar como ejemplo, resaltando sus puntos fuertes y eliminando todo aquello que en lugar de beneficiar la relación contractual, venga a limitar la libertad contractual otorgada por nuestro Código de Comercio.

Derivado de la lectura de la presente tesis en la cual se desarrollaron conceptos, se analizaron opiniones de diversos autores, se citaron y estudiaron jurisprudencia y tesis, queda demostrado sin duda alguna que en nuestro país existe la clara necesidad de regular y tipificar la figura del contrato de distribución de tal forma que se evite caer en los errores que pueda ocasionar desventajas para las partes contratantes, para lograr lineamientos generales cuyo propósito sea cubrir las necesidades específicas que surgen de un contrato de

distribución, teniendo como prioridad que siempre y en todo momento se otorgue seguridad jurídica a sus partes.

PROPUESTAS

NECESIDAD DE TIPIFICARLO EN MÉXICO

A lo largo de la presente tesis expreso que con la finalidad de dar seguridad jurídica a las partes a la hora de contratar, el contrato de distribución deje de ser un contrato atípico en nuestro país, para que sea incluido en nuestra legislación mercantil, fijando con ello las bases sobre las cuales las partes pueden partir a la hora de celebrar un contrato de distribución.

A continuación numeraré las ventajas y desventajas que derivan del hecho de incluir en nuestra legislación mercantil el contrato de distribución, con la finalidad de esquematizar las razones por las que propongo se tipifique dicho contrato. Cabe mencionar mi propuesta no es una legislación que limite a las partes en su derecho contractual, no busco que la legislación agote todo los elementos del contrato, pero si que señalen aquellos elementales para su funcionamiento y que exista una suplencia para esas lagunas de la voluntad de los contratantes, otorgando con ello seguridad jurídicas a las partes.

DESVENTAJAS

Si bien es cierto que la inclusión del contrato de distribución en nuestra legislación mercantil genera ventajas, también es cierto que podría incluir desventajas si dicha inclusión no es manejada adecuadamente, las cuales listo a continuación, a fin de ser analizadas y con ello evitar cometer dichos errores al momento de legislarlo:

- En caso de que el contrato de distribución sea regulado de forma exhaustiva, esto ocasionará que las partes queden limitadas al momento de celebrar un contrato de distribución, acotando con ello la libertad contractual de las partes.
- Si el legislador no alcanza a ver el panorama general que puede abarcar un contrato de distribución, puede llegar a establecer plazos y términos del contrato de distribución que lleguen a ser inadecuados o irreales para dichas situaciones.
- Que la legislación se incline en proteger de forma especial a una de las partes, en lugar de buscar una ley equitativa y justa que proteja los intereses de ambas partes.
- En general si el legislador no conoce de forma adecuada los contratos de distribución y su función en la economía, tanto nacional como internacional, y el impacto que pueden llegar a tener, en lugar de causar un beneficio con su legislación, podrán llegar a causar un perjuicio a las partes contratantes en un contrato de distribución.

VENTAJAS

La presente tesis es un análisis que se inició de lo general a lo más específico. Comenzó describiendo lo que es un contrato; los elementos de un contrato mercantil y su diferencia con los contratos civiles; descripción de un contrato de distribución, sus elementos; descripción de los contratos atípicos y la importancia de los mismos. Analizamos a fondo cláusula de exclusividad y la posibilidad de ser considerado una práctica monopólica, y concluyó con la

propuesta de ser tipificado. Como parte de la propuesta de que el contrato de distribución sea regulado de forma expresa por nuestra legislación mercantil, puede conllevar ventajas y desventajas, a continuación listo las ventajas, que son las razones en las que se basa mi propuesta:

La principal ventaja de tipificar el contrato de distribución, sería otorgar seguridad jurídica a las partes contratantes; tal como se desprende en los siguientes puntos:

*Para aquellos casos cuando las partes olviden establecer un término o cláusula de forma específica en el contrato de distribución, existirá una legislación la cual suplirá las lagunas que las partes hayan dejado en el contrato de distribución, tales como términos, plazos, obligaciones, entre otros.

* Existirá una base, a partir de la cual las partes celebrarán el contrato de distribución.

*Se podrían legislar sobre las cláusulas que en algunos casos pueden llegar a contener los contratos de distribución, siempre y cuando no se llegue a limitar a las partes contratantes a únicamente dichas cláusulas en la celebración del contrato, sino con la finalidad de otorgar mayor seguridad a las partes contratantes:

a).- Vigencia del mismo, salvo pacto en contrario.

b).- Obligaciones de las partes, siendo en forma enunciativa y no limitativa, con el propósito de no limitar a las partes a solamente las obligaciones incluidas en la legislación, pero si como una base para partir de la misma.

c).- Una definición del mismo, con la finalidad de determinar qué contratos serán considerados un contrato de distribución y a los cuales les aplicaría la legislación.

d).- La cláusula de exclusividad, con la finalidad de indicar que tipos de exclusividad son permitidas tanto a la luz de nuestra Constitución, como en atención a Ley Federal de Competencia Económica, sin llegar a ser considerado una práctica monopólica.

e).- Una lista enunciativa, pero no limitativa de las causas de rescisión del contrato de distribución.

f).- Que parte está encargada de cubrir los gastos que nazcan derivados de la ejecución del contrato de distribución.

g).- Plazo para efectuar los reclamos, en caso que la mercancía no cumpla con la características o calidad mínima establecida en el contrato de distribución.

h).- Establecer quien responde por la calidad de los productos ante los consumidores finales.

Con ésta lista de ventajas concluyo mi análisis al contrato de distribución, su cláusula de exclusividad y la propuesta de que se tipifique en México sobre la materia.

PROPUESTA DE LEGISLACIÓN.

Por último para finalizar mi tesis, incluyó los artículos que propongo sean incluidos en el código de comercio con la finalidad de tipifica el contrato de distribución en nuestro país.

Artículo 1.- Concepto

Se entenderá por contratos de distribución y quedarán sometidos al presente capítulo, aquellos contratos, cualesquiera que sea su denominación, en virtud del cual el distribuidor se obliga a adquirir, comercializar y revender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante o productor, en los términos y condiciones de reventa, que estos acuerden.

Artículo 2.- Modalidades del Contrato de Distribución.

Por regla general, los contratos de distribución podrán adoptar alguna de las siguientes modalidades:

1.- Contrato de distribución: Mediante el cual el productor se obliga a suministrar al distribuidor los bienes objetos del contrato, para que éste los comercialice en calidad de distribuidor oficial.

2.- Contrato de distribución exclusivo para el Productor: Mediante el cual el Productor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes objeto del contrato para su comercialización dentro de dicho territorio por un tiempo determinado.

3.- Contrato de distribución exclusivo para el Distribuidor: Mediante el cual el distribuidor se obliga a no comercializar productos similares o iguales a los bienes objeto del contrato (fabricados por el productor), dentro del Territorio establecido, durante un tiempo determinado.

4.- Contrato de distribución exclusivo para el distribuidor y Productor: Mediante el cual el Productor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes objeto del contrato para su comercialización dentro de dicho territorio; así como el

distribuidor se obliga a no comercializar productos similares o iguales a los bienes objeto del contrato dentro de dicho territorio, por un tiempo determinado.

Los contratos de distribución con exclusividad deberán establecer el territorio y el tiempo en el que la cláusula de exclusividad estará vigente, así como cumplimentar con lo establecido en los artículos 10, 11 y 12 de la Ley Federal de Competencia Económica y su Reglamento, para su validez.

Artículo 3.- Obligaciones del Productor:

1.- El Productor está obligado entregar los bienes objeto del contrato en el lugar, forma y fecha establecida, en la cantidad solicitada. A suministrar al distribuidor la información comercial y técnica que sea precisa para la más amplia distribución de los bienes y servicios objeto del contrato.

2.- El Productor también está obligado a suministrar al distribuidor con la suficiente antelación las modificaciones que puedan afectar a la gama de productos o servicios contractuales, sobre todo en los casos de discontinuidad de su fabricación, para que el distribuidor pueda gestionar su stock e informar a los consumidores de cualquier cambio que afecte a los compromisos adquiridos.

3.- El Productor quedará vinculado por los precios que hubiere comunicado por escrito al distribuidor en el momento de la confirmación del pedido. Salvo pacto en contrario, el Productor no podrá imponer al distribuidor su participación en acciones promocionales o campañas publicitarias de sus productos y servicios.

4.- En su caso respetar el pacto de exclusividad.

5.- Todas aquellas obligaciones que expresamente se pacten en el contrato de distribución.

Artículo 4.- Obligaciones del distribuidor:

1.- Se obliga a recibir los productos en el lugar y fecha pactados.

2.- Se obliga a pagar por los productos en el lugar, forma y fecha pactados.

3.- El distribuidor deberá disponer de una organización empresarial suficiente y desarrollar una actividad comercial adecuada para promover la máxima difusión de los bienes o servicios.

4.- El distribuidor comercializará los bienes o servicios sin menoscabar el prestigio del Productor, respetando su marca y presentación y ajustándose en todo momento a los lineamientos previamente acordados con el Productor.

5.- En su caso respetar el pacto de exclusividad.

6.- Todas aquellas obligaciones que expresamente se pacten en el contrato de distribución.

Artículo 5.- Evicción y Saneamiento.

El Productor salvo pacto en contrario, quedará obligado a la evicción y saneamiento de los bienes objeto del contrato.

Artículo 6.- Plazos para efectuar reclamos.

El distribuidor que dentro de los 5 días de recibir los bienes objetos del contrato, no reclamare al productor por escrito las faltas de calidad o cantidad de ellas, o que dentro de los treinta días, contados desde que los recibió, no le reclamare por causa de vicios internos de la misma, perderá toda acción y derecho a repetir por tales causas contra el

productor, salvo que las partes acuerden un plazo mayor.

Artículo 7.- Pactos de exclusiva.

1. El pacto en exclusiva se limitará a los bienes y al espacio geográfico determinados en el contrato.

2. Las excepciones a la exclusiva deberán igualmente ser objeto de especificación clara y detallada, interpretándose de forma restrictiva cuando admitan diversidad de significados.

3.- Los pactos de exclusividad para su validez deberán atender a lo establecido por la Ley Federal de Competencia Económica y su Reglamento.

Artículo 8.- Independencia entre Productor y distribuidor.

1. En los contratos de distribución el Productor y el distribuidor conservarán su independencia económica y autonomía jurídica y serán los únicos titulares frente a terceros de los derechos y obligaciones derivados de las relaciones que con ellos mantengan.

Lo dispuesto en el párrafo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la normativa vigente sobre responsabilidad del productor.

2. El distribuidor estará obligado a indicar en la Publicidad que realice sobre los bienes objeto del contrato, su condición de distribuidor independiente.

Artículo 9.- Duración del contrato.

El contrato de distribución podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido.

Si no se hubiera fijado una duración determinada, se entenderá que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido.

Artículo 10.- **Extinción del contrato por tiempo determinado.**

1. El contrato convenido por tiempo determinado se extinguirá por cumplimiento del término pactado.

2. No obstante lo dispuesto en el número anterior, los contratos de distribución por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerarán transformados en contratos de duración indefinida.

Artículo 11.- **Extinción del contrato por tiempo indefinido.**

1. El contrato de duración indefinida se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito.

2. El plazo de preaviso será de un mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses.

Si el contrato hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes.

3. Las partes podrán pactar plazos mayores de preaviso, sin que el plazo de preaviso del distribuidor pueda ser inferior, en ningún caso, al establecido para el preaviso del Productor.

4. Salvo pacto en contrario el final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes.

5. Para la determinación del plazo de preaviso en los contratos por tiempo determinado que se hubieran transformado por ministerio de la ley en contratos de duración indefinida, se computará la duración que hubiera tenido el contrato por tiempo determinado, añadiendo a la misma el tiempo transcurrido desde que se produjo la transformación en contrato de duración indefinida.

6. El incumplimiento por una de las partes de lo

establecido en este artículo en relación con el preaviso dará derecho a la otra parte a exigir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha causa.

Artículo 12.- Otros supuestos de extinción.

1. Cada una de las partes de un contrato de distribución pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento y sin necesidad de preaviso cuando la otra parte hubiera incumplido, total o parcialmente, de forma reiterada y grave, las obligaciones esenciales legal o contractualmente establecidas.

2. En tales casos se entenderá que el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción.

Artículo 13.- Amortización de inversiones específicas.

No obstante lo establecido en el artículo anterior, los contratos de distribución por tiempo indeterminado no podrán ser terminados antes de que haya transcurrido un plazo razonable de amortización de las inversiones específicas realizadas para la ejecución del contrato salvo que, quien denuncia el contrato, ofrezca el pago íntegro de las inversiones pendientes de amortizar.

Se consideran inversiones específicas todas aquellas que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo, total o parcialmente, para usos alternativos o que sólo puedan serlo con grave pérdida para el inversor, específicamente:

a) Los gastos que haya realizado en el ejercicio de su actividad, siguiendo las instrucciones del Productor o que

deriven del sistema de comercialización que se establezca, que no hayan sido amortizados, y que redunden en beneficio de la otra parte al finalizar el contrato.

b) Las indemnizaciones al personal laboral del que haya de prescindir por efecto de la extinción del contrato.

c) Cualquier otro costo o gasto que se derive del cese de la actividad contractual.

La terminación del contrato por tiempo indefinido sin respetar el plazo al que se hace referencia en el apartado primero o la resolución anticipada de un contrato de duración determinada antes de la fecha del vencimiento pactado determinará la obligación de indemnizar al distribuidor, al suministrador, el valor de las inversiones específicas.

Se exceptúan los casos en que el contrato se haya extinguido por incumplimiento esencial, grave y reiterado o por cualquier otra justa causa para la terminación.

Artículo 14.- Colaboración durante la terminación de la relación contractual.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, terminado el contrato de distribución por cualquiera de las causas indicadas en esta Ley, los contratantes colaborarán en la terminación de la relación contractual, adoptando aquellas previsiones que, de acuerdo con la naturaleza y características del contrato, sean conformes con la buena fe.

2. Las mercancías en poder del Productor o del

distribuidor, cuya fabricación o adquisición haya sido impuesta contractualmente, deberán ser adquiridas por el otro contratante al precio de venta o de compra establecido en el contrato de distribución.

3. Dentro de los tres meses siguientes a contar desde la fecha de extinción del contrato, el Productor deberá retirar, a su costa, todo el material publicitario que hubiera entregado gratuitamente al distribuidor.

4. Extinguido el contrato, el distribuidor no podrá utilizar material publicitario alguno que induzca o pueda inducir a confusión sobre la permanencia del contrato de distribución, debiendo retirar de la denominación social, del rótulo del establecimiento y de cualquier material publicitario, cualquier indicación relativa a dicho contrato.

ANEXO "A"
PROPOSICIÓN DE LEY DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN*
EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Las modernas técnicas de comercialización han generado un modelo económico, desconocido hace unas décadas, llamado de «distribución integrada», cuyo rasgo esencial reside en la inserción del comerciante-revendedor en la «red de distribución» creada y mantenida por el fabricante o Productor para colocar sus bienes o servicios en el mercado. Este modelo alcanza una especial significación en aquellos productos que se diferencian con una marca, en torno a la cual su titular pretende atraer y conservar una clientela estable de consumidores y usuarios.

Aunque en la distribución integrada subsiste el esquema básico del contrato de compraventa con finalidad de reventa como cauce jurídico para canalizar las relaciones entre el Productor y el distribuidor, resulta evidente que, al núcleo esencial propio del contrato básico, se incorporan una serie de prestaciones, más bien concurrentes que accesorias, que probablemente inciden sobre el elemento causal y alteran, por tanto, su naturaleza, lo que impide la directa aplicación al mismo de la normativa clásica contenida en nuestros textos legales codificados para la compraventa, tanto civil como mercantil, el mandato o la comisión, ya que las disposiciones concernientes a estas figuras están diseñadas en función de una relación aislada u ocasional, aunque susceptible de repetición, pero no contemplan, en cambio, las consecuencias inherentes a la creación de un vínculo estable y duradero entre transmitente y adquirente del que dimanen otros derechos y obligaciones distintos del simple intercambio de cosa y precio.

Por las razones apuntadas son muchas las instancias, dentro y fuera de nuestras fronteras, que han auspiciado el establecimiento de una normativa reguladora de estas figuras vinculadas al fenómeno de la distribución comercial que ponga coto a la autonomía de la voluntad, proclive a la aparición de situaciones de abuso cuando no hay equilibrio entre los contratantes, defina y discipline las distintas hipótesis, evite inseguridades y conflictos y, sobre todo, descargue a los Tribunales de Justicia de la delicada tarea de ir marcando los límites tipológicos y determinando los efectos esenciales y naturales de las relaciones sobre las que deben pronunciarse.

Conviene advertir, sin embargo, que la carencia normativa denunciada no es absoluta. Ya la Ley 12/1992, sobre Contrato de Agencia vino a colmar una importante laguna en nuestra legislación al incorporar al derecho interno la Directiva europea 86/653/CEE, relativa a los agentes comerciales independientes que, desde luego, forman parte del engranaje de la distribución comercial, aunque sólo en una de sus facetas: cuando la función del intermediario se circunscribe a aproximar a las partes, pudiendo llegar incluso a contratar en nombre de aquella de la que es mandatario, pero sin actuar en su propio nombre y derecho. También la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, afectó a la distribución comercial, si bien regulando la última fase o periodo de la misma: la relativa a la contratación entre el comerciante y el consumidor-usuario, pero sin ocuparse de manera directa del periodo o fase precedente, que mira al modo como el comerciante minorista, se ha aprovisionado de las mercancías o servicios que está colocando en el mercado final.

Por su parte, la legislación comunitaria europea no ha sido tampoco ajena al fenómeno, pero se ha ocupado del mismo solamente desde la perspectiva de su incidencia sobre la libertad de competencia empresarial y el acceso al mercado (Vid. los Reglamentos CE n° 2790/1999, relativo a los acuerdos verticales en general y n° 1400/2002, sobre acuerdos verticales en el sector del automóvil), dejando expresamente a la regulación interna de los

Estados miembros lo relativo a la disciplina contractual entre Productores y distribuidores. Pese a la invitación a regular dirigida a los ordenamientos internos por parte de los órganos europeos, no puede decirse que en los distintos países comunitarios se haya atendido aquella de manera global y decisiva. Sólo en Bélgica y en Francia hallamos legislación específica aunque referida a temas puntuales. Así, la Ley Belga de 27 de julio de 1961 (modificada por Ley de 13 de abril de 1971) regula fundamentalmente los problemas del preaviso y de la indemnización al concesionario en el caso de resolución unilateral de las concesiones de venta.

En Francia, la Ley n° 89-1008 de 31 de diciembre de 1989 (y el Decreto de aplicación de 4 de abril de 1991) sólo hace referencia a la imposición al Productor de un deber de informar al concesionario y al franquiciado sobre la empresa de cuya red comercial van a formar parte; el Arrête de 21 de febrero de 1991 establece la información que hay que transmitir al consumidor en el sector de la franquicia; y, finalmente, el Code de Commerce, en los artículos L.330-1, L.330-2 Y L.333-3 regula la duración máxima de los pactos de exclusividad en los contratos de compra, cesión o alquiler de bienes muebles y los deberes precontractuales de las partes en los contratos que exigen una exclusividad a una de las partes.

Por último, hay que hacer referencia también a los trabajos realizados por UNIDROIT en relación con la preparación de una «Ley modelo de contrato de franquicia» y la elaboración de los «Principios sobre los contratos comerciales internacionales».

- II -

1. La Ley pretende conjugar, en la medida de lo posible, los principios de libertad de empresa y autonomía de la voluntad y de tutela de la parte más débil de la relación contractual, que, por lo general, suele ser el distribuidor.

Si bien es cierto que el distribuidor consiente voluntariamente en insertarse en la red de distribución de su Productor, no lo es tanto que tenga intención de quedar atrapado definitivamente en ella. La experiencia demuestra que los distribuidores, con cierta frecuencia, forman parte del dilatado grupo de las pequeñas y medianas empresas que, a la hora de contratar, están en una posición subordinada respecto a sus Productores o suministradores. En estos casos, parece necesario que el legislador corrija esta situación de desequilibrio contractual y trate de impedir los comportamientos abusivos de la parte dominante.

2. El proyecto se estructura en cinco títulos, una disposición adicional, una disposición transitoria y una disposición derogatoria:

El Título Primero (arts. 1 a 6) se refiere al ámbito de aplicación de la Ley y a la definición de figuras que han de entenderse comprendidas en él, intentando establecer unas pautas de racionalidad y concreción en un panorama en el que, la falta de regulación previa, ha conducido a la práctica por senderos de notoria imprecisión tanto terminológica como definitoria. Se establecen, para ello, seis modelos básicos, llamados -según la terminología más difundida- compra en exclusiva, venta en exclusiva, distribución autorizada, distribución selectiva, concesión mercantil, y franquicia comercial, que vienen definidos en el artículo 2; al tratarse de una distinción no enteramente consolidada en la práctica, se ha considerado oportuno completarla con una lista de supuestos excluidos que ayudan a precisar los regulados por la nueva norma (art. 3). También contiene un artículo relativo a la aplicación a estos contratos de la normativa de defensa de la competencia (art. 4), para evitar que pueda interpretarse que resultan amparados por una autorización legal. El Título (art. 5) se completa con una regulación de la nulidad de las cláusulas

contrarias a los preceptos imperativos de esta Ley, específicamente de la renuncia a derechos adquiridos de los contratantes y a los cambios normativos, y disposiciones generales (art. 6) sobre la resolución de controversias y litigios.

El Título Segundo (arts. 7 a 11), que se refiere a la conclusión del contrato, se ocupa, en primer lugar, de la formalización del mismo (art. 7) cuya forma escrita no se impone, pero se fomenta al vincular a ella importantes efectos en materia probatoria; seguidamente, regula los deberes y responsabilidades de las partes en la fase precontractual (arts. 8 y 9), de especial importancia en este tipo de contratos, lo que explica el carácter imperativo de las normas que se proponen; y, por último, aborda las cuestiones relativas a la imposibilidad inicial (art. 10) y al error en la declaración de voluntad (art. 11) cuya regulación presenta como novedad la incorporación de los principios de UNIDROIT aplicables a la contratación internacional, los cuales persiguen, como es sabido, la conservación del contrato frente al posible ejercicio de las acciones de nulidad.

El Título Tercero (arts. 12 al 18) que se refiere al contenido del contrato no pretende ser un catálogo exhaustivo de los derechos y obligaciones de las partes, pues esta materia es, precisamente, la que debe quedar en mayor medida sometida a la autonomía de la voluntad. Se ha pretendido, por tanto, establecer unas pautas de conducta que deben ser observadas por ambos contratantes para la mejor y más eficiente ejecución del contrato, incidiendo solamente sobre aquellos aspectos que la experiencia demuestra suelen ser los que originan un mayor número de controversias. Los preceptos que integran este título constituyen también un intento de mantener incólume la figura del consumidor o usuario que, como es lógico, no puede verse ni directa ni indirectamente perjudicado por los pactos que celebren Productores y distribuidores y a los que es absolutamente ajeno.

El artículo 12 regula de forma pormenorizada el contenido esencial de los contratos y precontratos de distribución comercial, estableciendo que dicho contenido constituye la causa de la celebración de los contratos, por lo que no podrá ser modificado unilateralmente por ninguno de los contratantes. Este artículo contiene, además, una disposición fundamental sobre las inversiones que el Productor solicita a sus distribuidores para la ejecución del contrato.

Tanto su determinación inicial como su modificación posterior deberán pactarse por las partes contratantes conforme a un plan de negocio económicamente racional y realista, que definirá las inversiones a realizar, su plazo de amortización y la rentabilidad previsible según el nivel de riesgo del distribuidor.

Se pretende con ello que el distribuidor disponga de la autonomía empresarial necesaria para responder a las necesidades reales de los consumidores, previniendo las situaciones de excesiva dependencia económica propiciadas por la afectación de todo el patrimonio y recursos del distribuidor a la actividad contractual, incompatible con su dedicación a otras alternativas empresariales competitivas.

Especial relieve ofrecen el artículo 13 relativo a los pactos de exclusiva que suelen incluirse, con harta frecuencia, en los contratos regulados en esta Ley y el artículo 16 sobre el mantenimiento de la independencia entre Productor y distribuidor. Por lo que al primero de ellos se refiere, se ha intentado, de acuerdo con la normativa comunitaria, que la exclusiva no represente una limitación a la libertad de mercado que redunde, ni siquiera potencialmente, en perjuicio de los futuros clientes. Por lo que concierne a la independencia de las partes, se ha tratado de romper con el defecto, tan arraigado en la práctica, de considerar al distribuidor como una pieza del engranaje del Productor, prescindiendo de aquel cuando se trata de

hacer llegar a éste responsabilidades e indemnizaciones procedentes de actuaciones imputables al primero; a tal fin se extreman las medidas que exigen la exteriorización por los contratantes de su respectiva condición de empresario independiente, lo que debe tener su significado tanto frente a los consumidores y usuarios como respecto del personal laboral de uno u otro de los empresarios.

Por otra parte, tampoco se olvida el papel de colaborador que por naturaleza corresponde al distribuidor respecto al Productor, colaboración que éste recibe y consiente en atención a las singulares condiciones que reviste la organización de aquél. Desde esta óptica la ley excluye la posibilidad de ceder unilateralmente el contrato (artículo 17) sin el consentimiento del Productor, si la empresa cesionaria no se compromete por escrito a mantener la organización, medios y recursos que el distribuidor cedente mantenía afectos a su actividad.

Sin perjuicio de ello, el distribuidor tendrá la facultad de designación de agentes, así como la de llevar a cabo una publicidad (art. 18) que se aparte de la que el Productor desea para el producto o servicio objeto del mismo.

El Título Cuarto (arts. 19 a 21) recoge algunas disposiciones específicas para los principales tipos de contratos de distribución, tales como la distribución exclusiva, con respecto a la cual se regulan las figuras del «comercio paralelo» y la «reserva de ventas a los grandes clientes» (art. 19); la distribución selectiva, en relación con la cual se regulan los criterios aplicables a la selección de los distribuidores y la prohibición de reventa a minoristas no autorizados (art. 20); o la franquicia, con respecto a la cual se recoge en el artículo 21, la norma contenida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista que, por referirse a las relaciones entre franquiciador y franquiciado que se sitúan en el escalón mayorista del proceso comercial, encuentra una difícil acogida en la citada Ley, tanto desde un punto de vista lógico como sistemático.

El Título Quinto (arts. 22 a 28) se refiere a la extinción del contrato, materia en la cual los modelos que el tráfico ofrece, traslucen con mayor claridad la situación de desequilibrio de las partes al concertar su relación. Por esta razón, se ha tomado como principio general el respeto de la voluntad de las partes en cuanto a la posibilidad de que el contrato se celebre por tiempo determinado o indefinido, previendo al mismo tiempo que el establecido por tiempo determinado se pueda transformar en otro de duración indefinida si se establecen prórrogas sucesivas (art. 23).

En cuanto a la extinción de los contratos por tiempo indefinido se ha querido alcanzar un punto de equilibrio entre el viejo principio del Derecho según el cual nadie puede vincularse a perpetuidad contra su voluntad, con el no menos atendible principio de que ha de evitarse el ejercicio arbitrario de los derechos.

Este último no debe tener amparo en el ámbito mercantil por las implicaciones que la injustificada extinción de la relación contractual comporta tanto para los terceros como para la sociedad ya que supone la destrucción de una organización empresarial cuyo montaje posiblemente resultó costoso y cuya desaparición produce un quebranto irrecuperable que no puede aceptarse sin un mínimo de prudencia. En cualquier caso, para hacer viable en los contratos de duración indefinida la resolución unilateral por una de las partes, cuando no haya mediado incumplimiento de la otra, se utiliza el recurso al preaviso, sancionado por la jurisprudencia y por la práctica en la materia, fijando su duración en proporción al tiempo que lleve de vigencia el contrato (art. 24). Mas como la práctica enseña que en el período que media desde el preaviso a la definitiva extinción de las relaciones, la fluidez y normalidad de éstas

experimenta notorio extravío, se faculta al distribuidor (art. 25), cuando la voluntad resolutoria procede del Productor, a prescindir de este período de gracia en la vigencia del contrato sustituyéndolo por una resolución inmediata, a cambio de la percepción de una indemnización fácilmente calculable. A la larga, esta solución ha de resultar más beneficiosa que el mantenimiento de una relación contractual de colaboración, cuando no existe entre las partes verdadera voluntad de proseguirla.

En este Título se incluye también una disposición (art. 26) que establece el derecho del distribuidor a que el Productor le liquide los gastos e inversiones que haya realizado en el ejercicio de su actividad, siguiendo las instrucciones de aquel o que se deriven del sistema de comercialización establecido, que no hayan sido amortizados, así como la cuantía íntegra de las indemnizaciones del personal laboral del que haya de prescindir por efecto de la extinción del contrato y, en general, por cualquier otro coste que se derive del cese en la actividad. En este Título se incluye también una disposición aplicable a la extinción del contrato en cualquiera de sus modalidades que pretende resolver los conflictos entre las partes respecto a la liquidación y destino de las mercancías sobrantes en el momento de la extinción (art. 27). El título se completa con una norma que establece que la terminación del contrato no genera, por sí misma, el derecho a una indemnización por la clientela, sino que es necesario que concurren determinadas circunstancias excepcionales o la existencia de un pacto de no competencia (art. 28) para que esta compensación esté justificada. La norma se ha limitado a tipificar las circunstancias que pueden llevar implícita una compensación por clientela, dejando a los jueces o a los árbitros la determinación de su cuantía, cuando las partes no alcancen un acuerdo al respecto, a partir de un mínimo.

La Disposición adicional tiene por objeto mantener la obligación de inscripción en un registro administrativo especial de carácter nacional o autonómico, impuesta a las empresas franquiciadoras por el artículo 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista que, por las razones expuestas anteriormente, ahora se deroga.

La Disposición transitoria persigue una entrada en vigor paulatina y ordenada de esta Ley que elimine los efectos perjudiciales que, en el plano económico, tendría una aplicación indiscriminada de la misma a los múltiples contratos de distribución actualmente existentes. La fórmula que se propone es que la Ley se aplique, de momento, única y exclusivamente a los contratos que se celebren a partir de la entrada en vigor de la misma y a aquellos otros con respecto a los cuales las partes manifiesten voluntariamente su deseo de adaptación. El resto de los contratos quedarán sometidos a la misma a medida que se produzcan los sucesivos vencimientos de sus plazos de duración. En todo caso, siguiendo la fórmula instaurada por la Ley de Contrato de Agencia, la presente Ley será de aplicación generalizada al año de su entrada en vigor.

PROPOSICIÓN DE LEY DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

TÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1.

Concepto.

1. Se entenderá por contratos de distribución, y quedarán sometidos a la presente ley, aquellos contratos, cualquiera que sea su denominación, que tengan por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obliga a adquirir de otra, denominada Productor, bienes o servicios para comercializarlos de manera duradera y

estable.

2. Bajo esta denominación se comprenden, tanto los contratos celebrados por Productores con mayoristas o minoristas, como los concertados por mayoristas con minoristas.

Artículo 2.

Principales contratos de distribución comercial.

Por regla general, los contratos de distribución adoptarán alguna de las siguientes modalidades:

1. El contrato de compra en exclusiva, por el cual el distribuidor, a cambio de contraprestaciones especiales, se obliga a adquirir, para su comercialización, determinados bienes o servicios solamente al Productor o a otras personas a quienes éste designe.
2. El contrato de venta en exclusiva, por el cual el Productor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes servicios especificados en el contrato para su comercialización en dicha zona.
3. El contrato de distribución autorizada, por el cual el Productor se obliga a suministrar al distribuidor bienes y servicios para que éste los comercialice, bien directamente o bien a través de su propia red, como distribuidor oficial, en una zona geográfica determinada.
4. El contrato de distribución selectiva, por el cual el Productor se obliga a vender los bienes o servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él y que no gozan de exclusividad territorial, mientras que el distribuidor se compromete a revenderlos a consumidores y usuarios finales, respetando las instrucciones pactadas y prestando, en su caso, asistencia técnica a los compradores.
5. El contrato de concesión mercantil, por el cual el distribuidor pone su establecimiento al servicio de un Productor para comercializar, en régimen de exclusividad y bajo directrices y supervisión de éste, bienes y servicios en una zona geográfica determinada.
6. El contrato de franquicia, por el cual el titular de la franquicia, denominado franquiciador, cede al distribuidor, denominado franquiciado, el derecho a explotar en beneficio de éste un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo los signos distintivos y la asistencia técnica permanente del franquiciador, a cambio de una compensación económica y del compromiso de ajustarse en todo momento a las reglas de actuación establecidas.

Artículo 3.

Exclusiones.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley:

1. Los contratos de agencia regulados por la Ley 12/1992, de 27 de mayo.
2. Los contratos de franquicia industrial, en los que se faculta al franquiciado para la fabricación de productos sirviéndose de las patentes, procedimientos, conocimientos o técnicas del franquiciador.
3. Los contratos de comercialización de productos o servicios financieros.
4. Los contratos que tengan por objeto principal una actividad logística o una actividad de reparto de mercancías.
5. Cualquier modalidad de distribución que comporte vinculación de naturaleza laboral entre el Productor y la persona que se encarga de distribuir los productos o servicios.

Artículo 4.

Aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia y de competencia desleal.

El contenido de los contratos de distribución comercial quedará sometido a la normativa de defensa de la competencia y de competencia desleal.

Artículo 5.

Nulidad, modificación y cambios normativos.

Serán nulos de pleno derecho los pactos y cláusulas contractuales contrarias a los derechos de carácter imperativo reconocidos por la presente Ley. No será válida ni eficaz la revisión, modificación o rectificación de un contrato de distribución que no se acuerde así por las partes y por escrito.

También serán nulos de pleno derecho acuerdos o convenios extracontractuales de renuncia a los derechos adquiridos de las partes y, en particular, a los derechos establecidos en los artículos 25, 26 y 28 de esta Ley que son irrenunciables.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, ninguna de las partes podrá invocar e instar la extinción de un contrato de distribución por cambios normativos en la legislación nacional o comunitaria. En este supuesto, cualquiera de las partes podrá instar a la otra a adaptar las cláusulas contractuales incompatibles con la normativa de nueva aplicación, manteniéndose válido el resto del contrato.

Artículo 6.

Resolución de controversias y litigios.

La competencia territorial para el conocimiento de las acciones derivadas de los contratos de distribución cualquiera que sea su naturaleza corresponderá a los Juzgados del domicilio del distribuidor, entendiéndose como no puesta cualquier cláusula o estipulación en contrario.

No obstante, los contratantes podrán pactar la resolución de sus desavenencias mediante el recurso a la mediación y arbitraje de Derecho privado en algunas de las modalidades previstas en la Ley, quedando obligados en tal caso a determinar por escrito la modalidad de arbitraje, el procedimiento y el fuero aplicable para su plena eficacia entre las partes.

TÍTULO II

Conclusión del contrato

Artículo 7.

Formalización por escrito.

1. Cualquiera de los contratantes podrá exigir, en el momento de la celebración del contrato o con posterioridad, que el contrato y sus modificaciones o adiciones consten por escrito, firmado por todos ellos, y que se le entregue un ejemplar.

2. Sin perjuicio de otras consecuencias derivadas del incumplimiento de ese requerimiento, recaerá sobre el contratante o los contratantes que no accedan a la formalización del contrato por escrito la carga de probar que su contenido difiere de lo dispuesto en esta Ley.

3. Cuando el contrato se hubiera formalizado por escrito, se estará a su contenido para dilucidar las cuestiones que se planteen sobre su ejecución o cumplimiento, sin admitir más excepciones que las de falsedad o error material en su redacción.

Artículo 8.

Deberes precontractuales.

1. Las partes deberán entregarse por escrito y con una antelación mínima de un mes a la fecha de celebración del contrato toda la información necesaria

para que puedan obligarse con conocimiento de causa. En especial facilitarán la siguiente información:

- a) identificación de los contratantes y los datos económicos y jurídicos de sus establecimientos mercantiles,
- b) características de la actividad de distribución, titularidad de los signos distintivos y estructura y extensión de la red de distribución en España,
- c) elementos y contenido del contrato y, en particular, derecho y obligaciones de las partes, pactos de exclusividad, restricciones impuestas a la actividad del distribuidor, causas y condiciones de resolución y efectos de la extinción del contrato.

2. La información a que se refiere el párrafo anterior estará fundada y deberá ser veraz y no engañosa no siendo necesario que comprenda la relación pormenorizada de clientes ni las condiciones comerciales aplicables a cada uno de ellos.

3. Las partes deberán mantener una absoluta confidencialidad sobre la información recibida, aún en el caso de que no llegara a celebrarse el contrato.

4. Cuando se exija a una de las partes la entrega de una cantidad de dinero antes de la firma del contrato para integrarse en la red u obtener la reserva de una zona, deberán precisarse por escrito las prestaciones garantizadas como contrapartida así como las obligaciones recíprocas de las partes en caso de que no llegara a celebrarse el contrato.

5. En el caso de que el contrato no llegara a celebrarse, la parte que hubiera incumplido el deber de información establecido en este precepto responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte como consecuencia de dicho incumplimiento.

Artículo 9.

Responsabilidad derivada de las negociaciones preliminares.

1. Ninguna de las partes incurrirá en responsabilidad si las negociaciones preliminares tendentes a la conclusión de un contrato de distribución no culminan en un acuerdo. Sin embargo, la parte que ha negociado o interrumpido las negociaciones de mala fe, o interrumpido las negociaciones por una causa imputable a su conducta será responsable de los daños causados a la otra parte.

2. En todo caso, se considerará mala fe el hecho de negociar sin intención de llegar a un acuerdo.

Artículo 10.

Imposibilidad inicial.

Si en el momento de celebración del contrato resultara imposible cumplir las obligaciones pactadas, la parte que ha generado confianza en la otra sobre su cumplimiento responderá ante ésta por el incumplimiento de aquello a lo que se hubiere obligado.

Artículo 11.

Error.

1. Si una de las partes hubiera incurrido en error al tiempo de contratar, el contrato podrá ser anulado si el error es de tal entidad que una persona razonable en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos y siempre que en la otra parte contratante concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) haber incurrido en el mismo error,
- b) haber sido el causante del error, incluso actuando de buena fe,
- c) haber conocido o debido conocer el error del otro contratante sin

advertirle del mismo.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no será posible anular el contrato si la parte que ha invocado el error ha incurrido en él por culpa grave o si el error versa sobre una materia en la que dicha parte ha asumido el riesgo de error o le corresponde soportarlo.

2. La parte que ha incurrido en error no podrá invocar la nulidad del contrato si la otra parte, en un plazo razonablemente breve, manifiesta su intención de cumplirlo o inicia su cumplimiento en los términos en que aquella parte había entendido inicialmente el citado contrato.

3. Asimismo, la parte que ha incurrido en error tampoco podrá invocar la nulidad del contrato por esta causa cuando los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o podrían haberle otorgado la facultad de alegar el incumplimiento del contrato.

TÍTULO III **Contenido del contrato**

Artículo 12.

Contenido esencial de los contratos.

Los contratos y precontratos de distribución comercial y todas sus modificaciones o adiciones deberán regular, como mínimo, las previsiones de mercado para los productos y servicios contractuales, la gama completa de productos y servicios, el plan de negocio, las inversiones previstas para la ejecución del contrato y su plazo de amortización, el sistema de remuneración, los márgenes, incentivos y bonificaciones, los precios y las condiciones generales de venta y garantía postventa, las directrices y normas de obligado cumplimiento del empresario Productor, concedente o franquiciador. Este contenido esencial constituye la causa de la celebración de los contratos, por lo que no podrá ser modificado unilateralmente por uno de los contratantes.

Productor y distribuidor pactarán expresamente las inversiones inicialmente previstas y cualquier modificación posterior conforme a un plan de negocio económicamente racional y realista, que definirá las inversiones a realizar, su plazo de amortización y la rentabilidad previsible según el nivel de riesgo del distribuidor.

Artículo 13.

Obligaciones de las partes.

1. Reglas generales de conducta:

a) Las partes contratantes deberán observar en sus recíprocas relaciones la máxima lealtad y buena fe exigibles en los contratos mercantiles.

b) El Productor y el distribuidor deberán colaborar para lograr la más amplia difusión en el mercado de los bienes y servicios objeto del contrato.

c) Cada parte contratante correrá con los costes y gastos que le son propios.

En todo caso, la parte contratante que traslade o haga incurrir a la otra en costes y gastos adicionales, deberá compensarla de forma íntegra por las expensas, costes y gastos que le ocasione.

d) Los productos y servicios cruzados que por previsión del contrato el distribuidor deba adquirir al Productor o la empresa que este designe, recomiende o sugiera, serán adquiridos a precio de mercado. En otro caso, el distribuidor podrá adquirir los productos o servicios previstos en el contrato a una empresa de su elección.

2. Obligaciones del Productor:

- a) El Productor está obligado a suministrar al distribuidor la información comercial y técnica que sea precisa para la más amplia distribución de los bienes y servicios objeto del contrato.
- b) El Productor también está obligado a suministrar al distribuidor con la suficiente antelación las modificaciones que puedan afectar a la gama de productos o servicios contractuales, sobre todo en los casos de discontinuidad de su fabricación, para que el distribuidor pueda gestionar su stock e informar a los consumidores de cualquier cambio que afecte a los compromisos adquiridos.
- c) El Productor quedará vinculado por los precios que hubiere comunicado por escrito al distribuidor en el momento de la confirmación del pedido. Salvo pacto en contrario, el Productor no podrá imponer al distribuidor su participación en acciones promocionales o campañas publicitarias de sus productos y servicios.
- d) El Productor no podrá inmiscuirse en el régimen de precios del distribuidor. Únicamente podrá formular recomendaciones acerca del precio de reventa o prestación de servicios a la clientela del distribuidor. Este gozará de libertad para ajustarlas a sus necesidades en función de los gastos que la distribución genere en materia de instalaciones, salarios, comisiones, seguros sociales y los demás a su cargo.
- e) El Productor mantendrá disponibles, para su inmediata entrega al distribuidor que se lo solicite, en las condiciones convenidas en cuanto al precio, calidad y presentación, el número de unidades de producto o los elementos de prestación del servicio necesarios para el normal abastecimiento del mercado, según su volumen usual de pedidos. El distribuidor no podrá exigir, de no mediar previo aviso en tiempo razonable, un suministro que exceda de lo que habitualmente suele demandar en la época en que lo solicita.

3. Obligaciones del distribuidor:

- a) El distribuidor deberá disponer de una organización empresarial suficiente y desarrollar una actividad comercial adecuada para promover la máxima difusión de los bienes o servicios.
- b) El distribuidor comercializará los bienes o servicios sin menoscabar el prestigio del Productor, respetando su marca y presentación y ajustándose en todo momento al sistema de distribución establecido por el Productor.
- c) El distribuidor deberá abstenerse de aplicar precios o realizar actuaciones que ocasionen un menoscabo de la imagen de la marca o del prestigio comercial del Productor.
- d) El distribuidor deberá llevar unos registros contables auxiliares relativos a la actividad que constituya el objeto del contrato de distribución.

El Productor tendrá derecho al examen de esos registros y de todos sus antecedentes en las fechas y modos establecidos en el contrato de distribución y, en todo caso, al practicar las liquidaciones. No obstante, el Productor no podrá exigir al distribuidor datos relativos a la situación patrimonial de la empresa distintos de los que por disposición legal deba publicar en el Registro Mercantil.

Artículo 14.

Pactos de exclusiva.

1. El pacto en exclusiva se limitará a los bienes o servicios y al espacio geográfico determinados en el contrato.
2. El pacto por el que se establece una exclusiva territorial a favor del distribuidor deberá delimitar con la suficiente precisión el área o la zona geográfica asignada. En caso contrario, se entenderá que la exclusiva

territorial abarca la mayor de las zonas posibles.

3. Las excepciones a la exclusiva deberán igualmente ser objeto de especificación clara y detallada, interpretándose de forma restrictiva cuando admitan diversidad de significados.

Artículo 15.

Determinación de los objetivos comerciales.

1. La determinación de los objetivos comerciales del distribuidor así como la fijación del contingente de mercancías que deberá obrar en su poder en función de aquellos objetivos para mantener un adecuado abastecimiento del mercado, se realizará de mutuo acuerdo y, a falta de éste, mediante arbitraje o peritaje independiente.

2. El perito deberá tener en cuenta como factores determinantes de su valoración las operaciones realizadas con anterioridad en la misma zona, las estimaciones previsibles de ventas en ella y las tendencias y fluctuaciones del mercado nacional e internacional.

Artículo 16.

Independencia entre Productor y distribuidor.

1. En los contratos de distribución el Productor y el distribuidor conservarán su independencia económica y autonomía jurídica y serán los únicos titulares frente a terceros de los derechos y obligaciones derivados de las relaciones que con ellos mantengan, sin que pueda haber intromisiones en el ámbito de su patrimonio y de sus competencias empresariales respectivas.

Lo dispuesto en el párrafo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la normativa vigente sobre responsabilidad del fabricante.

2. El distribuidor estará obligado a indicar en la documentación mercantil que expida, en los rótulos o logotipos que utilice y en la publicidad que realice, su condición de empresario independiente, procurando no desvirtuar la identidad de la red en la que está integrado.

Artículo 17.

Cesión del contrato y nombramiento de colaboradores.

1. Sin el consentimiento del Productor, el distribuidor no podrá ceder, total o parcialmente, el contrato ni designar subcontratistas para llevar a cabo la distribución. No obstante, el Productor no podrá negar su consentimiento a la cesión total o parcial del contrato si la empresa cesionaria se compromete por escrito a mantener la organización, medios y recursos que el cedente mantenía afectos a la actividad de distribución.

2. El distribuidor podrá nombrar, sin embargo, agentes u otro tipo de colaboradores, que no tendrán vínculo alguno con el Productor salvo que en el contrato de distribución se hubiere establecido lo contrario.

Artículo 18. Actividad publicitaria del distribuidor.

Cuando, por previsión del contrato o por iniciativa propia, el distribuidor pretenda desarrollar una actividad publicitaria sobre los bienes o servicios objeto del contrato, deberá obtener previamente la aprobación del Productor acerca del carácter de aquélla en cuanto al diseño y contenido del mensaje publicitario, al objeto de mantener la imagen comercial del producto o servicio. El Productor sólo podrá denegar su aprobación si la actividad publicitaria del distribuidor ocasiona un menoscabo grave a la imagen de la marca o al prestigio comercial del Productor.

TÍTULO IV

Disposiciones especiales para algunas modalidades contractuales

Artículo 19.**Concesión o venta en exclusiva.**

La atribución de una zona geográfica en exclusiva para la comercialización de determinados bienes o servicios impedirá al distribuidor, en relación con dichos bienes o servicios, desarrollar actividad comercial, hacer publicidad o captar clientes en otras zonas diferentes a la que le ha sido asignada por contrato. Sin embargo, el distribuidor podrá comercializar los bienes o servicios dentro de su territorio a personas de otras zonas aunque los adquirentes se propongan revender el producto o prestar el servicio en zonas geográficas diferentes, siempre que su puesta a disposición se realice dentro de la zona de exclusiva.

Para que el Productor pueda reservarse la facultad de realizar ventas directas a determinados clientes dentro de la zona exclusiva, necesariamente deberá establecerse en el contrato la adecuada identificación de aquellos así como la compensación que, en su caso, convenga con el distribuidor por las operaciones que realice el Productor en dicha zona.

Artículo 20.**Distribución selectiva.**

1. Para seleccionar a los distribuidores, el Productor deberá utilizar criterios concretos y objetivos, basados preferentemente en la capacidad técnica del distribuidor o en las características de su establecimiento. Si las inversiones requeridas por el Productor exigen al distribuidor su dedicación exclusiva y le impiden realizar actividades comerciales competitivas, el contrato se tendrá por exclusivo conforme al artículo anterior.

2. Los distribuidores desarrollarán su actividad comercial a través de un establecimiento autorizado por el Productor y, en su caso, no podrán revender o suministrar los productos objeto del contrato ni sus recambios y accesorios a otros distribuidores que no pertenezcan a la red de establecimientos autorizados.

3. El Productor que modifique sus criterios de selección y pertenencia a la red de distribución, vigente el contrato, deberá comunicar a sus distribuidores las razones objetivas que justifiquen dicho cambio y darles un plazo razonable de adecuación a los nuevos criterios, que no podrá ser inferior a seis meses.

Artículo 21.**Franquicia.**

1. El franquiciador se obliga a comunicar al franquiciado los conocimientos secretos necesarios para poder desarrollar el negocio y a prestarle la asistencia técnica y comercial requerida.

2. El franquiciado se obliga a pagar la cuota y el canon de acceso estipulados, a no divulgar los conocimientos secretos que le han sido transmitidos y a informar al franquiciador de las violaciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial que se produzcan en su territorio.

TÍTULO V**Extinción del contrato****Artículo 22.****Duración del contrato.**

El contrato de distribución podrá pactarse por tiempo determinado o

indefinido.

Si no se hubiera fijado una duración determinada, se entenderá que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido.

Artículo 23.

Extinción del contrato por tiempo determinado.

1. El contrato convenido por tiempo determinado se extinguirá por cumplimiento del término pactado.
2. No obstante lo dispuesto en el número anterior, los contratos de distribución por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerarán transformados en contratos de duración indefinida.

Artículo 24.

Extinción del contrato por tiempo indefinido.

1. El contrato de duración indefinida se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito.
2. El plazo de preaviso será de un mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses.
Si el contrato hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes.
3. Las partes podrán pactar plazos mayores de preaviso, sin que el plazo de preaviso del distribuidor pueda ser inferior, en ningún caso, al establecido para el preaviso del Productor.
4. Salvo pacto en contrario el final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes.
5. Para la determinación del plazo de preaviso en los contratos por tiempo determinado que se hubieran transformado por ministerio de la ley en contratos de duración indefinida, se computará la duración que hubiera tenido el contrato por tiempo determinado, añadiendo a la misma el tiempo transcurrido desde que se produjo la transformación en contrato de duración indefinida.
6. El incumplimiento por una de las partes de lo establecido en este artículo en relación con el preaviso dará derecho a la otra parte a exigir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha causa.

Artículo 25.

Otros supuestos de extinción.

1. Cada una de las partes de un contrato de distribución pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento y sin necesidad de preaviso cuando la otra parte hubiera incumplido, total o parcialmente, de forma reiterada y grave, las obligaciones esenciales legal o contractualmente establecidas.
2. En tales casos se entenderá que el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción.
3. Desde que se produzca el preaviso hasta que la extinción tome efecto, ambas partes cumplirán sus obligaciones y usarán de sus derechos de igual forma que lo venían haciendo hasta ese momento.
4. Si el ejercicio de la facultad resolutoria proviniera del Productor, el distribuidor, dentro del mes siguiente a la recepción de la comunicación, podrá interesar la resolución inmediata de la relación contractual mediante la percepción, en calidad de indemnización, de una suma equivalente a dos años del beneficio obtenido por la distribución, calculado según la media de los últimos cinco años o de todo el periodo de duración del contrato si

éste hubiere sido inferior. En la determinación del beneficio a los efectos de este artículo no se tomarán en consideración los gastos generales y extraordinarios, ni los ingresos de esta última naturaleza, según lo previsto en el artículo 28 de la presente Ley.

Artículo 26.

Amortización de inversiones específicas.

No obstante lo establecido en el artículo anterior, los contratos de distribución por tiempo indeterminado no podrán ser denunciados antes de que haya transcurrido un plazo razonable de amortización de las inversiones específicas realizadas para la ejecución del contrato salvo que, quien denuncia el contrato, ofrezca el pago íntegro de las inversiones pendientes de amortizar.

2. Se consideran inversiones específicas todas aquellas que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo, total o parcialmente, para usos alternativos o que sólo puedan serlo con grave pérdida para el inversor, específicamente:

a) Los gastos que haya realizado en el ejercicio de su actividad, siguiendo las instrucciones del Productor o que deriven del sistema de comercialización que se establezca, que no hayan sido amortizados, y que redunden en beneficio de la otra parte al finalizar el contrato.

b) Las indemnizaciones al personal laboral del que haya de prescindir por efecto de la extinción del contrato.

c) Cualquier otro coste o gasto que se derive del cese de la actividad contractual.

3. La terminación del contrato por tiempo indefinido sin respetar el plazo al que se hace referencia en el apartado primero o la resolución anticipada de un contrato de duración determinada antes de la fecha del vencimiento pactado determinará la obligación de indemnizar al distribuidor, al suministrador, el valor de las inversiones específicas. Se exceptúan los casos en que el contrato se haya extinguido por incumplimiento esencial, grave y reiterado o por cualquier otra justa causa para la terminación.

Artículo 27.

Colaboración en la liquidación.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, terminado el contrato de distribución por cualquiera de las causas indicadas en esta Ley, los contratantes colaborarán en la liquidación de la relación contractual, adoptando aquellas previsiones que, de acuerdo con la naturaleza y características del contrato, sean conformes con la buena fe.

2. Las mercancías en poder del Productor o del distribuidor, cuya fabricación o adquisición haya sido impuesta contractualmente, deberán ser adquiridas por el otro contratante al precio de venta o de compra establecido en el contrato de distribución.

3. Dentro de los tres meses siguientes a contar desde la fecha de extinción del contrato, el Productor deberá retirar, a su costa, todo el material publicitario que hubiera entregado gratuitamente al distribuidor.

4. Extinguido el contrato, el distribuidor no podrá utilizar material publicitario alguno que induzca o pueda inducir a confusión sobre la permanencia del contrato de distribución, debiendo retirar de la denominación social, del rótulo del establecimiento y de cualquier material

publicitario, cualquier indicación relativa a dicho contrato.

Artículo 28.

Compensación por clientela.

1. Salvo pacto en contrario, la terminación de los contratos de distribución no obligará al Productor a compensar al distribuidor por la clientela que éste hubiera podido generar durante la relación.

2. Excepcionalmente, cuando el Productor inste la resolución del contrato de distribución, sea por tiempo determinado o indefinido, y siempre que no haya mediado alguna de las causas de incumplimiento señaladas en el artículo 25, el distribuidor tendrá derecho a una compensación cuando concurra cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) Que por la naturaleza del contrato y por la actividad del distribuidor se hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes.

b) Que el distribuidor haya facilitado al Productor un listado de los clientes.

c) Que el Productor o el distribuidor que suceda al distribuidor cesado esté en condiciones de aprovecharse de su actividad comercial o utilice la red de agentes creada por aquél.

d) Que se haya establecido un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato no pueda hacer competencia al Productor o al nuevo distribuidor. La duración del pacto de no competencia no podrá exceder de un año.

Los Tribunales o los árbitros fijarán el importe de la compensación que ha de recibir el distribuidor cesado, apreciando, según las reglas de la sana crítica, el número y grado de concurrencia de las circunstancias aludidas y las demás que deban tomarse en consideración. La compensación no podrá ser inferior, en ningún caso, del doble del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el distribuidor durante los últimos cinco años o durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior.

A los efectos del párrafo anterior, se entenderá por remuneración las comisiones y márgenes brutos obtenidos por el distribuidor en su explotación económica, sin deducir aquellos costes, gastos y expensas correspondientes a su actividad.

Disposición adicional

Las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad franquiciadora en los términos previstos en esta Ley deberán inscribirse, en su caso, en el registro que puedan establecer las Administraciones Públicas competentes en los términos previstos en el Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre y en la correspondiente legislación autonómica cuya vigencia se mantiene a estos efectos.

Disposición transitoria

La presente Ley se aplicará a los contratos de distribución celebrados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, transcurrido el plazo de un año a contar de dicha fecha.

Disposición Derogatoria

Quedan derogadas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en la presente Ley y, especialmente, el artículo 62 de la

Ley 7/1996, de 13 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

Disposición final

La presente Ley entrará en vigor.....

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Javier B, *La Libre Competencia*, México, Ed. Oxford, 2001.
- ALMUZARA ALMAIDA Cristina, COUDERT Fanny, MARZO PORTERA Ana y NAVALPOTRO NAVALPOTRO Yolanda, *Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal*, Segunda Edición, España, Editorial Nex Nova, 2005.
- ARCE GARGOLLO, Javier. *Contratos mercantiles atípicos*. México, Editorial Porrúa, 1999.
- AYLLÓN GONZÁLEZ, María Estela y GARCÍA FERNÁNDEZ, Dora. *Temas Selectos de Derecho Corporativo*, México, Editorial Porrúa, 2000.
- BRUGGER, Walter. *Diccionario de Filosofía*, 13 Edición, Barcelona, Herder, 1995.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 1998.
- CASARES RIPOL, Javier, *Factores de cambio en la distribución comercial, Derecho Privado y Constitución*. Número 5, 1995.
- DE AGUINIS, Ama María M, *Contrato de Agencia Comercial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1991.
- DE PINA VARA, Rafael, *Derecho Mercantil Mexicano*, vigésima Octava Edición, México, Editorial Porrúa, 2002.
- DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Vigésimo sexta Edición, México, Editorial Porrúa, 1998.
- DÍAZ BRAVO Arturo, *Contratos Mercantiles*, Sexta Edición, México, Editorial Oxford, 1984.
- DIEZ PICAZO, L, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tomo I, Madrid, Tecnos, 1983.

- ESQUIBEL MUÑIZ, Unai, *Las denominadas cláusulas de rescisión del contrato de los deportistas profesionales*, Madrid, Editorial Dickinson, 2005.
- FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*, 2da Edición, Buenos Aires, Astrea, 1993.
- GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 9ª edición, México, Editorial Porrúa, 1993.
- GAUDEMET, Eugene, *Teoria General de las Obligaciones*, Segunda Edición, México, Editorial Porrúa, 1984.
- GIORGIANNI, Michele, *La obligación: la parte general de las obligaciones; traducción de la edición italiana, con un prólogo del autor a la edición española, de Evelio Verdura y Tuell*, Barcelona, Bosch, 1958.
- HALPERIN, Isaac, *Contratos y obligaciones comerciales*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 74, 13, 1980.
- LEÓN TOVAR, Soyla H, *Contratos Mercantiles*, México, Editorial Oxford, 2004.
- MOTO SALAZAR, Efraín, *Elementos de Derecho*, México, Editorial Porrúa, Cuadragésima Quinta edición, 2000.
- *Nueva Enciclopedia Universal*, Barcelona, España, Editorial Carroggio, 1982.
- PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina, *Los Contratos de distribución comercial*, Barcelona, Editorial Bosch, 1999.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GUERRERO SERREAU, Renato Roberto, *Derecho de la competencia económica*, México D.F., Editorial Oxford, 2002.
- PETERSON, Willis L, *Principios de Economía Micro*, México D.F., Editorial CECSA, 1981.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Sexta Edición, México, Editorial Porrúa, 1966.
- SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William, *Economía*, España, Décimo quinta edición, Editorial Mc Graw Hill, 1998.

- SCHMITTHOFF CLIVE MACMILLAN, Adams John N, *Schmitthoff's Export trade: the law and practice of international trade*, Londres, Sweet & Maxwell, 10 Edición, 2000.
- SELDON, Arthur y PANNANCE F.G., *Diccionario de Economía*, Barcelona, España, Editorial Oikos, 1980.
- SOTO ALVAREZ, Clemete, *Prontuario de Derecho Mercantil*, México, D.F., Editorial Limusa, 1991.
- VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *Contratos Mercantiles*, México, Editorial Porrúa, 2da Edición, 1985.
- WITKER, Jorge, *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2003.
- WITKER, Jorge y VARELA Angélica, *Derecho de la competencia económica en México*, México D.F., Editorial UNAM, 2003.

LEGISLACIÓN:

Código de Comercio, Editorial Themis, México, Distrito Federal, 2009.

Código Civil Federal, Ediciones Delma, México, 2001.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ediciones Delma, Estado de México, 2004.

Ley Federal de Competencia Económica, Editorial Themis, México D.F. 2009.

Ley Federal de Protección al Consumidor, Multi Agenda Mercantil. Ediciones fiscales ISEF.

Ley Federal del Trabajo, Editorial Porrúa, México 2003.

Ley de Propiedad Industrial, Editorial Themis, México Distrito Federal, 2001.

Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, Editorial Themis, México D.F. 2009.

Páginas de Internet.

www.cfc.gob.mx, Comisión Federal de Competencia Económica.

<http://www.mundofranquicia.com/mfc/reportajes/desarrollo.php?num=77>