

# La Distribución Exclusiva a la Luz del Mandato Constitucional de la Libre Competencia

Gladys Triveño Chan Jan

Alumna del 9 ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC.

Coca Cola Interamerican Corporation (U.S.A.) nombró hace algún tiempo a la Compañía Embotelladora Leopoldo Barton S.A.<sup>1</sup> como su distribuidor **exclusivo** en Lima y como consecuencia de dicho contrato Leopoldo Barton no puede vender Pepsi, ni Inca Cola, ni Guaraná, ni ninguna otra bebida gaseosa.

La Nissan designó como distribuidor **exclusivo** en el Perú a la Compañía Maquinarias S.A. y por lo tanto esta empresa no puede vender vehículos Toyota, ni Mazda ni Citroen, ni ningún otro tipo de vehículos aunque el hacerlo le significase poder salir de la crisis en que se encuentra y evite tener que despedir a 100 de sus trabajadores. Del mismo modo, la fábrica de conservas de pescados Del Mar S.A. celebró un contrato con Nacional Mercantil S.A. (NAMESA) para la distribución **exclusiva** de sus conservas marca Timonel, por el cual Del Mar se compromete a vender en forma exclusiva a NAMESA dichas conservas en cualquiera de sus presentaciones.

La Constitución sanciona la libre competencia y prohíbe todo acuerdo que restrinja la misma. ¿Significa acaso, que los contratos de Coca Cola, Nissan y Del Mar están violando las normas existentes sobre libertad de contratación y de libre competencia? ¿Por cuánto tiempo cabría pactar la exclusividad? ¿Es posible pactar la exclusividad de forma tan absoluta en el Perú?

El propósito de este trabajo es analizar la validez, las modalidades y la regulación que sufre en nuestra legislación la **cláusula de exclusividad** a la luz del mandato constitucional de la **libre competencia** y determinar así los alcances de ambas instituciones.

## 1.- CLAUSULA DE EXCLUSIVIDAD

### a) Concepto

En Doctrina no existe consenso sobre la definición que debe darse a la exclusiva<sup>2</sup>. Una sentencia del Tribunal Supremo español, de fecha 29 de octubre de 1955, señala que "es un pacto que supone una obligación de no hacer, respecto del tipo de prestación objeto del contrato, bien obligación de no realizar en favor de otros una prestación semejante, lo que se refleja en un mayor valor de la prestación para el acreedor, aparentemente en una cualidad de la prestación, o bien obligación de no recibir de otros una prestación semejante que se refleja a favor del deudor en un mayor valor de su actividad (acaparamiento del mercado), o bien ambas obligaciones en todo caso dentro de límites de tiempo, frecuentemente también de espacio"<sup>3</sup>. Esta definición permite entrever que la esencia de la **exclusiva** es implantar limitaciones a la libertad de contratar de una o ambas partes de la relación según como se pacte. La consecuencia inmediata es la imposibilidad de contratar con terceros sobre prestaciones similares a las que se han obligado de modo exclusivo.

1. Justamente mientras se estaba elaborando el presente ensayo se planteó el problema de quién tomaría el negocio de la Coca Cola en Lima. Leopoldo Barton luego de largos años de dedicación al negocio, se retira y la central de Coca Cola en U.S.A. busca al reemplazante. (Dato de Rev. 1/2 Financiero Año VI-Nº 277-278, p.2 1990).

Al momento de terminar la redacción del presente trabajo ya se conocía al ganador de la franquicia de la Coca Cola en el mercado de Lima. El grupo Michell-Picasso reemplazaría a Barton luego de 53 años. Para efectos del análisis se tomó como referencia a Barton. (Dato de la publicación THE LIMA TIMES, Viernes 22 de Febrero de 1991, p.1).

2. En Doctrina se suele denominar a la cláusula de exclusividad como exclusiva o pacto de exclusiva. Para efectos de este ensayo se usará indistintamente estas tres denominaciones.

3. AJ, 1955, 3.090. PUENTE MUÑOZ, Teresa (El Pacto de exclusiva en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, RDM Nº 121, 1971, p. 456), en: Acuerdos Restrictivos de la Competencia por Eduardo Galán Corona, Ed. Montecorvo. S.A., Madrid, 1977 p. 242.

Resulta interesante, entonces, saber por qué las partes celebran un pacto semejante. Así pues, se descubre a la exclusiva como un aspecto peculiar del más amplio fenómeno de la integración económica, como una modalidad de colaboración que se instaura entre empresarios en el campo de la integración vertical<sup>4</sup>, es decir, que se trata de una disposición negocial que va a imponer derechos y obligaciones que pueden ir más allá de las que surgen a raíz de la aplicación del principio de la buena fe de las partes en la celebración y ejecución de todo contrato, pero que al mismo tiempo genera una relación más estrecha entre las partes contratantes. En síntesis, la exclusividad es un pacto al que las partes recurren con el fin de lograr una mayor cooperación entre las actividades que realiza cada una, y que generalmente consiste en una obligación de no hacer o realizar las mismas prestaciones que son objeto del contrato para otro u otra que no sea la parte con la que se obliga.

### b) Fundamento comercial

El desarrollo industrial y la consecuente expansión económica derivada del desarrollo progresivo de las comunicaciones hizo surgir en los empresarios el deseo de ampliar el mercado para sus productos. De esta constatación surge la necesidad de que el Derecho configure nuevas formas contractuales que incorporen ciertas prácticas comerciales entre empresarios.

En un primer momento el productor era el propio distribuidor de sus productos. Así, por ejemplo, un fabricante de jabones ofrece su producto directamente al consumidor final.

A medida que esos jabones van siendo reconocidos en el mercado como ideales para cierto uso y el nombre con que se les llama adquiere cierta importancia, el fabricante puede pensar en establecer un canal de distribución para su producto, el mismo que consiste en el conjunto de empresarios o individuos que colaboran en el paso de la mercancía del productor al consumidor. Tenemos un productor independiente, mayoristas y detallistas, cada uno de los cuales cuenta con un negocio aparte en el cual buscan maximizar sus utilidades sin que ninguno de ellos pueda influir sobre la actividad que realiza cualquiera de los otros<sup>5</sup>.

El fabricante se ha dado cuenta que estos intermediarios gracias a su experiencia, especialidad y el número de las operaciones que realizan, aportan a su empresa mayores beneficios de los que ella podría conseguir con sus propios recursos, pero al mismo

tiempo percibe que es necesario tener un mayor control sobre los miembros del canal para evitar los conflictos que pudieran surgir derivados de los intereses particulares de cada uno y al mismo tiempo supervisar la llegada de sus productos al mercado. Así, surge el sistema de mercadotecnia vertical formado por el productor, el mayorista y el detallista que actúan como un sistema unitario, sin perder su independencia, con el fin de lograr una mejor comercialización de los productos. Hay tres tipos de sistemas de mercadotecnia vertical: El sistema de mercadotecnia vertical corporativo, el sistema de mercadotecnia vertical por contrato y el sistema de mercadotecnia vertical por administración<sup>6</sup>.

La cláusula de exclusividad se encuadra dentro del segundo tipo. Este sistema se compone de firmas independientes ligadas por contratos, las cuales coordinan sus actividades para lograr un mayor impacto en las ventas del que conseguirían por su cuenta<sup>7</sup>. En estos casos el fabricante espera que las ventas sean más agresivas, un mayor control de los precios del producto y cuidar de la imagen del mismo, para lo cual acude al establecimiento de cláusulas como la exclusiva que permite que una empresa controle mejor todos los estadios de comercialización del producto, tal como sucede con la Coca Cola, los automóviles Nissan y las conservas de pescado Timonel.

### c) Modalidades

La exclusiva al interior de los contratos de distribución donde instaura una mayor colaboración entre las actividades que realizan empresarios de distinto grado puede clasificarse tomando en cuenta a los sujetos en beneficio de quienes se pacta y por el tipo de prestación en que consiste la obligación.

1) Por los sujetos en beneficio de quienes se pacta, la cláusula de exclusividad puede ser unilateral o bilateral.

- La exclusiva es unilateral cuando se pacta que sólo una de las partes contratantes asume la obligación de no realizar prestaciones idénticas o del mismo ramo, a las convenidas en favor del otro contratante ya sea que se trate de bienes o servicios, así, como de no proveerse de otra fuente que no sea la del otro contratante. Por ejemplo sería el caso de NAMESA si no obstante contar con la exclusividad de la distribución de conservas Timonel, Del Mar pudiese realizar la venta directa de las mismas.

-La exclusiva es bilateral cuando el compromiso de no realizar ni recibir prestaciones semejantes a las prometidas entre sí, lo asumen ambas partes. Esto

4. FAUCEGLIA, Giuseppe. N<sup>o</sup> 73 Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, p. 214 (1987-1988).

5. KOTLER, Philip. Fundamentos de Mercadotecnia p. 320-321 Prentice Hall Hispanoamericana S.A., 1985.

6. KOTLER, p. 321.

7. KOTLER, p. 323.

es lo que sucede con Leopoldo Barton y Coca Cola respecto a la distribución de Coca Cola en Lima.

2) Por el tipo de prestación en que consiste la exclusiva, ella puede ser de zona o territorio, de clientes o de productos.

- La exclusiva de zona existe cuando se pacta que sobre todas aquellas operaciones que se realicen dentro de los alcances del territorio establecido, la parte en favor de quien se pactó esta cláusula tiene derecho a exigir que nadie más distribuya al interior de ese territorio. Así, por ejemplo, Leopoldo Barton no puede vender Coca Cola en Pucallpa, sólo en Lima, Callao y Huacho que es el territorio concedido en exclusividad.

- La exclusiva de clientes constituye una limitación al compromiso de venta exclusiva a un distribuidor, mediante la cual el productor se puede reservar la venta directa para una determinada categoría de clientes previamente delimitada. Ejemplo de esta modalidad sería el supuesto en que Nissan se reservase la venta directa de sus automóviles a todos los funcionarios diplomáticos acreditados en el Perú.

- La exclusiva de productos es aquella por la cual una de las partes de obliga a abstenerse de comprar, distribuir o promover productos nuevos similares a los productos cuyo origen no sea el de la otra parte contratante. Tal sería el caso de NAMESA que no puede vender otra marca de conservas de pescado que no sea Timonel.

En todos estos casos, existe la posibilidad de que se pacten distintas combinaciones de modalidades de exclusividad que pueden hacer que el pacto resulte más o menos absoluto. Así se puede concebir una exclusividad de territorio, respecto a determinado producto, con la reserva de cierta categoría de clientes.

## 2.- LIBRE COMPETENCIA

### a) Consagración constitucional

Como se ha señalado a la hora de definir la exclusiva, es una característica de ella imponer limitaciones a la libertad de contratar de una o ambas partes de la relación, y como consecuencia de ésto frenar la libre competencia. Una vez analizadas las razones comerciales que explican la existencia de la exclusiva y las modalidades que ésta puede adoptar, resulta importante precisar el concepto de la libre competencia porque dependiendo de la noción que se

tenga de ella, será posible admitir que Coca Cola le exija a Barton que no venda en Pucallpa en virtud de una cláusula de exclusividad.

La Constitución establece en su artículo 133 que están prohibidos los monopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil, consagrando de esta manera la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y servicios. Este artículo dentro del modelo económico que se plantea en el texto constitucional como señalan Rubio y Bernaldes<sup>8</sup> no hace sino repetir el principio liberal que supone que dentro de una economía de mercado no existan monopolios u oligopolios que desnaturalicen las leyes de la oferta y la demanda.

En la discusión de este artículo los constituyentes no dieron una definición de la libre competencia que es la institución que se quiere tutelar, esto revela lo difícil que fue la redacción del contenido final del texto por la divergencia de opiniones en torno a la inclusión o no de ciertas prohibiciones que para juicio de algunos era como prohibir la existencia de las empresas<sup>9</sup>.

En Doctrina tampoco existe una definición única. Eso sí, parece haber dos modos de concebirla. Uno de ellos afirma que el sistema de libre competencia implica la concurrencia competitiva de todos los empresarios para lograr la máxima colocación de los bienes y servicios en el mercado, el incremento de la clientela y el aumento de los beneficios. De acuerdo a esto, sólo los mejores consiguen buenas posiciones quedando los demás rezagados en la consecución de los objetivos mencionados y sufriendo un daño económico justo a consecuencia de la vigencia del sistema<sup>10</sup>.

El otro modo de definirla<sup>11</sup>, es contraponiéndola al monopolio, es decir, como aquella situación en la cual el grado de poder de mercado que posee un vendedor o varios de ellos actuando en conjunto, no llega a ser absoluto por cuanto las condiciones del mercado impiden la existencia del monopolio sobre los precios o la producción.

La libre competencia quiere decir todo esto; el libre ejercicio de la actividad de los empresarios en un mercado donde son las leyes de la oferta y la demanda las que determinan la acción y la elección de proveedores y compradores, así como los precios de los productos y servicios.

8. RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. Constitución y Sociedad Política, p. 438, 1985.

9. Diario de los Debates de la Constitución, publicación oficial, p. 282.

10. FONT GALAN, Juan Ignacio. Competencia Desleal en la Ley de prácticas restrictivas. En Rev. de Derecho Mercantil. Oct. Dic., Madrid, Nº 146, p. 558, 1977.

11. CABANELLAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Ed. Heliasta SRL, p. 252, 1983.

El actual Gobierno, a fin de que la norma constitucional tenga aplicación práctica ha considerado su reglamentación. El 4 de noviembre de 1990 emitió el DS 296-90-EF mediante el cual se prohíbe los monopolios, las prácticas de comercio restrictivas, los oligopolios y también el abuso de una posición dominante del mercado. Adicionalmente se crea una Comisión Nacional de Defensa de la Libre Competencia. Los términos siguen quedando imprecisos aunque se establecen dos categorías básicas de normas de defensa de la libre competencia: unas que regulan el abuso de posición dominante y otras las prácticas restrictivas en general.

Para efectos de este ensayo interesa la primera categoría. El Proyecto del Instituto Libertad y Democracia sobre la Ley de Defensa de la Competencia define el abuso de posición dominante como aquella situación en la cual un agente económico que goza del control de un porcentaje importante del mercado, se aprovecha de dicha posición para obtener mayores beneficios<sup>12</sup>. La cláusula de exclusividad es considerada como una práctica abusiva.

De esta definición se puede inferir que para que haya abuso de posición dominante debe existir una posición dominante del mercado; pero esto no quiere decir que basta que exista una posición de dominio para que se dé el perjuicio. No parece ser suficiente que una empresa sea grande y produzca una diversidad de productos en una región para catalogar su situación como la de un abuso de posición dominante. Esta calificación debe cimentarse en un análisis cuantitativo y cualitativo de las relaciones de competencia en ese mercado. En algunas legislaciones como la española se hablan de porcentajes, se dice que un control de 30 x 100 del mercado ya es peligroso. No obstante en la misma legislación española, artículo 2 de la Ley sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia se prohíben las prácticas abusivas mediante las que una o más empresas exploten su posición de dominio en todo o parte del mercado de manera injustificada y lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actividad de los restantes competidores<sup>13</sup>, criterios que pueden ser subjetivos pero que dejan abierta la posibilidad a que existan prácticas exceptuables de la prohibición porque mejoran la producción y la distribución de bienes y servicios. En este mismo sentido sanciona la ley argentina 22.262 de agosto de 1980, el régimen de defensa de la competencia, esto es, que las prácticas que restringen y distorsionan la competencia sólo quedan prohibidas en tanto provoquen un perjuicio para el interés económico general.

Adicionalmente, las limitaciones en cuanto a la vigencia de la cláusula en el espacio y el tiempo a que se refería la sentencia del Tribunal español que

se citó al principio, pueden ayudar a excluir la existencia de estos pactos dentro del ámbito de la prohibición. Y no puede ser de otro modo por cuanto siendo de la esencia de la exclusiva limitar la libertad de contratar de las partes, no es admisible que las partes pacten esto de forma perpetua y absoluta.

Parece, entonces, que la exclusiva pactada entre empresas que no gozan de posición de dominio del mercado, no tiene dificultad en ser admitida siempre que esté debidamente limitada en el espacio y el tiempo. A su vez, la exclusiva pactada en favor de una empresa que goza de una posición dominante no provoca perjuicios necesariamente, y puede considerarse exceptuada de la prohibición constitucional si su establecimiento es beneficioso para el interés general.

A propósito del tema, el Proyecto del Código Penal publicado el 20 de enero de 1991 en el capítulo de delitos económicos establece una lista de actividades que importan un abuso del poder del mercado y que se consideran restringen la libre competencia. Entre ellas están los acuerdos que integran empresas, los de reparto de mercados, el establecimiento de zonas exclusivas para la venta de productos y servicios, etc. Esta parte del proyecto hace una enumeración de actividades que constituirían nuevas figuras delictivas, tipificación que resulta ser subjetiva por cuanto se intenta plasmar en normas, realidades en constante cambio como lo son la industrial y mercantil. Toda la norma es genérica e imprecisa y tampoco se cuenta con una exposición de motivos que explique los criterios tomados en cuenta para calificar determinados procesos económicos como delitos. Es de esperarse que antes de la promulgación del Código Penal, se reflexione sobre las consecuencias de que la norma se promulgue tal como está porque de lo contrario se estaría desnaturalizando el principio constitucional de libre competencia prohibiendo incluso los pactos que aunque en cierta forma restringen la competencia son beneficiosos para el interés económico en general.

### 3.- FUNDAMENTO LEGAL DE LA EXCLUSIVIDAD

Luego de haber fijado los alcances del contenido de la cláusula de exclusividad frente a la normativa constitucional, resulta oportuno establecer cuál es el fundamento legal que ha permitido que esta institución haya sido constantemente utilizada en la práctica mercantil.

La exclusiva no estuvo regulada en el Código Civil de 1933, pero tampoco estaba prohibida y al amparo del principio de la libertad de las partes de establecer el contenido contractual, siempre que no sea contrario

12. ILD, Publicación de Apoyo al Congreso, año 1, Diciembre 1990 N° 6, p. 4 y 5.

13. REICH, Norbert. Mercado y Derecho, Barcelona: Ariel, 1985 p.169.

a norma imperativa<sup>14</sup>, ésta era incluida en una diversidad de contratos.

El Código Civil de 1984, en cambio, consagra la exclusiva en el marco del contrato de suministro. Esto no obsta a que este pacto pueda insertarse en distintas modalidades contractuales y en esos casos las normas relativas al suministro serán aplicadas por analogía para todo lo que sea pertinente.

El artículo 1616 del Código Civil, dispone que "cuando en el contrato de suministro se ha pactado la cláusula de exclusividad en favor del suministrante, el beneficiario del suministro no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, ni proveerlos con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto de la prestación".

Este artículo sufre los defectos de formulación de toda norma que recién se incorpora a una legislación. En primer lugar, plantea una obligación de **no hacer** sólo respecto a terceros, lo que supondría que el suministrado sí podría producir bienes similares a los del suministrante, y esa no parece ser la intención de un pacto como la exclusiva. En segundo lugar, se refiere solamente a la producción de **cosas**, en lugar de enunciar un universo mayor que incorpore también a los servicios.

El artículo 1617, a su turno, dispone que "si la cláusula de exclusividad se pacta en favor del beneficiario del suministro, el suministrante no puede, directa ni indirectamente, efectuar prestaciones de igual naturaleza que aquéllas que son materia del contrato, en ningún otro lugar".

Este artículo tiene dos prescripciones importantes:

- Una de ellas es aquella por la cual el suministrante debe abstenerse de efectuar **directa ni indirectamente** prestaciones de naturaleza semejante a las que son parte del contrato.

- La otra es respecto a la obligación de no hacer a la que se somete el suministrante en **ningún otro lugar** al supuestamente pactado y que de acuerdo a la exposición de motivos de este artículo debe hacerse extensiva a todo el territorio nacional en el caso de que no se fije el lugar con **precisión**. Esto revela una grave deficiencia, porque no se exige que se limite espacial ni temporalmente el pacto y tal como se señaló al momento de argumentar la exclusión de este pacto de la prohibición de todo acuerdo que restrinja la competencia, aquello es un requisito esencial para lo último.

Parecería, pues, que se ha cometido un grave error al omitir un plazo límite para la vigencia de la exclusividad en beneficio de la armonía que era necesario lograr con la prohibición del texto constitucional. Es por ello que es tan importante que las normas se dicten de forma sistemática y con coherencia, tal como debe suceder con el futuro Código Penal, en la parte de los delitos económicos.

## CONCLUSIONES

1. La Constitución consagra la libre competencia entendida como aquella situación en que hay libre actuación comercial de los agentes económicos en el mercado.

2. Es posible celebrar contratos de distribución exclusiva sin violar la prohibición constitucional.

3. No toda situación de posición de dominio del mercado implica un perjuicio para la libre competencia.

4. Los pactos de exclusividad que celebra una empresa con cierto predominio en el mercado no son necesariamente abusivos, si se limitan en el espacio y en el tiempo; y si además, son beneficiosos para el interés económico en general.

5. Por lo tanto: Un fabricante no puede prohibirle a su distribuidor, de por vida, que venda un producto de la competencia.

En todo caso, queda abierto el debate.

Lima, marzo de 1991.

14. El artículo 1354 del Código Civil de 1984 recoge el principio sobre libertad de contratación y tiene como antecedente al artículo III del Título Preliminar del Código Civil de 1936.