

UNIVERSIDAD DE OVIEDO
Departamento de Derecho Privado y de la Empresa

EL PACTO DE EXCLUSIVA

Tesis Doctoral

Dirigida por
Prof. Dr. D. RAMÓN DURÁN RIVACOBA
Catedrático de Derecho civil

KAREN PEÑA ROMERO

Oviedo, 2011

SUMARIO

TABLA DE ABREVIATURAS 7

INTRODUCCIÓN 9

CAPÍTULO I

DELIMITACIÓN DEL PACTO DE EXCLUSIVA

I. EL PACTO DE EXCLUSIVA EN LA RELACIÓN OBLIGATORIA 13

II. EL PACTO DE EXCLUSIVA COMO OBLIGACIÓN DE NO CONTRATAR 19

III. LA RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATO. LA ACCESORIEDAD.. 24

A. Autonomía relativa del pacto de exclusiva 30

B. Excepción. Los contratos de distribución comercial 33

IV. LOS SUJETOS DEL PACTO DE EXCLUSIVA 47

A. Beneficiario y obligado por la exclusiva 47

B. El interés de las partes en utilizar la exclusiva 50

C. El carácter *intuitu personae* y la posibilidad de cambio de sujetos en la relación 54

1. Cambio en el beneficiario del pacto 60

2. Cambio en el obligado de la exclusiva 63

3. Especial énfasis en el cambio de titular en los derechos de explotación de la propiedad intelectual 66

a. Delimitación de la cesión en exclusiva 73

b. Incompatibilidad de cesiones de exclusiva 75

IV. CARACTERES 77
A. Cláusula limitativa de la libertad contractual 77
B. Cláusula convencional 78
1. La exclusiva contractual en la propiedad intelectual 80
2. El acuerdo de exclusividad en el marco de las relaciones laborales 85
C. Patrimonialidad 94
D. El carácter de medio o de resultado del pacto de exclusiva 95
E. No presunción del pacto y la forma de inclusión en el contrato. Especial referencia de la exclusividad en los créditos al consumo. 98

CAPÍTULO II

LÍMITES AL PACTO DE EXCLUSIVA

I. LÍMITE TEMPORAL DEL PACTO 112
A. Pacto de exclusiva con duración determinada 115
B. Pacto de exclusiva con duración indeterminada 116
1. Terminación unilateral del contrato con pacto de exclusiva 118
2. Requisitos para el ejercicio de la facultad de resolución unilateral 124
3. Consecuencias del desistimiento unilateral 127
C. La perspectiva del Derecho comunitario acerca del límite temporal 131
D. Planteamiento sobre la duración óptima del contrato con pacto de exclusiva 135

II. LÍMITE ESPACIAL DEL PACTO 138
A. Las cláusulas de territorialidad exclusiva 141
B. Las conductas activas y pasivas del beneficiario de la exclusiva territorial 143
C. La cláusula de exclusividad territorial absoluta 144
D. La incidencia de la intromisión en la clientela ajena (*encroachment*) en las exclusivas territoriales 147
E. Exclusivas territoriales en las franquicias 150

III. LÍMITE POR EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO. LA COMPETENCIA 150
A. El orden público económico como límite a la libertad contractual 150

B. El Derecho Europeo de la competencia 154
1. Principios que rigen la competencia 160
2. Finalidad de la libertad de competencia 161
3. Ámbito de aplicación territorial y temporal 165
C. Legislación *antitrust* del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en materia de acuerdos restrictivos de la competencia 167
1. Elemento objetivo 168
2. Elemento subjetivo 169
3. Especial referencia de la legislación *antitrust* a los pactos de exclusiva en los contratos de trabajo y los acuerdos colectivos . 173
D. Los pactos prohibidos por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 179
1. El contenido del artículo 101 Tratado de Funciona-miento de la Unión Europea 180
2. La idoneidad anticompetitiva que requieren los pactos prohibidos por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 186
a. Las restricciones poco significativas (regla *de minimis*) 187
b. Las restricciones accesorias (*ancillary restraints)* 190
3. El alcance de la prohibición 192
a. La interpretación formalista 194
b. El análisis económico 196
c. Prácticas colusorias que tienen por objeto restringir la competencia 198
d. Prácticas colusorias que tienen por efecto restringir la competencia 199
e. Restricciones por el objeto y por los efectos desde la perspectiva económica 200
E. La conducta prohibida por el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 202
1. Posición dominante 202
2. El mercado relevante 205
3. El ejercicio abusivo de la posición dominante 207
F. El uso de la cláusula de exclusiva a la luz de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 210
1. Efectos anticompetitivos del pacto de exclusiva en la competencia vertical 213
2. Efectos procompetitivos del pacto de exclusiva en las integraciones verticales 218

G. Efecto del pacto de exclusiva en los contratos de distribución de prensa 220
H. Consecuencias de la inclusión de pactos prohibidos por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 224
I. Compensaciones patrimoniales 229
1. La restitución de lo pagado por la nulidad de un acuerdo contrario a las normas de competencia 229
2. Indemnización por daños y perjuicios 230
J. Exención de la prohibición de los pactos limitativos de competencia 232

CAPÍTULO III

VISIÓN DINÁMICA DEL PACTO DE EXCLUSIVA

I. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN 238
II. CUMPLIMIENTO INEXACTO 242
A. La potencial divisibilidad del cumplimiento del pacto de exclusiva 246
B. Ejecución del pacto de exclusiva en una relación obligatoria instantánea 252
C. Ejecución del pacto de exclusiva en una relación obligatoria duradera 256
1. Posibilidad de cumplimiento tardío 258
2. Posibilidad de cumplimiento *in natura* 265
3. Novación de la relación 267
III. INCUMPLIMIENTO PROPIO O DEFINITIVO 272
IV. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DEL PACTO DE EXCLUSIVA 274
V. ESPECIAL ÉNFASIS EN EL CONTRATO DE AGENCIA INMOBILIARIA CON PACTO DE EXCLUSIVA 282
A. El pacto de exclusiva entre el oferente y el mediador 285
B. La retribución al agente inmobiliario 289
C. El plazo de la exclusividad 292
D. Consecuencias del incumplimiento del pacto de exclusiva 293

VI. CLÁUSULAS PENALES EN CONTRATOS DE EXCLUSIVA 293

VII. INTERFERENCIA DE UN TERCERO EN UN CONTRATO CON PACTO DE EXCLUSIVA 301

A. Las vulneraciones indirectas del pacto de exclusiva 305

B. Las vulneraciones directas del pacto de exclusiva 308

C. Discutido fundamento de la responsabilidad del tercero 311

D. Las críticas sobre la responsabilidad del tercero desde el análisis económico del Derecho 313

E. El contrato de daño a tercero y la Ley de Competencia Desleal en la vulneración del pacto de exclusiva 315

CONCLUSIONES 319

BIBLIOGRAFÍA 325

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES 339

TABLA DE ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AED	Análisis económico del Derecho
AnC	Anuario de la Competencia
AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CCom.	Código de Comercio
CE	Constitución Española
Cfr.	confróntese
cit.	citado/a
CNC	Comisión Nacional de Competencia
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
EEE	Espacio Económico Europeo
ET	Estatuto de los trabajadores
JLE	Journal of Law and Economics
JMR	Journal of Marketing Research
LAU	Ley de Arrendamientos urbanos
LCA	Ley del Contrato de agencia
LCC	Ley de Crédito al consumo
LCD	Ley de Competencia desleal
LDC	Ley de Defensa de la competencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento civil
LM	Ley de Marcas
LO	Ley Orgánica
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
n. (nn)	número (s)
p. (pp.)	página (s)
PLDC	Propuesta de Anteproyecto de Ley de Distribución comercial
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

RDCD	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
Rev.	Revista
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
ss.	siguientes
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STDC	Sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2009)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Roma, 1957)
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Maastricht, 1992)
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Lisboa, 2009)
V. gr.	*Verbi gratia*
Vid.	Véase
vol.	volumen
VVAA	Varios Autores

INTRODUCCIÓN

El pacto de exclusiva es un instrumento jurídico que cada vez adquiere una mayor trascendencia en el ámbito contractual, tanto por su uso como por los problemas que suscita. Su estudio se presenta particularmente interesante y motivador por el patente impacto en el dinamismo competitivo del mercado, así como por su marcada influencia en las relaciones obligatorias de cualquier tipo de contrato en el que puede ser introducido: compraventa, arrendamiento, edición, agencia, representación y, especialmente, en la amplia gama de contratos de distribución comercial, donde encuentra su más importante aplicación. Durante mucho tiempo, su validez fue objeto de discusión dudándose sobre su inclusión dentro de las conductas sancionadas en la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963. No obstante, ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1966 estableció que se trata de un pacto permitido por la autonomía de la voluntad, al no ser contrario a la ley, la moral o al orden público.

Esta investigación establece el régimen jurídico del pacto de exclusiva como acuerdo voluntario entre las partes, quienes deciden limitar recíproca o unilateralmente su liberad para conseguir una mejor posición frente a sus competidores. De facto, la competencia en el mercado es imperfecta. Bajo este presupuesto, los agentes pueden actuar de dos modos, o se enfrentan en el juego de la oferta y la demanda de manera independiente para captar el favor de los clientes y consumidores, o pactan determinadas conductas que otorguen posiciones de privilegio en la concurrencia, como el acuerdo de exclusividad. Se trata, por tanto, de una figura con manifiesto contenido económico, lo que exige valorar su licitud en esta clave, previa comprobación

que por su objeto o sus efectos no genera más consecuencias anticompetitivas que procompetitivas en el mercado. En este sentido ha evolucionado el análisis del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los tribunales nacionales que, a través de sus múltiples resoluciones, están esbozando un incipiente cuerpo doctrinal.

El pacto de exclusiva es uno de los medios más utilizados para conciliar conductas *antitrust*, pero también puede presentarse como adecuado para lograr eficiencias, al ser un medio eficaz para la expansión de operaciones comerciales. La configuración del sistema, sobre todo en acuerdos tan trascendentes y complejos como la cláusula de exclusividad, exige procurar un régimen debido, cuando menos un estudio pormenorizado de la figura, porque una categoría plural, en profusión y diversidad, ha de ser amplia en la admisión de hipótesis y respuestas.

Para abordar el tema, el trabajo se ha dividido en tres capítulos. En el primero, se busca delimitar la figura, su naturaleza jurídica, la relación con el contrato principal en el cual se integra, su discutida autonomía y, en general, se definen los elementos que la conforman, pero no de modo abstracto, sino adentrándonos en contratos específicos que permiten conocer su trascendencia y el distinto matiz que adquiere dependiendo del negocio jurídico bajo análisis. Es, sin duda, una figura dinámica que, al mimetizarse con el contrato principal, varía los desenlaces tradicionales. Se plantea si su naturaleza ejerce tal influencia que pueda generar la mutación del negocio jurídico o, incluso, gestar un nuevo tipo contractual. La construcción de este perfil estático se ha realizado a través de la deducción del género al que pertenece, la obligación negativa y, como tal, debería responder a ciertos criterios. Sin embargo, la especialidad del pacto ocasiona que determinados caracteres no se apliquen, extremos que se analizan es este contenido.

El segundo capítulo descubre los límites del pacto de exclusiva. El plano temporal presenta diversos problemas referidos a la duración del acuerdo que puede incluso no estar consignado, lo que ha generado una considerable casuística sobre el desistimiento unilateral del contrato. La delimitación espacial obliga al estudio de las cláusulas de territorialidad absoluta y relativa, así como los problemas de intromisión en la clientela ajena en contratos específicos de distribución comercial. El tercer límite es el orden público económico, me centro especialmente en el efecto sobre la competencia. Esto es así, porque la versatilidad y maleabilidad del pacto, que es un instrumento inocuo *per se,* pueden convertirlo en idóneo para generar

efectos negativos en el mercado, frenando y manipulando la competencia entre los distintos agentes que operan en la comercialización de bienes y servicios, o ser una herramienta propicia para potenciar el desarrollo económico de las empresas con el consiguiente beneficio en los consumidores.

La trascendencia económica y jurídica que cobra esta figura es, pues, de tal calibre que, junto a la maximización del valor de la prestación, puede originar consecuencias positivas o negativas para el mercado y para el sistema jurídico en general. Desde esta perspectiva son interesantes los resultados de la jurisprudencia, que permiten analizar los comportamientos que manifiestan las partes y los problemas generados a la luz del sistema nacional, comunitario e internacional.

El capítulo tercero estudia el pacto en su fase dinámica. Se analizan las vicisitudes que pueden surgir para su cumplimiento, que habrán de ser contempladas en función de unos criterios de flexibilidad orientados a evaluar la subsistencia del fin del contrato y el interés del acreedor. Las vulneraciones tienen distinta entidad y originan diversos efectos dependiendo del negocio jurídico en el que se integre como cláusula, y la voluntad que *a priori* hayan manifestado las partes, especialmente en cuanto a la finalidad económica del negocio jurídico. Estos avatares permiten plantear cuestiones discutidas en la doctrina como la procedencia de la mora, la divisibilidad de la prestación y la novación del contrato ante un incumplimiento.

Por tanto, el pacto de exclusiva queda analizado a lo largo de todo su ciclo jurídico, desde su origen hasta su extinción. Para ello ha sido preciso realizar un estudio transversal sobre diversos contratos privados en que se materializa.

Para concluir, quiero mostrar mi profundo reconocimiento a quienes han hecho posible el cumplimiento de esta labor. Dedico mis primeras líneas de sincero agradecimiento a mi Director Ramón Durán, extraordinario maestro y guía, por su exigente y minuciosa dirección. Quien tenga la suerte de cruzárselo en el camino académico o personal comprobará, como yo, que es un amigo incondicional. Sé de antemano que mis palabras nunca podrán ser suficientes para pagar las deudas de gratitud de estos años. Agradezco también a los profesores del Área de Derecho civil de la Universidad de Oviedo por acogerme con cariño desde mi primer día en tierras asturianas. Especialmente, a Camino Sanciñena, por su amistad y auxilio incondicional en cada paso de esta andadura. A Eduardo Estrada, por el aprecio, aliento y

apoyo generosos. A Julio Carbajo, por su ayuda desinteresada y por crear el ambiente de camaradería estimulante y necesario en el día a día. A Eduardo Serrano, Aurora González, Herminia Campuzano y Ana Sanz, por su disponibilidad profesional y personal. Guardo un especial recuerdo de mis amigos doctorandos, Juana Rey, Maricela González, Alfredo Ferrante y Miguel Fontela, quienes siempre han sabido estar allí, en lo bueno y en lo malo.

Asimismo, agradezco la ayuda y amabilidad permanente del Personal de Administración y Servicios.

A la Fundación Carolina, por otorgarme la beca para realizar los estudios de doctorado. A la Cátedra Fundación Ramón Areces de Distribución Comercial, por subvencionar la etapa final. A la Universidad de Piura, especialmente a la Facultad de Derecho, por confiar en mí para este proyecto académico, brindándome un amplio apoyo humano y material.

Por último, pero no menos importante, agradezco a mi familia, quienes en la distancia han sido siempre mi principal soporte y fuente de motivación.

CAPÍTULO I

DELIMITACIÓN DEL PACTO DE EXCLUSIVA

I. EL PACTO DE EXCLUSIVA EN LA RELACIÓN OBLIGATORIA

La obligación, aunque no tenga una definición legal, es un vínculo jurídico que puede poseer distintos contenidos señalados en el Código civil[1]. El artículo 1088 CC establece que toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer una cosa. Este precepto ha de ponerse en relación con el artículo 1911 CC que

[1] La doctrina tradicional define la obligación como un *vincolo giuridico di carattere patrimoniale in forza del quale una persona (debitore) è tenuta verso un'altra (creditore) a una determinata prestazione.* Tal definición centra su atención en el *iuris vinculum* y se formula fundamentalmente desde la consideración del estado de sujeción que se tiene en relación a otra persona que se obliga a realizar la prestación. Tal concepto de obligación ha evolucionado desde el Derecho romano hasta su significación actual. El estado de sujeción o responsabilidad fue lo primero históricamente y del mismo se desprendió el deber jurídico de realizar un acto debido. En la actualidad tal situación está invertida: se contrae el deber jurídico de realizar una prestación (artículo 1088 CC) y ello implica que el obligado responderá con todo su patrimonio en caso de incumplimiento (artículo 1911 CC). El concepto de deuda se ha derivado históricamente del concepto de responsabilidad, pero en la actualidad, es la responsabilidad lo que aparece como una derivación de la deuda en cuanto asegura su cumplimiento. Cfr. COVIELLO, Leonardo, *L'obbligazzione negativa (Contributo alla teoria delle obbligazioni),* Stabilimento Industrie Editoriali Meridionali, Napoli, 1931, pp. 3 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato,* Civitas, Madrid, 1996, pp. 59 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de obligaciones*, Espasa-Calpe, Madrid, pp. 57 y ss.; EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 6 y ss.; PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho civil,* vol II, Bosch, Barcelona, 1997, pp., 5 y ss.

establece que del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros. Ambas disposiciones han de combinarse para definir la obligación, configurada como un deber jurídico especial[2] referido a aquella relación existente entre un acreedor y un deudor, en la que el primero puede exigir al segundo una concreta prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, garantizada con el patrimonio del obligado[3].

Esta afirmación tiene varias implicaciones. El vínculo jurídico está constituido por el crédito y la deuda[4]. Al crédito se le suele calificar como derecho subjetivo, aquel poder de exigencia de la prestación, la amplia potestad económica y social de promoción y defensa de un interés reconocido a una persona y que el ordenamiento jurídico considera digno de tutela. No obstante, su ejercicio no se materializa de forma omnímoda, se encuentra limitado por la buena fe y el fin económico-social perseguido por la obligación. Por su parte, la situación debitoria está centrada en la realización de la conducta en que

---

[2] El deber jurídico se configura como la necesidad de que se realice o adopte un comportamiento determinado. Es la adaptación de la conducta libre a un mandato superior. Este comportamiento puede venir exigido bien por los imperativos del ordenamiento jurídico que regula la vida en comunidad, de acuerdo al bien jurídico general, o bien, por situarse el sujeto en un determinado ámbito de actuación sobre el que inciden normas peculiares, deber jurídico particular. No obstante, el fenómeno de la obligación es más amplio que el del deber jurídico, y si bien todas las obligaciones son deberes jurídicos, no todos los deberes jurídicos son obligaciones. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de…* cit., pp. 57 y ss., PUIG BRUTAU, José, ob. cit., pp. 1 y ss., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, "El contenido de la relación obligatoria", *ADC*, 1964, num. 2, pp. 349 y ss.

[3] La separación entre el derecho del acreedor y la prestación del deudor permite diferenciar dos conceptos a los que se ha atribuido importancia en el estudio del Derecho de obligaciones. *Obligatio* en Derecho romano, *haftung* en Derecho germánico y *liability* en Inglaterra son palabras que designan el estado de sujeción de un patrimonio al poder del acreedor, mientras que la palabra *debitum* en Derecho romano, *Schuld* en Derecho germánico y *debt* en Derecho inglés significan el deber jurídico de realizar una prestación. Cfr. PUIG BRUTAU, José, ob. cit., pp. 2 y ss.

[4] Existe una correlatividad entre el deber jurídico debido y el derecho subjetivo exigible, ambos elementos se encuentran inescindiblemente ligados de manera tal, que no hay crédito sin deuda y viceversa. Pese a ello, la conducta del deudor resulta incoercible. El deudor debe cumplir, pero puede no hacerlo, si opta por esta última posibilidad, deberá soportar las consecuencias del incumplimiento como fuente productora de sanción que recaerá sobre su patrimonio, puesto que, en términos generales, la prestación es susceptible de una valoración económica. Ello no quiere decir que el incumplimiento atribuya al acreedor una dominación directa sobre los bienes del deudor, sino que le atribuye una potestad través del contenido de la prestación. En caso de incumplimiento, el derecho personal del acreedor no se convierte en un derecho real, sino que se plasma en una potestad de dirigirse contra el patrimonio de obligado. El derecho real sólo existirá cuando se haya constituido previamente y de manera expresa en garantía del derecho personal, o cuando, sobrevenido el incumplimiento, se logre trabar embargo sobre los bienes concretos del obligado.

consiste la prestación[5]. Junto a ésta se suelen fijar una serie de obligaciones accesorias establecidas bien por la ley, la convención, el uso o la buena fe. Estos deberes pueden desempeñar un papel tan fundamental que su cumplimiento resulte ser condición necesaria para la obtención del fin perseguido por las partes, como es el caso de la obligación surgida por una cláusula de exclusiva.

En el Derecho Romano se reconoció la existencia de prestaciones de contenido positivo (dar y hacer) y negativo (no hacer), pero en la enumeración de los tipos de obligaciones, por razón de su objeto, únicamente se distinguieron las de hacer y dar. El *non facere* como una modalidad de prestación expresamente formulada, se contempló por vez primera en el Código napoleónico en su artículo 1101, del que es reflejo el artículo 1088 CC español. Sin embargo, el reconocimiento legal de las obligaciones negativas como supuesto independiente de las prestaciones positivas no implica que haya sido objeto de un estudio y una valoración semejante a las obligaciones de dar y hacer.

Quizás por la sumariedad del tratamiento legal dispensado a las obligaciones negativas, viene siendo habitual que sean estudiadas, descritas y explicadas de forma muy genérica, sin describir sus características en contraste con las de las demás obligaciones. Es decir, no se penetra en los distintos matices de las muy diversas prestaciones negativas imaginables. Parece inoportuno mantener un tratamiento que se pretenda aplicable sin matices a todas las obligaciones negativas en relación a cualquier contenido o circunstancia y sea cual fuere el interés concurrente del acreedor[6].

En el sistema español, la doctrina ha intentando delimitar la esencia de la obligación negativa. Así, entiende que es aquella en la que una persona determinada debe observar un comportamiento omisivo, siendo el vínculo

---

[5] La prestación, como objeto o contenido de la obligación, puede referirse a las cosas, obras, servicios o resultados del actuar ajeno de un lado, y la prestación misma de otro. Se concreta en el desarrollo de la conducta mediante la que se cumple la función económica del contrato. Ese comportamiento debido, distinto del resultado material conseguido con su realización, está formado por el conjunto de derechos y deberes que corresponden a cada parte y definen sus respectivas prestaciones principales, junto con las accesorias y complementarias de éstas. A su vez, el resultado algunasas veces tiene carácter material y se identifica con el bien debido (entregado o realizado) y otras, se equipara a la finalidad económica objetiva, más genéricamente, al modo en que ha quedado satisfecho el interés del acreedor. Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., pp. 21 y ss.

[6] Cfr. FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, *La obligación negativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 21.

jurídico la razón por la que el deudor no debe realizar actos que de otra suerte le hubiesen sido permitidos[7]. Esta abstención constituye una consecuencia de la limitación del propio derecho, de la prohibición de un acto en principio lícito y no es el reflejo del deber general de respeto al derecho ajeno cuya vulneración supone siempre un acto ilícito[8].

No obstante, aunque la doctrina coincide en el núcleo esencial (comportamiento omisivo), se ha dividido al realizar una posible clasificación de los actos que pueden integrar la prestación. Un sector considera que la división de la obligación negativa en un "no hacer" y "no dar" corresponde a un afán mimetizador de las categorías de las obligaciones positivas que no corresponde a un contenido real, otorgando una exagerada concesión a la simetría[9]. Pese a ello, una notable parte de la doctrina española mantiene la distinción[10]. En el Derecho positivo no se recoge tal clasificación, el Código civil excluye el "no dar", prescindiendo de conceptos que, en principio, no producen un resultado aprovechable.

Por otro lado, algunos autores señalan que la omisión en que la obligación

---

7 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos*… cit., p. 443, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Compendio de Derecho civil,* t. 6, Bosch, Barcelona, 1987, p. 157, PUIG BRUTAU, José, ob. cit., p. 234.

8 Cfr. FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, ob. cit., p. 52.

9 Se considera artificial e innecesaria la distinción excluyendo conscientemente el "no dar" del elenco de contenidos que pueden integrar la obligación porque sólo los efectos que se producen en las obligaciones de dar, hacer y no hacer son diferenciables. La prestación de no dar no pasa de ser una expresión verbal. La especialidad de las prestaciones de dar frente a las de hacer obedece a que en las primeras la actividad desplegada se materializa en la entrega de una cosa. Sin embargo, entre una prestación de no hacer y de no dar no existe diferencia alguna. La prestación de no dar se resuelve lógica y necesariamente en una prestación de no hacer. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de…* cit.,pp. 73 y ss. Que las obligaciones negativas son siempre de no hacer y que en éstas se incluye a las de no dar lo afirma rotundamente SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho civil, Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*, Editorial Revista de Derecho privado, 1960, pp. 72 y ss. En el mismo sentido, VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *Sobre la estructura de la obligación*, Universidad Palma de Mallorca, 1980, p. 181, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA no entran en esta cuestión pero se les puede adscribir a esta corriente porque consideran que todo "dar" es un peculiar "hacer", razón por la cual se puede decir que no sería ajeno a su planteamiento la subsunción del "no dar" en el "no hacer". Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, *Elementos de Derecho civil* II, v. I, Barcelona, 1985, pp. 70 y ss.

10 Mantienen la distinción, entre otros, PIUG BRUTAU, José, ob. cit., p. 234, CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral,* T. III, 13, Reus, Madrid, 1989, p. 166. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español, Obligaciones y contratos*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1954, p. 56.

negativa consiste puede tener dos manifestaciones. La primera, las de *non facere*, se materializan en actividades omisivas (hechos o negocios jurídicos) a las que el deudor se compromete, actos que hubiera podido realizar libremente si no se lo impidiera el vínculo establecido, y las de *pati* u obligaciones *in patiendo* son aquellas en las que el deudor se obliga a permitir o tolerar actividades que de otro modo hubiera podido repeler o impedir de no mediar la relación obligatoria. La diferencia entre ambos supuestos radica en que en este último, a pesar de que el deudor ha autorizado el acto de invasión en su esfera jurídica, no puede llevarse a cabo sin su intervención, precisándose que conceda el permiso correspondiente. Sin embargo, la doctrina se ha cuestionado si existe identidad conceptual entre estas dos modalidades[11]. Las opiniones de apoyo y rechazo se han sucedido[12].

El Código civil parece contemplar las obligaciones negativas como aisladas y económicamente poco significativas. En realidad, el legislador aparenta tener sólo en mente los deberes derivados del derecho real de servidumbre, fundamentalmente de la *servius altius non tollendi* que se concretan en una obra material destruible fácilmente, incluso por medio de terceros, y cuantas veces se contravenga por el deudor. Y, en otro ámbito, el respeto a la prohibición de disposición de bienes, generalmente inmuebles, derivada de distintas situaciones jurídicas como usufructos, reservas de dominio, prohibiciones de disponer *stricto sensu* o concesión de opciones de compra. Pero esta visión no sólo es insuficiente, sino, además, inexacta. La coyuntura socio-económica actual ha hecho nacer, o despertar, un sinfín de realidades diversas siendo muy difícil dar respuesta con garantías a ese haz de situaciones sólo ligadas por una nota de negatividad, por consistir, principal o accesoriamente, en una no-actividad. Sin duda, una escasa base común para construir un sistema sin matices.

Cada obligación negativa tiene sustantividad propia, un contenido concreto en el negocio jurídico del que forma parte, distinto a otras obligaciones de este

---

11 Señala DÍEZ-PICAZO que toda duda se desvanece si se tiene presente que, cuando uno se obliga a tolerar un acto de otro (*pati*), en sustancia queda obligado a la misma actividad omisiva o de abstención que en la pura obligación del *non facere.* La obligación consiste en omitir todo acto que perjudique el desenvolvimiento de la actividad del titular del derecho. (cfr. *Fundamentos*…cit., p. 250).

12 Para un desarrollo detallado, *Vid.* EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., p. 35 y ss.

carácter, actuado por un interés o fundamento específico. En consecuencia, serán múltiples las modalidades de prestación de carácter negativo y variables dependiendo de cada regulación convencional. No puede decirse que estamos ante la misma situación, aunque ambas sean obligaciones negativas, cuando se trata de una obligación de no construir que cuando se contrata una compra con exclusiva, puesto que en esta última el contrato adquiere una finalidad jurídico económica distinta. Es decir, con el cumplimiento del pacto de exclusiva se satisface la función económica del contrato. En otros términos, el resultado obtenido por su debida ejecución no se identifica con la idea de "objeto debido", sino, con la obtención de la función económica[13].

La obligación negativa es, pues, una relación de carácter jurídico en virtud de la cual una persona determinada, denominada deudor, queda sujeta a verificar un comportamiento patrimonialmente valorable, consistente en no realizar (*non facere*) o tolerar (*pati*) uno o varios actos materiales o jurídicos. Se prohíbe una conducta en principio lícita, que no constituye un reflejo del deber general de respeto al derecho ajeno y a la que no se viene obligado por otra causa sino, para satisfacer el interés, patrimonial o no, de otra persona (acreedor), quien tiene derecho, por razón del vínculo concordante y entre otras facultades y deberes, a exigir el cumplimiento por parte de aquél[14].

Los deberes derivados del respeto al principio *neminem leadere* surge el deber general y genuino de no dañar a los demás, de no invadir la esfera jurídica de otros, de no realizar, por tanto, actos que, precisamente por causar perjuicio y no estar excepcionalmente justificados por el Derecho, son y pueden calificarse de ilícitos. Sin embargo, se trata de deberes imprecisos en cuanto al sujeto activo. Ese "otro" son todos a quienes podemos causar algún perjuicio en cualquier momento u ocasión. Consecuencia de ello es que no están individualizados de principio, y solo se concretan como tales actos ilícitos cuando efectivamente son realizados y el deber genérico ha sido ya vulnerado[15].

---

13 La prestación es el contenido de la obligación que esta formado por un conjunto de deberes y derechos que corresponden a cada parte y definen sus respectivas prestaciones principales, accesorias y complementarias. El comportamiento debido es distinto del resultado material conseguido con su realización.

14 Cfr. FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, ob. cit., p. 61.

15 Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., pp. 52 y ss. En estricto, la diferencia con el pacto de exclusiva es que el deber general de respeto no constituye una

No obstante, el deber del deudor no se puede equiparar con la mera inactividad o la inercia. Es la circunstancia de no verificarse un hecho (material o jurídico) y no la mera pasividad del obligado lo que satisface los intereses del acreedor[16]. La obligación negativa consiste en no realizar uno o varios actos concretos que caracterizan el particular contenido de la prestación y que se cumplen para que se actúe la función económica y social del contrato que con la no verificación del hecho prohibido se trata singularmente de obtener.

Los contenidos de cada obligación negativa son distintos y responden a su particular tipicidad, no siendo acertado sostener su homogeneidad aduciendo que, en el fondo, todos quedan reducidos a una omisión. Aunque desde una generalización al límite sea así, ello ocurre también en el ámbito de las obligaciones positivas. Evidentemente, no presenta un idéntico contenido el pintar un cuadro, vender una casa o entregar un vehículo, aunque todas sean obligaciones positivas y consistan en la realización de una acción, como tampoco es lo mismo contratar con un pacto de exclusiva que comprometerse a no construir una edificación sobre un solar. Me arriesgo a afirmar, entonces, que el caso más importante y habitual de obligación convencional negativa, por su utilización y trascendencia económica, es el pacto de exclusiva. Desde la primera vez que fue aceptada por los Tribunales españoles se ha venido afirmando su naturaleza de conducta omisiva, sin embargo, el matiz es tan amplio que conviene descubrir cuáles son sus parámetros.

II. EL PACTO DE EXCLUSIVA COMO OBLIGACIÓN DE NO CONTRATAR

El pacto de exclusiva es una obligación negativa y, en tanto obligación, participa del concepto y estructura propios de este tipo de relaciones jurídicas[17]. Su originalidad reside, como un primer acercamiento, en que una de

limitación o renuncia voluntaria al ejercicio de un derecho propio.

16 No hay que confundir intangibilidad física con posibilidad de constatación, porque puede constatarse la verificación de un hecho no material, por ejemplo, el cumplimiento del pacto de exclusiva, a pesar de que tal hecho no sea tangible.

17 Se ha discutido la procedencia de aplicar el concepto de prestación a este tipo de obligaciones porque tal término lleva implícita la idea de actividad de la que carece la omisión. Ciertamente, su significado lingüístico, en sentido estricto, hace referencia a las actividades positivas. Sin embargo, en sentido técnico jurídico no existe inconveniente en utilizar este concepto para designar a las conductas de *non facere.* La prestación se refiere, siempre, a la conducta de un deudor por medio de la cual el acreedor obtiene la satisfacción del crédito,

las partes (o ambas) se obliga a no realizar con un tercero el tipo de prestación objeto del contrato. No se podrá contratar la misma prestación con una persona distinta a la contraparte contractual por un cierto tiempo y en un determinado espacio.

El comportamiento del deudor deja de ser indiferente y libre en el Derecho para quedar polarizado en un determinado sentido, una conducta de carácter negativa[18], y por virtud del vínculo obligatorio que le compromete a no realizar determinados negocios jurídicos. La abstención constituye una consecuencia de la limitación del propio derecho, de la prohibición de un acto en principio lícito, y no el reflejo del deber general de respeto al derecho ajeno, cuya vulneración supone siempre un acto ilícito. Como se ha dicho, afirmar que el deudor se limita al acto positivo de renuncia a un derecho, o al más genérico de respeto al ejercicio de una facultad, supondría que cada persona tiene un derecho general (e infinitos derechos específicos) a hacer cualquier cosa, convirtiéndose en deudor por renuncia a su ejercicio (e incluso aunque con ello no beneficiara a acreedor alguno)[19]. Desde la perspectiva del acreedor, que toda persona tiene un derecho a inmiscuirse o a afectar a la esfera ajena. Así pues, el deudor se encuentra vinculado en su conducta, y si bien, en principio, no se le puede coaccionar al cumplimiento, su negativa precisa la efectividad de una sanción, de tal manera que el acreedor no quede defraudado en su interés[20].

Surge la duda si podría negarse la entidad del pacto como obligación negativa al poder ser formulada positivamente. La prestación no radicaría en la limitación de contratar con terceros (mantener una conducta abstencionista, negativa), sino que se estaría obligado a contratar sólo con el acreedor (de hacer, positiva). Bajo esta pauta, la configuración de la prestación como positiva o negativa quedaría circunscrita a un simple problema lingüístico, y no parece prudente, ni correcto, reducirlo a este planteamiento, por ello se hace necesario encontrar un método apropiado, entre los que se propone:

---

beneficio que puede recibirse con un hacer o un no hacer dependiendo de la específica situación en la que se encuentren las partes. Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., p. 31. En el mismo sentido DÍEZ-PICAZO concluye que la obligación de omisión, además de ser un acto de voluntad, es también un comportamiento obligado (cfr. *Fundamentos*…cit., p. 248 y ss.).

18 Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, ob. cit., p. 77.

19 Cfr. FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, ob. cit., p. 52.

20 Cfr. SANCHO REBULLIDA, Francisco, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, ob. cit., pp. 12 y ss.

— *Criterio externo o valoración general de inalterabilidad*. Se afirma tradicionalmente que la diferencia entre las obligaciones positivas y negativas responde a la apreciación de inalterabilidad en el estado de las cosas. Así, las de signo positivo producen una mutación o un cambio en la realidad existente en el momento de la celebración del negocio constitutivo de la relación obligatoria, mientras que las de signo negativo buscan el mantenimiento (inalterabilidad) de una situación o estado de cosas[21].

Esta afirmación, sin embargo, no es tan exacta. De hecho, si la distinción se basa en la alterabilidad o no del estado de la realidad y las cosas, cabría afirmar que el pacto de exclusiva no se ajusta siempre a los patrones de la obligación de signo negativo, sino, más bien, a las de signo positivo. Piénsese, por ejemplo, en un fabricante que vende libremente sus productos a cualquier mayorista interesado y, por el acuerdo de la exclusiva se obliga a vender de ahora en adelante toda su producción a un único comprador, y por consiguiente, no seguir vendiendo a terceras personas. La realidad precontractual no se ha mantenido estática, por el contrario, ese acuerdo de voluntades persigue una modificación, que se origine un cambio en el estado de las cosas[22].

La prestación se refiere siempre a la conducta de un deudor por medio de la cual el acreedor obtiene la satisfacción del crédito. Este beneficio puede residir en el mantenimiento de una situación (obligación negativa, tanto en su versión de abstenerse o tolerar) o, por el contrario, procurar una modificación (obligación positiva de dar o hacer). No obstante, queda probado que es posible que a través de una obligación negativa no sólo no se busque –y se logre– el mantenimiento de una situación o estado de cosas, sino que se precise una modificación de la realidad, tal como suele ser el fin contractual de introducir un pacto de exclusiva en un negocio jurídico. Conviene entonces encontrar

---

21 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…* cit., 1996, II, p. 239, BARASSI, Ludovico*, Teoria generale delle obbligazioni,* Milano, 1963, p. 135. En este sentido, afirma EGUSQUIZA BALMASEDA que el acreedor obtiene la satisfacción de su crédito con la realización de la conducta del deudor (prestación de *non facere*) que reside en el mantenimiento de una situación en el mismo estado en el que se encontraba anteriormente. El acreedor alcanza su interés con la conservación de esas circunstancias, lográndose el fin a través de una conducta abstencionista (cfr. ob. cit., p. 32).

22 Puede decirse que una vez creada la obligación, el cumplimiento del programa de prestación impondrá ya el mantenimiento de la situación convenida (no de la que existía previamente), pero ello sólo en los casos de relaciones jurídicas duraderas, y como se verá en apartados posteriores, la obligación negativa, como el pacto de exclusiva, pueden ser tanto de tracto único como duradero.

algún otro parámetro diferenciador.

— *Criterio interno o valoración desde la perspectiva de los sujetos contratantes. E*s posible que la cuestión se clarifique si se cambia el objeto de atención y se analiza desde la perspectiva de los sujetos, tanto del acreedor como del deudor[23]. Al aislar al deudor de la obligación, la prestación será negativa si, con independencia de que antes de constituirse la obligación se observara el mismo comportamiento o realizara la actividad ahora prohibida, el contenido de la conducta que el deudor debe observar consiste, en todo momento, en no verificar un acto o actividad que podría desarrollar si no existiera el acuerdo. Ello sin importar que en su ejecución se tenga que cumplir con algunas otras prestaciones de carácter positivo.

En definitiva, la finalidad del pacto de exclusiva, en tanto obligación negativa, no es siempre mantener el estado de las cosas existente al tiempo de constituirse el negocio jurídico, sino que, lo relevante es el contenido de la conducta del deudor, que ha de consistir en no verificar una actividad que de otro modo podría ejercitar, con independencia de que con anterioridad observara o no el comportamiento ahora prohibido. Así, pactar una cláusula de exclusividad implica que desde ese momento, el deudor no puede contratar una prestación equivalente con ningún tercero, cuando antes de llevar a cabo el acuerdo voluntario era libre de hacerlo[24].

La contemplación puede realizarse también desde el lado del acreedor. El crédito a su favor consiste no sólo en que ejecute lo convenido en el negocio jurídico, por ejemplo, que se le suministre los bienes objeto del contrato, sino, además, dentro de la estructura del poder que otorga el crédito, tiene derecho a que su deudor cumpla con la omisión de no contratar con terceros sino sólo

---

23 En el mismo sentido, cfr. FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, ob. cit., p. 48. Sus comentarios se refieren genéricamente a la obligación negativa, sin embargo, se puede hacer extensiva su aplicación al pacto de exclusiva.

24 El pacto de exclusiva dentro de la clasificación mayoritariamente aceptada por la doctrina, se encuentra clasificada concretamente como una obligación de *non facere* puesto que radica en no realizar un acto material o jurídico, y no de no oponerse ni impedir física o jurídicamente, un acto o actividad del acreedor (obligaciones negativas *in non patiendo*). COVIELLO afirma que en las obligaciones de *non faciendo* (especie dentro de las que se encuentra en pacto de exclusiva), la omisión a que se ha comprometido el deudor consistirá en abstenerse de actos de que otro modo tendría derecho a realizar. (cfr. ob. cit., p. 56). Sin embargo, DÍEZ-PICAZO, precisa que cuando uno se obliga a un *pati* (tolerar un acto de otro), en sustancia queda obligado a la misma actividad omisiva o de obligación pura de *non facere* (cfr. *Fundamentos*… cit., p. 250).

con él. Esto es, exigir que el deudor mantenga una conducta de no hacer concreta y determinada. Del mismo modo, si la exclusividad pactada es bilateral, esta relación obligatoria se desarrolla y agota en no realizar ninguno de ellos un acto positivo.

- *Criterio finalista o valoración del interés de las partes.* Bajo este tercer parámetro, que deriva del anterior, en el pacto de exclusiva y, en general, en las obligaciones negativas, la obtención del fin pretendido se logra manteniendo el comportamiento omisivo pactado, ello al margen de si en su ejecución se tienen que cumplir con algunas prestaciones vinculadas de dar o hacer, en tanto que en las positivas se requiere siempre el desarrollo de una actividad. Ello será así independientemente de la configuración de la realidad de las cosas al momento del acuerdo negocial entre las partes, esto quiere decir que una valoración meramente externa no es de utilidad.

Una vez convencidos de la calificación del pacto de exclusiva como una obligación de signo negativo, conviene recordar que la omisión debida por el deudor puede ser una abstención de actos materiales o bien una abstención de actos jurídicos. Esta última, a su vez, puede tratarse de la omisión del ejercicio de un derecho o de la omisión de la celebración de negocios jurídicos. Aparece así, como subespecie característica de la obligación negativa, la que se denomina obligación de no contratar[25]. Ésta es la naturaleza específica de la cláusula de exclusiva.

Este pacto comporta, entonces, un deber de abstención específico que radica en no realizar el mismo negocio jurídico con terceros. Sin embargo, tal como se desarrollará posteriormente, el contrato llevado a cabo por el deudor, infringiendo la obligación es, en principio, válido. No debe confundirse la prestación debida por esta cláusula contractual con las prohibiciones legales o incluso, con las estipulaciones negociales que comportan una privación de las facultades necesarias para llevar a cabo un acto jurídico. Esto quiere decir que, por ejemplo, si en lugar de estipular un pacto de exclusiva para no vender a terceros el deudor ha sido privado del poder dispositivo, la enajenación llevada a cabo será nula.

25 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos*… cit., p. 249.

III. LA RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL DEL CONTRATO. LA ACCESORIEDAD

El principio de libertad contractual se extiende a la forma y fondo del contrato. Esto quiere decir que los contratantes son libres para elegir un negocio jurídico típico, atípico, o incluso mixto[26] de acuerdo a sus intereses. Afirma unánimemente la doctrina que el contrato existe para el Derecho desde que se produce el consentimiento sobre la creación de una obligación (artículo 1254 CC). Ese consentimiento puede dar vida a las más variadas estipulaciones que se plasman en pactos, cláusulas y condiciones[27], pues en virtud del artículo 1255 CC los contratantes pueden establecer los pactos que consideren convenientes[28], claramente sin excluir la reglamentación imperativa, ni aquellos principios informadores del orden jurídico que no quedan a la libertad de configurar el contenido del negocio[29]. Por ello, aislar dentro del contrato cada una de las estipulaciones nunca es una función intrascendente, pues, de su validez dependen los efectos jurídicos que atañen a las partes y, en muchos casos, a los terceros.

El pacto de exclusiva como acuerdo de voluntades generadora de obligaciones se materializa a través de una cláusula contractual. No obstante, la

---

26 Pese a ser figuras distintas, existe una proximidad que lleva a confusión las figuras del contrato mixto y los contratos conexos. Es importante distinguirlas con nitidez. La diferencia radica en la existencia de un único contrato en el primer caso y de dos o más convenios en el segundo. Los contratos mixtos son aquellos que se cumplen fusionando o conjugando en un solo negocio prestaciones de dos o mas negocios reconocidos por la ley, prestaciones en parte de uno o más negocios nominados y en parte nuevas, o bien prestaciones no pertenecientes a ningún tipo legal y diversas entre sí. Cfr. JORDANO BAREA, Juan, "Contratos mixtos y unión de contratos. Comentario a la Sentencia de 27 de febrero de 1950", *ADC,* num. 51, 1957, p. 328. En el contrato mixto hay una sola causa y en los conexos dos o más causas distintas en correlación al número de contratos que se haya concluido. Cfr. LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal,* Bosch, Barcelona, 1994, pp. 284 y ss.

27 Cfr. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín, *Tratado de Derecho mercantil*, III, Editorial Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963, p. 91.

28 Como acertadamente señala LACRUZ BERDEJO, la autonomía de la voluntad de los contratantes sigue siendo la regla general. No superior a la ley o a la equidad, pero puede determinar el contenido del contrato siempre que una norma no lo prohíba o no imponga uno concreto (cfr. ob. cit., p. 60).

29 Cfr. DORAL GARCÍA, José Antonio "Contenido y control de las cláusulas excesivas: soluciones jurisprudenciales", en *Estudios en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1993, p. 1248.

doctrina no es pacífica en cuanto a su naturaleza. De un lado, se afirma que la exclusiva sólo puede existir cuando aparece integrada en un determinado negocio jurídico como cláusula accesoria. De otro lado, se afirma que puede tener vitalidad como un pacto autónomo e independiente de las futuras relaciones contractuales entre las partes. Así, se ha afirmado que la exclusiva, tiene contenido suficiente para disciplinar un conflicto de intereses, siendo, en primer lugar, un negocio autónomo y después un elemento constitutivo de un acuerdo mas complejo[30]. En este último sentido, se ha defendido que cabe una estructuración independiente de la exclusiva desconectada de cualquier otra relación obligacional. El contenido de este pacto es la de ser una obligación de no hacer, por ello cabe que la actividad del obligado por la exclusiva venga limitada en un pacto que no tenga otro contenido, sino el de limitar la competencia para futuras relaciones entre las partes. Cuestión distinta, afirma PUENTE MUÑOZ, es que la exclusiva cobre un contenido concreto cuando la vinculación entre los sujetos tenga lugar. Hasta ese momento, las partes vendrán obligadas por la exclusiva, pero esta obligación aun no tendrá contenido material[31].

Esta discusión doctrinal es calificada por GARRIGUES como una cuestión meramente académica. Afirma que la autonomía del pacto de exclusiva puede verse desde un enfoque formal y otro material, reconociendo que cabe la primera, pero la segunda es inoperante ya que entiende que no puede subsistir la exclusiva sin un contrato subyacente[32]. Concuerdo con esta posición doctrinal, porque parece claro que el pacto de exclusiva no puede operar en el vacío, sino que ha de referirse siempre a una determinada prestación que tiene su origen en un contrato distinto del cual el pacto forma parte[33].

La doctrina mayoritaria entiende que cuando la cláusula de exclusiva se incorpora a un contrato lo hace como pacto accesorio que cumple una función

---

30 Cfr. PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El contrato de concesión mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1976, p. 109.

31 Cfr. PUENTE MUÑOZ, Teresa, "El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro", *RDM,* XLIII, num. 103, 1967, pp. 89 y ss.

32 Cfr. GARRIGUES, Joaquín, ob. cit., p. 428.

33 Las llamadas exclusivas consisten en limitar la concurrencia. Suponen una obligación de no hacer algo concreto y determinado que ha de circunscribirse en función de otro contrato entre las partes. Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial*, Tecnos, Madrid, 1986.

jurídico económica complementaria a la relación fundamental de cuya naturaleza participa pero no modifica. Así, se afirma que está sujeta a todas las alternativas que experimente la obligación a la que se integra, de suerte que, extinguida ésta, no podría pretenderse su vigencia, por no poder subsistir sin ella.

Esta idea merece un matiz importante. Técnicamente es correcto afirmar que con la extinción del contrato caduca también la cláusula de exclusiva. Ahora bien, hay que puntualizar que cabe la posibilidad de una autonomía relativa en cuanto a la duración del pacto que se incorpora, sobre todo en los contratos de ejecución instantánea. Sucede que cabe la posibilidad que las partes configuren una duración superior de la exclusiva que la de la relación principal, como se reflejó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1955 referida a la compra de una máquina tocadiscos (ejecución instantánea) con la duración de la exclusividad por tiempo indeterminado[34]; lo más frecuente, sin embargo, es que se pacte en contratos de duración y que se extingan en el mismo momento.

La exclusiva generalmente no se pacta en términos simples, sino que viene acompañada de la exigencia de una serie de prestaciones adicionales con la finalidad de asegurar determinadas ventajas: la adquisición de un número mínimo de mercaderías, promocionar el producto de reventa, realizar servicios de postventa, mantener un tipo de infraestructura, la representación económica del concedente, la materialización o ejecución de una obra intelectual, entre otras. Esto es, junto a la obligación principal de *non facere* que exige el pacto, pueden surgir otras obligaciones vinculadas, generalmente positivas, dependiendo del objeto del contrato principal del cual forma parte[35].

Esta cuestión ha planteado en determinados negocios jurídicos el problema de si la exclusiva como cláusula accesoria origina la desnaturalización de la

---

34 Esta sentecia presenta interesantes aristas en cuanto a la duración y su límite, el desarrollo puede verse en el punto I del Capítulo II.

35 Cuando la obligación negativa se conecta con una relación obligatoria más amplia constituye lo que la doctrina alemana llama un deber de omisión combinado y que puede ser considerada como accesoria de la principal de signo positivo. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos*… cit., p. 250. La existencia de prestaciones positivas vinculadas al pacto de exclusiva no nos puede llevar a decir que la naturaleza jurídica del pacto no sea la de una obligación negativa sino híbrida. Se trata de prestaciones independientes pero que se analizarán desde la óptica del pacto de exclusiva, por ejemplo, en el supuesto de un incumplimiento y la influencia que éste, a su vez, ejerce sobre el contrato principal.

relación fundamental. El pacto de exclusiva puede ser incluido en la más variada gama de negocios jurídicos, siendo intrascendente si son de ejecución instantánea o de carácter duradero: mandato, comisión, agencia, compraventa, suministro, arrendamiento, distribución, propiedad intelectual, relaciones laborales, entre otros. Cuando el pacto es integrado en un contrato, se considera un elemento accidental, desde la perspectiva clásica de no ser necesario para la validez del negocio jurídico del cual pasa a formar parte. Esto implica que el régimen contractual de aplicación al pacto estará supeditado al negocio principal del que forma parte y, como sucede con otros acuerdos a los que se les añaden cláusulas accesorias para lograr determinados fines particulares, la relación fundamental no varía automáticamente de naturaleza.

Una revisión de los acuerdos más utilizados en el mercado demuestra que la frecuencia de obligaciones vinculadas añadidas al pacto de exclusiva hace que no sean pocas las veces en que se derive en un contrato mixto[36]. DEGNI señala que sólo se puede hablar de contrato mixto cuando a la cláusula de exclusiva se le añade un pacto que no puede considerarse como una modalidad del contrato principal, sino que representa una obligación autónoma que surge específicamente en virtud de ese negocio jurídico[37].

La respuesta de la jurisprudencia a esta cuestión ha ido evolucionando en el tiempo, considerando, de un lado, la estructura propia de pacto como elemento accidental del negocio, y del otro, la importancia atribuida funcionalmente. Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 29 de octubre de 1955, entendió que para que exista una desnaturalización y mutación hacia un contrato mixto, es preciso que a la exclusiva se le agregue una obligación autónoma asumida con ocasión del contrato principal, como cuando se obliga al comprador a desplegar una actividad para la venta de mercancías concertada

---

36 DÍEZ-PICAZO distingue entre contratos mixtos y complejos, caracterizando los mixtos por ser aquellos que, dentro de un único contrato, confluyen elementos que pertenecen a tipos contractuales diferentes, como la llamada donación mixta. En los complejos, las prestaciones de cada una de las partes o los pactos establecidos, individualmente considerados, pertenecen a un tipo contractual preexistente del cual parcialmente se aíslan para integrarse en el negocio, como el llamado contrato de portería. En ambos casos, señala, estamos ante un contrato único (Cfr. *Fundamentos…* cit, p. 363). Se ha considerado que la discusión terminológica parece un tanto bizantina, pues las palabras complejo y mixto hacen referencia a una pluralidad y diversidad de elementos, una a su mezcla (*miscere*) y otra a lo que abarca su contenido (*complexus*) Cfr. DEGNI, Francesco, *La Compraventa,* trad. BONET RAMÓN, Francisco, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1957, p. 243.

37 Cfr. DEGNI, Francesco, ob. cit., p. 244.

en exclusiva. En tal supuesto, para el Tribunal, estaríamos ante una relación mixta de venta con arrendamiento de servicios. Aún más, señala que a este negocio jurídico se le puede añadir una donación remuneratoria cuando el vendedor promete un premio si el comprador supera un mínimo de ventas.

Posteriormente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1966, se señaló que cuando en un contrato de compraventa el vendedor asume la obligación de no vender a otras personas en determinada zona cosas idénticas a las enajenadas en otro acuerdo concreto, no pierde las notas esenciales propias de su naturaleza, pero reviste un matiz especial, de tal modo que junto con la obligación positiva de dar (entrega de la cosa vendida) existe otra de carácter negativo (no hacer). Ambas situaciones están "en la misma línea de principalidad y son determinantes de una contraprestación compleja que no agota el contenido de contrato en tanto se cumplan en su integridad"; en suma, se eleva la citada estipulación a la categoría de carácter principal.

De este estado de la cuestión se pasó a conferir al pacto de exclusiva una relevancia aún mayor, si cabe, al afirmarse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1987 que el pacto de exclusiva se configura en los contratos en los que se incluye como "la motivación causalizadora determinante del negocio que origina una obligación de cumplimiento, que al ser soslayada por una de las partes, crea una situación de incumplimiento". La fundamentación de las consecuencias que se anudan a la vulneración de este pacto se traslada por el Tribunal Supremo, como se ve, del ámbito de la estructura negocial al de la motivación en la conclusión del negocio jurídico. Una sentencia más actual del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2002, estableció que el influjo del pacto puede modificar la relación principal si genera obligaciones atípicas que modifican la finalidad jurídica y económica del negocio. Así, resolvió que por la introducción de la cláusula de exclusiva en el contrato de arrendamiento se excluye la aplicación de la Ley de Arrendamientos urbanos, quedando sometido el negocio a la voluntad de las partes y al Código civil, toda vez que la inclusión de la cláusula ocasionó su conversión a un contrato mixto[38].

[38] Señala el Tribunal como punto de partida que "el arrendamiento de parte del local destinado a centro médico para el ejercicio libre de las actividades médicas, unido a otros pactos que pueden ser de prestación de servicios o de exclusividad (como se prevé en los pactos quinto y sexto) es un contrato mixto, como contrato en el que se combinan elementos de uno típico y elementos distintos, que dan lugar a un contrato nuevo; es arrendamiento de cosa, al que se le añaden obligaciones de no hacer (pacto quinto: exclusividad)". *Vid.* STS de 8 de

En general, la doctrina considera que cláusula de exclusiva no cambia el tipo propio del contrato al que va unido; no le hace perder la entidad que deriva de la estructura sustancial y del fin económico, aunque algunas veces modifique sus elementos esenciales[39]. Por un lado, es importante tener en cuenta que en un contrato pueden surgir junto a la exclusiva otras obligaciones adicionales vinculadas al pacto, esto es, se estipulan a causa del pacto pero son elementos que provienen de otro contrato base, de tal entidad que derivan en un real contrato mixto. Sin embargo, tal mutación no se debe a la inclusión de la cláusula de exclusiva, sino a un haz de obligaciones adicionales que desembocan en un contrato de naturaleza distinta[40], por ejemplo, en el contrato atípico de arrendamiento de industria y compra en exclusiva se incluye una relación de arrendamiento, otra de compra y que además, son en exclusiva.

Considero que, en realidad, el pacto de exclusiva no incide en la prestación modificando su estructura, sino que su ámbito de acción es otro: la libertad contractual; esto es, limita el derecho que tiene el individuo a realizar un negocio jurídico determinado con terceros. Restringe la facultad de vincularse contractualmente a quien por ella queda obligado[41]. Ya sea que el negocio jurídico se refiera a no vender, comprar, representar, cantar, entre otros, la obligación de exclusiva marca la limitación de no contratar con otro el mismo objeto de la prestación. Sin duda, es un pacto que tiene por finalidad asegurarse una competencia en condición privilegada, pero no altera por si sólo la estructura del negocio, porque queda fuera de su esfera.

El hecho que el pacto de exclusiva mantenga inalterable la naturaleza de

---

marzo de 2002, considerando tercero.

39 Cfr. PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El pacto de exclusiva*…cit., p. 456 y ss.

40 En todo caso, la delimitación de las prestaciones será un problema derivado de la configuración que las partes hayan querido dar al comportamiento debido. Será decisivo, por ello, la voluntad expresamente manifestada y su interpretación o integración a través de criterios hermenéuticos generales, de la finalidad del negocio y de los usos generales del tráfico. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos*…cit., p. 314.

41 La exclusiva en su aspecto negativo representa una limitación a la libertad contractual, al imponer al concedente de la exclusiva la obligación de no celebrar una determinada clase de contratos con persona distinta al beneficiario, o a éste la de no concluirlos con otro que no sea su co-contratante. Surge, por tanto, una obligación de no hacer que se parece a la derivada de los pactos de no concurrencia. Pero se diferencia de estos en que la cláusula de exclusiva no disciplina la competencia entre empresas idénticas o análogas, sino que disciplina la relación jurídica que tiene lugar entre empresas que llevan a cabo actividades o contrapuestas o complementarias, productor y revendedor, distribuidor y revendedor. Cfr. PUENTE MUÑOZ, Teresa, *La Concesión…* cit, p. 109.

la relación principal, no debe hacernos perder de vista que su inclusión en un contrato le dota de un interés específico. Claro está que la causa que lleva a concluir un contrato de compraventa, arrendamiento, locación de servicios, u otro con exclusiva, no es la misma que aquella que lleva a pactar simplemente una compraventa, suministro o arrendamiento de servicios. En el primer caso, se tiene la garantía de competir con el privilegio que esta cláusula otorga frente a terceros. Se puede afirmar, tal como lo estableció el Tribunal Supremo desde 1955, que el pacto de exclusiva se encuentra en la misma línea de principalidad al de la obligación fundamental. Como consecuencia, su vulneración casi siempre será causa de incumplimiento definitivo, salvo que las partes opten por otra solución.

Finalmente, existe un contrato en particular que aparenta contradecir lo aquí afirmado. Se presenta como una alteración de la tipología contractual por la sola inclusión de la cláusula de exclusiva dando como resultado al contrato de concesión. Para muchos autores no es, sino, la derivación de un contrato base (arrendamiento, compraventa, distribución) más una cláusula de exclusiva, afirmación que no se comparte en esta investigación. Por ser este acuerdo jurídico de especial trascendencia, se desarrollará detenidamente en un apartado posterior.

A. Autonomía relativa del pacto de exclusiva

La exclusiva en la esfera del Derecho cumple, como se ha dicho, una función económica en contratos de diversa naturaleza. Supone una limitación de la competencia no entre las partes sino entre las partes y terceros, siempre referida a la prohibición de celebrar contratos que tengan por objeto aquel que lo es del contrato fundamental en el que se pacta la exclusiva.

Lo que se presenta como autonomía relativa del pacto de exclusiva se plasma en dos cuestiones. Primero, que tiene su propia finalidad, que es la de restringir la libertad de contratar de las partes con la intención de limitar la competencia[42], otorgándole un mayor valor a la prestación[43]. En este sentido,

[42] Afirma PUENTE MUÑOZ que resulta innegable que el pacto de exclusiva supone algo más que una cláusula accesoria de un contrato que cualifica la relación fundamental. No puede olvidarse, agrega, que la función última de la exclusiva se engloba en un concepto más amplio que es el de la competencia, cuyos principios la afectan y que, además, determina una influencia fundamental en el contrato en el que se pacta (cfr. *El pacto*… cit., p. 85).

[43] Limitar la competencia tiene un sinnúmero de beneficios protegidos legalmente

un contrato de compraventa no deja de ser tal con el pacto de exclusiva, pero la motivación del negocio jurídico es distinta.

Junto a esto, se proclama una relativa autonomía en cuanto a su duración temporal frente a la relación fundamental en la que es introducida, de la que podrá ser eventualmente distinta. Esto se aprecia, sobre todo, en los contratos de ejecución única. Un amplio sector doctrinal manifiesta que no cabe hablar de pacto de exclusiva en contratos de ejecución instantánea, aquellos que se agotan en la ejecución de la prestación de una sola vez, porque no es compatible con la naturaleza y finalidad de la exclusiva, que pretende garantizar el mantenimiento de la prestación en un tiempo determinado, por ello sólo cabría encuadrarlo en contratos de ejecución prolongada[44].

Es menester diferenciar dos cuestiones sobre este último punto. Por un lado, considero que es posible que esta cláusula de exclusividad se presente en una relación obligatoria instantánea. Un sector doctrinal se ha encargado de destacar los supuestos en los que el pacto se agota en negocios de sola entrega. Como el ejemplo típico de negocio jurídico de ejecución única y que son capaces de incluir un pacto de exclusiva. Se plantea el acuerdo llevado a cabo por los fabricantes de tejidos que se obligan a la venta en régimen de exclusiva de determinada cantidad o de todo el producto de un diseño a un único comprador, o cuando se trata de venta de artículos de moda de toda una temporada en un mercado limitado por el tiempo y la cantidad a una sola empresa[45]. Vendida toda la producción de temporada al beneficiario del pacto se agota tanto la relación fundamental de compraventa como la de exclusividad. Así visto, la exclusiva en sí no supone necesariamente una relación duradera, aunque no se puede negar que por el fin económico que cumple sea el supuesto normal de desarrollo. Señala PUENTE MUÑOZ que este pacto hace referencia a la competencia, que supone esencialmente un encuentro de actividades que la exclusiva vendrá a limitar, pero este encuentro

---

que multiplican el valor económico de la prestación, como por ejemplo, asegurar y garantizar inversiones, pactar contratos de colaboración eficientes, publicar ediciones de autores desconocidos y asegurar el retorno de la financiación, entre otros. *Vid.* Capítulo Segundo, punto III, F, 2.

44 FRANCESCHELLI encuentra sin sentido hablar de exclusiva en los contratos de ejecución instantánea, afirmando que hay que pensarla en contratos con entregas repetidas. Cfr. FRANCESCHELLI, Remo, "Natura giuridica delle compraventita con esclusiva", en *Rivista del Diritto Comérciale*, I, Padova, 1939, p. 247.

45 Cfr. GARRIGUES, Joaquín, ob. cit., 428.

puede tener lugar también un solo acto, de allí que la exclusiva pueda concebirse también referida a una relación instantánea[46].

El pacto de exclusiva puede integrarse en negocios jurídicos de ejecución única. Ahora bien, afirmar que su duración pueda extenderse por un período más amplio que el contrato fundamental es cuestión distinta. Esto es, por ejemplo, que agotada la compraventa en un acto único, la duración de la exclusiva se mantenga por un periodo adicional. En general la doctrina no se plantea este supuesto bien por considerar que el pacto de exclusiva no tiene cabida en relaciones obligatorias de ejecución única, o bien porque asumen que la relación fundamental y el pacto se extienden por el mismo espacio temporal. Sin embargo, sí se ha presentado en la jurisprudencia el escenario planteado, aunque el Tribunal Supremo no haya reparado específicamente en esta materia de interés.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1966 resuelve el caso en que las partes celebran un contrato de compraventa con exclusiva de una máquina tocadiscos. El acuerdo consistió en que el dueño del bar se beneficiaría con la exclusiva de ser el único en contar con ese artefacto en su zona, por tanto, decide realizar la inversión. Su confianza en el acierto de la adquisición está basada en la novedad del producto y, sobre todo, en la exclusividad. Expectativa e inversión económica que se vieron frustradas cuando el vendedor incumple el acuerdo vendiendo el mismo aparato al dueño de un bar en la misma zona, transcurridos unos meses desde que se llevara a cabo el negocio jurídico primigenio. El contrato celebrado es el de compraventa, que se agotó en el intercambio del bien por el precio en un único acto. No obstante, la exclusiva de venta tenía que ser respetada por un periodo adicional. Lo interesante es cuestionarse con qué fundamento subsiste la exclusiva de un contrato que ya se ejecutó. El Tribunal Supremo no se plantea ni desarrolla esta cuestión, limitándose a reconocer el incumplimiento del pacto con el consiguiente pago de daños y perjuicios.

Esta situación vuelve a derivar en el planteamiento de si este pacto agregado al contrato origina que se derive en un contrato diferente, en este caso, una compraventa seguida de un contrato de uso o de explotación que subyace a la exclusiva permitiendo que esta se mantenga en el tiempo. De ser este el caso, estaríamos ya ante un contrato mixto de ejecución prolongada,

---

46 Cfr. PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El pacto*… cit., p. 100.

pero además, y sobre todo, aceptar este argumento supondría reconocer la desnaturalización de la compraventa como consecuencia del pacto de exclusiva, lo que se ha rechazado en líneas previas[47].

Por la función que cumple el pacto, es factible admitir una relativa autonomía en cuanto a su duración, dado que se corresponde con su propia naturaleza como cláusula que busca asegurar y garantizar la prestación, limitando la competencia en un determinado espacio geográfico y temporal. Es posible, entonces, que agotada la prestación del contrato fundamental en una sola entrega (y en general, en cualquier contrato si las partes así lo establecen), siga subsistiendo la obligación de no contratar con un tercero, porque tiene una razón económica para existir por un tiempo adicional. Desde esta perspectiva es que se le reconoce una relativa autonomía, pero no como un pacto autónomo[48].

B. Excepción. Los contratos de distribución comercial

La compra en exclusiva, la venta en exclusiva, la concesión mercantil y la franquicia pertenecen a los denominados contratos de distribución comercial[49], de acuerdo a la Propuesta de Ley de Distribución Comercial presentada por la Comisión General de Codificación[50]. Todos estos contratos, pese a ser distintos

---

47 No obstante, cabe que esto ocurra en algún supuesto específico como en el contrato de concesión, que recibe un tratamiento particular. *Vid.* Literal B de este mismo apartado.

48 Cfr. PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El pacto*… cit., pp. 100 y ss. La autora defiende no sólo la autonomía temporal del pacto, sino que sostiene la posibilidad de considerar a la exclusiva como claúsula accesoria y contrato autónomo.

49 En el marco de la complejidad práctica de la distribución comercial se aprecia en la Propuesta de anteproyecto de Ley de Distribución Comercial la existencia de seis supuestos básicos: compra en exclusiva, venta en exclusiva, distribución selectiva, distribución autorizada, concesión mercantil y franquicia. En la distribución selectiva el pacto de exclusiva no tiene cabida. Las exclusivas son elementos ajenos a este contrato y así se encuentra proyectado en el texto legal cuando se indica que *los distribuidores seleccionados no gozan de exclusividad territorial* (artículo 2.4 PLDC). Las formas de distribución son heterogéneas aunque estén encuadradas en un único concepto de distribución comercial por su carácter teleológico (tienen la misma finalidad económica), siendo lo importante su delimitación en el plano jurídico. Cfr. DOMINGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio, "Los contratos de distribución. Propuesta de construcción unitaria", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, nro. 3, Universidad de Extremadura, 1982, p. 482.

50 La Porpuesta de Anteproyecto de Ley de Distribución Comercial se ha estructurado en cinco títulos con un total de 28 artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria y una derogatoria. *Vid.* Boletín núm. 2006 del Ministerio de Justicia. El

entre ellos por sus múltiples particularidades, gozan de una estructura común que les caracteriza: son contratos de colaboración celebrados entre empresarios independientes para la venta de bienes o servicios[51], razón por la

Título Primero refiere el ámbito de aplicación de la Ley y la definición de las figuras que comprende. Son básicamente sies modelos básicos: compra en exclusiva, venta en exclusiva, distribución selectiva, distribución autorizada, concesión mercantil y franquicia. El Título Segundo se ocupa de la conclusión del contrato abordando el tema de su formalización, los deberes y responsabilidades de las partes en fase precontractual, imposibilidad inicial y finalmente una como novedad se regula el error en la declaración de voluntad (artículo 11) incorporando los principios de UNIDROIT aplicables a la contratación internacional, que persigue la conservación del contrato frente al posible ejercicio de acciones de nulidad; el Título Tercero aborda el contenido del contrato. Especial relieve tiene el artículo 13 relativo a los pactos de exclusiva que suelen incluirse en este tipo de negocios jurídicos. El Título cuarto recoge disposiciones específicas para los principales contratos de distribución y finalmente, el Quinto se refiere a la extinción de la relación contractual y los efectos que comporta tanto para los terceros como para la sociedad ya que supone la destrucción de una organización empresarial. Queda excluido en esta propuesta el contrato de agencia que cuenta con regulación específica, también los contratos de franquicia industrial, contratos de comercialización de productos o servicios financieros, reparto de mercancías y cualquier modalidad de distribución que comporte vinculación de naturaleza laboral entre el proveedor y la persona que se encarga de distribuir los productos o servicios. (artículo 3). Es de resaltar que el borrador ha dado un paso más, en comparación con la Ley del Contrato de agencia al incorporar principios de UNIDROIT aplicables a la contratación internacional. Esto se ve reflejado en el artículo 10 sobre imposibilidad inicial y en el art.ículo 11 referido al error inspirados ambos en el artículo 3 incisos 3 al 8 de los Principios generales sobre contratos comerciales. Otra cuestión que el borrador del proyecto se ha esmerado en dejar clara, es la relativa a la independencia entre proveedor y distribuidor (artículo 16). Tal independencia es económica y jurídica, siendo responsables directos de sus relaciones con terceros (sin perjuicio de la normativa vigente sobre responsabilidad del fabricante), estando obligado (artículo 16.2) el distribuidor a indicar en su documentación y publicidad que es un empresario independiente sin desvirtuar la identidad de la red a la que esta integrado. Del mismo modo, se ha encargado de regular expresamente el supuesto de cesión de posición contractual, que en la práctica comercial es una actividad reiterada, así se establece como regla que no podrá cederse sin el consentimiento expreso del proveedor (artículo 17). En cuanto a la duración y extinción del contrato, básicamente se han trascrito las situaciones previstas en la Ley 12/1992: a tiempo determinado o indefinido, incluso se han fijado los mismos tiempos para cursar el preaviso de la terminación unilateral (duración en proporción al tiempo que lleve de vigencia el contrato) y se establece una indemnización por incumplimiento para supuestos de extinción sin preaviso o incumplimiento de las obligaciones pactadas.

[51] En España, a diferencia de lo que sucede en otro países, nunca ha habido una norma general de los contratos de distribución, salvo la regulación de los deberes de información precontractual que, para la franquicia, establecían el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista y el Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 62 previamente mencionado, relativo a la regulación del régimen de franquicia y se crea el registro de franquiciadores. Pero en general, la delimitación del régimen jurídico de los contratos de distribución se ha realizado atendiendo a los principios y reglas generales del Derecho de lo contratos, a la práctica comercial, aportaciones doctrinales y soluciones jurisprudenciales en la materia. Con la Propuesta del anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución comercial, el legislador de cara su propósito de conjugar el principio de libertad de empresa y la autonomía de la voluntad de las partes con

que se afirma que tienen en común su causa negocial. Todos ellos cumplen en el tráfico comercial una idéntica función económica, que es la de favorecer la comercialización y puesta de sus productos en el mercado. Además de compartir estas caracteristicas comúnes, es importante el hecho que todos estos tipos contractuales incluyen las cláusulas de exclusiva como elemento esencial del negocio jurídico.

En el ámbito de los contratos de distribución, con el término exclusividad se puede aludir a diversos acuerdos, cada uno de los cuales está sujeto a distinto régimen legal. En una primera acepción, el calificativo de exclusividad se aplica al acuerdo por el cual el proveedor se obliga a suministrar solamente a los distribuidores que han sido seleccionados sobre la base de criterios específicos y, el distribuidor se compromete a no revender a agentes no autorizados. Esta cláusula es propia de la distribución selectiva, que, a su vez, puede ser selectiva cuantitativa (cuando para la selección de los distribuidores el proveedor emplea criterios que directamente limitan su número) o selectiva cualitativa (cuando los criterios de selección son necesarios por la naturaleza de los bienes o servicios y se han establecido uniformemente para todos los distribuidores que soliciten su inclusión en el sistema, no se aplican de manera discriminatoria y no limitan directamente el número de distribuidores). Este sistema de distribución no es de aplicación generalizada, dado que sólo tiene sentido cuando se trata de reventa de productos de lujo o amparados en una marca de calidad y de productos que precisan una asistencia técnica tanto en el momento de la venta como postventa. El sistema de distribución selectiva responde a necesidades muy distintas de las que conforman la distribución exclusiva[52].

---

la tutela de lo que se denomina habitualmente la parte más débil del contrato (el distribuidor, en este caso) a fin de corregir lo que se percibe como desequilibrio de poder entre fabricantes y distribuidores, e impedir posibles comportamientos abusivos. Cfr. GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian, "Cuestiones de formación del Contrato en la Propuesta de anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución", *InDret*, enero, 2010, p. 4. www.indret.com

[52] Lo que busca la distribución selectiva es garantizar que la comercialización del producto se haga de conformidad con determinados criterios técnicos o de calidad que se estiman necesarios para su venta. Los distribuidores seleccionados se comprometen a revenderlos en su establecimiento en régimen de no exclusividad, respetando las instrucciones pactadas y, en su caso, prestando asistencia técnica a sus compradores, y, de otro lado, a no vender tales productos o servicios a comerciantes o distribuidores no autorizados. Desde el punto de vista económico, la distribución selectiva supone, a todas luces, una estructura menos integrada que la que caracteriza a los sistemas de distribución exclusiva, Cfr. ALONSO SOTO, Ricardo, "Tipología de los contratos de distribución comercial", en *Los contratos de distribución*, VVAA, La ley, Madrid, 2010, pp 67 y ss. La jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria, ha

El distribuidor puede también haber acordado comercializar exclusivamente unos determinados productos y no otros de distinto fabricante, asumiendo una obligación de no competencia o de inhibición de la competencia, comúnmente conocida como acuerdo de marca única. Asimismo, puede haber asumido la obligación de hacer publicidad exclusivamente a un cierto producto y nos encontraríamos ante una cláusula de publicidad exclusiva, que únicamente está amparada por los Reglamentos de exención por categorías si acompaña a un acuerdo de marca única. También es posible que el proveedor haya reservado al distribuidor un territorio o unos clientes únicos, otorgándole el calificativo de distribuidor exclusivo. Ésta es la cláusula de exclusividad propia de la distribución exclusiva en sentido estricto.

La exclusiva viene contemplada en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Distribución Comercial, aunque en cada tipo contractual tiene una relevancia distinta. Señala el proyecto que, en la *compra en exclusiva,* el distribuidor, a cambio de contraprestaciones especiales, se obliga a adquirir para su comercialización determinados bienes o servicios solamente al proveedor o personas a quienes éste designe (artículo 2.1). El proveedor se constituye en el beneficiario de la exclusiva a cambio de una contraprestación determinada, de manera que el deber de exclusiva se contempla como una prestación esencial en la caracterización del tipo pero sin que por ello afecte a la naturaleza jurídica de ser un contrato de compraventa, incluso en el sentido estrictamente mercantil de comprar para revender (cfr. artículo 325 CCom.).

El contrato de *venta en exclusiva* implica un compromiso hacia el proveedor de vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes o servicios especificados en el contrato para su comercialización en esa zona (artículo 2.2). Se trata de una venta modalizada por la presencia de la exclusiva territorial a favor del beneficiario distribuidor que está obligado a revender[53]. Del mismo modo que en el tipo anterior, la

venido considerando que los contratos de distribución selectiva quedan al margen de la prohibición de los acuerdos o prácticas colusorias anticompetitivas si reúnen determinados requisitos: que las restricciones impuestas sean necesarias atendiendo al nivel de calidad o a las características del producto; que los criterios de selección sean concretos y con pautas objetivas; y, por último, que desplieguen sus efectos en un mercado abierto en el que exista cierto grado de competencia entre distintas marcas o diferentes sistemas de comercialización de productos (cfr. STJCE de 31 de octubre de 2001).

[53] No obstante, como se desarrolla en el Capítulo Segundo, por el régimen del Derecho de la Competencia se introduce la posibilidad de que el distribuidor pueda realizar la actividad de comercialización dentro de su territorio con personas provenientes de otras zonas

exclusiva adquiere una función esencial dentro del acuerdo, modalizándolo en cuanto a su ejecución, sin embargo, no modifica su naturaleza contractual. Por otro lado, que se establezca por separado la compra y venta en exclusiva no significa que la bilateralidad de la exclusiva no pueda estar presente, si es que ello hubiera sido acordado por las partes, dando lugar a la figura de la compraventa en exclusiva.

El contrato de *concesión mercantil* es la principal figura a través de la cual se articula jurídicamente la distribución exclusiva. Existen varios métodos de distribución o venta que reciben el nombre de concesión mercantil. Ante situaciones de mera distribución, venta, importación, representación, explotación de una marca, entre otras, merecen para los comerciantes este calificativo. Por un lado, hay verdaderos contratos de concesión integrados en redes de distribución exclusiva que dan lugar a un fenómeno económico que tiene a su vez repercusiones jurídicas: redes de empresas entre fabricantes y comerciantes encargados de comercializar un producto amparado por una marca. De otro lado, hay simples contratos de distribución concluidos entre un fabricante o distribuidor y un detallista, que pudieran confundirse con simples compraventas o suministros para revender en una zona geográfica. No es fácil reducir a un concepto único esta pluralidad de procedimientos comerciales, sin embargo, cabe destacar que la nota común a todos los supuestos es el pacto de exclusiva, aunque la exclusividad de reventa no agota su contenido. La concesión es un contrato de colaboración y no un mero contrato de cambio, que genera un fuerte grado de integración entre las partes.

En este negocio jurídico se asume el compromiso de no nombrar a otros distribuidores en un territorio determinado para la reventa de los productos o servicios del fabricante o proveedor y de respetar las zonas atribuidas con carácter exclusivo a cada uno de los distribuidores[54]. El concesionario pone su empresa al servicio de un industrial denominado concedente, para asegurar de manera exclusiva[55], sobre un territorio y tiempo determinado, la distribución

---

de exclusiva mediante las llamadas ventas pasivas, incluso aunque estos clientes se propongan realizar después su venta mediante un comercio paralelo en otras zonas geográficas diferentes (artículo 17 PLDC).

54 Cfr. ALONSO SOTO, Ricardo, ob. cit., p. 66.

55 Se trata de una exclusividad de aprovisionamiento, sin ella no hay concesión comercial porque es típica y característica de este contrato. El concesionario siempre es el único en ofrecer le producto en su zona. También implica que no pueden comercializarse productos de otra marca y comporta la obligación del concedente de sólo aprovisionar a

de productos de los que se le ha concedido el monopolio de reventa. Constituye, en general, un acuerdo de coordinación destinado a regular la actividad futura del fabricante o importador y el distribuidor, relacionado con el ejercicio del derecho de exclusiva conferido[56]. Esta designación de distribuidores y el otorgaminento del privilegio de exclusiva de reventa permite a los fabricantes controlar la oferta de sus productos o servicios en el mercado sin necesidad de emplear medios propios[57].

Se han planteado diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del contrato de distribución en exclusiva, tanto en la esfera doctrinal[58] como jurisprudencial[59]. La doctrina ha calificado la figura de la concesión como un

---

aquellos que son sus concesionarios designados y no vender directamente al consumidor final, con excepción de ciertas situaciones especiales (empleados, exportaciones, ventas pasivas).

56 Cfr. PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El contrato…* cit., pp. 88 y ss.; GUYENOT, Jean, *Les contrats de concession comérciale*, Sirey, Paris, 1968, pp. 23 y ss., PAILLUSSEAU, Jean "Los Contratos de Negocios", en *Revista de Derecho comercial y de las Obligaciones,* Buenos Aires, 1988, pp. 731 y ss.

57 Cfr. ALONSO SOTO, Ricardo, ob. cit., p. 60.

58 La doctrina ha discutido su naturaleza jurídica por mucho tiempo. Se ha dicho que se trata de una compraventa especial, de una venta con carga, de una licencia de marca, un contrato de mandato, un contrato normativo, entre otros. *Vid.* PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El contrato…* cit, pp. 49 y ss. Por otro lado, la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución manifiesta el complejo haz de relaciones que implica al afirmar que, "las relaciones integradas de distribución, subiste el esquema básico del contrato de compraventa con finalidad de reventa como cauce jurídico para canalizar las relaciones entre proveedor y distribuidor, sin embargo, se incorporan una serie de prestaciones concurrentes que alteran su naturaleza jurídica, lo que impide la aplicación directa de la normativa clásica para la compraventa, el mandato, la comisión". La doctrina y la jurisprudencia partieron de una primera idea: la concesión mercantil no es sino una compraventa especial (suministro) cualificada por el denominado pacto de exclusiva, sin embargo la doctrina ha establecido ya que la finalidad buscada por ambas figuras responde a intereses distintos. En el suministro hay un solo negocio jurídico con varias prestaciones, tanto por parte del que adquiere la cosa como por parte del que abona el precio de la misma, sólo que las prestaciones tienen lugar a lo largo de un periodo de tiempo. Además, y es típico de este contrato, existe una contraposición de intereses. El comprador quiere adquirir la cosa y el vendedor obtener su precio. En cambio, en el contrato de concesión no existen intereses contrapuestos, las partes buscan una finalidad común que no es sino la reventa por el concesionario de los bienes adquiridos del concedente. Como consecuencia, acuerdan una relación de carácter duradero y básicamente de colaboración entre el fabricante y el distribuidor. Cfr. GARRIGUES, Joaquín, ob. cit., pp. 414 y ss.

59 La Sentencia de Tribunal Supremo de 29 de enero de 1955 lo califica como una venta con exclusiva, posteriormente en su sentencia de 28 de mayo de 1966, da una definición descriptiva: "el llamado contrato de venta con exclusiva, no es más que un contrato de compraventa de suministros, de mandato, de arrendamiento, etc., en el cual se inserta la cláusula de exclusiva, o cláusulas, que constituyen una limitación que voluntariamente se imponen a sí mismos los contratantes respecto a la libertad de comprar o de vender objetos lícitos que se hallan en el comercio de los hombres, bien en cuanto a una determinada especie,

contrato mixto de suministro con exclusiva[60], como un contrato de colaboración en sentido amplio[61], como un contrato complejo cuya unidad resulta de una idéntica finalidad económica[62], o como una compraventa especial[63]. Por su parte, la jurisprudencia del Tribuna Supremo desde la sentencia de 28 de mayo de 1966, hace uso, generalmente, de un criterio mixto sobre la base de la exclusiva como elemento esencial de la figura, calificándolo como un suministro con exclusiva, una venta con exclusiva, arrendamiento con exclusiva, entre otras combinaciones posibles. Así dicho, todo parece indicar que la inclusión del pacto origina la mutación de la tipología contractual, al punto de crear un negocio distinto. Esta afirmación merece ser matizada.

Considero que es adecuado afirmar que la exclusiva en el contrato de concesión no es un pacto accesorio, sino que es algo más. Es calificable como un elemento esencial del negocio jurídico. Su presencia no sólo necesaria, sino inherente a la figura[64]. Si a la concesión le quitamos la cláusula de exclusiva deja de ser un contrato de concesión. Visto así, el análisis es radicalmente distinto. En el caso específico de la concesión no puede cuestionarse si la exclusiva altera el tipo contractual, porque la realidad es que la concesión es un nuevo contrato (aún no regulado legalmente, pero típico en el tráfico comercial), diferente a todos los demás con los que comparte características, pero tiene otras muy propias.

En este negocio jurídico siempre se pacta reconociendo las exclusivas de reventa y aprovisionamiento con un motivo negocial específico. Está claro que la exclusiva no es un pacto privativo de este contrato, puesto que cada vez se

---

o bien en cuanto a una zona o a ciertos clientes, o a cierto tiempo". En resumen, el Tribunal viene a decir que se trata de un contrato de naturaleza mixta.

60 Cfr. BROSETA PONT, Manuel, *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil,* Tecnos, Madrid, 1965, pp. 98 y ss.

61 Cfr. URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, "Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie", *RDM*, 1956, pp. 221 y ss.

62 Cfr. PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El contrato…* cit., pp. 113 y ss.

63 Cfr. GARRIGUES, Joaquín, ob. cit., pp. 428 y ss.

64 Su presencia necesaria está vinculada a la obligación de entregar los productos solamente a un determinado distribuidor en una zona específica, sobre la que se otorga un derecho de exclusiva de reventa. Cfr. SERQUEIRA MARTÍN, Adolfo, "Consideraciones sobre la cláusula de exclusiva y los contratos de distribución con ocasión de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución", en *Contratos de Distribución*, La Ley, Madrid, 2010, p. 485.

encuentra más extendido en la esfera de la contratación privada. Negocios jurídicos de muy diversa naturaleza como la compraventa, suministro, arrendamiento de obra, arrendamiento de servicios, entre otros, se pactan en exclusiva, sin embargo, en la concesión es un elemento esencial. Por esta razón se afirma que cualesquiera pactos accesorios que acompañan la concesión mercantil forman un todo unitario desde el punto de vista jurídico, existiendo entre estos acuerdos singulares una dependencia funcional y estructural[65]. De este modo, no cabe plantearse la mutación contractual por el uso de la cláusula de exclusiva, puesto que la concesión es un negocio jurídico distinto de todos los que le sirven como base. Cuenta con sus propias características, siendo la exclusiva un elemento esencial[66]; pero no el único carácter diferenciador.

La distinción radica en la naturaleza de la relación interna con el proveedor, la actividad del concesionario que es dirigida por el concedente a través de una serie detallada de cláusulas y controles sin arriesgar su propia inversión[67]. Esto es así porque la concesión es un contrato de colaboración empresarial, se forma realmente una red que busca que el producto bajo comercialización tenga un camino exitoso no hasta su reventa, sino desde la fabricación hasta su puesta final en el mercado. Surge una especial relación de colaboración teñida por el principio de confianza entre los sujetos involucrados por el acuerdo. Son contratos basados en la confianza, aunque no puede decirse que sean personalísimos, ya que los factores que conforman esta característica

---

65 Cfr. FRANCESCHELLI, Remo, ob. cit., p. 247.

66 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos*… cit., ed. 2010, p. 448.

67 Es típico, entonces, que en este contrato el concesionario vea matizada su actividad empresarial por disposiciones del concedente. Por ejemplo, en cierto tipo de concesiones la publicidad se organiza y planifica por el empresario concedente a nivel mundial, se obliga al concesionario a participar en determinadas ferias de aquel producto o a tener instalaciones de exhibición de los bienes objeto de la concesión. Por otro lado, casi siempre se obliga al concesionario a no hacer publicidad de los bienes materia de la concesión sin previa aprobación del concedente. No obstante, se acostumbra a imponer al concesionario ciertas obligaciones de publicidad, como la consistente en emplear la marca del concedente en su establecimiento, indicando su calidad de concesionario. Otra de las cláusulas típicas son las de mínimo donde se estipula que el concesionario, en un determinado periodo, deba hacer compras por un mínimo preestablecido de mercaderías. Existe también la obligación de mantenimiento de *stock* a disposición del público consumidor, de prestar servicios a clientes (revisiones, reparaciones y quejas). Todo ello se debe a que se tiene por mira un objetivo común a los intereses de ambas partes. En ninguna de estas obligaciones se elimina la condición de empresario independiente, aunque no se puede dejar de reconocer que, en ocasiones, industrias gigantes como las del automóvil no dejan margen de elección a las pequeñas empresas concesionarias, las cuales están verdaderamente sometidas a ellas por un poder económico, que les permite imponer las condiciones de la concesión unilateralmente.

son, en este caso, esencialmente instrumentales, referidos a la capacidad técnica, profesional o financiera del distribuidor[68].

El contenido de la relación entre concedente y concesionario es múltiple y complejo, siendo necesario considerar las ideas de colaboración, asociación, fin común entre las partes, principio de confianza, dado que lo que existe es una puesta a disposición del concedente de la empresa concesionaria donde el contenido del pacto de exclusiva se traduce en que el cesionario va a enajenar su actividad mercantil para vender los productos sólo del concedente, pero en nombre propio y bajo su propio riesgo[69].

---

68 Cfr. ALONSO SOTO, Ricardo, ob. cit., p. 61.

69 La indemnización por clientela es uno de los motivos que más litigio ocasiona en la extinción de los contratos de distribución y concesión, por ello es necesario establecer si puede aplicarse analógicamente el artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia que establece que cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o definido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran. El derecho a la indemnización por clientela existe, también, en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente. La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior. Esta es una cuestión muy discutida en la doctrina del Tribunal Supremo que puede tener una respuesta diferente dependiendo del caso concreto, causando incertidumbre e inseguridad jurídica en la materia. En ese sentido, la STS de 18 marzo 2004 pone de relieve las distintas soluciones que la jurisprudencia ha ido tomando en relación con la indemnización por clientela en contratos de distribución, lo que demuestra que la cuestión se ha resuelto caso por caso. Tal como ha señalado el Supremo en el caso *Arjutón vs. AC Cosmetics*, STS de 6 de noviembre de 2006, sostener que el distribuidor tiene derecho a este tipo de indemnización en todo caso y a todo trance, es decir, incluso cuando no ha habido ni mala fe, equivale a desconocer que la captación de clientes durante la vigencia del contrato no es sino una de las prestaciones propias, en realidad la más característica, del concesionario, quien al asumir la obligación de promover la venta de productos del concedente debe una prestación de la que no sólo resulta beneficiado el último, por una posible fidelidad futura del comprador a su marca, sino también el propio concesionario porque a mayor volumen de ventas, mayor su ganancia, beneficiándose ambas partes. Del mismo modo que a las dos beneficia el prestigio de la marca, normalmente debido al esfuerzo empresarial del concedente. Tal como afirma la STS de 10 de julio de 2006, sólo cuando exista verdaderamente identidad de razón, base y fundamento del método analógico, será posible la aplicación de la Ley de agencia. En buenos términos esto quiere decir que las partes no saben *a priori* en qué casos les corresponde exigir o pagar la indemnización por clientela puesto que, salvo que este pactado en el contrato, dependerá de la evaluación del Juez en el caso concreto Sin embargo, la misma sentencia no excluye que cuando exista identidad de razón, es decir, cuando se pruebe que se ha creado una clientela que resulte de aprovechamiento para el principal, sea aplicable esta disposición, aunque deba examinarse en todo caso de quién resulta cliente, puesto que en los supuestos de fidelidad a la marca distribuida, esta clientela no podrá ser imputada al distribuidor. Esta afirmación refleja una vez

La doctrina ha repetido insistentemente esta característica para distinguir este tipo de colaboración de otros muchos contratos en la esfera de las actividades mercantiles, como el contrato de agencia. No obstante, pese a ser figuras distintas, los tribunales recurren a la Ley del Contrato de agencia 12/1992, para aplicarla al contrato de distribución en sus distintas modalidades. La jurisprudencia ha demostrado que esta ley no es suficiente para solucionar los problemas que se presentan en la práctica mercantil referida a otros contratos de distribución comercial y que ha llevado y lleva a muchos empresarios a enfrentarse en los tribunales. La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 octubre 2001, señaló que el contrato de agencia tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio y es básica la independencia del agente, mientras que en el de distribución, el concesionario o distribuidor actúa en su nombre y por cuenta propia (nótese que el Tribunal Supremo se refiere indistintamente al sujeto como distribuidor o concesionario). El agente es, pues, un intermediario independiente y en cambio, el distribuidor compra y revende, siendo un contrato no asociativo[70]. Queda claro, entonces, que se trata de figuras no sólo diferenciables sino diferentes, y ello trae consigo que sea de difícil su resolución.

El contrato de concesión es, pues, un contrato *sui generis* (puesto que su naturaleza jurídica participa de las notas de otros contratos) y puede ser definido como aquel negocio jurídico basado en la confianza mutua entre las partes, por el cual el distribuidor pone su establecimiento al servicio del proveedor para comercializar, en régimen de exclusividad y bajo directrices y supervisión de éste, bienes y servicios en una zona determinada. De esta forma queda claro que el pacto de exclusividad es esencial al contrato.

La franquicia es otro los negocios jurídicos incluidos en la Propuesta de anteproyecto de Ley de Distribución Comercial. El proyecto lo define como aquel contrato en el que el franquiciador (titular de la franquicia) cede al franquiciado (distribuidor) el derecho a explotar en su beneficio un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo los signos distintivos y la asistencia permanente del franquiciador, a cambio de una compensación económica y del compromiso de ajustarse en todo momento a las reglas de actuación

más que todo dependerá de la valoración judicial en el caso concreto.

[70] En el mismo sentido *vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1995, 01 de febrero de 2001, 31 de octubre de 2001, 18 de marzo de 2004, 10 de julio de 2006 y 06 de noviembre de 2006.

establecidas (artículo 2.6). Este negocio más que un modo de distribución es una manera de explotar financieramente un conjunto de conocimientos sin comprometer capitales propios. Se suele confundir el acuerdo de franquicia de distribución con la concesión mercantil. La diferencia radica en que éstos no conllevan la utilización de un mismo distintivo, ni la aplicación de métodos comerciales uniformes, ni el pago de un canon en contrapartida a la transferencia del *know how*[71]. Sin embargo, tanto en la franquicia como en la concesión convergen una serie de contratos-base que contribuyen a la configuración de tipos nuevos y distintos, desde esta perspectiva se ha dicho que la franquicia es un contrato mixto[72].

La exclusiva en la franquicia se presenta en diversas formas, inclusive aparece la exclusividad legal, en el sentido que el titular de la marca registrada goza del derecho de ser el único que puede explotarla en el tráfico económico, salvo que ceda su uso a terceros a cambio de una contraprestación, lo que es en estricto una exclusividad convencional. Entonces, sobre la base del artículo 48 de la Ley de Marcas el franquiciado adquiere el deber de respetar aquel contrato de licencia de marca en lo relativo a su duración, forma protegida por el registro, naturaleza de productos y servicios, su calidad y territorio. Cuando la licencia sea exclusiva, el licenciante sólo podrá utilizar la marca si en el contrato se hubiera reservado el derecho. Desde esta perspectiva, el primer acercamiento será considerar la exclusividad como un elemento natural al contrato[73].

Ahora bien, el pacto de exclusiva aparece como un elemento que adopta el rango de esencial tal como lo indica el artículo 3.g) del Real Decreto 201/2010,

---

71 *Vid.* STJCE de 28 de enero de 1986, asunto *Pronuptia*, considerando 15. Este caso es emblemático porque en él, por primera vez, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se enfrentó a esta figura contractual y ha tenido gran trascendencia en los ordenamientos jurídicos comunitarios. Es de incuestionable interés por la clarificación que ofrece de la figura y, sobre todo, por su incidencia en materia de Derecho de la Competencia.

72 Cfr. RUÍZ-RICO RUIZ, Catalina, *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 119 y ss. En este sentido, señala la autora que, por ejemplo, la franquicia participa del la naturaleza del arrendamiento en tanto corresponde un mantenimiento en el goce pacífico del bien que se traduce en la responsabilidad del franquiciador por las reclamaciones de terceros sobre los elementos franquiciados; entre otros.

73 La doctrina ha discutido sobre la conveniencia de añadir como elemento constitutivo del contrato algún aspecto derivado de la presencia de los derechos de propiedad insdustrial. Cfr. SEQUEIRO MARTÍN, Adolfo, ob. cit., p. 486. Lo que no puede negarse es que el contrato de franquicia engloba una serie de derechos y deberes de distinta naturaleza y que la exclusiva tiene presencia desde distintos frentes.

de 16 de febrero que regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores. La elevación de los pactos de exclusiva a elemento esencial del contrato responde a su valoración como un factor de crecimiento económico, pero puede tener efectos negativos sobre este negocio jurídico, al subordinar su existencia a la incorporación de una cláusula con este contenido. Esta obligación de no hacer, que puede comprometer tanto al franquiciado como al franquiciador, conduce a desmarcar la franquicia de la licencia en general, ya que mientras éstas pueden ser exclusivas o no, el contrato objeto de estudio debe contener, necesariamente, pactos de exclusiva[74]. Sin embargo, de la calificación de los pactos de exclusiva como elementos esenciales del contrato de franquicia no cabe concluir la legitimidad de cualesquiera de sus diversas modalidades, ni siquiera por haber sido objeto de información precontractual puesto que normalmente, el objeto de estas claúsulas implica restricciones territoriales y de las fuentes de aprovisionamiento de modo que se penetra ya en materia de restricciones verticales y aplicación del Derecho de la competencia.

La importancia de la información precontractual sobre esta cláusula es fundamental, porque el franquiciado reducirá sus riesgos económicos al conocer la concurrencia que tendrá con otros franquiciados en el mismo territorio, o si el franquiciador se reserva el derecho a instalar un establecimiento en el futuro. Es por esta razón que el artículo 3.g) del Real Decreto 201/2010 lo considera como contenido esencial. Lo que no queda claro es si este artículo debe ser interpretado en el sentido de que los acuerdos de exclusiva son contenido esencial en el contrato de franquicia o es que tratándose de un elemento natural se convierte en esencial cuando las partes deciden que forma parte del negocio; interpretación por la que me inclino, dado que el propio artículo parece dejar opción a la voluntad de las partes al indicar que "en su caso" las exclusivas serán consideradas esenciales[75].

---

74 Cfr. RUÍZ-RICO RUÍZ, Catalina, ob. cit., p. 127. Remarca la autora que por la condición de presupuesto esencial atribuido por el legislador a los pactos de exclusiva, se impide presumir la no exclusividad salvo pacto en contrario como sucede con la marca.

75 SERQUEIRA considera la exclusiva en la franquicia como un elemento natural del contrato. Señala que suele tener presencia en él como una exclusiva territorial o clientelar con un carácter más o menos restringido pero no de manera necesaria (cfr. ob. cit. p. 487). No obstante, el pese a que el artículo de este autor data del 2010, parece no haber considerado la nueva normativa del Real Decreto 201/2010, con la actual redacción del artículo 3.g).

Del mismo modo, la práctica jurídica demuestra que aunque la exclusiva es un elemento con presencia casi constante en estos contratos, las partes pueden prescindir de su utilización. Por ejemplo, cuando el franquiciador no es productor o fabricante, no se establece una exclusiva de aprovisionamiento. Lo que sí queda claro es que la Porpuesta de anteproyecto de Ley de distribución Comercial en sus artículos 2.6 y 19 construye el concepto de franquicia sobre tres elementos constitutivos entre los que no aparece la exclusiva, a diferencia de la definición que se otorga sobre la concesión mercantil.

En todo caso, las exclusivas más utilizadas en el contrato de franquicia son la exclusiva territorial y la de aprovisionamiento. El uso de este pacto es uno de los acuerdos más importantes en este negocio jurídico, tanto por el *input* positivo que genera sobre la economía de las partes y su efecto en la competencia, como por el riesgo de fraude al sistema y la posibilidad de incurrir en claúsulas abusivas[76].

El franquiciado, pese a gozar de una protección territorial, puede verse afectado por un fraude cometido por su propio franquiciador quien no tiene prohibido, en principio, celebrar contratos afines como una licencia de marca. Esto es, el franquiciador podría pactar una exclusiva territorial y paralelamente una cesión de licencia de marca en la misma zona con otro contratante. Lo importante y que debe quedar establecido desde la fase precontractual, es que la fijación territorial de ejecución del contrato de franquicia debe responder a estudios objetivos de mercado que traten de evitar una saturación de la oferta que ocasione la antieconomicidad de la inversión. Si el franquiciador prescinde de criterios racionales, especialmente cuando se reserva el derecho de instalar un establecimiento integrado en la red de su propiedad en dicho territorio, cabe considerar el pacto de exclusiva territorial como una obligación de no hacer abusiva[77].

---

[76] La naturaleza de la franquicia y sus efectos hace enfocar el pacto de exclusiva como elemento imprescindible. La cuestión de la licitud y juridicidad del pacto debe examinarse detenidamente en el caso concreto para no permitir que se materialice un abuso con su fijación y condiciones. En este sentido, las consideraciones sobre la razonabilidad y conveniencia de la utilización de las cláusulas de aprovisionamiento exclusivo en el contexto del contrato de franquicia y para cumplir los fines del mismo, pueden extenderse a cualquier clase de negocios siempre que en ellos la exclusividad sea necesaria y coherente a los fines del contrato, esto en aplicación de la teoría de las restricciones accesorias. *Vid*. Capítulo Segundo, III, D, 2, b.

[77] Cfr. RUÍZ-RICO RUÍZ, Catalina, ob. cit. p. 131.

El fundamento en el límite a la libertad de elección de las fuentes de aprovisionamiento se corresponde con la necesidad de mantenimiento de una imagen e identidad en todos los negocios que integran la red de franquicias. En estos términos se pronuncio el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su sentencia de 17 de diciembre de 1986, asunto *Yves Rocher,* al admitir que una cláusula de aprovisionamiento exclusivo puede estar justificado cuando tenga por objeto proteger la identidad y calidad de la red, aunque viene negando que la preservación de la homogeneidad puedan justificarla. De hecho, manifestó la Comisión en la Decisión de 12 de julio de 1985, asunto *Velcro-Aplix,* la prohibición en la privación de libertad al negar la posibilidad de aprovisionamiento en condiciones eventualmente más ventajosas de otros fabricantes restringiéndose la libertad de aprovisionamiento y la posición de terceros. Por tanto, la exclusividad en este sentido no debería ser impuesta gratuitamente sin más finalidad que la de asegurar los ingresos económicos del franquiciador. Habrá que valorar, entonces, la contribución a la identificación de la franquicia de los bienes adquiridos o arrendados forzosamente al franquiciador[78].

No se puede sostener que la exclusiva sea un elemento privativo de la categoría de los contratos de distribución, pero sí que tiene especial importancia en ellos, aunque su significación dogmática sea distinta en cada modalidad. Considero que este pacto cumple una función caracterizadora en el contrato de concesión o distribución exclusiva, adquiriendo el rango de elemento esencial en el contrato, de manera tal que no es posible la configuración del negocio con su ausencia. Su eliminación conllevaría necesariamente a la descalificación del contrato como uno de este tipo y originaría el problema de ponderar ante qué tipo de contrato se está, si es que la consideración de la voluntad de las partes permitiesen afirmar, no obstante, la existencia de un negocio entre ellos. Cuestión distinta sucede con la

[78] Cabe decir que normalmente no existe aprovisionamiento exclusivo cuando el franquiciador no es fabricante o productor directo de las mercaderías, ante lo cual dispone de una serie de proveedores que pone en contacto con el franquiciado para que éste pueda adquirirlos. Estableciéndose entre dichos proveedores y el franquiciado una relación jurídica semejante al contrato de suministro. Por otro lado, el aprovisionamiento exclusivo tiene como excepción de que se permitan las denominadas "entregas cruzadas" en cuya virtud, y con la finalidad fundamental de ver salvaguardados los principios de la libre competencia, se establece la posibilidad que tiene el franquiciado de abastecerse de otros miembros de la red de franquicia o de otros distribuidores autorizados, permitiéndose así las importaciones paralelas entre todos ellos. Cfr. HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, *El contrato de franquicia de empresa,* Civitas, Madrid, 2000, pp. 191 y ss.

franquicia, donde la categoría de la exclusiva es la de ser un elemento natural, en la medida que normalmente acompaña este negocio pero las partes pueden prescindir de él si lo estiman oportuno. En este sentido, no es el pacto de exclusiva lo que hace ser a la franquicia, asimismo, tampoco altera la naturaleza jurídica del contrato los acuerdos de compra y venta en exclusiva.

IV. LOS SUJETOS DEL PACTO DE EXCLUSIVA

Dado que, como se ha dicho, el pacto de exclusiva aparece integrado en un contrato base o principal, se entiende que las partes deben tener la capacidad necesaria para realizar negocios jurídicos. En consecuencia, y salvo en los supuestos en los que se requiera una capacidad especial, tanto las personas jurídicas como las físicas podrán ser sujetos obligados o beneficiarios del pacto (artículo 38 CC)[79]. Es importante anotar que siempre debe existir un sujeto pasivo y activo determinado en la exclusiva contractual, esta es una diferencia importante con la exclusiva legal, donde el sujeto pasivo es genérico e indeterminado.

A. Beneficiario y obligado por la exclusiva

Los sujetos que forman parte del acuerdo pueden ocupar la posición de acreedor o deudor, o ambas simultáneamente. Esto se presenta de la siguiente manera; al sujeto activo o titular del derecho de crédito de la exclusiva se le denominará *beneficiario*. Detentar tal posición implica gozar de una situación de privilegio en el mercado donde se desarrollará la actividad negocial pactada. Así, por ejemplo, si se acuerda un aprovisionamiento exclusivo de productos en el contrato de franquicia, implica que sólo el beneficiario podrá proveer de bienes al distribuidor, garantizando la colocación de sus productos, o en el supuesto de un contrato de agencia inmobiliaria en exclusiva, únicamente el

[79] En materia de cesiones exclusivas en derechos de autor, el artículo 44 LPI establece la plena capacidad para ceder y contratar a los menores que sean mayores de dieciséis años siempre que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o la autorización de persona o institución que los tenga a su cargo. Este precepto implica una excepción al régimen común del Código civil, puesto que los menores de vida independiente no estarán sometidos a las limitaciones del artículo 323 CC (consentimiento de los padres) cuando los derechos de autor encajen en la categoría de "objetos de extraordinario valor". Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 52.

agente goza del beneficio de promocionar y vender el bien a cambio de una contraprestación económica. Lo fundamental, como titular del derecho de exclusiva, es que puede hacer valer el poder jurídico conferido para exigir la prestación negativa a su contraparte (que no se aprovisione de otra fuente, que no otorgue a un tercero la posibilidad de vender el bien), es por ello que el sujeto pasivo siempre tiene que estar determinado.

La posición pasiva recae sobre aquel que tiene el deber de cumplir con la obligación de no hacer que implica el pacto de exclusiva, sujeto al que se le llamará *obligado.* No obstante, la exclusiva puede pactarse a favor de una de las partes o de ambas simultáneamente, detentando cada contratante la posición de beneficiario y obligado respecto de su contraparte. Jurídicamente, nada impide que ambas partes adquieran recíprocamente la obligación de no recibir y de no efectuar la prestación para terceros, generando una exclusiva bilateral. Así, por ejemplo, cuando los sujetos tienen que abstenerse en la misma relación uno de vender a un tercero y el otro de no comprar a un tercero.

Cabe señalar que el acreedor en la obligación principal puede asumir la posición de obligado en la relación de exclusiva. Esto se grafica de la siguiente manera, por ejemplo, en un contrato de agencia inmobiliaria en exclusiva donde A es el dueño del inmueble y B es el agente exclusivo de la venta. El primero es el acreedor de la prestación consistente en el encargo de la venta, pero es el deudor del pacto de exclusiva. A al otorgar la exclusiva del negocio, se ha comprometido a no entregar a un tercero el bien objeto de transacción para que sea puesto en el mercado. Así, A es el acreedor de la obligación principal, pero el deudor de la exclusiva. No puede suceder que coincidan ambas situaciones de beneficiario en la relación principal y la accesoria. La posición de titular u obligado dependerá del acuerdo que se establezca en el caso concreto, pudiendo no corresponder con la situación de acreedor y deudor de la obligación subyacente al pacto de exclusiva.

ANDERSON y WEITZ señalan que las partes en una relación comercial pueden llevar a cabo acciones que demuestren su compromiso para con la otra parte, auto-reduciendo la capacidad de efectuar una conducta oportunista (*free riding*) basándose en una sujeción simétrica que les favorece. Bajo esta perspectiva afirman que las cesiones mutuas sirven para equilibrar una situación de dependencia unilateral y convertirla en bilateral, aumentando el

nivel de compromiso de las partes[80]. La contratación de una exclusiva unilateral o bilateral dependerá de la finalidad perseguida.

Un interesante problema planteado por la doctrina radica en dilucidar si esta cláusula, además de ser unilateral o bilateral, sólo prohíbe al obligado a comprar a otros productores o si también comprende la prohibición de fabricar por sí mismo las mercaderías que son objeto del contrato, o gestionar por sí mismo aquello que se encargó en exclusiva. Para un sector de la doctrina española tal limitación parece excesiva puesto que, la función de la cláusula es proteger la competencia de terceros vendedores, pero no limitar la libertad industrial del propio comprador, quien, al fabricar las mercancías objeto de la exclusiva, no celebra ningún contrato con terceros, sino que se limita a desplegar su propio trabajo[81].

El Código civil italiano ha abordado esta cuestión específicamente dentro del contrato de suministro. Así, en su artículo 1567 establece que si en el contrato se pacta la cláusula de exclusiva a favor del suministrador, la otra parte no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza ni, salvo pacto en contrario, puede proveerse con medios propios de la producción de las cosas que constituyen el objeto del contrato.

La solución al supuesto planteado no es tan clara en el ordenamiento español, básicamente por dos motivos; primero, que a diferencia de la doctrina italiana, en España no está regulada expresamente la cuestión, por lo que la decisión quedará a criterio de los Tribunales. De la jurisprudencia examinada, no ha sido posible encontrar alguna que desarrolle el problema de manera completa, ni se ha marcado una línea jurisprudencial al respecto. Esto nos lleva a una segunda dificultad: el límite dependerá de la voluntad de las partes y del tipo contractual; por tanto, la respuesta no podrá ser, en principio, genérica.

En atención a este contenido es que el acuerdo supone una limitación a la libertad de contratar en el aspecto formal de la relación de exclusiva. En este sentido, quizás no importa quien desarrolla la actividad contractual

---

80 Cfr. ANDERSON, Erin y WEITZ, Barton, "The use of pledges to build and sustain commitment in distribution channels", *JMR*, vol. 29, 1992, pp. 310 y ss.

81 Cfr. GARRIGUES, Joaquín, ob. cit., p. 430. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. Basta plantearse el supuesto de que un beneficiario de un pacto de exclusiva, pensando en la garantía que ésta le otorga, decide ampliar su capacidad productiva. Si el concedente inicia una actividad posterior sobre las mismas mercancías, aquél se vería afectado directamente, vaciando de contenido la finalidad del pacto.

competitiva, aunque sea el propio concedente debería quedar vinculado con la exclusiva, pues caso contrario el pacto sería, en cierta forma, inoperante. Se hace necesario reconocer que el privilegiado con el pacto despliega una actividad onerosa para concretar la gestión encargada, la producción del bien o su venta, la ampliación de infraestructura, o lo que corresponda al tipo contractual. Por lo que cabría reconocer, por lo menos, la retribución de los gastos hechos a ese fin. En la práctica pueden presentarse muchos matices dependiendo del negocio jurídico de que se trate, siendo necesario observar la situación bajo el prisma de la buena fe, tal como lo menciona la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1999.

No obstante, es importante no perder de vista la finalidad perseguida por este pacto; se busca una posición de privilegio para beneficiarse de un mayor valor económico a la prestación de la relación principal. Por ello, queda claro que el obligado por la exclusiva ha cedido voluntariamente su libertad contractual en función de un resultado económico determinado, no en contemplación únicamente de un problema de competencia.

B. El interés de las partes en utilizar la exclusiva

La cláusula de exclusiva cumple un papel fundamental en la política comercial empresarial, en las estrategias de penetración en el mercado, la distribución de bienes y servicios, la extensión y difusión de marcas, la explotación de derechos de propiedad intelectual, fidelización del trabajador, entre muchas otras ventajas.

En los contratos mercantiles y civiles se encontrará en primer término, el deseo del beneficiario exclusivista de obtener unos mayores ingresos mediante la monopolización de la explotación de un determinado producto o servicio, sin embargo, los resultados positivos redundarán en ambas partes. El pacto satisface el interés del beneficiario en precisar el análisis riesgo/beneficio de invertir en un determinado negocio. Veamos, por ejemplo, el caso de una exclusiva en propiedad intelectual. La cesión de derechos en exclusiva para la publicación de una obra demanda una inversión económica en la labor de ejecución, al exigir una previsión de ingresos, un estudio de mercado y una consecuente disposición de los medios productivos que se favorecen considerablemente al poder descontar la hipótesis de competencia. De otro lado, el autor cedente verá compensada la pérdida de la posibilidad de publicar, por sí mismo o por otro, la misma obra, mediante la percepción de un precio o comisión superior de la que correspondería a una cesión no exclusiva, en la

manera determinada por las leyes del mercado. Junto a ello, cabe reconocer que, en la mayoría de casos, el autor no cuenta con la experiencia ni los medios necesarios para poner su obra a disposición del público y explotarla por sí mismo. Las mismas consideraciones las evaluará quien quiera convertirse en concesionario, agente, vendedor, etc.

Por otro lado, la cláusula de exclusiva es beneficiosa para todos los participantes de una red comercial, porque, como método de integración vertical, encuentra la superación del problema del parasitismo (*free riding*), al asegurar al distribuidor que su trabajo de captación de clientela se verá recompensado al saber que, en determinada zona geográfica, no habrá ningún otro competidor que pueda ofrecer ese producto. Este problema se presenta en las circunstancias en que un determinado distribuidor, para fomentar el producto, incurre en ciertos gastos de marketing y publicidad para informar a los clientes, capacitarlos en el uso del producto, realizar labores de captación, etc. siendo actividades de las que pueden sacar provecho los competidores sin hacer las inversiones económicas pertinentes. Así, una vez que se ha logrado despertar el interés del cliente, se le ha dado la información y en su caso, la capacitación sobre el bien, éste puede recurrir a otro proveedor, que por no prestar esos servicios (promoción), no incrementó sus costes y por tanto, esta en posibilidad de ofrecer el bien a menor precio. Claramente esta situación poco rentable desincentiva a los operadores que realizan este esfuerzo porque saben que de su trabajo sacarán provecho los competidores. Como ejemplo de *free riding* piénsese en el consumidor que llega a una farmacia en busca de un medicamento de una cierta marca y el dependiente de la farmacia le ofrece un sustituto de una marca distinta, que incluso puede ser la marca de la propia farmacia, con un menor precio para el consumidor. La doctrina económica extiende este argumento planteando que la distribución exclusiva no sólo puede ser utilizada como una herramienta para solucionar este problema, sino que genera un mayor incentivo a la mejora en la prestación de servicios por parte del distribuidor. Esto es, un distribuidor exclusivo, en comparación con un distribuidor multimarca, enfrenta un costo mayor en el caso de que su contrato no sea renovado por lo cual tiene un mayor incentivo a proveer un nivel de servicio acorde a las expectativas del productor. Esto es conocido en la literatura como el argumento de la "lealtad no dividida"[82].

[82] Cfr. KLEIN, Benjamin; LERNER, Andrés, y otros, "Competition in two-sided markets: the Antitrust economics of payment card interchange fees", en *Antitrust Law Journal*, 73,

Junto al *free riding* se logra superar también el problema de la cautividad[83]. Existe determinado tipo de comercio que tiene cierta complejidad técnica y hace necesaria la inversión en infraestructura (maquinaria especial o formación de personal, en general, inversiones de entidad) para su colocación en el mercado. Tales inversiones económicas harán que el comercializador busque relaciones estables de larga duración con el productor para así amortizar los gastos. Si no existiera la posibilidad de realizar un acuerdo vertical entre ellos, el inversor quedaría cautivo de su contraparte, porque éste, conocedor de la necesidad de contratar, podría presionarle para conseguir mejores condiciones en los siguientes abastecimientos[84]. Claramente, este tipo de problemas crean desincentivo para realizar inversiones, lo que conlleva que, al final del camino, sean los consumidores los que resultan afectados. Los bienes o servicios serán de peor calidad, o no tendrán las mismas prestaciones o incluso pueden no llegar a comercializarse si tales inversiones son imprescindibles y nadie esta dispuesto a asumir el riesgo. Ante estos posibles obstáculos, el pacto de exclusiva se presenta como un instrumento eficaz para las partes contratantes. Así, si el distribuidor realiza inversiones y se le conceden exclusivas se garantiza que el proveedor seguirá contratando con él para comercializar en esa zona, en las condiciones que desde el principio se pactaron[85].

Otro beneficio es que la exclusiva, además, está casi siempre asociada a los

American Bar Association, Chicago, 2006, pp. 571 y ss.

83 Detalles sobre la cautividad, ver el *Libro Verde sobre Restricciones verticales*, Comisión Europea, 26 de noviembre de 1998, especialmente los puntos 80 y 81.

84 Otra manifestación de la cautividad se da en los casos en que para una mejor distribución del producto se requiera que el productor ceda y de a conocer a su distribuidor determinados derechos de propiedad intelectual o industrial, o una serie de conocimientos secretos *(know how)* que pueden mejorar sustancialmente la calidad del bien o servicio. La protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial están protegidos por regulaciones específicas que otorgan las exclusivas de explotación. *Vid*. Directriz 116.5 de la Comisión sobre *Restricciones verticales a la competencia* que señala que la utilización de cláusulas de exclusiva en los acuerdos verticales donde están implicados derechos de propiedad industrial e intelectual son beneficiosas para promover la investigación y el desarrollo, sin embargo existen una serie de matices que deben atenderse, sobre todo cuando se está implicado un problema de cautividad.

85 Sin embargo, para considerar que esta restricción de la competencia (que lo da la cláusula de exclusividad) tiene un efecto procompetitivo tiene que existir realmente en el supuesto de hecho el problema de la cautividad pues caso contrario podría no aportarse ningún beneficio y ser más bien perjudicial, tal como se desarrolla en el título III del Capítulo II.

beneficios de la imagen y el buen nombre de la marca. Por un lado, el fabricante selecciona a distribuidores acordes al perfil pretendido para los productos, y el distribuidor rentabiliza su posición con el nombre logrado por el fabricante (imagen de especialista) así como captando la clientela fiel que la marca, el producto o el servicio ya tiene (traspaso de fidelidad). De esta manera, el distribuidor centra sus esfuerzos en comercializar el producto y no tanto en introducirse en el mercado[86].

Además de las ventajas mencionadas para las partes, el pacto de exclusiva cumple con una finalidad de interés público, porque, si una empresa es más eficiente y rentable, su progreso se reflejará en que los consumidores recibirán mejores servicios y precios más competitivos. En materia de propiedad intelectual, se fomentarán las operaciones de edición o producción más arriesgadas: autores desconocidos, obras novedosas de éxito incierto, entre otras, y, en este sentido, se puede decir que propicia el desarrollo de la cultura.

Los acuerdos de exclusividad en el Derecho laboral cumplen una finalidad similar. Por una parte, busca asegurar no sólo el cumplimiento de un deber de no competencia, sino, además, con este pacto se trata de corregir algunos defectos perniciosos del régimen jurídico de competencia desleal. Se pacta y se paga la plena dedicación para fidelizar a determinados tipos de trabajadores, para impedir o tratar de impedir que bajo ciertos supuestos intenten concurrir deslealmente con dicho empresario que sólo podría acudir al despido del trabajador. Luego, impide realizar aquellas actividades que, aunque no sean estrictamente competitivas, sí repercuten en el rendimiento del trabajador y, con ello, asegurar el aprovechamiento de toda su capacidad productiva por una sola empresa.

Una tercera finalidad se encuentra en las relaciones laborales de régimen especial, como la de artistas públicos contratados en exclusiva, que a través del pacto de plena dedicación, se logra la vinculación de la figura del artista a una única empresa. A cambio de una compensación económica superior al promedio, se compromete a no realizar otras actividades, ya sean o no estrictamente calificables como competencia desleal, por cuenta propia o ajena,

---

86 GONZÁLES HERNANDO, Santiago, *Marketing de las relaciones y restricciones verticales en el canal de distribución,* Tesis doctoral, Universidad de Oviedo, Departamento de administración de empresas y contabilidad, abril 2001, pp. 140 y ss.

imponiéndose la obligatoriedad de la dedicación exclusiva a la empresa[87].

C. El carácter intuitu personae *y la posibilidad de cambio de sujetos en la relación*

Interesa plantear ahora si los sujetos que forman parte de la relación pueden ceder sus posiciones contractuales. Previamente conviene saber su calificación como obligaciones de carácter de *intuitu personae.* Para calificar a una obligación como personalísima, habrá que descubrir si la prestación puede ser satisfecha mediante la realización de la actividad debida con independencia de quien sea el sujeto agente. Esta sustituibilidad gira en torno a dos puntos centrales, la conducta a desarrollar por el obligado y el resultado final buscado por las partes[88].

En un negocio jurídico, al determinarlo así las partes, la prestación únicamente puede ser desarrollada por el deudor[89], en tanto toda actuación resulta ser la obra de una persona diferente a las demás, única, y como tal, insustituible. Sin embargo, aquí importa el concepto de fungibilidad. La experiencia demuestra que en muchas ocasiones al acreedor le es indiferente que esa actuación se ejecute por uno u otro sujeto, puesto que lo que se desea es que se cumpla la prestación[90]. La fungibilidad de medios vendría a ser, por

---

87 Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del trabajo*, Universidad de Madrid – Sección de publicaciones, Madrid, 1991, pp. 143 y ss.

88 Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., p. 105.

89 El pago o cumplimiento de una obligación ha de ser desarrollada por el sujeto obligado. Este es el único vinculado a su realización y a quien se le puede exigir; y, en consecuencia, quien puede verificar su cumplimiento. Ello no implica que el ordenamiento jurídico en atención al interés de las partes, en algunos casos, no faculte a un tercero para que lleve a cabo el cumplimiento.

90 Se pueden diferenciar dos situaciones, por un lado, la satisfacción de la prestación con el logro del objeto del contrato a través del cumplimiento de la obligación en la forma estipulada, esto es, realizada por el obligado; y, por otro, la satisfacción del interés del acreedor mediante la actuación de un tercero a través de la cual se logra también -en principio- la finalidad económica del contrato. Los artículos 1098 y 1099 CC señalan que será sustituible el comportamiento del deudor cuando incumple la omisión pactada. Por ejemplo, si se contrata la no construcción de un solar en determinada zona y posteriormente se levanta la edificación, de acuerdo al artículo 1099 CC se puede pedir que se destruya consiguiendo así la finalidad perseguida por el interesado. La ejecución de un tercero lograría el objeto del negocio jurídico y su fin económico. Será sustituible el comportamiento del deudor si incumplida la omisión, se procede a la ejecución forzosa cuando menos en la destrucción de lo que teniendo carácter material se haya realizado contra la prohibición. Cfr. PUENTE MUÑOZ, Teresa, El pacto… cit., p. 112. Sin embargo, aunque la finalidad práctica se haya obtenido (efecto satisfactivo), no se ha

tanto, una suerte de intercambio del comportamiento que tendría que desarrollar el deudor por otra de idéntico contenido, pero ejecutado por un sujeto distinto al obligado. No obstante, existen límites intrínsecos como el carácter personalísimo o *intuitu personae* que algunas prestaciones poseen, haciéndolas depender de las características de los contratantes. En esos casos, el acreedor únicamente logrará satisfacer su interés si la prestación es efectuada por la persona con la que se vinculó. El comportamiento del deudor y el resultado obtenido por éste es, desde todo punto, insustituible para el acreedor. No se puede desconocer, además, que las obligaciones que consisten fundamentalmente en el desarrollo de un determinado comportamiento, a la infungibilidad de los medios se le une la infungibilidad del resultado; por ello, una variación del sujeto agente determina que se altere el fin perseguido[91].

En el pacto de exclusiva la actuación a desplegar consistirá en una abstención, un comportamiento omisivo. Esto ha llevado a afirmar a la doctrina que las obligaciones negativas pueden ser cumplidas o contravenidas, pero en todo caso el único que puede efectuar los comportamientos es el sujeto obligado[92]. Así, nadie puede suplir la falta de inactividad exigida en la obligación ni abstenerse por otro, llevando a clasificar categóricamente este género obligacional como uno de carácter personalísimo e infungible[93].

---

cumplido con la prestación debida, puesto que el resultado surge como un paliativo que contempla la legislación civil, aunque algún autor haya catalogado esta situación como un cumplimiento por tercero. En sentido contrario, FERRER DE SAN SEGUNDO afirma que si es posible que la abstención se observe con plenitud de efectos por persona distinta a la proyectada es porque no existía una absoluta inseparabilidad o inherencia entre el acto solutorio y la persona del deudor constituyente. Dando un paso más allá, afirma que existe un "cumplimiento por tercero" cuando se trate de destruir la obra material realizada en contravención de un pacto, de eliminar los efectos de la actuación jurídica realizada infringiendo el convenio, o de conseguir la reparación pecuniaria de la prestación omisiva incumplida. Desde esta perspectiva, señala, no se puede decir que todas las obligaciones negativas son en todo caso inejecutables por persona distinta del deudor ni a su costa (cfr. ob. cit., pp. 105 y ss.), esta apreciación no es del todo correcta porque no se trata de un cumplimiento sino que tiene carácter de indemnización o solución por el incumplimiento.

91 Cfr. FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, ob. cit., p. 103.

92 El carácter no sustituible de la actividad omisiva viene establecido en el doble ámbito de los medios y del resultado. La infungibilidad de los medios surgirá no tanto porque se hayan tenido en cuenta las características peculiares del deudor en el momento en que fue establecida la obligación (aunque hayan sido tenidas en consideración por el acreedor), cuanto porque una vez que ha sido estipulada la obligación negativa el deudor es el único que posee capacidad solutoria en tanto que sólo él puede omitir, pero no por su especial característica *per se*. Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., pp. 106 y ss.

93 En materia de obligaciones negativas se ha venido sosteniendo su carácter

MANRESA señaló que el silencio de la ley sobre esta cuestión en su relación con la obligación negativa es realmente significativo, puesto que es evidente que la omisión realizada por una persona extraña no cumple con los fines de la obligación. No es posible que un tercero lleve a cabo la actividad solutoria de una prestación negativa, porque las actuaciones del deudor son insustituibles. La razón última de esta conclusión estriba en que resulta infungible el resultado obtenido (una abstención determinada de un sujeto) en este tipo de obligaciones por ser, a su vez, infungible el medio empleado para su consecución[94].

La doctrina no es unánime al calificar al pacto de exclusiva como una obligación *intuitu personae*. En principio, si su naturaleza jurídica es la de ser una obligación negativa, tendría que serlo. Algunos consideran que la exclusiva tiene este carácter por estar constituido sobre el presupuesto de las aptitudes y capacidades personales de los intervinientes[95]. Especialmente en determinados contratos, como por ejemplo, la cesión de explotación exclusiva de derechos de autor. El Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de mayo de 1999, ha señalado que se trata de negocios *intuitu personae*[96] basados en la confianza y extremadamente sensibles a cualquier incumplimiento[97]. Otro sector doctrinal

infungible, no ya porque la contemplación de la persona del deudor haya sido determinante al constituirlas, sino porque resulta imposible realizarlas sin su concurso, deslindar al sujeto de la prestación, puesto que el objeto es su misma conducta. La fungibilidad es una de las clasificaciones jurídicas más evanescentes e inciertas, ya que debe considerarse en atención a la aptitud de la sustitución del sujeto para satisfacer el interés del acreedor ejecutante y por tanto no tiene ningún interés fuera de la relación obligatoria. Cfr. CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer y de no hacer,* Bosch, Barcelona, 1998, p. 90. Incluso, en algunos casos, más que un supuesto de insustituibilidad (necesidad convencional), se presenta una hipótesis de auténtica inseparabilidad (necesidad natural). Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., p. 107.

94 Cfr. MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español,* t. VIII, Reus, Madrid, 1950, p. 245.

95 El pacto de exclusiva tiene un marcado carácter de *intuitu personae,* que alcanza a todo el contrato al que se opone. De ello se deduce la resolución del acuerdo por muerte, quiebra o cese del negocio por alguna de las partes. Cfr. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín, ob. cit., p. 430.

96 Entiende PUENTE MUÑOZ, Teresa (cfr. *El pacto*… cit., p. 116) que la concesión de la exclusiva se produce precisamente teniendo en cuenta las condiciones personales del cesionario de la exclusiva, de quien, en definitiva, va a depender la difusión del producto en el mercado. La nota de la fiducia es, pues, elemento constante que determina la concesión.

97 Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, "Comentario al artículo 48", en *Código de Derecho del consumo*, Madrid, pp. 736 y ss. No obstante, si lo que quisiera el legislador es tutelar un interés absolutamente *intuitu personae* en este tipo de contratos, ni el autor, ni el cesionario

sostiene, en cambio, que no se puede presumir esta característica y que sólo tendrá lugar cuando las partes así lo hayan pactado[98].

Conviene, en primer lugar, establecer a qué se hace referencia con el término *intuitu personae*. DÍEZ-PICAZO señala que utilizar esta figura implica que la persona o las condiciones personales de cada uno (o de uno) de los contratantes ha operado como móvil determinante para la conclusión del contrato[99]. En general, se puede afirmar que se contrata con determinado sujeto en consideración a sus aptitudes o su especial disposición[100]. En las obligaciones personalísimas o *intuitu personae* se establece una relación jurídica con un determinado sujeto que no puede ser sustituido para desarrollar la actividad requerida.

Así visto, podría argumentarse que una obligación personalísima implicaría siempre un *facere*, un saber hacer con esa especial aptitud de la que se goza; el sujeto cuenta con determinadas cualidades que hacen que sólo él puede ejecutar el contenido de la prestación[101]. Bajo esta perspectiva, las obligaciones negativas no podrían adquirir esta característica, puesto que no se trata de desplegar actividad alguna, sino, más bien, de omitir un ejercicio o acción. Cuestión distinta será si el pacto de exclusiva se vincula además a una

común, ni con mucho mayor motivo, el exclusivista podrían ceder, en ninguna forma (exclusiva o no) su posición contractual. En este sentido, el interés del articulo 49 LPI no reside en que sea precisamente el cesionario quien explote la obra, sino que sea él (permaneciendo como deudor), quien garantice que el autor recibirá su remuneración, que la obra se publicará y distribuirá, por sí o por otro, pero conforme a lo pactado.

98 No todas las obligaciones negativas son personalísimas, en el sentido de consideración de las especiales condiciones de deudor, ni tampoco infungibles ya que hay supuestos en que la omisión es realizada por persona distinta al deudor, sea o no técnicamente un tercero respecto de la relación obligatoria (sirva como ejemplo la actuación a través de representante) por lo que no será exacto hablar de inseparabilidad entre la persona del deudor y el acto debido como característica insoslayable de este tipo de obligaciones. Cfr. FERRER DE SAN SEGUNDO, María José, ob. cit., p. 123.

99 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos*… cit., p. 879.

100 Cfr. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho usual,* tomo II, Heliasta, Buenos Aires, 1981. Voz: *intuitu personae.*

101 Cuando se utiliza la denominación "prestación personalísima", nos referimos, por lo general, a las obligaciones positivas. En este sentido, el principal artículo del Código civil que regula esta clase de obligaciones, esto es, el artículo 1161 se refiere a obligaciones de hacer. Cfr. CECCHINI ROSELL, Xavier, "El incumplimiento de la prestación personalísima por imposibilidad sobrevenida consistente en la muerte del deudor", en Libro *homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia y Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, Murcia, 2004, pp. 1034.

obligación de tipo positivo, en donde lo que interesa es un resultado concreto; esto es, no sólo, por ejemplo, que no compre a terceros, sino que, además, represente, publicite, venda, entre otras. En este caso, al requerirse una actividad positiva basada en determinadas condiciones personales que llevan a pactar la exclusiva, es válido afirmar que se pacte *intuitu personae*. Dicho esto, se puede afirmar que la cláusula de exclusiva no es un pacto basado en las cualidades personales de los agentes. No obstante, ello no implica que no pueda pactarse que así sea, o aunque no se pacte, adquiera tal naturaleza por estar integrado en un contrato que goza de tal característica.

El Derecho español no presume el carácter personalísimo en las obligaciones, aunque estipula en el artículo 1258 CC que puede derivar de la naturaleza del contrato. En este sentido si, por ejemplo, se realiza un contrato de arrendamiento de servicios con pacto de exclusiva en la actividad de un cantante, no será necesario que se indique que la exclusiva adquiere carácter *intuitu personae,* puesto que tal particularidad se obtiene por ser el contrato principal uno de naturaleza personal e intransferible. Se puede afirmar, entonces, que la configuración del carácter personalísimo del pacto dependerá de la obligación principal al cual está añadido.

Lo importante, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2005, será examinar la declaración de voluntad emitida por las partes, la naturaleza del contrato y las circunstancias concretas en las que se realiza el negocio jurídico. En esa pronunciamiento se exigió para el mantenimiento del contrato, la presencia del gerente para mantener la exclusivdad en la prestación del servicio, tal como expresamente se había establecido en el contrato. No obstante, considero que, *per se,* la cláusula de exclusiva no es un pacto de naturaleza personalísima, aunque quizás en la mayoría de los casos las cualidades del sujeto se presentan como un factor determinante para la inclusión de la cláusula. Ello es así porque se añaden obligaciones de contenido positivo subordinadas a la existencia de la exclusiva. Entonces, el contrato en el que se integra el pacto hace que éste adquiera el matiz de personalísimo –si fuera el caso– y no que la exclusiva *per se* sea quien otorgue este carácter al contrato del que pasa a formar parte.

Esta situación suele ser frecuente en los contratos entre artistas y sus representantes exclusivos, por ejemplo cuando el *manager* es una sociedad, pero el artista desea la permanencia de una determinada persona física en concreto dentro de esa organización que sea quien se ocupe de sus asuntos, vinculando la exclusiva a esa condición para la vigencia del contrato. Así se

indicará en el acuerdo que es una exclusiva *intuitu personae*, pudiendo resolverse el negocio si la persona designada deja de formar parte de la empresa. No obstante, también cabe que se acuerde una representación exclusiva y que, sin embargo, no sea *intuitu personae,* por ejemplo, cuando la exclusiva es con una casa discográfica, sin importar quien ejecute la representación físicamente.

Cuando la cláusula integra un contrato de distribución comercial, afirma la doctrina actual, casi con unanimidad, que ésta tiene carácter de confianza pero no de *intuitu personae*[102]. Como se ha visto, la exclusiva adquiere especial relevancia en ese tipo de acuerdos. Se afirma que el cumplimiento de las prestaciones no incide sobre las cualidades personales de las partes, aunque sus características habrán sido, normalmente, tomadas en consideración en la perfección del contrato, sin que de ello pueda deducirse automáticamente la presencia del *intuitu personae*. Ello es así porque casi siempre se está ante contratos en los que las partes son personas jurídicas en las que la relevancia de la consideración del elemento personal adquiere una difícil concreción[103]. En este sentido, el artículo 15.1 de la Propuesta de anteproyecto de Ley de Distribución Comercial establece la posibilidad general de cesión del contrato por parte del distribuidor, aunque con el necesario consentimiento del proveedor, pero sin establecer peculiaridades por el hecho de la presencia de un deber de exclusiva.

Una consecuencia importante que se deriva del carácter personalísimo de la obligación negativa, y por tanto, se aplicaría al pacto de exclusiva, es la insusceptibilidad de su transmisión[104]. No obstante, la jurisprudencia demuestra que es posible que este acuerdo se transmita junto con el negocio jurídico principal en el cual está integrado, tanto a través de cesiones de posición contractual como ventas de empresa tal como se manifestó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1985[105]. El artículo 1112 CC

---

102 Cfr. SOTO ALONSO, Ricardo, ob. cit., p. 61

103 Cfr. SEQUEIRO MARTÍN, Adolfo, ob. cit., pp. 489 y ss.; en el mismo sentido, SOTO ALONSO, Ricardo, ob. cit,. p. 61, al afirmar que los contratos de distribución están basados en la confianza, aunque no puede decirse que sean personalísimos, ya que los factores que conforman esta caracterísica son esencialmente instrumentales y se refieren a la capacidad técnica, profesional o financiera del distribuidor.

104 Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., p. 107.

105 Considera la doctrina que, en general, para que se pueda vincular con este tipo de prestación a los terceros adquirentes del crédito, e incluso a los herederos, se requiere que así

admite, con carácter general, que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes si no se ha pactado lo contrario. Las obligaciones negativas y dentro de ellas, el pacto de exclusiva no son, por tanto, ajenas a esta posibilidad ampliamente configurada, siempre que ello no suponga una alteración del contenido contractual y permita el título constitutivo[106].

En este sentido, GARCÍA AMIGO entiende que todo contrato, cuya naturaleza no le dé carácter personalísimo en sus prestaciones, es cedible, y lo es como un todo, porque la cesión está amparada en un principio general y porque no es contraria ni a la ley, ni a la moral[107]. Por ello, la transmisibilidad de la exclusiva, en principio, no debería plantear especiales problemas al estar sujeta al régimen general de la transmisión de las obligaciones cuya regla es la de su posibilidad. Las particularidades de este pacto y las distintas posiciones doctrinales, obligan a detenerse en este punto.

1. Cambio en el beneficiario del pacto

La transmisión de la relación contractual puede derivar de un negocio *inter vivos* o *mortis causa*[108], produciéndose en el último caso al suceder al causante favorecido por dicho crédito a la omisión. Ello cuando la relación jurídica estaba vigente y no era natural o convencionalmente personalísima, por lo que no se ha extinguido con su muerte (artículos 659 y 1257 CC)[109]. Si se compra una empresa que ostenta la posición de beneficiario del pacto de exclusiva,

---

se haya establecido expresamente en el negocio constitutivo, o bien que sean esas obligaciones de nuevo estipuladas, sin embargo, esta posición no es del todo compartida y la jurisprudencia no ha decidido siempre en esta línea. Cfr. *Ibidem.*

106 Además de la cesión del derecho, cabe también la cesión de su ejercicio, para obtener la rentabilidad económica que de ello se deriva. No hay duda que ha de admitirse el usufructo del derecho a una obligación negativa, porque el artículo 469 CC *in fine* no lo prohíbe, y como se ha dicho, no todas las obligaciones negativas son personalísimas o intransmisibles.

107 Cfr. GARCÍA AMIGO, Manuel, *Las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Tecnos, Madrid, 1965, p. 302.

108 La prestación negativa, salvo que se haya establecido como estrictamente personal, es perfectamente transmisible a los herederos. Cfr. LUNA SERRANO, Agustín, "Comentario al artículo 1088", en *Comentario al Código civil*, VVAA, Ministerio de justicia, II, Madrid, 1991, p. 3.

109 Esa cesión puede establecerse a cambio de precio o en pago de deuda. En este último caso normalmente se configurará como *pro soluto* dada la naturaleza de la obligación negativa, en la que es posible aseverar su existencia y legitimidad.

cabe una sustitución vía cesión gratuita u onerosa, que no extinguirá la obligación salvo que así se declare o resulte incompatible (natural o convencionalmente) con la prestación originaria (artículo 1204 CC). En los contratos de distribución exclusiva de automóviles, por ejemplo, se califica la relación como una de carácter *intuitu personae,* aunque se trate de personas jurídicas, lo que exige la previa comunicación y conformidad del proveedor en caso de una cesión parcial o total del contrato. La falta de consentimiento se contempla como causa de incumplimiento del distribuidor que puede dar lugar a la resolución unilateral del contrato.

No obstante, la doctrina no es unánime. Por un lado, se entiende que en todos los casos la cesión tendrá que ser notificada al obligado, aunque no se requiere su consentimiento. La abstención del deudor no quedará, en principio, modificada en absoluto por aquella transmisión, se deberá omitir exactamente igual, solo que los efectos favorables de su abstención recaerán, total o parcialmente, en un tercero originariamente no previsto[110].

En sentido contrario, GARRIGUES señala que si quien transmite la empresa es el beneficiario de la exclusiva, resulta excesivo que el obligado por la cláusula siga vinculado por ella, sobre todo en los supuestos en que el beneficiario sea un fabricante, porque puede no inspirar la misma confianza que el productor anterior. En todo caso, entiende que sólo cabría una transmisión del pacto de exclusiva cuando hay cambio de titularidad de empresa y, en ningún caso, cuando se trata de un contrato independiente[111]. Está claro que el traspaso de una empresa beneficiada con una exclusiva tiene por finalidad establecer las condiciones económicas adecuadas y las expectativas de las que gozaba el anterior titular. La inclusión de este pacto dentro del esquema negocial viene a reconocer que ésta es transmitida como una unidad de organización, en la que se incluyen los valores intangibles. A falta de estipulación en contrario, son considerados en su globalidad por las partes contratantes[112].

El beneficiario del pacto puede ceder parte de su privilegio a través de lo que se conoce en Derecho comparado como la *subexclusiva.* En ella, el

---

110 Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*… cit., pp. 847 y ss.

111 Cfr. GARRIGUES, Joaquín, ob. cit., p. 435.

112 Cfr. HERNANDO CEBRIÁ, Luis, *El contrato de compraventa de empresa,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 461.

adquirente de mercaderías puede, por ejemplo, conceder la reventa de los bienes también en régimen de exclusiva, asumiendo la posición de suministrante. Esto ocurre en la práctica cuando el volumen de ventas es enorme y lleva consigo la transferencia del riesgo. En técnica jurídica, toma la forma de un subcontrato y, como consecuencia, habría que aplicar los principios que a éstos les rigen. Claramente, será impedimento, igual que al primer contrato, que esté pactada en régimen de confianza[113].

El Tribunal Supremo en la Sentencia del 14 de junio de 1985 sentó doctrina en esta materia. El conflicto surgió por el incumplimiento del pago de un contrato de compraventa de maquinaria y utillaje de industria con una cesión de venta de productos de confitería en exclusiva. Los demandados, entre otros motivos, alegaron que ello era consecuencia del incumplimiento contractual del cedente (beneficiario) al no otorgar la exclusiva pactada en la cláusula séptima. La controversia se resuelve aplicando el artículo 1529 CC. En este sentido explicó el Tribunal Supremo que la obligación asumida fue la cesión de la exclusiva de venta de los productos de confitería que tenía concertados en distintos establecimientos. Asimismo, determina la mera obligación del cedente a garantizar al cesionario la existencia y validez de los derechos, como la exigibilidad del contrato por parte del contratante cedido, pero no a garantizar al cesionario el posterior resultado de la exclusiva. Por tanto, para el cumplimiento de la obligación convenida, le es suficiente revelar que hizo una válida cesión o transferencia al cedido. Deja claro el Tribunal Supremo que no cabe imponer la responsabilidad del cedente por la negativa en la recepción de los productos (salvo que hubiere una obligación impuesta expresamente). A partir de la cesión, se origina una relación directa entre el cesionario y el cedido, incumbiendo a aquél defenderlo mediante el ejercicio de las acciones correspondientes como consecuencia de haberse subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente[114]. No obstante, es preciso recordar que la doctrina jurisprudencial en las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2000 y 19 de septiembre de 2002, ha

113 Cfr. PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El pacto*… cit., p. 129.

114 Entiende el Tribunal Supremo que al encerrar el pacto de exclusiva una mera obligación de no hacer, impone la necesidad de una conducta de omisión. Considera que para reconocerla incumplida por el que haya cedido, se requiere la acreditación de una conducta positiva por su parte. Por ejemplo, en el caso concreto, obstaculizar que los productos de confitería fueran comercializados a través de los distintos establecimientos. *Vid*. STS de 14 de junio de 1985.

señalado que para que sea efectiva la cesión deben concurrir las tres partes en el negocio jurídico, y que el consentimiento puede ser anterior, coetáneo o posterior. Sin el consentimiento del afectado por el cambio de deudor, no existe cesión, ha dicho el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de diciembre de 1997, siendo el consentimiento el requisito determinante para la eficacia de la cesión contractual[115].

Lo interesante de la doctrina jurisprudencial es que se reconoce abiertamente la posibilidad de transmitir la exclusiva. Además, específicamente, señala que será transmisible el derecho y la obligación de exclusiva, con la única limitación que el contrato esté pactado *intuitu personae.* Puede interpretarse que el Tribunal Supremo considera que el negocio adquiere la característica de personalísimo sólo cuando se ha previsto de ese modo, en cuyo caso, la regla es la intransmisibilidad.

2. Cambio en el obligado de la exclusiva

Este segundo supuesto presenta alguna complejidad mayor, sobre todo cuando media un pacto de exclusiva pensado en las cualidades y circunstancias especiales del sujeto que debe realizar la prestación debida. Suele ser, por lo general, no una conducta meramente abstencionista, sino que viene aparejada de obligaciones positivas, anejas y subordinadas[116]. Si el obligado por la exclusiva transfiere su empresa, la doctrina afirma que será necesario que el contrato haya previsto la obligación de transmitir el pacto a todo adquirente, en cuyo caso, el concedente de la exclusiva responderá si no se asumen las responsabilidades derivadas de la cláusula. A falta de previsión, otro camino es que el nuevo adquirente de la empresa formalmente se obligue a asumir la exclusiva, renaciendo el pacto bajo la forma de estipulación a favor de

115 En la STS de 6 de noviembre de 2006, sobre un acuerdo de distribución en exclusiva, se negó la eficacia del contrato no por la existencia del pacto de exclusiva, si no porque no pudo probarse el consentimiento de una de las partes para la subrogación de la posición contractual.

116 Esta transmisión también pude producirse *inter vivos* o *mortis causa*. En el primer caso, puede adoptar distintos tipos: expromisión, asunción de deuda, delegación. En el segundo caso, puede generarse bien por imposición testamentaria del causante al heredero de obligación negativa, bien por la sucesión del causahabiente en la obligación de esa índole convenida inicialmente por él. El cambio de deudor por convenio *inter vivos* requerirá del consentimiento o ratificación del acreedor. La transmisión sucesoria de una obligación negativa no, salvo que se haya pactado expresamente. Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos…* cit., pp. 847 y ss.

tercero[117].

La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto. En la Sentencia de 9 de febrero de 1965, el Tribunal Supremo resolvió sobre una transferencia de empresa, siendo el vendedor el obligado por la exclusiva. Admitió que la explotadora de un manantial de aguas sea traspasada con la carga generada por el pacto. Se estableció expresamente que: "el segundo contrato, celebrado entre el adquirente y el transmitente de la empresa obligada por la exclusiva, precisamente por los efectos relativos y personales que le asigna el artículo 1275 CC, no puede borrar ni extinguir lo que el obligado ha pactado con anterioridad a favor del exclusivista local de la venta de agua, no pudiendo adquirir por el contrato de arrendamiento más derechos de los que a la sazón estaban en poder y posesión de la sociedad arrendadora, sin posible extensión a aquellos de que se había desprendido anteriormente y, cuyo respeto, le incumbe hasta su legal extinción que por si sólo el arriendo no puede producir". El criterio aplicado por el Tribunal es la regla *nemo iuris ad alium tranferre potest quan ipse haberet,* nadie puede transmitir más de lo que tiene, y como consecuencia de ello, se adquiere con las limitaciones del derecho cedido.

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2005, versó sobre una resolución del contrato por incumplimiento de los objetivos pactados. Por lo que nos interesa ahora, importa resaltar que el Tribunal reconoce un quebrantamiento de la relación, debido al cambio del gerente de la entidad concesionaria desde su jubilación hacía dos años. Este argumento se utilizó para justificar la aceptación de la denuncia unilateral del contrato de duración indeterminada. En el caso concreto, aunque la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos y el Tribunal Supremo no especificaron los términos exactos acordados por las partes, todo parece indicar que se estipuló expresamente la presencia del gerente (ahora jubilado) para el mantenimiento del contrato de distribución en exclusiva. Ahora bien, difícilmente puede afirmarse en este caso la existencia de un cambio en el deudor de la exclusiva, puesto que Talleres San Pedro no cedió su posición contractual. Sin embargo, al decidir las partes que la figura del gerente era primordial, el Tribunal Supremo concede la resolución afirmando que se trata de un negocio de confianza *intuitu personae,* y además, porque prima la voluntad de las partes manifestada en el acuerdo contractual. Tal alteración

117 Cfr. FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, ob. cit., pp. 180 y ss.

sirvió como causa para que no proceda indemnización alguna por el desistimiento unilateral, dado que, tal como lo afirma el Tribunal Supremo, el demandante provocó la extinción de la relación. Aún así, no deja de ser llamativa la ponderación como vinculación del *intuitu personae* y no como un contrato sujeto a condición resolutiva.

El contrato de distribución exclusiva o concesión, como muchos otros en los que media este pacto, puede tratarse efectivamente de relaciones fiduciarias, donde la confianza se transforma en un motivo determinante de la voluntad y en causa del contrato. Técnicamente, el cambio del obligado a dar cumplimiento de la prestación, puede implicar una excesiva onerosidad económica en el cumplimiento del contrato o una desaparición de la base del negocio a causa de la modificación de las circunstancias que las partes habían tenido especialmente en cuenta para contratar, con la consecuencia jurídica de la resolución, si no es posible la adaptación del contrato.

Actualmente, el *intuitu personae* que fundamenta esta clase de relaciones no depende exclusivamente de la concurrencia de circunstancias subjetivas en la persona física o jurídica que contrata con el proveedor, sino que atiende a la concurrencia de ciertos requisitos objetivos, técnicos, comerciales, de solvencia patrimonial y de prestigio de la empresa. Por este motivo, una alteración subjetiva en alguna de las partes no debería justificar, por sí sola, un quebrantamiento de la confianza que inspira el contrato, hasta el punto de que no podría hacerse valer como justa causa que autorice la resolución sin coste, salvo que se demuestre que realmente existe una alteración objetiva de la comunidad de intereses entre las partes[118] .

Una aportación que viene desde el enfoque económico, presenta, sin embargo, otra postura. Desde ese sector, afirman que en el estudio de los canales de distribución la confianza es primordial y es un antecedente del relacionalismo[119]. Las empresas perciben la relación como un activo que, por su carácter, forma parte de su planificación estratégica. MACNEIL propone que el camino hacia un vínculo entre el comprador y el vendedor caracterizado por la existencia de relacionismo se puede alcanzar a través de múltiples vías, puesto

---

118 Cfr. FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, ob. cit., pp. 180 y ss.

119 Relacionismo es una corriente moderna que asegura que los acuerdos entre compradores y vendedores no son meramente contractuales. Se utiliza este concepto para definir la situación de integración estratégica, que comienza cuando cada una de las empresas involucradas tiene una responsabilidad en el éxito de la otra.

que la relación esta orientada al largo plazo y se extiende más allá de una mera compraventa[120]. En esta dirección, IGLESIAS afirma que la probabilidad de que el fabricante en una relación de intercambio acepte un acuerdo con una cláusula de exclusiva territorial es mayor cuando la relación se caracteriza por un elevado grado de relacionalismo[121]. Bajo esta visión económica, el cambio en cualquiera de los sujetos de la relación contractual sería causa suficiente para dar por terminado el contrato, puesto que el relacionalismo da un paso más allá del mero vínculo contractual.

3. Especial énfasis en el cambio de titular en los derechos de explotación de la propiedad intelectual

La doctrina es unánime al reconocer que la inmaterialidad de la obra intelectual, no es obstáculo para que el derecho de autor sea considerado como un derecho de propiedad. Así queda reconocido explícitamente en los artículos 419 y 428 CC y en la normativa específica de propiedad intelectual, Real Decreto legislativo 1/1996 de 12 de abril[122]. Se atribuye al titular el derecho de gozar y disponer de su creación, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (cfr. artículo 348 CC), así como la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra (cfr. artículo 2 LPI)[123]. El creador es el único que

120 Cfr. MACNEIL, Ian, *The new social contract. An inquiry into modern contractual relations,* Yale University Press, Nueva York, 1980, pp. 64 y ss.

121 Cfr. IGLESIAS ARGÜELLES, Víctor, GONZÁLEZ HERNANDO, Santiago y TRESPALACIOS GUTIÉRREZ, Juan Antonio, "Exclusividad territorial y satisfacción en los canales de distribución", en *Revista española de investigación de marketing,* vol. 7, nro. 2, Esic, Madrid, 2003, pp. 7 y ss.

122 El Real Decreto legislativo 1/1996 de 12 de abril, del Texto Refundido de la Ley de Propiedad de intelectual cuenta con varias modificaciones de muy diversa envergadura: Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Ordenación Económica por la que se introduce una disposición adicional quinta y se modifica el artículo 158 referido a la Comisión de propiedad intelectual; las derivadas respectivamente de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial; de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad intelectual, y la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas. Las dos primeras leyes son una transposición de la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, y la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. La tercera Ley traspone tardíamente al Derecho español una disposición concreta, el artículo 5.1 de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

123 Dos son los requisitos que debe reunir una obra para ser considerada objeto de protección a través del derecho de autor. En primer lugar, debe tratarse de una obra original y,

puede disfrutarla y explotarla, de manera que puede prohibir su utilización a cualquier sujeto o autorizarla a quien considere conveniente[124]. En definitiva, tal como se extrae del artículo 17 LPI y del artículo 54.2 de la Ley de Economía sostenible, el reconocimiento de una exclusiva legal otorga el derecho de autorizar y prohibir[125].

La experiencia demuestra que los autores de alguna obra intelectual, casi siempre, recurren a la intervención de un tercero ajeno al hecho mismo de la creación, para que lleve a cabo la explotación del derecho[126]. La ley lo regula a través de la figura de la cesión, que tiene un significado específico en la práctica de los derechos de propiedad intelectual. Implica una trasmisión de las facultades de carácter patrimonial o derechos de explotación sobre una obra, una invención, una marca o cualquier material protegido por la propiedad intelectual, y no simplemente la transferencia de un crédito por cobrar[127].

La cesión puede realizarse con carácter de exclusiva[128]. No obstante, su

---

en segundo término, debe haber sido expresada por cualquier medio.

124 El autor de la obra adquiere derechos de propiedad intelectual por el simple hecho de la creación. Quiere esto decir que, a diferencia de otros derechos de exclusiva, como las patentes o marcas que están sometidas a un registro de carácter constitutivo, el derecho de autor y la exclusiva aneja, se adquiere por el simple hecho de la creación, con independencia de su registro. El depósito de la obra en el Registro de la Propiedad Intelectual, llegado el caso, tiene carácter potestativo y posee meros efectos probatorios.

125 Junto a la exclusiva se reconoce un derecho de participación (artículo 24 LPI), que otorga un tanto por ciento del precio que las obras plásticas puedan alcanzar en las sucesivas reventas a través de profesionales o empresarios en el mercado del arte, el derecho de remuneración por copia privada (artículo 25 LPI), así como la remuneración por alquiler de audiovisuales y la comunicación pública de las mismas (artículos 90.2,3 y 4 LPI).

126 La explotación de la obra intelectual implica, casi siempre, la intervención de sujetos distintos al autor, porque se trata de posibilitar su utilización colectiva o, incluso, masiva, lo que lleva a que tal explotación revista, en la mayoría de los casos, carácter industrial y empresarial. Cfr. MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 181.

127 Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 211 y ss. *Vid*. Docuemnto UNCITRAL A/CN.9/631/Add.1, Introducción, sección B, Tecnología y reglas de interpretación.

128 Conviene resaltar que un sector doctrinal considera difícil configurar la cesión en exclusiva de derechos de explotación como una auténtica cesión, como acto por virtud de la cual el cesionario se coloca en una posición idéntica a la del concedente, porque en realidad, no son situaciones iguales. Es posible enfocarla como una sucesión constitutiva del cedente como titular de un derecho madre, del cual nace o se constituye un derecho hijo, diferente, a favor del cesionario. Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, ob. cit., p. 71 y ss. En el mismo sentido, ÁLVAREZ DE BENITO, Pedro, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, Reus, Madrid, 2003, pp. 311 y ss.

contenido ha sido calificado de insatisfactorio por la opinión de un amplio sector doctrinal, debido a las deficiencias técnicas y sistemáticas que presenta[129]. Muestra de ello es que no se obtiene una interpretación pacífica de la materia en cuestión, y no se resuelven los verdaderos problemas de los contratos en exclusiva sobre los derechos de explotación, tema que apenas ha merecido la atención de los autores y, por otro lado, su alegación ante los tribunales y aplicación por éstos es reducida y, casi siempre, superflua.

El derecho que la norma de Propiedad Intelectual concede al autor, como ocurre en cualquier derecho subjetivo, esta integrado por un haz de facultades que, en su caso, mediante su cesión o transmisión a terceros, pueden adquirir autonomía con respecto a aquel derecho subjetivo originario, transformándose cada uno de ellos, en una facultad. De manera que, lo que originariamente constituye un único derecho a favor del autor integrado por múltiples facultades, se convierte en una multiplicidad de derechos autónomos[130].

La cesión de derechos en exclusiva está regulada en los artículos 48 y 49 LPI. Por su disposición sistemática, despliegan sus efectos sobre los restantes contratos especiales del mismo Título: el contrato de edición, el de representación teatral y ejecución musical. Sin embargo, en aplicación del principio de especialidad, la regulación propia de estos contratos se impondrá en lo que se oponga a lo dispuesto en los preceptos mencionados[131]. Por otro lado, es preciso considerar que la cesión en exclusiva de los derechos de explotación de obra intelectual se rige por el principio básico en el Derecho patrimonial español de la autonomía de la voluntad, enunciada en el artículo 1255 CC.

El autor cedente (obligado) conserva una serie de derechos de explotación. Desde luego, todos aquellos que no haya cedido, y, respecto a los cedidos conserva un derecho de control en el ejercicio, en virtud del cual puede obligar al cesionario (beneficiario) a poner todos los medios para la efectividad de la explotación. Por otro lado, el hecho de que, normalmente, el cesionario asuma

---

129 Cfr. SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 43 y ss.

130 Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de…,* cit., p. 20.

131 En la regulación de estos contratos se incluyen algunas reglas especiales sobre la exclusiva. Así, el artículo 88 LPI dispone que, por el contrato de producción de obra audiovisual se presumirán cedidos en exclusiva al productor los derechos de reproducción, derogando así la necesidad de expresión manifiesta ordenada por el artículo 48 LPI.

obligaciones principales, además de pagar la correspondiente remuneración, convierte a estos contratos en mixtos, con un componente de arrendamiento de servicios o de obra.

La norma básica de la cesión en exclusiva es el artículo 48 LPI, que tiene como principales mandatos que la exclusividad debe otorgarse expresamente con ese carácter (no se presume), salvo la presunción inversa que se impone en normas especiales, como la relativa a los autores asalariados regulada en el artículo 51.2 LPI, a las obras audiovisuales recogidas en los artículos 88 y 89 LPI, o incluso la normativa sobre creaciones publicitarias del artículo 21 Ley General de Publicidad, Ley 34/1998 de 11 de noviembre. En estos acuerdos, a falta de pacto por escrito, se presume que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de la especial relación[132]. En el artículo 48 LPI, a semejanza con el artículo 1137 CC, no parece necesario que en el pacto se emplee la palabra exclusiva, sino que del acuerdo se desprenda que sólo el cesionario puede explotar la obra, que el cedente no puede explotarla en concurrencia con el cesionario, etc.[133]. Del mismo modo, no excluye la aplicación de los artículos 1281 CC y siguientes, sobre la interpretación de los contratos[134]. Pese a todo ello, de no ser posible resolver la duda sobre la presencia de la exclusiva, se podrá calificar al contrato como nulo si se considera como esencial el carácter

---

132 Ha de acotarse que no es fácil determinar que debe entenderse por "actividad habitual" del empresario. La doctrina señala que se debe recurrir al criterio del objeto social, de la práctica ordinaria y, además, al criterio de la especialidad del trabajador creador para dirimir los casos dudosos (cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual…* cit., p. 165 y ss.). Cuando media una relación laboral no se trata de un contrato de transmisión de derechos de autor propiamente dicho, pero se configura como un supuesto especial y excepcional cuya existencia determina la consecuencia de una cesión exclusiva de derechos a favor del empresario por las obras creadas en virtud de dicha relación. Lo que se admite es que sólo se trata de las obras que, o bien han sido encargadas *ex professo* por el empresario a su trabajador aunque no tenga cabida actual en su objeto habitual de negocio, o bien han sido creadas dentro de la actividad habitual de la empresa, ya por encargo del empresario, ya por iniciativa del propio trabajador. Pero no es aplicable la norma del artículo 51 LPI a toda obra creada por un trabajador durante el tiempo de vigencia de su contrato de trabajo. Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA José Miguel, ob. cit., pp. 78 y ss.

133 Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, "Comentario al artículo 49", en *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual,* Coord. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, p. 378.

134 Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual*… cit., p. 158. En sentido contrario y a favor de la interpretación estricta, ÁLVAREZ DE BENITO, Pedro, ob. cit., pp. 315 y ss.

del privilegio.

El artículo 48 LPI contempla la frase "expresamente". Se ha manifestado que puede entenderse en el sentido que lo expreso no es contrario de lo implícito, sino de lo presunto. Ello facultaría el empleo de los elementos de interpretación subjetiva destinados a investigar la voluntad implícita de los contratantes[135]. Esta versión, pese a alejarse del significado literal del término usado por la ley, parece el más acorde a su *ratio*. Sin embargo, si los elementos interpretativos conducen a una exclusiva tácita, puede el cedente cuya conducta sea excusable, impugnar el contrato por error. El mismo remedio cabe para el cesionario que no supo expresar con debida claridad el pacto de exclusiva. Así ocurrirá cuando la economía del contrato revele que el negocio sólo es viable con la exclusiva[136].

Con el pacto de exclusiva en la cesión, el obligado acepta no explotar la obra en los términos acordados con el beneficiario, so pena de incurrir en una infracción civil o penal. Además, debe garantizar la autoría y originalidad de la obra de la que responde, sea o no autor el cedente, y debe asegurar el goce pacífico de los derechos concedidos, no otorgando subsiguientes cesiones incompatibles y acudiendo a la llamada en garantía ante pretensiones de terceros.

Del otro lado, el beneficiario no adquiere un derecho ilimitado que absorbe todas las facultades de las que disponía el autor. En primer lugar, a diferencia del cedente, queda obligado a poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate. Es decir, el beneficio de la exclusiva regido por la Ley de Propiedad Intelectual, implica no sólo obtener un derecho a explotar excluyendo a otros, sino que incluye, además, un deber positivo que es la obligación de hacerlo, de acuerdo a

---

135 No obstante, señala que no cabría utilizar los recursos integradores de la interpretación objetiva, mediante la cual, el intérprete debe buscar una voluntad abstracta, una voluntad que los contratantes presumiblemente tuvieron al concluir el contrato, según las circunstancias de objeto, naturaleza y lugar. Se cierra, entonces, el paso a los remedios interpretativos/integrativos recogidos en los artículos 1284, 1286 y, sobre todo, 1287 CC, así como *a fortiori* el artículo 1258 CC. Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, ob. cit., pp. 729 y ss.

136 Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, "Comentario al artículo 43", en *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual,* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), pp. 760 y ss.

los usos propios del tráfico y del carácter de la obra[137].

Asimismo, salvo pacto en contrario, el cesionario tiene la facultad de otorgar autorizaciones[138] no exclusivas a terceros, tal y como lo indica el artículo 48 LPI. Sí está obligado a solicitar el consentimiento expreso del autor o cedente para transmitir a otro su derecho exclusivo del artículo 49 LPI, caso contrario la Ley de Propiedad intelectual dispone como consecuencia que el nuevo cedente (primer beneficiario) no se liberará de sus obligaciones, sino que seguirá respondiendo junto con el nuevo cesionario de forma solidaria. Todo parece indicar que el propio hecho que el segundo cesionario responda ante el primer cedente, demuestra que el segundo contrato de cesión es válido y eficaz[139].

Esta necesidad de consentimiento de la transmisión por el primer cedente queda excluida en el caso de que la transmisión se produzca como consecuencia de la disolución o el cambio de titularidad de la empresa cesionaria, como se contempla en el tercer párrafo del artículo 49 LPI. Esto es así porque de lo contrario ocurriría que las empresas, sobre todo las editoriales, en el momento de cambio de titularidad o disolución se quedarían sin el fondo constituido por este tipo de derechos y, precisamente, los contratos que ostenta en exclusiva. No poder transmitirlos implica que se quede sin intangibles, lo cual sería una distorsión enorme en el tráfico de empresas editoriales. Esta sitacuión repercutiría en detrimento del beneficio económico de los autores, y, además, en perjuicio de las empresas editoriales.

Del mismo modo, aunque la norma no lo prevea expresamente, parece que la excepción debe comprender otras subrogaciones legales en la posición del

---

137 Decir que la exclusiva incluye la obligación positiva de hacer, esto es, de explotar efectivamente la obra, no implica que la naturaleza jurídica de la figura cambie, que mute de negativa a positiva. La exclusiva sigue siendo una obligación negativa puesto que se verifica desde la posición del obligado, que es el cedente. El cesionario que goza del pacto, es el único con autorización a sacar provecho económico de la obra y se impone legalmente la obligación de hacer efectiva la ejecución del derecho asignado.

138 El concepto de autorización no está definido en la Ley. La doctrina mayoritaria considera que constituye un sinónimo de cesión. Cfr. CANAVILLAS MÚGICA, Santiago, ob. cit., pp. 824 y ss. En el mismo sentido se afirma que de acuerdo a la Ley se llama "cesión" cuando quien otorga el derecho es el titular original, y "autorización" si proviene del causahabiente de aquél, pero los efectos serán prácticamente iguales. Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *La cesión…* cit., p. 76. Por otro lado, la Sociedad General de Autores y Editores española (SGAE) señala que la autorización es una cesión no exclusiva de los derechos de autor. www.sgae.es/tipology/faq

139 Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, ob. cit., pp. 735 y ss.

cesionario (fusión en el caso de una persona jurídica, o fallecimiento, si se trata de una persona natural, a favor de su heredero, artículo 42 LPI). En cuanto a la disolución, la norma de Propiedad Intectual parece estar pensando en los procesos de liquidación propios de la disolución de personas jurídicas, incluidos los supuestos concursales. Piénsese en el caso de algunas empresas como cinematográficas, donde los derechos de autor en exclusiva constituyen muchas veces la parte más importante de su activo patrimonial. En tal caso, los derechos de autor podrán integrarse en los procesos de ejecución del patrimonio de la empresa sujeta a concurso.

En realidad, las particularidades de los contratos sobre propiedad intelectual hacen que la cuestión de aplicar a la cesión en exclusiva, directa o analógicamente, las normas referentes a los contratos regulados en el Código civil sea complicado. Se requiere un acercamiento con mucha cautela, comprobando si el precepto en cuestión se corresponde con la finalidad económica y composición jurídica del concreto negocio[140]. Lo que cualifica la cesión como exclusiva no es la subrogación del cesionario en la posición del cedente, aunque se aprecien semejanzas entre ambas posiciones sino la atribución de un *ius prohibendi*, de una facultad de exclusión del cesionario. Lo que importa establecer es, cuál es el alcance de dicha facultad que otorga la exclusiva puesto que el objeto de la cesión coincidirá con el ámbito de la exclusividad, siempre que no existan derechos preferentes anteriores que interfieran con dicho objeto. De este modo, el objeto de la cesión son unos derechos concretos en un tiempo y espacio determinados.

Es interesante comparar el patrón de conducta del cesionario exclusivista con la del cesionario ordinario en el sentido de plantearse si el pacto incrementa o varía las obligaciones comunes. En una primera lectura, la reglamentación del artículo 48 LPI aparenta ser menos rigurosa que la propia de las cesiones ordinarias, pues, mientras éstas parecen contener pautas de responsabilidad objetiva (cfr. artículos 64.1, 78.1 y 81.1 CC), o si se quiere, de resultado, el segúndo párrafo del artículo 48 LPI da la impresión de conformarse con que el exclusivista ponga los medios para la efectividad de la explotación, se consiga o no la publicación y distribución de la obra en el tiempo y modo pactados. Ahora bien, ello impide una justa protección de los intereses legítimos que se encuentran en juego, sobre todo, considerando que

140 Cfr. *Idem*, p. 732

en la cesión en exclusiva, el autor depende en mucha mayor medida que en una cesión ordinaria de la actividad desarrollada por el cesionario. Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 48 LPI lejos de suponer una flexibilización del régimen ordinario, establece una obligación al cesionario de cumplir con las obligaciones no sólo expresadas en esos preceptos sino también, que el incumplimiento de cualquier obligación accesoria o circunstancial, o el incumplimiento levemente defectuoso o retardado de las principales (si ponen de manifiesto desidia o negligencia), pueden servir de fundamento para la acción resolutoria.

Así visto, la diferencia entre una cesión en exclusiva y una que no ostente tal privilegio es no sólo notoria sino, además, trascendente. El cesionario sin exclusiva sólo tiene un derecho de crédito frente al titular de un derecho de autor para disfrutar personalmente de algún aspecto de la obra, pero no podrá oponerse a su utilización por terceros. Esto es, adquiere el derecho a utilizar la obra en los términos de la cesión (modalidad, espacio y tiempo) en concurrencia con otros cesionarios no exclusivos e incluso con el propio cedente. Es por ello que el interés que el autor manifiesta frente al cesionario en exclusiva tiene tanto o más valor que frente al cesionario común. En efecto, las cualidades del cesionario son, sin duda, más relevantes para el autor en la cesión en exclusiva, en la que se establece en una relación más intensa e interdependiente entre los contratantes que en la cesión ordinaria, en la que el autor goza, en caso de no agradarle la labor del cesionario, de la posibilidad de emprender él mismo o ceder a un tercero la explotación concurrente de la obra.

a. Delimitación de la cesión en exclusiva

La independencia original de los derechos económicos del autor y la especialidad de las transmisiones puede dar lugar a que existan múltiples titulares de derechos exclusivos sobre una misma obra. Con todo, la vida comercial no permite que dicho fenómeno sea frecuente porque los titulares de derechos exclusivos tienden a asegurar la efectividad y operatividad de su inversión con la adquisición de todas las modalidades referidas a uno o varios derechos de explotación, no pactando normalmente una cesión de mínimo alcance material. Sin embargo, se debe tener en cuenta que dependiendo del derecho de autor de que se trate, puede ocasionar mayor o menor complejidad la venta del sopote material de la obra. Esto es, el cedente, propietario del soporte, puede venderlo a un tercero después de haber otorgado una cesión exclusiva de derechos, puesto que, tal venta no implica un choque con la cesión otorgada. No obstante, si la venta del soporte supone un obstáculo a ejercicio

de los derechos cedidos, el beneficiario del pacto podrá exigir responsabilidad contractual al cedente obligado (artículo 1101 CC *in fine*).

La cesión de los derechos de autor ha de delimitarse en tres planos distintos: el temporal, el espacial y el relativo a las modalidades de uso o explotación. En cada uno de estos planos, el autor establecerá qué parte su derecho es transmitido. Así, por ejemplo, podrá ceder los derechos por un día, un año, diez o incluso hasta los setenta años *post mortem*[141]. En principio, la duración de la exclusiva será la misma que la de la cesión a la que se añade[142]. Sin embargo, nada impide que la exclusiva tenga una menor duración que la cesión para asegurar la no concurrencia de competidores durante la primera fase, por ejemplo, de lanzamiento de la obra. Igualmente, podrá limitar el territorio a las zonas que estime oportunas. Si nada se dice sobre el ámbito territorial del contrato, quedará reducido al país en que se realice la cesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.2 LPI[143]. Se podrá decidir ceder sólo el derecho de reproducción y/o el de distribución, o sólo alguno de los mencionados en el artículo 17 LPI porque las dimensiones de su total derecho patrimonial sobre la obra son ilimitadas.

Junto a ello, la exclusividad de la cesión ha de interpretarse a favor del autor, puesto que el artículo 43.1 LPI establece que la cesión queda limitada al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen[144]. Conviene tener

---

141 La propiedad ordinaria o sobre bienes materiales carece de todo límite temporal, salvo el derivado de la propia desaparición o destrucción de su objeto, pero ese no es el caso del derecho de autor. Actualmente la duración del derecho de autor esta fijado en un periodo de tiempo que concluye a los setenta años después de la muerte del autor, tal como la establece el artículo 26 LPI.

142 Existen reglas especiales, como la del artículo 75.1.2 LPI, que determina que el plazo de duración los contratos de representación en exclusiva no podrían exceder de cinco años.

143 Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, "La copia privada de las obras audiovisuales", en *Estudios sobre la Propiedad intelectual,* Reus, Barcelona, 1995, pp. 483 y ss.

144 En este mismo sentido, el segundo párrafo del artículo 43 LPI establece otra serie de presunciones legales, por las que, a falta de mención del tiempo de cesión ésta se limita a cinco años; el ámbito territorial limita éste al país en el que se realice la cesión y la falta de expresión específicamente y de modo concreto de las modalidades de explotación, limita la cesión a la que se deduzca necesariamente del propio contrato y que sea indispensable para cumplir con la finalidad del mismo.

presente que el ámbito de actuación exclusiva de todo cesionario debe quedar claramente definido, no sólo en cuanto a la forma de la explotación, sino por las coordenadas espaciales y temporales. La peculiaridad del derecho de autor es que permite concebir la coexistencia de muchos usuarios simultáneos de la misma obra y de explotaciones de un mismo derecho en diferentes países o en tiempos sucesivos, sin que por ello sean incompatibles. Puede haber tantos cesionarios en exclusiva como derechos y modalidades diferentes puedan ser transmitidos.

b. Incompatibilidad de cesiones de exclusiva

Diseñado un ámbito material, espacial y temporal de disfrute de los derechos exclusivos, es posible acometer el estudio de la colisión de derechos otorgados por el mismo cedente a sus sucesivos cesionarios, interesando especialmente los que afecten a las cesiones exclusivas. Puede presentarse conflictos entre el cesionario de la exclusiva y terceros al gozar de un derecho total o parcialmente incompatible. Estos terceros pueden ser de dos tipos: por un lado, aquellos que adquieren una facultad del autor de la obra colisionando con el exclusivista; otros, que adquieren un derecho del cesionario y se topan con el autor de la obra a la extinción del contrato de cesión en exclusiva. El primer supuesto es el que nos interesa., que a su vez puede plantear distintas cuestiones donde importa averiguar si se trata en realidad de situaciones incompatibles y, dado el interés del cesionario en exclusiva de ser el único en explotar la obra, cuáles serían sus opciones.

— *Cesión no exclusiva otorgada previamente a la cesión exclusiva,* la situación que aquí se presenta es aquella en la que el autor cede en un primer momento la explotación de uno o varios derechos a un primer cesionario sin el privilegio de la exclusiva, esto es, sin el monopolio en la explotación. Posteriormente, el cedente otorga la explotación de sus derechos a un segundo cesionario pero en calidad de exclusivista beneficiario.

La doctrina jurisprudencial indica que el cesionario en exclusiva puede optar por anular el contrato si es que no tenía conocimiento de la cesión en exclusiva previa, o si lo considera más acorde a sus intereses podrá esperar a que caduque el derecho del primer cesionario. En estricto, tendrá que respetar la cesión anterior, no pudiendo hacer valer su derecho de exclusiva. Así lo han señalado las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1962 y 9 de febrero de 1965 aplicando el aforismo jurídico *Nemo plus iuris, ad allium transferre potest quam ipse haberet,* que es, además, la solución que otorga la

ley alemana, fuente jurídica de la Ley de Propiedad intelectual[145]. De esta forma, el derecho cedido previamente por el autor se mantiene en vigor, salvo que medie pacto contrario entre las partes.

— *Cesión no exclusiva otorgada con posterioridad a una cesión exclusiva,* esta es la situación inversa. El autor otorga la exclusiva a un primer cesionario en exclusiva y, posteriormente, cede la explotación del mismo derecho a un tercero pero sin el privilegio del monopolio que otorga el pacto bajo estudio. El cesionario en exclusiva puede recurrir al incumplimiento contractual y, adicionalmente, solicitar el cese de la actividad ilícita como viene indicado en el artículo 139 LPI. Esto implica que prevalece la situación del cesionario exclusivista, en este sentido señala la doctrina que la exclusiva afecta al tercero aunque hubiera contratado de buena fe[146]. En efecto, el artículo 139.4 LPI sólo considera inatacable, frente al ejercicio de las acciones que protegen los derechos de autor, la posición del tercero de buena fe que adquiere ejemplares para uso personal. Los adquirentes y cesionarios para uso mercantil sufrirán, en cambio, las consecuencias de las mencionadas acciones: suspensión de la explotación infractora, retirada del comercio, destrucción o adquisición por el cesionario a precio de coste de los ejemplares ilícitos, etc. Evidentemente, los cesionarios podrán dirigirse contra el autor, por incumplimiento contractual.

— *Exclusivista vs. exclusivista*, la figura en este supuesto se basa en el otorgamiento de dos exclusivas a cesionarios distintos por el mismo tiempo y en el mismo espacio. Dado que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual no resuelve este conflicto, sería de aplicación el artículo 1473 CC, en este sentido señala Rodríguez Tapia que primaría el título más antiguo, tendría que ser preferido el derecho del cesionario que primero haya inscrito en el Registro, si no el derecho del cesionario que primero haya entrado en posesión si fuera de buena fe, esto último ha de entenderse en el sentido que, se ha entrado en posesión cuando se le haya entregado el derecho al cedente y, si

---

145 Artículo 33 de la Ley alemana federal de 1965: "Un derecho de uso no exclusivo, concedido por el autor antes de haber concedido un derecho exclusivo de uso, se mantendrá en vigor respecto del titular de este derecho de uso exclusivo, a falta de cualquier acuerdo en contrario, entre el autor y el titular del derecho no exclusivo".

146 Cfr. FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela, "Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo acerca de la lesión del crédito causada conjuntamente por el deudor y un tercero", en *Revista de Derecho Patrimonial*, Mayo, 2000, pp. 501 y ss.

medió escritura pública, al otorgamiento de ésta[147].

IV. CARACTERES

A. Cláusula limitativa de la libertad contractual

El pacto de exclusiva es una obligación negativa que supone para el deudor una limitación de su libertad contractual. Mediante su inserción en un negocio jurídico se logra que el concedente no se vincule con determinados terceros, creando una prohibición donde antes había un poder[148].

La libertad contractual es quizás la manifestación más característica de la autonomía de la voluntad, materializa la expresión en el ámbito negocial de la libertad o autodeterminación que supone que los acuerdos jurídicos son plenamente efectivos y vinculantes para las partes simplemente porque así lo han querido, porque es fruto de una coincidencia de voluntades individuales[149]. En este caso, la limitación se corresponde con el interés buscado por las partes ante la expectativa de un incremento patrimonial ante la posibilidad de obtener una situación que podría calificarse de monopolio. Se afirma por ello que el fin primario es la eliminación de competidores y el aseguramiento del mercado, no siendo extraña la incidencia de disposiciones que sobre esta materia se crea tanto a nivel nacional como comunitario e internacional en materia de Derecho de la competencia.

La obligación que se genera con el acuerdo de exclusiva debe cumplir los requisitos previstos en los artículos 1271 a 1273 CC relativos al objeto del contrato; esto es, se debe tratar de un comportamiento lícito, posible y

147 Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *La cesión*… cit., pp. 266 y ss.

148 Se genera una estipulación muy próxima al pacto de no concurrencia, aunque éste despliega sus efectos generalmente en la relación entre empresas y no en la relación entre sujetos particulares.

149 La autonomía de la voluntad conlleva el reconocimiento por parte del Estado de una esfera de poder propia de los individuos en que no puede inmiscuirse, de manera que éstos pueden regular sus relaciones contractuales con amplia libertad. Quiere ello decir que la libertad contractual tiene un doble aspecto en cuanto a la intervención estatal: por un lado, delimita un campo en que ésta está vedada, dejándolo al arbitrio de los particulares; por otro, requiere una intervención positiva para sancionar el incumplimiento por una de las partes. Cfr. FERRI, Luigi, "La autonomía privada", *RDP,* trad. SANCHO MENDIZÁBAL, Luis, Madrid, 1969, pp. 10 y ss.

determinado, aunque su ejecución sea presente o futura. En este punto es interesante resaltar que se considera ilícito el compromiso absoluto de anularse como parte contractual; comprometerse a no ejercer industria o profesión alguna, de no competir e incluso de no vender, etc. Mas, como se analizará posteriormente, será lícito si tales limitaciones son razonables en el tiempo y en el espacio. De cara al derecho de la competencia se tendrá que evaluar si tal restricción de la libertad del potencial competidor otorga más beneficios que perjuicios al mercado nacional y comunitario.

B. Cláusula convencional

Las obligaciones negativas pueden surgir de una fuente legal, convencional o extracontractual de acuerdo al artículo 1089 CC. El origen de la cláusula de exclusiva bajo estudio sólo puede ser de carácter convencional, aquella que nace por el acuerdo voluntario entre las partes en uso de su autonomía de la voluntad, enmarcada en la libertad de pactos recogida en los artículos 1255 y 1091 CC[150]. La exclusividad que nace de la norma, o "exclusiva legal" en la que sólo el titular de un determinado derecho tiene la facultad de aprovechar el privilegio económico y jurídico que tal monopolio otorga y que, debido a las normas generales del ordenamiento, deben constituirse en supuesto excepcional y solamente admisible en los casos tipificados por la ley nacional y comunitaria[151].

No cabe duda que la exclusiva como acuerdo voluntario goza de especial trascendencia en los contratos de concesión, suministro, compraventa, arrendamiento y agencia. No obstante, en materia de propiedad intelectual ofrece un matiz especial puesto que se combina la exclusiva convencional con la exclusiva legal. De hecho, es posible una explotación con esta cláusula porque previamente la norma ha reconocido una exclusiva legal al titular del derecho.

---

150 En el Derecho de obligaciones el principio de autonomía de la voluntad se concreta en una serie de libertades particulares según los distintos elementos que constituyen el fenómeno contractual, entre ellas tenemos la libertad de elegir al co-contratante, la libertad de forma en la manifestación de la voluntad negocial, la voluntad de concluir o no el contrato. En fin, la libertad de determinar su contenido normativo y subjetivo. Cfr. GARCÍA AMIGO, Manuel, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual,* Tecnos, 1965, Madrid, pp. 53 y ss.

151 El fenómeno de la exclusiva no tiene nada que ver con el cártel de empresas. En ese género, dos o más empresas en directa competencia se reparten el mercado al que proveen de productos o servicios similares a través de acuerdos explícitos o de prácticas acordadas. Estas conductas no pueden ser calificadas como pactos de exclusividad.

Este es el caso de la exclusiva legal contemplada en el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, de Propiedad intelectual, que en su artículo 2 establece que el contenido del derecho de propiedad intelectual es la atribución al autor del derecho exclusivo a la explotación de su obra en tanto creador. Le otorga el monopolio por un determinado espacio de tiempo, de manera tal que el titular es el único que puede disfrutarla y explotarla[152]. Puede prohibir su utilización a cualquier sujeto o autorizarla en los términos que considere pertinentes (*ius prohibendi*)[153]. Lo interesante de la exclusiva en materia de propiedad intelectual es que se presenta tanto en su vertiente legal como contractual. La exclusiva legal se reconoce en el artículo 2 LPI, y el artículo 17 LPI concede al autor el privilegio monopolístico en la explotación. La exclusiva convencional es reconocida en los artículos 48 y 49 LPI, ante la posibilidad de ceder los derechos de explotación de la obra a un tercero a través del acuerdo voluntario entre las partes, lo que la Ley denomina "cesión en exclusiva", que no es otra cosa que una cesión con pacto de exclusividad.

Otro claro ejemplo de la exclusiva legal se regula en la Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre, donde el titular del signo es el único que puede utilizarla, explotarla y, a su vez, licenciarla o no en exclusiva. Señala la Ley en su

---

152 Así lo reconfirma el artículo 17 LPI, que atribuye al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación y la necesidad de contar con su autorización para reproducir, distribuir, comunicar o transformar su obra. La Ley de Propiedad Intelectual atribuye también un derecho de exclusiva de explotación a otros derechos de propiedad intelectual como a los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus actuaciones (cfr. artículos 105 a 113), a los productores de fonogramas (cfr. artículos 114 a 119), a los productores de grabaciones audiovisuales (cfr. artículos 120 a 125), a las entidades de radiodifusión sobre sus transmisiones (cfr. artículos 126 y 127), a los realizadores de meras fotografías (cfr. artículo 128) y a los editores sobre sus ediciones (cfr. artículos 129 y 130). Salvo el derecho de los artistas sobre sus actuaciones (que se le reconoce una actuación personal creativa), estos otros derechos de propiedad intelectual no contienen ninguna facultad personal o moral. Se trata de puros derechos patrimoniales. La razón radica en que el derecho de autor deriva de su creación, mientras los demás derechos de propiedad intelectual derivan de su producción, esto es, se protege intereses empresariales. Cfr. VVAA, *Manual de Propiedad*…cit., p. 35. Es conveniente mencionar que tras la trasposición de la Directiva 96/9/CE, sobre *la protección jurídica a las bases de datos*, se ha incorporado a la Ley de Propiedad Intelectual (cfr. artículos 133 a 137) el derecho *sui generis* a favor de los fabricantes de bases de datos. El derecho de exclusiva que atribuye a su titular sólo comprende las facultades especialmente reconocidas por el artículo 133 LPI como contenido del mismo: los derechos o facultades de extracción y de reutilización.

153 La propiedad intelectual engloba distintos tipos de monopolios legales sobre creaciones artísticas, científicas y comerciales protegidas por el sistema legal. Cfr. RAYSMAN, Richard, PISACRETA Edward y ADLER Kenneth, *Intellectual Property Licensing: Forms and Analysis,* Law Journal Press, Nueva York, 2008, pp. 30 y ss.

artículo 90 que el registro del nombre comercial de la marca confiere el derecho exclusivo a utilizarlo en el tráfico económico, pudiendo, además, prohibir que los terceros, sin su consentimiento la utilicen con cualquier finalidad (artículo 34). La Ley de Marcas, entonces, reconoce también ambos tipos de exclusividad. De esta forma, si no se tiene una licencia para utilizar la marca registrada que confiere potestades exclusivas, se deberá restituir de todos aquellos enriquecimientos que hayan sido obtenidos mediante la usurpación de un bien ajeno a través de su uso, disfrute, consumo, disposición o enajenación ilegítima[154].

Por otro lado, la utilidad de este acuerdo se ha manifestado también en otras ramas, como en el Derecho laboral denominado por el artículo 21, apartados primero y tercero del Estatuto de los Trabajadores como pacto de plena dedicación, que en esencia es el mismo pacto de exclusiva aplicado en los demás contratos privados civiles y mercantiles.

1. La exclusiva contractual en la propiedad intelectual

El artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad intelectual regulado en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, establece que el contenido de esta propiedad se integra por derechos de carácter personal y

[154] Declarada la infracción del derecho de exclusiva del titular, resultaría ilógico que el infractor no tuviese que restituir a este último en su posición jurídica mediante el pago de la correspondiente regalía que le debería haber satisfecho por el uso lícito de la marca, cuando terceros que han negociado con aquél para poder usar la marca conforme a derecho están pagando un precio por compartir el monopolio legal del titular marcario. Al titular de la marca le corresponde el provecho de la fuerza atractiva de la misma mediante la venta de productos propios y también, mediante su concesión, en productos ajenos. Desde el mismo instante en el que se realiza una intromisión no consentida en su derecho, se produce una reducción de su capacidad patrimonial sin que necesariamente tenga que haber una equivalencia entre lo que el titular pierde y lo que el infractor gana, y ni siquiera es absolutamente necesario que el infractor haya obtenido un beneficio económico derivado de su actividad ilícita. En efecto, la Ley de Marcas establece un criterio de indemnización en concepto de lo que denomina lucro cesante, que consiste en el precio de licencia que el infractor le debería haber pagado por el uso de la marca conforme a derecho. Se trata de una ficción jurídica prevista por el legislador que, en realidad, tiene como propósito restituir la intromisión en el ámbito del provecho exclusivo que otorga la marca a su titular, y que presupone que éste ha concedido una licencia al infractor. Una de las ventajas empresariales implicadas en el monopolio exclusivo que la Ley confiere al titular de una marca se encuentra el derecho a recibir una regalía o *royaltie* como compensación por permitir a otros, ya sea mediante licencia exclusiva o simple, su utilización en el mercado, repartiendo el rendimiento económico que la explotación del signo supone. Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis, *El contrato de compraventa de marca*, Ed. Comares, Granada, 2008, pp. 47 y ss.

patrimonial, atribuyendo al autor la plena disposición y la exclusividad en la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la ley[155]. Así, el autor, por el sólo hecho de la creación artística o de la exposición de sus ideas o hallazgos científicos, adquiere una posición protegida por la ley, que le reserva en exclusiva determinada serie de posibilidades de actuar en relación a su obra y, sobre todo, el monopolio de su manifestación, que alcanza su máxima expresión con la publicación o divulgación, pudiendo ser objeto de cesión en su vertiente de contenido económico.

En los países de tradición continental, como España, el derecho de autor se descompone en una serie de facultades heterogéneas, tanto patrimoniales como personales[156], que permite caracterizar este derecho como uno de los más peculiares de todo el ordenamiento[157]. El autor tiene derecho a obtener, por un lado, cuantos rendimientos de índole económica se deriven de la utilización de su obra en cualquier modo y, al mismo tiempo, puede hacer valer la defensa de intereses puramente personales frente a quienes se sirvan de su creación[158]. Es, pues, una unidad compuesta de derechos morales[159] y

---

155 Este texto, en cierta medida, parafrasea el artículo 348.1 CC a pesar de existir una diferencia de matiz entre ambos preceptos que radica en el derecho subjetivo que otorga cada tipo de propiedad. Ver LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Comentario al artículo 2", en *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Tercera edición, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 25 y ss.

156 Los derechos personales también llamados "morales", se caracterizan por las notas de irrenunciabilidad, inalienabilidad e indisponibilidad, siendo nulo el pacto o contrato que suponga transmisión o renuncia.

157 La teoría monista es la que en los últimos años domina la opinión que acepta que la obra es un bien económicamente explotable y a la vez un producto del espíritu. Tiene su ubicación en una zona mixta entre los derechos patrimoniales y los de la personalidad, formando una unidad indisociable de intereses del autor reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico. Así, el derecho de autor no es ni un derecho patrimonial ni uno de la personalidad en el sentido corriente. Se trata de un derecho de propia naturaleza con facultades interdependientes de explotación económica y de protección de la personalidad del autor. Tal es la opinión que, según entiende la doctrina, sirve de base a la norma de propiedad intelectual. Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Comentarios al artículo…", cit., p. 28.

158 No obstante, la concesión *ope legis* al autor del derecho exclusivo a la explotación de la obra que realiza el artículo 2 LPI no se halla fundada o justificada por un derecho de carácter personal, sino por la originalidad de la producción literaria o artística, de allí su carácter pecuniario. Tal faceta del derecho de autor es renunciable (a diferencia de la vertiente moral), pudiendo el autor mismo abandonar su obra al llamado dominio público en el momento de sacarla a la luz o posteriormente, de modo que todos pueda hacer uso de ella. Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, en "Comentarios…" cit., p. 31.

159 La utilización de esta denominación ha sido no pocas veces criticada, fundamentalmente porque conllevaría la existencia de supuestos derechos amorales o

patrimoniales. Así lo entendió hace mucho tiempo el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de mayo de 1975, al afirmar que cualquiera que sea la naturaleza del derecho de autor otorga a su titular dos tipos de facultades, unas que pudiéramos llamar de utilización, que le confieren el derecho a publicar la obra y disfrutarla económicamente, reproduciéndola, ejecutándola o poniéndola en el comercio, constituyendo verdaderos derechos patrimoniales. Otras que deberíamos llamar de exclusión, que le confieren la defensa de su paternidad espiritual y la integridad de la creación legitimándole para oponerse a cualquier modificación[160]. Si bien el fundamento de la exclusiva legal y la convencional responde a causas distintas, en uno u otro caso, *mutatis mutandis*, buscan la misma finalidad desde el enfoque patrimonial: maximizar el valor del objeto al eliminar la competencia de terceros en su explotación, y en este sentido no existe un instrumento jurídico más idóneo que la exclusiva puesto que su efecto es la creación de un monopolio[161].

La importancia en la regulación de la propiedad intelectual se debe, entre otros factores, a su valor desde una perspectiva económica[162]. Los autores de

inmorales. Quizá se trata de recordar que frente a los derechos patrimoniales existen otros de carácter inmaterial, y la denominación de derechos morales se debe a la arraigada contraposición entre lo pecuniario y lo moral. Sería posible considerar, incluso, que el derecho moral en realidad no existe, sino que responde meramente a una necesidad clasificatoria sin ninguna relevancia jurídica o institucional. Cfr. OLLERO TASSARA, Andrés, "Los llamados derechos morales del autor en los debates parlamentarios", en *Propiedad Intelectual: Aspectos civiles y penales,* Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 43 y ss.

160 En el mismo sentido, ver SSTS 14 de octubre de 1963, 3 de diciembre de 1982 y 9 de diciembre de 1985.

161 En materia de propiedad intelectual reconocer la explotación en exclusiva al titular de la creación permite que éste obtenga beneficios que se consideran como incentivos para la creación, además de asociarse a cubrir los gastos de tiempo, investigación y desarrollo que se ha invertido para concluir una determinada obra. Afirma García Martín que los autores de una creación intelectual han comprobado que las posibilidades de obtener un rendimiento patrimonial en compensación a su esfuerzo creativo ha aumentado de forma progresiva. Este incremento implica grandes inversiones empresariales para al explotación de las creaciones. Cfr. GARCÍA MARTÍN, José Lorenzo, "La noción de la explotación en las creaciones intelectuales", *RDP,* 1994, p. 907. Así, la explotación no es otra cosa que el ejercicio efectivo de un derecho orientado hacia la obtención del mayor rendimiento. Cfr. LÓPEZ JACOISTE, José Javier, "La idea de la explotación en el Derecho civil actual*", RDP*, 1960, p. 359. Cfr. RAYSMAN, Richard, PISACRETA Edward y ADLER Kenneth, *Intellectual Property Licensing: Forms and Analysis,* Law Journal Press, Nueva York, 2008, pp. 30 y ss.

162 Cfr. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Colección de estudios de Derecho Privado, ed. Comares, Granada 1999, pp. 102 y ss. Si hay algo que caracteriza la explotación de las obras es que consiste en una actividad mercantil lucrativa,

una creación intelectual han comprobado que las posibilidades de obtener un rendimiento patrimonial en compensación a su esfuerzo creativo han aumentado de forma progresiva con el pasar de los años[163]. Dentro del derecho patrimonial del autor se distinguen dos categorías de derechos: los exclusivos y los de simple remuneración. Interesa ahora enfocarnos sólo en el primero de ellos y su tratamiento en la norma de Propiedad Intelectual.

Los derechos reconocidos en el artículo 17 LPI tutelan las formas tradicionales de explotación de las creaciones intelectuales. Se mencionan de forma expresa los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, definidas en los artículos 18 a 21 LPI. No importa que alguna facultad no quede incluida en esas cuatro categorías, ya que, aunque las mismas comprenden casi todas las formas de explotación, cualquiera otra de ellas quedará integrada en el derecho de autor (cfr. artículos 348 y 428 CC), incluso las hipotéticas futuras de que sea susceptible la obra (cfr. artículo 43.5 LPI).

Estas facultades de carácter económico comprendidas en la propiedad intelectual son atribuidas por la Ley de Propiedad Intelectual de forma exclusiva al autor, es decir, son típicos derechos de exclusión pero que no surgen de ningún acuerdo previo sino que nacen por mandato legal. En este sentido, la norma específica será la Ley de Propiedad intelectual, y a ello contribuye también el artículo 428 CC al establecer que el autor de una obra literaria, científica o artística, tiene derecho a explotarla y a disponer de ella a su voluntad. El autor posee de esta forma un verdadero monopolio que se traduce en la posibilidad de evitar los actos de competencia de otras personas

es decir, pretende la obtención de unos rendimientos económicos mediante la utilización de la obra en una actividad con terceros. Cfr. GARCÍA MARTÍN, José Lorenzo, ob. cit., p. 930. La producción y el valor añadido de las actividades efectuadas en el ámbito protegido por estos derechos han crecido considerablemente, a menudo en mayor medida que la propia economía. Así lo resalta la Comisión Europea al señalar que el sector audiovisual ha conocido durante los últimos años una tasa de crecimiento del 6% anual en términos reales, que sigue manteniéndose. En términos más generales, la contribución de las actividades protegidas por los derechos de autor y los derechos afines supondría entre el 3 y el 5% del Producto Interior Bruto de la Comunidad Europea. Cfr. *Libro Verde de la Comisión Europea*, *de 27 de julio de 1995, sobre los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información,* Comunicación 382/95, p. 11.

163 Los derechos en exclusiva permiten a los propietarios obtener beneficios que se consideran como incentivos para la creación, además de asociarse a cubrir los gastos de tiempo, investigación y desarrollo que se ha invertido para concluir una determinada obra, no existe ninguna duda de la trascendencia de este incentivo financiero.

que impidan la obtención (por el autor) de beneficios que legítimamente le corresponden. Ahora bien, la atribución se realiza de forma abstracta puesto que es perfectamente posible, y de hecho es lo más frecuente, que se enajenen todos o algunos de esos derechos a uno o varios terceros.

En términos generales, una obra es explotada cuando es ofrecida en el mercado para su consumo por el público en alguna de las muchas formas a través de las cuales dicho ofrecimiento se puede presentar. La puesta en explotación de una obra significará que su autor ha tomado la decisión de permitir que terceros accedan al disfrute de su creación intelectual, habitualmente a cambio de obtener por ello unos rendimientos económicos[164]. Asimismo, al gozar del monopolio legal sobre explotación de la creación, se genera una cortapisa para la libertad de competencia al colocar al autor en una posición económica privilegiada, precisamente, el valor del objeto de la propiedad intelectual depende de esa suspensión o exclusión competencial, de allí que sea tan trascendente la exclusividad[165].

No obstante, conviene resaltar dos cuestiones. Primero, aunque el autor sea el único habilitado por el ordenamiento para utilizar su obra en exclusiva, está previsto que los terceros puedan realizar libremente algunas utilizaciones de la obra que de no estar reguladas por la ley constituirían verdaderas infracciones al derecho de autor[166]. Segundo, si bien el autor dispone de las

---

164 No obstante, a este respecto resulta indiferente que quien lleve a cabo la utilización carezca de ánimo de lucro pues, el autor siempre conserva el derecho a percibir una remuneración, a menos que dé el visto bueno a que se utilice su obra sin exigir beneficio a cambio. Cfr. BONDÍA ROMÁN, Fernando, "Comentario al artículo 17 LPI", en *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, p. 94.

165 En el caso de los derechos de autor se ha sostenido incluso que la posición monopolística que corresponde a su titular es sustancialmente más intensa de la que disfruta un titular de derechos de propiedad industrial. Ello se debería a que en el primer caso la posibilidad de competencia proviene de productos similares o sustitutivos es todavía menor. No obstante, esta afirmación no es aplicable en el caso de las obras musicales puesto que se hallan constreñidos por los dictados de la moda siendo el resultado la fungibilidad de las obras musicales. Cfr. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, ob. cit. pp. 106 y ss.

166 Las prerrogativas que la Ley concede a los autores hallan un serio contrapeso en el reconocimiento que, bajo ciertas condiciones, cualquier sujeto no autorizado por el autor puede llevar a cabo lícitamente determinadas utilizaciones de obras protegidas. Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, "De los límites a las infracciones de Derecho de autor en España", en *Estudios sobre Propiedad intelectual*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 143. No sólo se trata, por tanto, de que el derecho de autor tenga fijada una limitación de índole temporal, sino que incluso durante el plazo de protección legal se imponen una serie de limitaciones; suele considerarse que uno de los elementales principios informadores que operan dentro del régimen de propiedad intelectual, según el cual debe tratarse de alcanzar un adecuado equilibrio entre la garantía a

facultades de explotación de su obra a título exclusivo, por regla general no las ejercita directamente, puesto que suele carecer de los medios técnicos y económicos necesarios para llevar a cabo operaciones que las actividades de explotación requieren. Necesita, casi siempre, de terceros especializados en dichas actividades.

Puede afirmarse, entonces, que en el derecho de autor, al igual que otros derechos sobre bienes intelectuales, se ha conectado ya, definitivamente, a la lógica del mercado en todo lo relativo al tráfico jurídico y comercial de su transmisión y derechos de explotación. En este sentido se sostiene que lo regulado en la norma de Propiedad Intelectual, principalmente, es el mercado de los derechos de autor[167], de allí la trascendencia del otorgamiento de la exclusiva. Otro escenario interesante que conviene plantearse es el funcionamiento de la exclusiva en los derechos de autor en el marco de las relaciones laborales, así como la constitución de la propia relación laboral en exclusiva. A estos dos puntos dedicaremos el apartado siguiente.

2. El acuerdo de exclusividad en el marco de las relaciones laborales

La prestación de servicios a un empleador mediante un contrato de trabajo no impone, en principio, ninguna obligación de exclusividad[168]. La

favor del autor de un ámbito de explotación en exclusiva de sus obras y el interés de la colectividad en acceder de la manera más libre posible a la información y la cultura. Cfr. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, ob. cit. p. 419. En la órbita anglosajona se denomina *Fair use*, doctrina elaborada en sede jurisprudencial con base en la cual se entiende que, excepcionalmente, el público tiene derecho a hacer un uso razonable de obras protegidas sin necesidad de contar con el previo consentimiento del titular de los derechos. Para tal valoración, el *Copyright Act USA* brinda cuatro criterios en su Sección 107: propósito y carácter del uso; la naturaleza de la obra protegida; la cantidad y substancialidad de la porción usada en relación con el conjunto de la obra; los efectos sobre el mercado potencial de la obra utilizada. Cfr. KRASILOVSKY, William, *This is Business,* Watson Guptill Publications, Nueva York, 2007, pp. 150 y ss.

167 Cfr. VATTIER FUENZALIDA, Carlos, "La Propiedad intelectual. Estudio sistemático de la Ley 22/1987", *ADC*, 1993, p. 1043.

168 En la relación laboral de los abogados, la norma general se aplica de forma inversa, esto es, la actividad de los abogados es siempre es exclusiva, salvo que se pacte lo contrario. El artículo 10 del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre sobre la relación laboral de carácter especial de los abogados que presten servicios en despachos, individuales o colectivos, establece que sólo cuando se contrate a tiempo parcial o cuando se pacte expresamente lo contrario, la regla de la exclusividad deja de ser operativa. El artículo 10.4 del Real Decreto prevé expresamente la posibilidad del ejercicio simultáneo de la profesión por cuenta propia y por cuenta ajena. Si se pacta expresamente en el contrato de trabajo, el abogado podrá tener sus propios clientes y compatibilizar, en las condiciones que fije el contrato, la atención a los mismos, y el cobro de los honorarios correspondientes, con la

libertad de trabajo ampara la posibilidad de que el trabajador preste servicios simultáneamente a varios empleadores; siempre, claro está, que la realización práctica de las respectivas prestaciones laborales no las haga interferirse entre sí, provocando el incumplimiento de alguna de ellas[169]. La coexistencia de la voluntad de los sujetos y de la normativa laboral se manifiesta en los que se denominan "pactos típicos" en el contrato de trabajo, así llamados porque constituyen un tipo característico con sustantividad propia en el marco del contrato. El pacto nace y produce sus efectos sólo si las partes así lo quieren, pero una vez nacido, se aplica la regulación legal, en la que se tienen en cuenta los intereses en juego y se protegen los que se consideran prioritarios. Los sujetos pueden incluir o no determinado pacto, pero si así lo hacen, quedan sometidos a lo dispuesto por la ley para él[170]. Así, el pacto de exclusiva incluido

actividad por cuenta del despacho. La compatibilidad no puede, en ningún caso, dar lugar a conflictos de intereses o interferir en el cumplimiento de las obligaciones asumidas con el despacho. Inexistente tal acuerdo de no exclusividad, no podrá ejercerse fuera del despacho actividad profesional de abogado, ni por cuenta propia ni por cuenta ajena de cualesquiera otras entidades, públicas o privadas. Así, la exclusividad en la actividad de abogado se presume y se impone como regla. Como contraprestación, se tiene derecho a percibir una compensación económica adecuada, que se determinará en convenio colectivo o, en su caso, en contrato individual de trabajo. La exclusividad es un elemento natural en la relación laboral y como tal, forma parte del intercambio contractual acordado. Es extraño que haya que pactar una compensación económica para una modalidad que no es necesario pactar. En estos casos, no cabe la liberación unilateral de la exclusividad por ninguna de las partes puesto que la exclusividad es la regla y por tanto, forma parte del fin del contrato. Cfr. DURÁN LÓPEZ, Federico, "Organización y prestación del trabajo. Régimen disciplinario", en *La relación laboral especial de los abogados en despachos individuales y colectivos. Comentarios al Real Decreto 1331/2006*, La Ley, junio, 2007, pp. 172 y ss.

169 Uno de los supuestos legales ajenos a la facultad del pluriempleo son los altos directivos, pues no podrán celebrar otros contratos de trabajo con otras empresas, salvo autorización del empresario o pacto escrito en contrario. La autorización del empresario se presume cuando la vinculación a otra entidad fuese pública y no se hubiese hecho exclusión de ella en el contrato especial de trabajo (artículo 8.1 RD 1382/1985). No obstante, es importante tener en cuenta que la prohibición de trabajar para otro, en los términos expuestos, existe, aún sin este pacto, si aquel trabajo implica una concurrencia desleal. Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del trabajo*, Universidad de Madrid – Sección de publicaciones, Madrid, 1991, p. 311.

170 El ordenamiento jurídico español se ha caracterizado desde antiguo por su espíritu no formalista (del que es expresión actual el artículo 1278 CC) plasmado en el artículo 8.1 ET. No obstante esta regla general, el mismo artículo, en sus apartados 2 y 4, establece la exigencia de forma escrita en dos casos. El primero, cuando así lo exija una disposición legal (para la validez del pacto de exclusiva laboral, la ley no exige la forma escrita), y cuando así lo requiera cualquiera de las partes; voluntad que puede ser manifestada tanto al inicio de la relación laboral como posteriormente. Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio, GARCÍA MURCIA, Joaquín y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, *Derecho del Trabajo*, séptima edición, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 489 y ss.

en el contrato laboral tiene un viso distinto, puesto que la elección de incluirlo es convencional, pero su contenido es de carácter legal.

El pacto de exclusiva, o de plena dedicación, es un pacto típico del contrato de trabajo que supone una excepción a la libertad de trabajo al prohibir el pluriempleo[171]. Está regulado en el artículo 21, apartados primero y tercero del Estatuto de los Trabajadores (ET). Se concierta para ser aplicado durante la relación laboral y se hace necesaria una estipulación expresa entre las partes. Su naturaleza es la de ser un pacto accidental con su propia compensación económica. Ahora bien, la dedicación exclusiva puede pactarse como condición esencial del contrato al tiempo de su celebración, en cuyo caso se ha de estar a lo convenido sin que pueda el trabajador rescindir aisladamente el pacto, caso contrario se trataría de un incumplimiento y, en cuanto tal, causa de la ruptura del vínculo al operar como verdadera condición resolutoria[172].

Por otro lado, también puede acordarse la contratación con pacto de exclusiva a través de un convenio colectivo, esto es, al regularse la clasificación profesional se puede exigir la plena dedicación con carácter obligatorio para ciertos puestos de trabajo, siempre y cuando la decisión no sea arbitraria y se acompañe de la debida compensación. Cuando ésta sea la fuente originaria del pacto, quien desempeñe el puesto de trabajo no podrá eludir la exclusividad, deberá aceptar el contrato con cláusula de exclusiva. El incumplimiento del pacto llevará a la extinción del contrato, salvo cuando la propia norma hubiera previsto cauces alternativos de solución, por ejemplo, el traslado a otro puesto

---

171 La doctrina jurisprudencial se ha manifestado en el mismo sentido al declarar que los pactos específicos del contrato de trabajo suponen una evidente limitación para el derecho reconocido en el artículo 35 CE (SSTS de 5 de febrero de 1990, 10 de julio de 1991 y las en ellas citadas). Ahora bien, lo expuesto no supone vulneración del artículo 35 CE, ni el artículo 3 TCE que protegen el Derecho al trabajo, pues en ningún caso estos preceptos amparan la competencia desleal. (STS de 18 de mayo de 1998). En este sentido cfr. CASTILLO FERNÁNDEZ, Marta, *La prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo: el pacto de exclusividad o de plena dedicación*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001, (BIB 2001/868).

172 Si el trabajador incumple con su obligación, habrá de asumir las siguientes consecuencias: a. Pérdida de la compensación y de los derechos vinculados al acuerdo, restituyendo lo percibido desde el momento del incumplimiento, b) Cuando el empresario hubiera sufrido daños y perjuicios podrá reclamar la pertinente indemnización, que puede venir prefijada en una cláusula penal, c) En atención a las circunstancias, podría concurrir la justa causa exigida para un despido por transgresión de la buena fe contractual (artículo 54.2.d ET), sin embargo, cuando el empleador conoce y ha venido consintiendo el desarrollo de actividades paralelas decae su facultad para despedir amparado en este motivo. Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Tratado…*cit*.,* p. 1212.

que no requiera tal exigencia[173].

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de mayo de 1982 estableció que la plena y exclusiva dedicación aceptada (por el recurrente) no supone una simple cláusula accesoria del contrato, sino que es circunstancial al mismo, en cuanto que los artículos 121 y 140.8 d) del Reglamento de los Servicios Asistenciales de la Diputación demandada establecen que el contratado dedicará toda su actividad profesional al puesto de trabajo para el que se le contrata. Además, la ejercerá exclusivamente, de manera que el acuerdo sobre dedicación plena quedó incorporado a la declaración de voluntad con singular relevancia. La justificación se encuentra en el interés legítimo de la empresa de evitar que el demandante ejerciera libremente su profesión, en cuanto que de ser así, los enfermos de pago total podrían dejar de solicitar asistencia en el Hospital para acudir a la consulta privada del médico demandante, lo que podría integrar concurrencia desleal. Además, continúa, el pacto de exclusiva por responder a un interés legítimo de la empresa, se constituye en motivo principal y relevante del contrato, no siendo lícito desvincularla del resto del pacto principal para excusar al actor del cumplimiento de una obligación voluntariamente asumida. Por ello, de aceptarse la demanda, el trabajador obtendría la ventaja de su libertad de trabajo sin sacrificio alguno si es que se mantienen las restantes condiciones del contrato. Esta situación entrañaría una novación unilateral, haciéndolo más oneroso para uno de los contratantes y contra su voluntad, rompiendo así el equilibrio que debe existir entre las prestaciones y contraprestaciones recíprocamente aceptadas por las partes, en abierta contradicción con el carácter sinalagmático de que goza el contrato de trabajo.

En estricto, el pacto tiene la misma función que cumple en otros contratos de naturaleza mercantil o civil. Impide trabajar para otro u otros empresarios mientras esté vigente la relación laboral, siendo indispensable, tal como señala el Estatuto, que se pacte una compensación económica expresa. El pacto sólo existe si se incluye en un contrato de trabajo *ab initio* o si se llega a tal acuerdo estando vigente la relación laboral, pero siempre y cuando se prevea de manera expresa y se fije una compensación adicional por no prestar servicios a

173 Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Tratado práctico de Derecho del trabajo,* Vol. II, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 1211.

otros empresarios[174].

La plena dedicación o la cláusula de exclusividad es un pacto cuya naturaleza, origen y eficacia es contractual e impide trabajar para cualquier empresario, sea de la misma actividad o no. Esto marca una notable diferencia con otro pacto, el de no competencia, sin embargo, éste último no requiere su expresa previsión para ser eficaz, puesto que su origen es de naturaleza legal; además, la actividad no permitida por el trabajador se circunscribe al concreto ámbito de actuación del mercado del empresario[175].

A primera vista, parece que este pacto tiene un ámbito de acción muy limitado y en principio debería ser poco común, dado que el supuesto es el de aquél empresario que no quiere compartir a un trabajador en un mercado laboral no concurrente y, además, comprometiéndose a pagar por ello. Sin embargo, la realidad nos muestra que la utilización de dicho pacto trata de corregir algunos defectos perniciosos del régimen jurídico de competencia desleal. Esto es, se pacta y se paga la plena dedicación para fidelizar a determinados tipos de trabajadores, para impedir o tratar de impedir que bajo ciertos supuestos intenten concurrir deslealmente con dicho empresario que sólo podría acudir al despido del trabajador y, con ello, perderlo. Es importante diferenciar la "plena dedicación o cláusula de exclusiva" de la "dedicación exclusiva". Esta última figura responde a la idea de realizar determinadas funciones en el tiempo de trabajo para determinada empresa, por ejemplo, un convenio colectivo o un contrato de trabajo que establece que un empleado en su tiempo de trabajo para esa empresa, se dedique exclusivamente a xyz

---

174 El Estatuto de los trabajadores establece como requisito configurador básico de este pacto la compensación económica expresa. Esto quiere decir que si dicha cláusula se incorpora desde el inicio de la relación laboral, debe preverse una retribución específica, no siendo válido que por el hecho de pactarse un salario *in genere* deba entenderse que en el mismo se está incluyendo tácitamente la compensación por la dedicación exclusiva del trabajador. Por este motivo, la STSJ Cataluña de 13 de marzo de 2001 declaró nula y sin efecto la siguiente cláusula: "Durante la vigencia del presente contrato de trabajo, no podrá prestar ninguna clase de servicios a persona física o jurídica alguna, sean remunerados o no ni realizar actividad profesional por cuenta propia, con dedicación exclusiva para la compañía", por no prever una compensación económica expresa y diferenciada en la remuneración.

175 Esto quiere decir que si el empresario quiere impedir que el trabajador concurra con él como dependiente de otro empleador, o incluso, como autónomo, no será necesario pactar expresamente la exclusividad, o lo que es más importante, pagarla, sino que bastará con aplicar el pacto legal de no competencia contemplado en el ET. Cfr. LUQUE PARRA, Manuel, "Pactos típicos, nuevas tecnologías y relación laboral", en AAVV, *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 156 y ss.

funciones. Con ello no se está impidiendo que el trabajador pueda prestar servicios para otras empresas[176].

En suma, se puede afirmar que el pacto de dedicación exclusiva no repara en la naturaleza de las posibles actividades que pueda desarrollar el trabajador, tratando de asegurar el aprovechamiento de toda su capacidad productiva por una sola empresa. Con todo, siendo esa la función principal, el pacto de exclusividad extiende la prohibición de competencia, más allá de la que pudiera calificarse como desleal, obligando incluso al trabajador a abstenerse de realizar cualquier actividad para otro empleador[177].

La eficacia del pacto de exclusiva en la relación laboral que se rige principalmente por el Estatuto de los trabajadores casi siempre queda en manos del trabajador[178]. La desvinculación o rescisión del acuerdo regulado en el artículo 21.3 ET establece que para recuperar la libertad de trabajo y pluriemplearse basta con emitir un preaviso al empresario con una antelación de treinta días, perdiendo desde ese momento la compensación económica fijada expresa y separadamente, siempre y cuando la exclusividad no sea condición esencial del cargo. Es cierto que lo que se paga es la plena dedicación, y si ésta deja de existir, decae igualmente el deber empresarial de satisfacer la compensación económica, pero también es cierto que en algunas ocasiones en las que las formas de compensación son complejas, como las *stock options*[179], la desvinculación de dicho pacto por la sola voluntad del trabajador

176 Cfr. *Idem*, p. 165.

177 Cfr. DE VAL TENA, Ángel Luis, "El incumplimiento del deber de no concurrencia como justa causa de despido disciplinario", en *Aranzadi social*, Aranzadi, Pamplona, 2000. (BIB 2000/2004).

178 Las relaciones laborales especiales se acogen a su propio régimen. El pacto de exclusiva en los contratos de los artistas en espectáculo públicos que tiene su principal fuente normativa en el RD 1435/1985, de 1 de agosto. Contempla que el contrato con pacto de exclusiva no puede ser rescindido por el artista de manera unilateral. Lo que se busca es, sobre todo, proteger el interés patrimonial de la empresa, su posición en el mercado y su capacidad competitiva, al tiempo que pretende evitar un daño, ya sea actual o potencial, al organizador del espectáculo público del daño derivado de la realización por el artista de una actividad diversa, al ser éste un trabajador de proyección pública que ofrece unos servicios únicos. Cfr. ALZAGA RUÍZ, Iciar, *La relación laboral de los artistas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001, p. 231. En estricto, tal como lo señala el artículo 1.2 RD 1435/1985, lo que se regula es la relación laboral especial entre un organizador de espectáculos públicos o empresario y quienes se dediquen voluntariamente a la prestación de una actividad artística por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de aquél a cambio de una retribución.

179 Los llamados *stock options* son instrumentos que suelen utilizar las empresas que cotizan en bolsa para motivar a sus trabajadores. Pueden definirse como opciones de compra

expresada con treinta días de antelación puede irrogar al empresario unos daños y perjuicios que no se compensan con la mera paralización del pago de determinados derechos retributivos al trabajador. En estos casos, la opción de recurrir a la vía judicial -social o civil- en reclamación de daños y perjuicios es, cuando menos, discutible. Como discutible es que el contrato de trabajo o el pacto de plena dedicación puedan restringir o sancionar la decisión del trabajador por la que decida finalizar unilateralmente dicho pacto.

Sin embargo, cabe plantearse la posibilidad de una prohibición que no sea observada por los obligados dada la aquiescencia tácita del empleador. La cuestión jurídica a plantear es la de si ese beneficio *contra contractum y contra legem* queda incorporado como derecho adquirido al patrimonio jurídico de los trabajadores, o si por el contrario, cuando el empleador así lo decida, puede exigir a los trabajadores el justo y exacto cumplimiento de las cláusulas suscritas por ellos.

Una situación como la que aquí se plantea sucedió con el caso del periodista Francisco Frechoso, redactor jefe de cierre al servicio del diario El Mundo. En resumen, lo que sucedió es que el contrato laboral que vinculó a las partes en cuestión incluía una cláusula de dedicación exclusiva en razón de la cual se percibía una compensación económica. No obstante, tal limitación no era cumplida -ni por él, ni por otros obligados- puesto que solía acudir frecuentemente a programas retribuidos de radio y televisión como tertuliano, sin recibir negativa ni sanción por parte de la empresa. En un determinado momento, la dirección periodística adopta la decisión de hacer efectiva la cláusula de exclusividad. Sin embargo, un mes antes, el redactor jefe había protagonizado un episodio conflictivo, justamente el día siguiente a la huelga general del 20 de junio de 2002, manifestó en la tertulia televisiva una serie de comentarios acerca de las incidencias de la huelga y del comportamiento inapropiado del diario: “como trabajador de El Mundo, no puedo menos que decir que me siento avergonzado de que el periódico en el que trabajo haya tenido que salir en furgones de la policía…”. Este hecho precedió la decisión de la empresa.

---

de acciones. Esta modalidad proviene de EE.UU. y consiste en posibilitar la incorporación como accionista pero con unas condiciones especiales a los directores, gerentes o empleados con el objetivo fundamental de que el beneficiario permanezca en la compañía un largo plazo y a su vez agregue valor a la empresa. Aunque este sistema estaba pensado inicialmente sólo para los directivos se está ampliando a todos los empleados puesto que se logra aumentar su compromiso con la compañía.

El trabajador denunció la vulneración de su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 28 de diciembre de 2004, resolvió desde una óptica contractual, señalando la obligación del actor de cumplir la dedicación en los términos pactados, por lo que recibía una compensación económica a la que no había renunciado (en los términos previstos en el artículo 21.3 ET). Así, afirmó que el hecho que la empresa tolerase el incumplimiento de ese deber era una liberalidad, cuya supresión no podía reputarse como una violación del derecho fundamental aludido. Frente a esta sentencia, el actor se alzó en demanda de amparo, invocando la lesión a la libertad de expresión y al derecho de igualdad. El Tribunal Constitucional en su Sentencia de 21 de mayo de 2007, admite la existencia de indicios suficientes de violación del derecho fundamental y considera que la empresa no acreditó la existencia de una causa seria de su actuación.

Por un lado, cabe admitir el indiscutible nexo de causalidad existente entre los hechos protagonizados por el redactor jefe y las decisiones del periódico. Sin embargo, en lo que ahora interesa, es importante determinar si una decisión empresarial de exigir el cumplimiento de un pacto de exclusiva, aunque por algún tiempo se haya permitido tácitamente su incumplimiento, constituye un legítimo ejercicio de derechos o, por el contrario, atenta contra los derechos adquiridos o la condición más favorable para el trabajador.

Es importante recalcar tres pilares: las facultades directivas del empresario, el contenido legal y contractual del pacto de exclusiva y la percepción por el trabajador de una cuantía económica por tal pacto. Así, el trabajador viene obligado por la normativa laboral a cumplir con las obligaciones derivadas de su contrato de trabajo y del propio pacto estipulado voluntariamente. El empresario está facultado para hacer cumplir tales obligaciones. El trabajador, tal como lo establece el Estatuto de los trabajadores, puede en cualquier momento recuperar su libertad de trabajo renunciando al complemento económico expreso, siempre y cuando curse un aviso con treinta días de anticipación. De lo contrario, tal como lo ha manifestado el Tribuna Supremo en reiteradas oportunidades, el incumplimiento del pacto de plena dedicación implica una trasgresión de la buena fe contractual (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1984).

El profesor MONTOYA MELGAR señala que dado que una norma imperativa plasmada en el articulo 21.1 ET prohíbe el pluriempleo cuando se pacta la

plena dedicación, la mera práctica en contrario no es suficiente para garantizar una condición más beneficiosa vinculante en lo sucesivo para las partes. Dicho de otro modo, aunque pudiera considerarse que esa práctica se funda en un acuerdo tácito, no es menos cierto que tal acuerdo contravenía lo dispuesto en el contrato y en la ley, siendo inhábil para desplazar definitivamente a éstos. Así tal práctica no podría impedir al empresario reaccionar exigiendo el cumplimiento de la Ley, del contrato o fórmula más leve por él adoptada, como el condicionamiento a una autorización expresa para eximirse del deber de dedicación exclusiva[180].

Una situación que se presenta en el mismo marco de las relaciones laborales es el de los derechos de autor y la exclusividad. El artículo 51 LPI presenta el supuesto de hecho de la transmisión en exclusiva de la obra realizada en virtud de una relación laboral. La Ley de Propiedad Intelectual tiene por regla general que la exclusiva debe otorgarse expresamente (artículo 48) y que puede figurar por escrito, de manera que, ante la denegación de la solicitud cabe la resolución del contrato (artículo 45). Lo interesante del artículo 51 es que supone un régimen especial al establecer excepciones tan notables como que se presume la cesión en exclusiva de la obra (apartado segundo), y si bien puede figurar por escrito, no parece que el autor asalariado pueda solicitar la forma escrita con facultad resolutoria en caso de falta de otorgamiento por el cesionario.

La especialidad del artículo 51 radica en que la obra creada nace en el plano de la relación laboral[181]. Esto es, se trata de obras creadas en el marco de un vínculo de dependencia siguiendo instrucciones o en ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas. No se trata de una creación que surge espontáneamente, sin consideración previa, no solicitada por el empleador ni de una obra creada con ocasión del trabajo, ni de cualquier obra que cree el trabajador asalariado. Este precepto presenta como situación una obra buscada en esa relación de trabajo, de manera que tiene un encargo genérico o específico de crear. Por esta razón, la norma exige que el resultado de carácter

---

180 Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Pluriempleo pese al pacto de dedicación exclusiva y libertad de expresión", en *Revista española de Derecho del trabajo,* num. 137, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, p. 184.

181 El artículo 97.4 LPI es, a su vez, una norma especial a la que remite el propio 51.4 LPI referido al trabajador asalariado que crea un programa de ordenador en le ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones del empresario.

intelectual deberá concordar con la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra al empleador. No se obtendrán los derechos sobre los nuevos tipos de obras no habitualmente explotadas por el empresario. Así, se afirma que el título atributivo de la cesión presunta se debe tanto a la relación laboral que, para otros efectos, determina la enajenación de los resultados al empleador cuanto a la concordancia de la obra creada con el puesto desempeñado en el trabajo, lo que se concreta en un encargo más o menos preciso de creación de la obra[182].

La explotación cedida en exclusiva, salvo pacto en contrario, será aquella que se entienda como necesaria para cumplir la finalidad del contrato (artículo 43.2 LPI). Se entienden cedidas las modalidades de explotación necesarias para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra, excluyendo las que escapen a dicha actividad habitual (artículo 51.3 LPI). Esto no quiere decir que el empleado pierda el reconocimiento y atribuciones como autor, por el contrario, es autor y tiene los derechos patrimoniales y morales como los demás autores de la Ley de Propiedad Intelectual. Lo que sucede es que, como consecuencia jurídica de que la obra haya sido creada en virtud de la relación laboral, es que dispone de un régimen dispositivo de transmisión de derechos (artículo 52.2), en su caso, un acuerdo por escrito podría derogar en lo posible tales previsiones, siempre dentro de los límites permitidos por la ley.

C. Patrimonialidad

La patrimonialidad es una característica más del pacto de exclusiva en tanto obligación, que concurre con aquellos requisitos esenciales que conforman la prestación: licitud, posibilidad y determinación. La patrimonialidad es una necesidad derivada de que la prestación pueda ser evaluada económicamente y, en consecuencia, de ser susceptible de valoración pecuniaria[183].

---

182 Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, "Comentario al artículo 51", en *Comentarios a la Ley*… cit., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), pp. 838 y ss.

183 La existencia de una efectiva valorabilidad económica de la prestación depende de la sensibilidad que se despliega en el ambiente jurídico social en el que surge la obligación, ya que en definitiva supone un índice del sacrificio económico que los sujetos estarían dispuestos a soportar a fin de poder gozar de los beneficios de aquella prestación, siempre que se obtengan sin vulnerar los principios de la ley, la moral y los usos sociales.

La doctrina ha retomado la tesis tradicional de la patrimonialidad de la prestación mediante su estudio en un marco más amplio, el de la obligación, ámbito que sirve de causa eficiente para la realización de los intereses de las partes, cauce de cooperación de las personas dentro de la vida económica, de ineludible plasmación pecuniaria[184]. Así, se entiende que en las obligaciones de *dar* la medida económica de la prestación viene proporcionada por aquello que se da, que como mínimo corresponderá al valor intrínseco del objeto. En las obligaciones de *hacer*, el criterio de valoración se ajusta al sacrificio material que supone la prestación del servicio. En tanto que en la obligación negativa la determinación pecuniaria resulta extremadamente difícil puesto que la actividad debida es una omisión, comportamiento que *per se* es invaluable y, en consecuencia, de carente carácter patrimonial[185].

En la vida práctica la valoración pecuniaria del pacto de exclusiva no resulta tan compleja. Su valor económico se obtendrá en razón del fin perseguido por las partes[186]. No se debe olvidar que el establecimiento de obligaciones de *non facere* buscan ávidamente posiciones de ventaja o preeminencia en los mercados en relación a personas o productos, o incluso, un mayor aumento de los beneficios. El valor del pacto de exclusiva no será otro que aquel que corresponda al aumento del beneficio que de suyo iba a experimentar el acreedor al gozar de un monopolio determinado en el tiempo y en el espacio. En todo caso, el acuerdo siempre ha de ser ponderado dentro del marco económico-contractual que lo acoge. El interés de las partes al cumplimiento de las prestaciones establecidas impone que se articulen medidas tendentes a gravar el incumplimiento, de forma tal que el deudor se encuentre forzado moralmente a ejecutar la prestación por resultarle más ventajoso[187].

D. El carácter de medio o de resultado del pacto de exclusiva

La base de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado se

184 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...* cit., p. 351.

185 Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., p. 77, LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, ob. cit., p. 84.

186 Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., p. 77.

187 A tal fin, una de las instituciones que se articula dentro del derecho, para prestaciones de ambos signos, es la cláusula penal. Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, ob. cit., pp. 9 y ss., DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos*… cit., p. 715.

fundamenta en la peculiar posición que desempeña el interés del acreedor. En ambos casos el *debitum* está presente, aunque de distinta forma. En la obligación de medios, aquel provecho se persigue mediante el desarrollo de un comportamiento que es el objeto de la obligación, lo querido por las partes. Lo debido es esa actividad, razón por la que, aun cuando con su ejecución no se obtenga el fin, la obligación queda cumplida igualmente. En la obligación de resultado, sin embargo, el interés integra lo debido, y como la voluntad de las partes se encamina fundamentalmente a lograr ese fin determinado se vincula a su consecución también a aquél. Ahora bien, no existe negocio jurídico que no tenga por objeto la producción de un resultado porque con toda obligación se intenta alcanzar algún fin, aunque la intensidad de la querencia de ese fruto varía de uno a otro tipo de prestación[188].

Existe, sin embargo, un número de casos donde estas dos facetas coinciden, supuestos en los que la actividad personal del deudor por sí misma, sin ninguna colaboración ni intervención exterior produce el efecto estipulado; casos en los que la distinción de medios y resultados no poseen relevancia alguna, por lo menos en la esfera práctica. La hipótesis más representativa de este género de prestaciones son las obligaciones negativas, consistentes en un *non facere* del deudor, en las que el deber obligacional se desarrolla con la pura y simple inactividad y, en consecuencia, apenas se puede imaginar un evento exterior capaz de impedir el cumplimiento de su deber.

La doctrina tiende a otorgar el carácter de obligación de medios a la prestación de signo negativo. Se ha afirmado categóricamente que nunca puede considerarse como una obligación de resultado[189] estableciendo que, puesto

---

188 En la obligación de medios, el desarrollo del comportamiento agota la prestación aun cuando no se hubiese obtenido el fin perseguido con el establecimiento de la obligación. Se observa que la efectiva producción de la finalidad depende en gran medida de factores ajenos al control del deudor, infiriéndose entonces que uno de los límites extrínsecos a la posibilidad de establecer este género de prestaciones es la facultad de obtener efectivamente el fin buscado por las partes. Éstas, no obstante, pueden agravar su responsabilidad obligándose a la consecución de aquello que era querido, siempre que se trate de cosas o servicios posibles (artículo 1272 CC). En las obligaciones de resultado para que la prestación se considere cumplida es necesaria la obtención del objetivo previsto en la obligación. Cfr. LACRUZ BERDEJO José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, ob. cit., pp. 36 y ss., HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho*… cit., pp. 123 y ss.

189 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…* cit., p. 249. En el mismo sentido, VATTIER FUENZALIDA señala que la obligación de no hacer pertenece a la categoría de las obligaciones de medios o de simple inactividad, pues el deudor debe abstenerse o tolerar y no se compromete, generalmente, a la obtención de resultado alguno (Cfr. *Sobre la estructura de la obligación,*

que es evidente que la prestación negativa consiste en un comportamiento omisivo, su ejecución produce inmediatamente el efecto pretendido, que no es otra cosa que el mantenimiento de una situación que ya venía siendo desarrollada[190]. En consecuencia, no se puede adscribir a la obligación negativa al tipo de obligación de resultado[191]. Sin embargo, las partes pueden configurar el objeto de la prestación bien atendiendo al comportamiento del deudor, esto es, al desarrollo de ciertos actos omisivos o bien atendiendo al fin pretendido con el establecimiento de esta obligación. Por ello, decidir si la obligación negativa es de medios o de resultado constituye un problema de interpretación de la declaración de voluntad de las partes. Ahora bien, si nada se establece, y de la obligación del contrato no se desprende otra cosa, se valorará como objeto el comportamiento omisivo por resultar menos gravoso para el deudor, es decir, como una obligación de medios. Pero si lo que se intenta mediante el establecimiento de la obligación es la efectiva consecución del fin, la prestación negativa será de resultado.

El efecto principal que se sigue de la adscripción a uno u otro tipo de obligaciones radica en la fijación del momento en el que tiene lugar el incumplimiento. En la de medios acontecerá éste desde el instante en que la actividad omisiva sea quebrantada. En tanto que en la obligación de resultado, dado que el interés primario se sitúa en la obtención del fin previsto, si la infracción de esa conducta no supone la frustración del fin contractual, éste no podrá ser calificado como de incumplimiento total hasta que efectivamente resulte imposible la consecución del fin querido[192]. En este sentido, es complejo adscribir *a priori* al pacto de exclusiva uno u otro carácter, puesto que dependerá de dos cuestiones fundamentales; por un lado, el contrato en el que se encuentra integrado, y por otro, la finalidad de dicho negocio concreto donde el interés específico del negocio jurídico con exclusiva goza de un matiz especial.

Universidad Palma de Mallorca, 1980, p. 85).

190 Ha de notarse que las referencias siempre tienen como premisa que con la obligación negativa se pretende el mantenimiento de una situación, que la realidad se mantenga inalterable, mas, como se ha explicado previamente, no todas las obligaciones negativas tienen esa finalidad. Específicamente el pacto de exclusiva busca muchas veces todo lo contrario, modificar una realidad presente.

191 Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., p. 103.

192 Cfr. DÍEZ–PICAZO, Luis, *Fundamentos*… cit., p. 247.

E. No presunción del pacto y la forma de inclusión en el contrato. Especial referencia de la exclusividad en los créditos al consumo

Se intenta conocer si es necesario que el pacto figure expresamente en una cláusula del contrato para su operatividad. El Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia ha señalado que los artículos 1278 a 1280 CC deben interpretarse en el sentido que, salvo que una norma especial establezca lo contrario, la obligación legal de forma no afecta a la validez del contrato, sino que es una obligación accesoria más que pueden exigirse respectivamente las partes. Que el pacto de exclusiva deba constar expresamente por escrito no es una cuestión específicamente regulada. La jurisprudencia ha establecido que no es necesaria la incorporación por escrito, con ese rótulo, para que se materialice en la obligación. Si de la interpretación del contrato y de las concretas circunstancias se infiere su existencia, la cláusula se tiene como puesta y despliega todos sus efectos.

La sentencia más clara sobre este tema es probablemente la del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1996. Mediante documento privado de fecha 27 de febrero de 1986, las entidades mercantiles Deceunick Ibérica SA y PVC Levante SA celebraron un contrato en virtud del cual la primera concedía la venta de los perfiles de PVC que fabricaba a PVC Levante para la construcción de puertas y ventanas de ese material. Estos últimos se comprometieron textualmente a que "mientras se halle en vigor el presente convenio, no utilizarán ni venderán otra marca de perfiles en PVC que no sea de Deceunick". De este modo, con el fin de mantener la garantía de máxima calidad en la construcción con el producto y cumplir las normas de carácter técnico establecidas, la licencia concedida llevaba implícita la obligación del cesionario de permitir a la proveedora la realización de controles de calidad. Se convino expresamente que ante el incumplimiento de cualquiera de las condiciones indicadas en el acuerdo, el concedente podía suspender la venta de sus perfiles y anular la concesión de la marca. El contrato se firmó por tres años, renovables automáticamente, salvo preaviso dado por alguna de las partes con seis meses de antelación. Por último, al final del referido contrato, bajo el epígrafe "complemento artículo 2", se hizo constar textualmente: "Deceunick concede a PVC Levante la venta de perfiles de PVC para la zona de Valencia y Castellón". Básicamente estos son los hechos del caso. El litigio surge porque sin haber quedado resuelto el contrato, en el año 1989, el fabricante de los productos nombró a otros concesionarios para la venta en las provincias de Valencia y Castellón. Por esta razón, PVC Levante inició contra la empresa belga un juicio de menor cuantía alegando el

incumplimiento del pacto de exclusiva territorial, pidiendo que se declarase resuelto el contrato y se le indemnizara por daños y perjuicios. Deceunick se opuso a la demanda, alegando que la concesión a favor de la actora no lo era con carácter de exclusiva. Formuló reconvención por el adeudo de cantidades en concepto de impago de suministros y solicitó, a la vez, la resolución del contrato.

El Tribunal Supremo declaró resuelto el contrato por el incumplimiento de la entidad demandada, a la que se le condenó a indemnizar a la actora por los perjuicios irrogados (lucro cesante) a causa del nombramiento de nuevos concesionarios en las provincias asignadas en exclusiva. Lo interesante de la sentencia es el argumento del Tribunal para reconocer la existencia del pacto de exclusiva que no fue reconocido por las dos instancias previas quienes negaron la existencia de la exclusiva basándose, sustancialmente, en que en el contrato no se estipuló expresamente que la concesión se cedía con el carácter de exclusiva. El Supremo recuerda la doctrina que tiene proclamada en el sentido que la labor de interpretación de los contratos, aunque función propia en principio de los juzgadores de instancia, es revisable vía casacional cuando el resultado hermenéutico obtenido por aquéllos sea ilógico, desorbitado o erróneo. Por otro lado, cuando surjan dudas fundadas sobre la verdadera intención de los contratantes, el órgano judicial que lleve a efecto la labor exegética no puede detenerse en la mera literalidad de los términos del contrato, por claros que éstos parezcan, sino que ha de indagar lo verdaderamente querido o intención evidente de los contratantes, acudiendo para ello a los demás medios hermenéuticos que le brinda el ordenamiento jurídico, uno de los cuales es la interpretación lógica y sistemática de las cláusulas contractuales (cfr. artículo 1285 CC) y el otro, el de atender a los actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato (cfr. artículo 1282 CC).

Con esta directriz jurisprudencial, el Tribunal Supremo entiende que aunque no se haya manifestado expresamente la cláusula de exclusiva, ésta si que existe porque se le impuso claramente a la concesionaria PVC Levante la limitación de no poder comercializar otra marca de perfiles que no fueran, exclusivamente, los fabricados por Deceunick. Así, la rigurosa limitación debe comportar –señala el Tribunal– en virtud del principio de reciprocidad y de equivalencia en las prestaciones, que la proveedora no hiciera concesiones de venta y comercialización de sus perfiles a favor de otras empresas en el ámbito geográfico asignado a PVC Levante. Ello, además, se halla en concordancia plena con los rigurosos controles que la concesionaria debía de soportar por parte de la concedente. Ha de agregarse que la conducta de las partes en el

momento posterior a la firma del convenio evidencia que la verdadera intención de los contratantes era de una concesión exclusiva, puesto que así se manifestó en una publicidad pagada por el concesionario. Con estos argumentos se sentencia una infracción a las normas de la hermenéutica contractual.

Considero que el Tribunal se equivoca al argumentar la existencia de la exclusiva bilateral con el argumento de la reciprocidad y la equivalencia de prestaciones, puesto que una exclusiva unilateral no atenta contra esos preceptos. Con todo, coincido en que tal bilateralidad existía por el complemento que se agregó al artículo 2 del contrato ("Deceunick concede a PVC Levante la venta de perfiles de PVC para la zona de Valencia y Castellón") donde queda manifiesto el otorgamiento de una exclusiva territorial a favor del concesionario. Entonces, salvo que el contrato particular requiera una forma *ad solemnitatem*, el pacto puede no aparecer expresamente rotulado pero si la intención de las partes ha sido utilizarlo será de aplicación. Ello no implica, como bien señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2005, que el pacto pueda presumirse, debe constar de manera tal que pueda delimitarse su ámbito espacial, temporal y objetivo a que se refiera[193].

Otro matiz importante se plasma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010 donde se analizó si un contrato de distribución acordado entre Juan I. González Barba SL y Schauman Ibérica SL incluía o no una cláusula de exclusividad a favor del distribuidor. Antes de entrar en el examen de la cuestión planteada se hace necesario indicar que los actos constitutivos a la que sometían la relación de distribución no se expresaron o redactaron en un solo acto sino que se emitieron declaraciones unilaterales por escrito dirigidas a la otra parte y calificadas en la instancia como oferta y aceptación, en sus respectivos casos.

La actora afirma que se convino un acuerdo exclusivo de venta. En los dos motivos de su recurso de casación señala como infringidos los artículos 1281 y 1282 CC relativos a la interpretación de los contratos, indicando que la común voluntad fue que el fabricante quedase obligado a no vender sus productos a personas distintas de la ahora recurrente en la zona en la que ésta iba a operar.

---

193 La exclusividad en ningún caso se presume, sino que precisa de cumplida prueba, Si se pacta verbalmente se dificultara sobremanera la prueba sobre tan esencial, pero cuestión distinta es la existencia y validez de la dificultad probatoria. *Vid.* STS de 29 de diciembre de 2005.

Añade que esa voluntad se puede comprobar tanto por medio de la literalidad de las declaraciones como por medio de la conducta de ambas, al tiempo y después de perfeccionado el contrato. Sin embargo, en el apartado 2 del documento que contiene la oferta, Schauman SL manifestó que trataría a la demandante "como su representante en Andalucía" y que canalizaría por medio de ella "su negocio en esta zona", pero señalando tres excepciones a favor de otras sociedades que serían también distribuidoras de sus productos. Juan I. González Barba, SL notificó al fabricante que aceptaba la oferta de contrato de distribución declarando la existencia de la "exclusividad que nos concedéis " y esa manifestación no tuvo respuesta ni protesta alguna del demandado.

El Tribunal considera que silencio de Schauman no implicó el reconocimiento de un pacto de exclusividad en primer término, porque la alusión a tal acuerdo se expresó en términos tan poco firmes que difícilmente cabría atribuirle la condición de contraoferta y, sobre todo, porque el silencio y la omisión o inactividad de la destinataria de una oferta o contraoferta no constituyen por sí solos aceptación. Así, señala el Tribunal que la regla *qui tacet consentire videtur* no tiene en modo alguno una valor absoluto (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1989, 28 de junio de 1993 y 22 de noviembre de 1994), razón por la que la sentencia de 23 de octubre de 2008 puso de relieve que el problema no está en decidir si el silencio puede ser expresión de un consentimiento, sino en determinar en qué condiciones debe ser interpretado como tácita manifestación del mismo. Se trató –concluye– de un silencio inexpresivo que fue acompañado con la conducta del fabricante que, además de no ofertarla, nunca cumplió la supuesta exclusiva.

La conclusión a la que llega el Tribunal parece razonable desde la perspectiva que incluir en el contrato una cláusula tan relevante como la que garantiza una exclusividad en la distribución, necesita algo más que silencio para imputar tal voluntad al fabricante. Considero que en este caso la clave de la resolución no estaba en interpretar el silencio del demandado, ni en la firmeza de la contraoferta, sino en la naturaleza misma de la institución del pacto de exclusiva. No me parece factible que pueda denominarse “exclusiva” a un acuerdo en el que en una misma zona y por los mismos productos existan cuatro distribuidores (tal como se manifiesta literalmente en la oferta), como mucho podría tratarse de una distribución selectiva, más no de una

exclusiva[194].

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2006 se planteó la cuestión de la existencia del pacto de exclusiva en un contrato de distribución acordado verbalmente. El juzgado de primera instancia no estimó aprobada la cláusula de exclusividad poniendo de relieve que no existía un contrato escrito entre las partes[195]. El Supremo, recordando el principio de libertad de pactos y la libertad de forma, señaló acertadamente que el pacto no requiere especial formalidad para su integración en el contrato. No obstante, en el caso concreto no se reconoció su existencia porque la prueba practicada no permitía la interpretación de la voluntad de las partes, pero en la Sentencia de 15 de enero de 2008, si admitió la existencia de la exclusividad pactada verbalmente, señalando que "en definitiva se viene a reconocer su existencia sí hay al menos una prueba directa y como resulta que la valoración de esa prueba se confiaba por la ley a la sana crítica del juzgador de instancia (artículo 659 LECiv) a la que se remite el propio artículo 1248 CC, no siendo por ello impugnable en casación, claro está que el hecho probado del pacto de exclusiva ha de ser respetado en casación, máxime al carecer de forma escrita el contrato de distribución, algo frecuente en la práctica, y tener que acreditarse su contenido mediante pruebas distintas de un documento propiamente contractual"[196].

---

194 Se entiende como distribución selectiva el acuerdo por el cual el proveedor se obliga a suministrar exclusivamente a los distribuidores que han sido seleccionados sobre la base de criterios específicos, comprometiéndose a no revender a agentes no autorizados. Esta cláusula puede ser selectiva cuantitativa cuando para la selección de los distribuidores el proveedor emplea criterios que directamente limitan su número o distribución selectiva cualitativa cuando los criterios de selección, de carácter puramente cualitativo, son necesarios por la naturaleza de los bienes o servicios y se han establecido uniformemente para todos los distribuidores que soliciten su inclusión en el sistema, no se aplican de manera discriminatoria y no limitan directamente el número de distribuidores. Cfr. Reglamento CE 330/2010 y Reglamento CE 1400/2002 relativo al sector de vehículos a motor.

195 Cuestión distinta es que no se haya materializado por escrito y posteriormente al solicitarse su realización una de las partes se oponga. En este sentido la Ley de Propiedad Intelectual otorga facultades de resolución contractual, esto es, tanto el cesionario como el cedente de derechos de autor pueden exigir a la contraparte la formalización por escrito, entre otras cuestiones, donde conste la exclusividad en la cesión.

196 Existió un acercamiento a la probanza de la inclusión del pacto de exclusiva referida a los contratos regidos por la Ley 7/1995, derogada Ley de crédito al consumo, donde específicamente, se alude a la interpretación del artículo 15.1.B) sobre el "acuerdo previo concertado en exclusiva". Así, se afirma que la exclusividad existe con independencia de que el proveedor haya asumido o no frente al financiador la obligación de cooperar exclusivamente con él, pues lo decisivo es que dicho proveedor "de hecho" colabore únicamente con éste y no

En materia de prueba del pacto de exclusiva ofrece especial interés un tema que ha llevado a los Tribunales abundantes causas por la trascendencia y utilización constante de los contratos de crédito al consumo[197], especialmente en los supuestos de compraventas financiadas por un tercero, que es uno de los supuestos más significativos de conexión contractual. En el Derecho español, la regulación de los contratos vinculados se realiza, fundamentalmente, en los artículos 14 y 15 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo[198], que en lo que nos interesa el artículo 15.1 LCC exige para la existencia de contratos vinculados un acuerdo previo concertado en exclusiva, entre prestamista y proveedor, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de bienes o servicios[199]. Deben concurrir dos requisitos que, con carácter general, son necesarios para que los contratos puedan considerarse conexos. El primero es la pluralidad contractual, el consumidor debe haber celebrado dos contratos diferentes (uno de crédito y otro de adquisición de bienes y servicios), con dos personas distintas (prestamista y proveedor). El segundo requisito es la conexión funcional entre ambos contratos, es necesario que estén enlazados para que pueda predicarse la vinculación contractual[200]. Esta interpretación venía avalada por la Directiva

con otros. Cfr. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, "La vinculación contractual en la Ley 7/1995, de Crédito al consumo", en *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez,* La Ley, t. II, Madrid, 2006, p. 348.

197 Para un análisis detallado de la Ley 7/1995 vid. ESTRADA ALONSO, Eduardo, "El crédito civil al consumo en la Ley 7/1995, de 23 de marzo", en *Cuadernos de derecho y comercio*, num. 22, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1997, pp. 101 y ss.

198 El artículo 15.1.b) fue modificado por el artículo 134.2 de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, Ley de medidas 2004. Existen, además, otras leyes que disciplinan supuestos concretos de vinculación contractual entre dos negocios jurídicos. Así sucede en cuatro ámbitos concretos: venta a plazos (artículo 9.2 de la Ley 28/1998), derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (artículo 12 de la Ley 42/1998), contratos negociados a distancia (artículo 44.7 de la Ley 7/1996), y comercialización a distancia de servicios financieros (artículo 10.4 de la Ley 22/2007). A ellos hay que añadir el artículo 77 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios, que generaliza a todos los contratos de consumo la regla general de que el desistimiento del consumidor del contrato de adquisición de bienes o servicios le faculta para resolver el contrato de crédito vinculado.

199 La jurisprudencia afirma que los presupuestos establecidos en las letras a), b) y c) del artículo 15.1 LCC son los únicos que deben concurrir para que existan contratos vinculados. En este sentido SAP Zaragoza de 14 de julio de 2003, SAP Málaga, de 31 de enero de 2006, SAP Gerona de 7 de octubre de 2002, SAP Burgos de 11 de septiembre de 2006, SAP Madrid de 24 de junio de 2005, entre otras.

200 Con carácter general, cabe sostener que el criterio determinante de la conexión

87/102/CEE de Crédito de consumo, y por el propio legislador español que pareció acogerla expresamente en el proyecto de Ley que exigía que entre el proveedor y el prestamista "exista un acuerdo previo en virtud del cual exclusivamente aquél podrá otorgar créditos a los clientes del proveedor". La nueva regulación europea del Crédito al consumo, Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril, que deberá ser incorporada a los Estados miembros antes de 12 de mayo de 2010, regula de forma notablemente diferente los contratos vinculados (denominado "contrato de crédito vinculado"). Se abandonará, con acierto, el requisito de "acuerdo previo en exclusiva" recogido en la anterior directiva y hasta la fecha, aun vigente en el Derecho español.

La Ley 62/2003 modificó la letra b) del artículo 15.1 LCC, pero a partir de allí existen dos formas de medir la conexión funcional según el tipo contractual al que pertenezca el contrato financiado. La regla general es exigir que entre el prestamista y el proveedor de bienes o servicios exista un acuerdo previo concertado en exclusiva, en virtud del cual el prestamista ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de bienes y servicios de éste. Se requiere, entonces, una colaboración planificada y en exclusiva. La regla especial plasma una conexión funcional menos estricta, pues se entenderá que existe vinculación cuando hay una colaboración planificada entre proveedor y prestamista, pero sin requerir que sea en exclusiva, y sólo entra en juego cuando el contrato financiado sea uno de prestación de servicios de tracto sucesivo y prestación continuada[201].

---

funcional hay que buscarlo en la doctrina de la causa, especialmente en la llamada causa concreta del negocio, entendiendo por tal el propósito empírico o práctico que las partes traten de conseguir mediante la celebración del contrato. La finalidad concreta perseguida por los contratantes deja de ser un motivo interno, personal, para trascender al negocio y adquirir relevancia jurídica. En consecuencia, existirá un nexo funcional entre los dos contratos cuando a través de los mismos, las partes pretenden alcanzar un único resultado económico. En el ámbito específico del crédito de consumo, habrá vinculación cuando los dos contratos se hayan celebrado con el fin de facilitar al consumidor la adquisición de un bien o servicio a cambio de su pago a plazos; esto es, cuando ambos acuerdos puedan considerarse como parte de una única operación económica, debido a que prestamista y proveedor colaboran para permitir al consumidor la adquisición de bienes o servicios. Cfr. LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal,* Bosch, Barcelona, 1994, p. 276.

[201] La finalidad de la reforma operada en el artículo 15.1.b por la Ley 62/2003 era flexibilizar los requisitos necesarios para la existencia de contratos vinculados, en particular el relativo al acuerdo en exclusiva entre las partes que deja de ser un presupuesto para que existan contratos vinculados. Sin embargo, tal flexibilización no es general, sino que opera en una hipótesis concreta un contrato de consumo de tracto sucesivo y de duración continuada. Se trata, probablemente, de una solución legal *ad hoc* provocado por el cierre de las academias de

En cuanto al acuerdo previo concertado en exclusiva[202], ha sido objeto de severas críticas por parte de la doctrina[203] y de la jurisprudencia por la dificultad que entraña probar el acuerdo de exclusiva, y por tanto, la protección del consumidor que es lo que se pretende conseguir. En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial Madrid de 30 de julio de 2004, al señalar que la exigencia del pacto de exclusiva implica limitar notablemente el número de casos en que el consumidor puede lograr la protección que se prevé en la LCC para el caso de contratos vinculados".

Las críticas son justificadas. Por un lado se exige que entre el prestamista y el acreedor exista un acuerdo previo en exclusiva, sin especificarse cuál debe ser ese contenido. Por otra parte, el consumidor es un tercero respecto de ese acuerdo, es ajeno al mismo, y en consecuencia tendrá una gran dificultad de probar su existencia, o llegado el caso, su contenido. La exclusividad es un elemento que queda completamente al margen del ámbito de decisión y de la voluntad del consumidor pues forma parte del contenido propio de las relaciones entre proveedor y el concedente del crédito. Lo cierto es que el requisito de que entre el prestamista y el vendedor exista un acuerdo sobre el precio concertado en exclusiva, ha supuesto en muchos casos un obstáculo insuperable que ha impedido la aplicación del régimen jurídico de los contratos vinculados establecido en la Ley de Crédito al consumo. Ante el silencio del legislador, es el intérprete jurídico quien debe intentar averiguar el contenido del acuerdo previo.

Desde el punto de vista teórico, podrían formularse varias interpretaciones[204], entre ellas, que la exclusividad afecta al consumidor, quien se ve obligado a obtener un préstamo de determinado o determinados prestamistas.

---

enseñanza de inglés en el año 2002.

202 Esta configuración funcional se aplica a todos los contratos vinculados celebrados desde la entrada en vigor de la Ley 7/1995, y a los celebrados a partir del 1 de enero de 2004, siempre que el contrato financiado no sea uno de prestación de servicios de tracto sucesivo y prestación continuada (modificación introducida por la Ley 62/2003).

203 Por todos, ver FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, "Contratos vinculados a la obtención de un crédito", en UBALDO NIETO, Carol (dir.), *Crédito al consumo y transparencia bancaria,* Civitas, Madrid, 1998, pp. 258 y ss.

204 Para una exposición de las posibles interpretaciones del artículo 15.1.b LCC ver MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "Interpretación y prueba del acuerdo previo, concertado en exclusiva, entre prestamista y proveedor (art. 15.1.b) de la Ley de Crédito al consumo. Doctrina de las audiencias provinciales", en *Aranzadi civil*, 18, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 25 y ss.

Así, vendedor y financista celebran un acuerdo en virtud del cual todos los clientes del proveedor que desean adquirir un bien tienen necesariamente que estipular un contrato crediticio con un único prestamista. De esta manera, el vendedor no puede celebrar ningún contrato de compraventa si no se ha estipulado previamente el acuerdo de préstamo con la entidad financiera. Así visto, el pacto de exclusiva afectaría al consumidor, pues vería limitada su libertad para la obtención del crédito. Le vendría impuesta esa forma de financiación sin poder elegir otros mecanismos alternativos[205].

Esta interpretación debe rechazarse, tal como lo expuso la sentencia de la Audiencia Provincial Asturias de 30 de septiembre de 2004, este entendimiento del pacto, aunque avalado por la normativa comunitaria y vigente en algunos países de nuestro entorno (Italia, Irlanda), limita excesivamente el ámbito de vinculación contractual, y contraviene al tenor del párrafo segundo del artículo 15.b), en el que se reconoce al consumidor la posibilidad de obtener financiación de otro concedente distinto al que esté vinculado el proveedor del bienes o servicios. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial Madrid de 15 de noviembre de 2005 señalo que la exclusividad del acuerdo no sólo debe apreciarse desde la perspectiva del proveedor y del prestamista, sino también del consumidor, que no puede acudir para la financiación de la adquisición a quien tenga por conveniente, sino únicamente al empresario o empresarios que le son indicados por el proveedor del bien.

Otra lectura del artículo 15.1.b) LCC puede interpretarse en el sentido de que la exclusividad afecta al prestamista, que se obliga a ofrecer el crédito únicamente a los clientes de ese proveedor y no a otros. Siendo así, el consumidor no se vería afectado, puesto que, podrá adquirir el bien con pago al contado u obtener la financiación de cualquier entidad a su elección. Sin embargo, es un tanto absurdo entender así el pacto porque la ley puede burlarse fácilmente por las partes que realizan el acuerdo, bastando que en éste

[205] Esta interpretación venía avalada por la Directiva 87/102/CEE de Crédito de consumo, y por el propio legislador español que pareció acogerla expresamente en el proyecto de Ley que exigía que entre el proveedor y el prestamista "exista un acuerdo previo en virtud del cual exclusivamente aquél podrá otorgar créditos a los clientes del proveedor". La nueva regulación europea del Crédito al consumo, Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril, que deberá ser incorporada a los Estados miembros antes de 12 de mayo de 2010, regula de forma notablemente diferente los contratos vinculados (denominado "contrato de crédito vinculado"). Se abandona, con acierto, el requisito de "acuerdo previo en exclusiva" recogido en la anterior directiva y hasta la fecha, aun vigente en el Derecho español.

no se asuma expresamente la obligación de conceder créditos únicamente a los clientes del proveedor. Además, igual protección necesita el prestatario tanto si el prestamista puede conceder crédito únicamente a los clientes de ese proveedor, como si también puede prestar dinero a personas distintas. Esta figura puede verse desde la óptica del proveedor como el deudor de la exclusiva, quien se obliga frente al prestamista a colaborar únicamente con él. La crítica a aplicar, por tanto, es la misma.

El problema con estas últimas interpretaciones es que puede burlarse fácilmente la Ley, sea ya porque en el convenio no se asume la obligación de financiar sólo a los clientes del proveedor, o porque este último puede aparentar no tener una exclusiva con el prestamista con que solo una vez colabore con otra entidad. Así lo ha afirmado la sentencia de la Audiencia Provincial La Coruña de 8 de marzo de 2007 al afirmar que bastaría para eludir la ley con que los acuerdos previos fuesen concertados con más de una entidad financiera, con reparto de los préstamos de financiación, dejando así al cliente desprotegido y privado de los derechos de la norma comunitaria y estatal le reconocen en casos de contratos vinculados.

La jurisprudencia ha recogido diversas tesis sobre la posible interpretación de ese acuerdo previo en exclusiva. De todas ellas, quizás la más acorde con el texto de la norma sea entender que hay exclusividad cuando el proveedor colabora únicamente con un determinado prestamista. Así, acorde con la literalidad de la norma, el consumidor mantiene el derecho de pagar al contado o financiarse con otra entidad, y aquello es perfectamente compatible con el pacto de exclusividad entre el concedente y el proveedor, por cuanto este pacto obliga a no ofrecer otra financiación a su cliente que la que tiene concertada con la entidad de crédito, pero no puede impedir al consumidor buscar una financiación por su cuenta[206].

[206] Esta tesis presenta un gran inconveniente relacionado con la prueba que, sobre la misma, debería ofrecer el consumidor. Sin embargo, no puede exigirse a nadie la prueba de un hecho negativo, por constituir una prueba diabólica. Por tanto, ante la imposibilidad de que sea el consumidor quien pruebe este hecho negativo (ausencia de colaboración con otras entidades), hay que entender que se produce una alteración en la carga de la prueba. Existe mucha jurisprudencia de Audiencias provinciales que sostienen esta postura, entre otras, SAP Zaragoza de 29 de septiembre de 1999, SAP Guipúzcoa de 2 de febrero de 2001, SAP Barcelona de 4 de julio de 2001, SAP Barcelona de 10 de septiembre de 2002, SAP Madrid de 23 de diciembre de 2003, SAP Castellón de 27 de septiembre de 2004, SAP Asturias de 30 de septiembre de 2004, SAP Huesca de 17 de enero de 2006, SAP La Coruña de 3 de marzo de 2006, SAP La Coruña de 29 de enero de 2007, SAP Barcelona de 13 de febrero de 2007.

La más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se plasma en dos sentencias, una de 25 de noviembre de 2009 y la otra de 19 de febrero de 2010. Ésta última se ocupa del conflicto de intereses surgido entre múltiples consumidores contra *Open English Master Spain*, que a cambio de un precio y por determinado tiempo otorgaría prestaciones de enseñanza de inglés e informática, y además, contra entidades financieras que brindaban la financiación de la contraprestación a favor de la primera. Los consumidores, actores de la demanda, pretendieron que por haber incumplido el instituto educativo con sus prestaciones, se declarasen resueltas las relaciones jurídicas nacidas de los contratos con ella celebrados, así como que, por estar vinculados éstos a los de financiación con entidades financieras, se extendiera a los mismos la ineficacia sobrevenida. El Tribunal sentencia en este caso con los mismos argumentos usados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2009, estableciendo que la naturaleza unitaria de la operación económica característica del crédito al consumo se traduce en la razonable afirmación de una conexión funcional, por la interacción de fines entre las distintas relaciones jurídicas, que excluyen la posibilidad de un tratamiento autónomo a cada una de las conexas, cual si se tratara de una realidad aislada del conjunto (fundamento cuarto). Así, añade, por virtud del nexo de conexión existente, la ineficacia de uno arrastra la del otro, dando lugar al fenómeno conocido como ineficacia en cadena o propagada. En cuanto a la exclusividad, señala que, tras la reforma por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, no es exigida por el artículo 15 cuando los contratos sean de tracto sucesivo y prestación continuada, al considerarse suficiente con que ente el concedente del crédito y el proveedor de los mismo exista un acuerdo previo en virtud del cual aquél ofrezca crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los servicios de éste.

El fundamento, de acuerdo a las propias palabras del Tribunal, es la propia finalidad de la norma de proteger la libertad de decisión del consumidor en la elección del financiador, y en caso de no haber gozado de ella, la de proteger sus intereses, extrayendo consecuencias jurídicas de una conexión contractual determinada sin su colaboración, ya desde la génesis total de la operación. En esta línea ha resuelto recientemente la Audiencia Provincial de Lugo de 8 de septiembre de 2010. El tribunal se ocupa de un contrato de multipropiedad en el que el consumidor había celebrado, a la vez, un contrato de crédito para financiar la adquisición. Se solicita se declare nulo el contrato de multipropiedad y se pide la nulidad, también, del contrato de crédito. La entidad financiera alegó que ella no tenía un pacto de exclusiva con la empresa

que vendía los apartamentos en multipropiedad, esto es, que ésta trabajaba con varios bancos. En este caso, la Audiencia defendió la exclusividad cuando realmente no la había, alegando que el consumidor no tuvo contacto directo con la entidad financiera que se hizo representar por el vendedor del bien financiado, señalando que "es criterio dominante en la doctrina jurisprudencial el interpretar el concepto de exclusividad en el sentido de que concurre cuando el empresario asume la posición de la entidad financiera y se convierte en intermediario, favoreciendo la intervención de una financiera en virtud de un acuerdo previo entre ellos, facilitando la documentación para la concesión del crédito y sosteniéndolo ante la entidad financiera, de modo que el prestatario no mantiene contacto alguno con el concedente del crédito".

Está claro que el artículo 15.1.b LCC requiere una modificación con el fin que la exigencia de la exclusividad sea eliminada completamente. La modificación introducida por el legislador mediante la Ley 62/2003, como puede verse, ha sido poco satisfactoria, pues tendría que haberse realizado con carácter general. La nueva Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril, relativa a los contratos de Crédito al consumo, introduce importantes modificaciones, especialmente en la materia que nos ocupa. La nueva Directiva, de acuerdo a su artículo 27, deberá ser incorporada a los Estados miembros antes del 12 de mayo de 2010, fecha que ya ha sido superada sin contarse aun con una adecuación. Cuando ello suceda deberá desaparecer el requisito de la exclusividad como presupuesto para la existencia de contratos vinculados. En este sentido, señala la Directiva 2008/48/CE que existe un contrato de crédito vinculado cuando el contrato en cuestión sirva exclusivamente para financiar un acuerdo de adquisición de bienes o servicios específicos y cuando además los dos negocios jurídicos constituyan una unidad económica desde el punto de vista objetivo, abandonando el requisito del acuerdo previo en exclusiva.

CAPÍTULO II

LÍMITES AL PACTO DE EXCLUSIVA

La cláusula de exclusiva se traduce en una cortapisa de la libertad de contratar, y en atención a ello, debe tener unos parámetros espaciales y temporales. Concebido en términos absolutos e ilimitados sería nulo al sobrepasar el marco del artículo 1255 CC[207]. La doctrina en Derecho comparado señala que la cláusula de exclusiva habrá de venir condicionada por la necesidad de concretar un plazo y escenario de actuación. Este es el criterio, por ejemplo, del legislador italiano que, ante el silencio de las partes en el límite temporal, reconduce al sistema general de la competencia *(Disciplina della concorrenza*), que en el artículo 2559 de su *Codice* establece como tiempo supletorio máximo cinco años y todo exceso debe reducirse a este máximo legal[208]. El Derecho español carece de un régimen positivo específico semejante a éste, pero la doctrina y la jurisprudencia se ha acercado al asunto permitiendo establecer algunos criterios, tal y como se desarrolla en los apartados siguientes.

---

[207] Existen pactos como el de no revelación de secretos que por su propia naturaleza la no limitación en el lugar no se considera causa de indeterminación del que pueda incidir en la eficacia del contrato (artículos 1261.2 y 1273 CC). Es más, se considera que la naturaleza de la omisión es conciliable con la imposición de un vínculo no limitado en el lugar, siendo incluso una característica necesaria.

[208] *Artículo 2596 Code civile. Limiti contrattuali della concorrenza. Il patto che limita la concorrenza deve essere provato per iscritto. Esso è valido se circoscritto ad una determinata zona o ad una determinata attività, e non può eccedere la durata di cinque anni. Se la durata del patto non è determinata o è stabilita per un periodo superiore a cinque anni, il patto è valido per la durata di un quinquennio.*

I. LÍMITE TEMPORAL DEL PACTO

La duración temporal es quizás el criterio con mayor trascendencia al momento de aplicar los efectos jurídicos. Se diferencia la obligación de un desarrollo temporal prolongado; las obligaciones negativas duraderas que se extienden en el tiempo de forma definida o indefinida y, las obligaciones negativas periódicas o a plazos, en las que la prestación que se deberá ejecutar es única aunque fraccionada realizándose en lapsos de tiempo bien homogéneos o heterogéneos[209].

La primera Sentencia del Tribunal Supremo español en abordar este aspecto data de 29 de octubre de 1955. Se sostuvo que, aunque sea frecuente la indicación temporal del pacto de exclusiva, no es un elemento esencial para su validez. Este criterio se aplicó también en la Sentencia de 18 de marzo de 1966. En este último caso, el contrato contenía el siguiente acuerdo: "se concede la exclusiva de esta máquina tocadiscos en toda la zona en donde está establecido (el bar), comprometiéndose el vendedor a no instalar otro aparato en ella". Claramente es una venta con pacto de exclusiva, sin embargo, en ninguna cláusula del documento se especificó el periodo de vigencia del privilegio de la exclusividad. Años después, la empresa vende la misma máquina a otros dos bares de la zona y es condenada por la vulneración del acuerdo. Se deduce, entonces, que el pacto se consideró válido a pesar de no contar con un período de vigencia.

Posteriormente, el máximo Tribunal cambia de postura y considera que delimitar el pacto es un factor esencial para su validez. En las Sentencias de 28 de mayo de 1966 y 21 de abril de 1979, se establece que la exclusiva tiene efectos vinculantes siempre que no sea ilimitado en el tiempo, ni en el espacio. No se acepta el criterio de que, en defecto de una estipulación expresa sobre el factor temporal su duración será ilimitada, sino que las soluciones propugnadas son fijar un tiempo máximo de vigencia o bien, permitir la denuncia *ad nutum* en los contratos por tiempo indeterminado, autorizando a cualquiera de las partes a concluir el negocio sin más trámite que dando un preaviso en el término pactado o en el establecido por los usos o, a falta de ambos, en un

[209] Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, ob. cit., p. 81 y ss., MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer", *RGLJ*, núm. 238, v. I, 1975, pp. 353 y ss.

término adecuado atendiendo a la naturaleza del contrato[210].

En esta línea, el Tribunal Supremo afirma que las partes no pueden quedar vinculadas ilimitadamente en el tiempo, en la medida que con las estipulaciones del pacto de exclusiva se evita la concurrencia en el mercado engendrando una situación de restricción de la libertad comercial de los contratantes. Se ha de intentar sea lo menos gravosa posible, llegando a la conclusión de que este tipo de pactos deben interpretarse de manera restrictiva (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1973). Continúa diciendo que es éste el motivo por el que se acompaña al pacto de una cláusula de resolución *ad nutum*, que faculta la exención del resarcimiento de daños y perjuicios, actuando como válvula de seguridad y compensación del riesgo que corren mutuamente los contratantes. No procederá indemnización alguna, afirma el Tribunal, si se ejercita el derecho de resolución cuando no se hubiese previsto plazo alguno para la cláusula, puesto que el citado mecanismo no implica abuso en el ejercicio del derecho, por no darse éste cuando la persona a quien se le atribuye no traspasa los limites de equidad y buena fe (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1966, 11 de febrero de 1984 y 22 de marzo de 1988)[211].

La escasa doctrina española no es unánime en este punto. Algunos afirman que el establecimiento expreso de la duración de la obligación negativa es condición de validez, caso contrario, consideran, se realizaría un ejercicio abusivo del la libertad contractual establecida en el artículo 1255 CC[212]. Otros matizan esta afirmación al sostener que si bien la indicación de la extensión temporal (y espacial) es conveniente, no es un elemento esencial. Su ausencia no acarrea la invalidez del pacto.

---

210 Esta última solución es la acogida por el artículo 1569 *Códice Civile (in un termine congruo avuto riguardo alla natura della sominstrazione)* a fin de evitar la prolongación *sine die* de los pactos de exclusiva.

211 Reconoce la STS 12 de junio de 1980 que la fijación de un plazo de duración para llevar a efecto las ventas, conlleva que la revocación extemporánea antes de expirar el plazo, y sin demostrar la existencia de justa causa da lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En estos casos, sin embargo, la voluntad de las partes no se encuentra cercenada por ningún imperativo de orden público general, y en consecuencia la aplicación del régimen ordinario indemnizatorio se manifiesta como una exigencia ineludible del tráfico jurídico.

212 Cfr. PUENTE MUÑOZ, Teresa, *"El pacto..."* cit., p. 103 y ss. En el mismo sentido, GRANADOS JARQUÉ, Enrique, "El Pacto de exclusiva y su protección cautelar", en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, I, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 310 y ss.

La doctrina extranjera sostiene la exigencia de limitar el pacto, tanto en tiempo como en espacio. La Ley italiana limita su duración a cinco años y todo exceso debe reducirse al máximo legal. Como se ha mencionado, el Derecho español carece de un precepto semejante a éste. Sin embargo, del nuevo Reglamento de Defensa de la Competencia Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero de 2008, puede realizarse un acercamiento interesante. En el artículo 2 literal e) se excluye del concepto de *menor importancia*[213], a las conductas que utilicen cualquier cláusula de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años. Dos ideas se extraen de esta norma. La primera, se puede interpretar que cualquier pacto de no competencia[214] pueden tener un plazo superior a cinco años o incluso indefinido y no un máximo legal al cual reducirse[215]. Segundo, se considera que cinco años es un plazo suficientemente largo para poner en peligro la competencia.

El pacto de exclusiva, como se ha dicho, necesita insertarse en un negocio que genere una obligación principal. Ahora bien, mantiene cierta autonomía en relación con el resto del contenido del contrato dado que puede tener una duración diferente o puede pactarse en relación a sólo una de las distintas obligaciones nacidas del contrato o, por el contrario, puede hacer referencia a varios acuerdos nacidos coetáneamente entre las partes pero que tengan diverso origen contractual (es en este sentido puede decirse que la exclusiva es un pacto autónomo). Las partes contratantes en virtud de la autonomía de la voluntad pueden establecer la duración que estimen más conveniente para sus intereses. Dependiendo del negocio jurídico de que se trate, existe normativa comunitaria de aplicación directa que impone plazos máximos de duración, tal es el caso del Reglamento CE 330/2010, de 20 de abril[216] que regula determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas,

---

213 Se considera un acuerdo de menor importancia a aquellos que no tienen la fuerza suficiente para poner en peligro la competencia.

214 La cláusula de exclusiva se engloba dentro de los pactos que buscan eliminar la concurrencia, por tanto, le afecta esta consideración del Reglamento.

215 Huelga decir que no puede pactarse "a perpetuidad" por constituir una limitación a la libertad que debe presidir la contratación, y merece, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, ser calificada como atentatoria al orden jurídico. Por todas, *vid.* STS de 19 de diciembre de 1985.

216 El Reglamento 330/2010 entró en vigor el 1 de junio de 2010 en reemplazo del Reglamento CE 2790/1999 de 22 de diciembre, sobre la aplicación del artículo 81.3 TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, con fecha de expiración prevista en 31 de mayo de 2010.

establece como extensión temporal máxima cinco años[217]. Este máximo legal no será de aplicación si los bienes o servicios contractuales son vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor[218] o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del periodo de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador. Este es el caso de los contratos llamados de abanderamiento o contratos de arrendamiento de industria y de suministro o abastecimiento en exclusiva[219], acuerdos que se utilizan para el establecimento de estaciones de servicios[220].

A. Pacto de exclusiva con duración determinada

Cuando nos encontramos ante una cláusula de exclusiva con duración determinada el pacto finaliza cuando ha transcurrido el plazo de vigencia establecido por las partes, sin que para ninguna de ellas se derive derecho u obligación alguna, salvo que en el contrato se prevea otra cosa. En este sentido,

---

217 El artículo 101 TFUE (anterior artículo 81) sanciona con nulidad determinados acuerdos entre empresas que perjudican la competencia. El artículo 2 del Reglamento (CE) 330/2010 prevé exenciones para salvar la nulidad establecida, no obstante, quedan fuera las conductas reguladas en el artículo 5, entre ellas, cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda los cinco años.

218 El Reglamento CE 1582/97 de la Comisión , de 30 de julio de 1997, no exigía a efectos de la excepción, que el proveedior fuera propietasrio del terreno sobre el que se hubiera construido la estación de servicios arrendada al revendedor. El requisito del propietario-proveedor se implanta con el Reglamento CEE 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983 relativo a la plicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva y se ratifica en su modificación de 20 de abril de 2010, Reglamento UE 330/2010.

219 La Comisión ha claisifcado los contratos hasta en ocho tipos en función del regimen de propiedad de la estación de servicio y el tipo de relación comercial entre el operador petrolífero y las empresas que explotan estaciones de servicio. Para el desarrollo de las modalidades del contrado *vid. Comunicación de la Comisión relativa al asunto Repsol CPP S.A.*, de 20 de octubre de 2004. En cualquier caso, lo decisivo a efectos de determinar el régimen jurídico no es la denominación del contrato, sino el contenido del mismo, pues como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia, las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son. Cfr. STS de 11 de diciembre de 2002 y STDC de 30 de mayo de 2001.

220 Los conflictos que se presentan en estos contratos complejos a causa de los incumplimientos de la exclusiva o la fijación de precios de carburantes es abundante. *Vid.* STJCE de 30 de abril y 2 de junio de 2009 y las SSTS de 25 de octubre de 2007, 6 y 28 de septiembre de 2010, 4 de octubre de 2010, 8 y 28 de febrero de 2011. Sobre los acuerdos denominados "superficie-agente" y "superficie-revendedor" v*id*. STJUE de 11 de noviembre de 2010, asunto C-36/09 que resuelve a cerca del derecho de rescate concedido a determinadas estaciones de servicios con acuerdos de suministro en exclusiva.

se excluye cualquier derecho de prórroga del privilegio de exclusiva que no haya sido pactado expresamente por las partes[221].

Puede ocurrir que la obligación de exclusividad finalice aunque la obligación principal se mantenga vigente. Este supuesto se presenta cuando, por ejemplo, se pretende introducir un nuevo producto en el mercado. Por un determinado espacio de tiempo se otorgará en exclusiva una zona a distribuidor y luego, cumplido el plazo si bien distribuidor podrá seguir comercializando el producto lo hará en competencia con otros distribuidores. Es posible que también se de el supuesto inverso, que la obligación principal se extinga y el pacto se mantenga por una tiempo adicional. Así, por ejemplo, una compraventa con exclusiva, la relación base se habrá extinguido con el acto, pero podrá contratarse que no se venda otro producto igual en la misma zona por un número determinado de años.

B. Pacto de exclusiva con duración indeterminada

Este es el supuesto donde más problemas se plantean con ocasión de la finalización del pacto, por tanto, merece una aproximación más detallada. El contrato principal en el cual se inserta la cláusula de exclusiva puede ser de tracto sucesivo (suministro, distribución, entre otras) o de tracto único (compraventa). Esta diferencia es importante en el caso de una exclusividad sin duración definida, como se explica a continuación.

Si el negocio jurídico es de tracto sucesivo, la doctrina considera que, ante el silencio en cuanto a la duración, habrá de entenderse que el pacto tendrá la misma duración que la relación fundamental, siempre que no se desprenda otra cosa de su propia naturaleza o resulte excesivamente gravosa para el obligado. En todo caso, el contrato será válido, aunque no se haya pactado un tiempo de duración expresa para la exclusiva[222].

El problema surge en los contratos de ejecución instantánea, puesto que, al no prolongarse las prestaciones de la obligación fundamental en el tiempo,

---

221 Cfr. DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, "El contrato de distribución exclusiva o de concesión", en *Derecho mercantil…,* cit., pp. 474 y ss.

222 No hay que perder de vista que siempre se valorará de acuerdo al contrato en el que esté integrada la cláusula puesto que, para determinadas categorías de acuerdos existe normativa comunitaria estableciendo plazos máximos. *Vid.* Reglamento CE 330/2010 de 1 de junio.

no se le podría aplicar al pacto el mismo plazo[223]. Esta cuestión motivó en la doctrina la pregunta de si los contratos de tracto único son susceptibles de gozar de una exclusividad. Algunos creen que no, por considerar imprescindible una relación duradera entre las partes. Así, los contratos de ejecución instantánea serían incompatibles con la esencia del pacto[224]. Mas, no parece ser una razón convincente. La exclusiva no exige necesariamente una relación fundamental de larga duración. Sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1955 referida a una compraventa con exclusiva o el encargo de venta de una propiedad inmobiliaria, entre muchos otros supuestos que requieren del pacto atípico para recuperar la inversión económica realizada, asegurarse la penetración en un determinado mercado o evitar los problemas de *free riding* de potenciales competidores.

Sin lugar a dudas cabe que agotado el contenido o la prestación del contrato principal subsista la obligación de no concurrencia. Si la prestación ha sido ya ejecutada y el pacto de exclusiva no tiene un plazo establecido, se hace necesario descubrir hasta cuándo se entiende que vincula a las partes[225]. Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo español[226] que establece que los contratos pactados por tiempo indeterminado o indefinido (entendidos dichos términos como sinónimos y expresivos de no fijación de plazo contractual), no adolecen de vicio de nulidad. En efecto, se sostiene en la Sentencia del Tribunal

---

223 Este es el supuesto jurisprudencial de STS de 29 de octubre de 1955, donde se vendió un tocadiscos en exclusiva sin fijar un plazo de duración del privilegio (obligación de ejecución instantánea sin establecimiento de límite temporal del pacto de exclusiva).

224 Cfr. ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, ed. Porrúa, Mexico D.F., 1998, p. 342. Señala este autor que el contrato al que va unido el pacto de exclusiva tiene que ser uno de ejecución continuada o diferida; que se produzca entre las partes una relación duradera, más o menos permanente. Afirma con total rotundidad que la exclusividad no se presenta en los contratos de ejecución inmediata.

225 La jurisprudencia señala que un contrato (o pacto) puede estipularse por un tiempo indefinido o indeterminado, que es aquel que carece de previsión alguna de vigencia temporal, o lo que es igual, cuando no contiene pauta contractual que permita conocer la verdadera intención de las partes acerca de su duración. Es conveniente aclarar que en ningún caso significa que haya sido pactado a perpetuidad. Éste adolece de nulidad radical al ser contraria al orden público y convertiría en ilícita la causa del contrato. La duración de la obligación negativa no puede ser perpetua porque sería opuesta a la naturaleza misma de una relación obligatoria. Constituyendo una limitación a la libertad considerada como contraria al orden público. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…,* cit., p. 323. En el mismo sentido, por todas, ver STS de 26 de octubre de 1998.

226 Entre otras, *vid*. SSTS de 18 de marzo de 1966, 14 de febrero de 1984, 27 de mayo de 1993, 17 de octubre de 1995 y de 2 de febrero de 2001.

Supremo de 1 de febrero de 2001, que, en defecto de estipulación, debe entenderse que la cláusula se ha pactado por un tiempo indefinido, concediendo a ambos contratantes la facultad del desistimiento unilateral siempre que no implique el abuso en el ejercicio del derecho, ni traspase los límites de la equidad y la buena fe[227].

1. Terminación unilateral del contrato con pacto de exclusiva

La resolución unilateral hace referencia a la posibilidad de que uno de los contratantes, por su sola voluntad, dé por finalizada la relación contractual en la que interviene como parte. Ello colisiona, por un lado, con el artículo 1256 CC, que excluye que la validez y el cumplimiento de los contratos pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. De otro lado, con el artículo 1124 CC, desde el punto de vista del otro contratante frente al cual se extingue el contrato, toda vez que, ante una actuación que objetivamente cabría calificar de incumpli-miento, no se puede instar el cumplimiento forzoso sino solicitar la indemnización de daños y perjuicios[228].

La opción de denunciar unilateralmente de manera libre y voluntaria un pacto de exclusiva que carece de plazo convencional es cuestión primordial en esta materia. El problema surge de la carencia de una regulación específica, aunque esta posibilidad está contemplada en varias esferas del ordenamiento jurídico privado. La cuestión radica en la posibilidad de su generalización y aplicación a otros supuestos. Se trata de decidir si las hipótesis legales de desistimiento voluntario son excepcionales y, por tanto, sometidas a una interpretación restrictiva o si, por el contrario, constituyen indicios suficientes para detectar la presencia de una *ratio* unitaria y de un principio general. El

[227] El Tribunal Supremo ha tenido ocasión reiterada de declarar que en un contrato de duración indeterminada, puesto que carece de pacto de vigencia temporal y, en consecuencia, como en los supuestos análogos de contratos de agencia, mediación, comisión mercantil, incluso en sociedades colectivas, supuestos todos en que la relación interpersonal aconseja no mantener situaciones o vínculos no queridos, se exige la permanente voluntad de permanencia, por tanto son susceptibles de ser revocados unilateralmente (SSTS de 29 de mayo de 1972, 11 de febrero de 1984, 19 de diciembre de 1985, 22 de marzo de 1988 y 21 de abril de 1993).

[228] En la teoría general de los contratos, la modificación unilateral de un negocio bilateral sólo se admite con carácter excepcional, siendo necesario que se haya previsto en el negocio jurídico o se admita en un precepto legal. Por tanto, en su ausencia, el principio general es el de que las obligaciones nacen u deben cumplirse al tenor de los mismos (artículo 191 CC) y que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (articulo 1256 CC).

problema, señala la doctrina[229], se plantea como la tensión entre dos fuerzas contrarias: la idea de que la subsistencia y la ejecución de una obligación no puede dejarse nunca al arbitrio de una de las partes, frente a la exigencia de que una vinculación obligatoria no sea nunca indefinida, ni mucho menos perpetua y, además, que la relación sea un cauce de protección de los intereses de los involucrados.

El desistimiento unilateral es un poder reconocido a las partes, como se ha dicho, ante la imposibilidad de la existencia de relaciones jurídicas eternas. La denuncia voluntaria es una facultad recogida tanto en el Código civil como en el Código de comercio, y regirá una u otra dependiendo del tipo de relación jurídica de que se trate. Asimismo, se prevé la aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia, cuando proceda, a los contratos de colaboración empresarial. El Código civil permite esta conducta para muchos supuestos[230] que pueden aplicarse de manera general siempre que se reúnan las siguientes características: que se trate de una relación duradera o de tracto sucesivo, (salvo que se trate de obligación de tracto único y se haya otorgado expresamente la facultad de desistir); que no se haya previsto el plazo de duración, de manera que, de acuerdo con la ley y el negocio jurídico, su duración haya de ser indefinida; y que se trate de relaciones basadas en la confianza, de modo que si ésta se frustra, aparece como justa la posibilidad de poner fin a la relación[231].

La cuestión que acto seguido se impone es plantearse qué sucede cuando el pacto está insertado en un contrato de tracto único o sin prestaciones periódicas y no tiene un plazo de duración estipulado. Un primer acercamiento hace ver que, si bien el contrato fundamental puede ser de ejecución inmediata, el pacto de exclusiva es el que se ha acordado por un tiempo indeterminado. Por tanto, le sería perfectamente aplicable la denuncia unilateral dado que la *ratio* de esta figura es que las partes no vean limitada ni sometida su voluntad

---

229 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…* cit., p. 906.

230 Los supuestos regulados expresamente en el Código civil: se permite al *dominus operis* desistir por su sola voluntad de la construcción de la obra contratada (cfr. artículo 1594), en el contrato de sociedad se permiten que la disolución se produzca por la voluntad o la denuncia de uno de sus socios (cfr. artículos 1704 y 1705), la relación entre mandante y mandatario puede extinguirse en virtud de la decisión unilateral de cualquiera de las partes (cfr. artículo 1732.1 y 2), el comodante tiene la posibilidad de reclamar la cosa en cualquier momento si no fue pactado el plazo del contrato (cfr. artículo 1750).

231 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…,* cit., p. 905.

de manera indefinida.

Existe una opción adicional. Puede recurrirse a la facultad moderadora del juez reconocido en el artículo 1128 CC. En este supuesto, es la autoridad judicial quien examinará las circunstancias concretas, analizará la equivalencia de las prestaciones para evitar un inconveniente enriquecimiento injusto. Como señala ARECHEDERRA, la inequivalencia de las prestaciones puede dar lugar a un resultado económico con consecuencias perjudiciales para las partes o para terceros[232], y podrá disponer el término al pacto.

Cuando el pacto forma parte de un contrato mercantil, la doctrina y la jurisprudencia establecen la procedencia de la aplicación analógica de los artículos 224 (socios colectivos o comanditarios en la disolución de la compañía pactada), y 302 CCom. (relaciones a plazo indeterminado entre comerciante y factor), donde cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido. Del mismo modo, para determinados contratos de colaboración empresarial se prevé la aplicación de la Ley del Contrato de Agencia, que en su artículo 25 ofrece la misma posibilidad de desistimiento unilateral, sin que se precise un acuerdo que lo autorice[233]. Ambas legislaciones, la civil y la mercantil, coinciden en establecer la necesidad de que la denuncia sea hecha de buena fe, lo que exige un preaviso de la decisión en un plazo razonable, que permita a la otra parte adoptar las medidas necesarias para prevenir la situación que a ella le crea la extinción del pacto y los posibles perjuicios que pueda sufrir[234]. En este sentido, la doctrina del Tribunal Supremo ha afirmado que para el ejercicio *civilitier* de la denuncia unilateral, se debe realizar un preaviso de la terminación con un tiempo razonable Si el plazo del preaviso no se pactó, entiende la jurisprudencia que habrá de estarse a lo que razonablemente aconsejen las circunstancias concurrentes (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2001)[235].

---

232 Cfr. ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual,* Montecorvo, Madrid, 1978, p. 12.

233 En este sentido, cfr. GARRIGUES, Joaquín, ob. cit., pp. 425 y ss, y DÍEZ-PICAZO, Luis, *Estudios*… cit., pp. 308 y ss., BÉRCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl, "El contrato de suministro", en *Contratos mercantiles*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 345.

234 Sin embargo, la transgresión de la buena fe no impide la extinción de la relación y crea únicamente un deber de resarcimiento de daños. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Estudios*… cit., p. 907.

235 Es posible que la heterogeneidad de los supuestos regulados impida la construcción de una teoría general que abarque todos los posibles aspectos en los que incide o

La jurisprudencia del Tribunal Supremo utiliza distintos términos para designar esta figura: resolución, denuncia, desistimiento, rescisión y revocación[236], imprecisión que se arrastra desde la misma terminología legal[237]. En rigor, sólo las tres primeras son correctas. La expresión rescisión alude a la extinción de una relación contractual, promovida por una de las partes pero presupuesta su válida constitución, la facultad de ponerle fin obedece a su susceptibilidad de producir un perjuicio económico a uno de los contratantes o a un tercero: (artículos 1290 y ss. CC). Por su parte, la revocación no se refiere tanto a una relación contractual como a una atribución patrimonial (artículos 644 y ss. CC). En cuanto a las expresiones resolución, denuncia y desistimiento, esencialmente correctas, requieren de una ulterior precisión, en orden a la delimitación del supuesto del que se predican. Cuando se hace referencia a la resolución, la denuncia o el desistimiento unilateral nos referimos a supuestos en los que, por la sola voluntad de una de las partes y sin que exista circunstancia alguna que lo justifique, se pone fin a la relación contractual, no provocando tampoco este hecho el nacimiento de una obligación de indemnizar un eventual incumplimiento. Ello debe permitir, entonces, diferenciar esos supuestos de aquellos otros en los que esa misma consecuencia –extinción unilateral– se produce por concurrir otras circunstancias como la frustración del fin perseguido por el contrato; denuncia por expiración del plazo contractual y con la finalidad de evitar su prórroga y los supuestos de resolución por incumplimiento al amparo del artículo 1124 del Código Civil.

A tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el presupuesto principal de admisibilidad del desistimiento o resolución unilateral es que el contrato sea uno de tracto sucesivo o duradero, que las partes no hayan fijado o establecido un plazo de duración ni los criterios para determinarla[238], o que

puede incidir la facultad de extinción o resolución unilateral, en particular, por lo que se refiere a los requisitos que exija su admisibilidad y los efectos que deriven de su ejercicio. Lo que debe quedar claro es que con la denuncia unilateral del pacto no se trata de decidir si la validez y el cumplimiento puede quedar al arbitrio de una de las partes, lo que convertiría esta opción en inoportuna e ilegal; sino, si el acuerdo de exclusiva establecido sin límite temporal alguno, es revocable por la sola voluntad de una de las partes. El Supremo ha resuelto en sentido positivo en reiterada jurisprudencia Por todas, ver la STS de 25 de noviembre de 2004.

236 *Vid.* SSTS 24 de febrero de 1993, 17 de marzo de 1993, 2 de abril de 1994, 16 de octubre de 1995, 9 de octubre de 1997.

237 El artículo 1594 CC utiliza el término desistir, los artículos 1705 y 1706 CC, así como el artículo 1732.2 CC, de renuncia, y el artículo 1732.1 CC de revocación.

238 En este sentido, SSTS 11 febrero 1984, 19 diciembre 1985, 3 julio 1986, 6 junio

habiéndose establecido, hayan arbitrado al mismo tiempo un sistema de prórrogas que posibiliten la conversión del plazo de duración inicialmente pactado en uno duración indefinida. Se trata normalmente de contratos o convenios atípicos, cuya configuración se deja a la voluntad de las partes, y que, en ocasiones, el Tribunal Supremo reconduce a las figuras de los contratos de distribución, concesión, comisión o de agencia[239].

En cualquier caso, el fundamento que justifica la atribución o el reconocimiento de esa posibilidad de resolución unilateral se encuentra en la idea de evitar la vinculación perpetua de los contratantes que iría en contra de la ley[240] y constituye una limitación a la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico. En tales circunstancias, concurriendo estos presupuestos el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de diciembre de 1985 señala que la facultad de resolución unilateral no supone dejar el contrato al arbitrio de las partes y que, por tanto, dicha facultad no vulnera lo dispuesto en el artículo 1256 CC al afirmar que "desistir de una relación jurídica creada por el contrato no significa dejar ni el cumplimiento ni la validez del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, sino autorizarle para poner fin a una situación jurídica, sin perjuicio del contrario".

No es presupuesto necesario, en cambio, la existencia de un pacto de exclusiva, por más que en prácticamente todos los supuestos jurisprudenciales siempre existe una relación de exclusividad[241]. Pero su carácter secundario o

1987, 22 marzo y 16 septiembre 1988, 27 febrero 1989, 16 febrero 1990, 15 octubre, 3 diciembre 1992, 24 febrero y 27 mayo 1993, 14 febrero y 9 octubre 1997. Si las partes han establecido un plazo y éste puede prorrogarse automáticamente, el contrato se extingue transcurrida la duración pactada y con un preaviso para impedir la renovación. En este sentido se manifestó la STS de 13 de febrero de 2009 sobre un contrato de distribución en exclusiva mediante la que se desestima la denuncia porque el contrato se extinguió por haber transcurrido el plazo fijado por las partes habiéndose dado cumplimiento por la entidad concedente (Hyundai España) del preaviso de seis meses a efectos de impedir la prórroga anual.

239 Por lo que respecta al contrato de agencia, téngase en cuenta que dejó de ser atípico a partir de la promulgación de la Ley 12/1992, de 27 mayo. La regulación legal de dicho contrato destaca ahora la facultad de resolución unilateral.

240 Expresamente, STS 9 octubre 1997: «En [los] supuestos de duración indeterminada las relaciones obligatorias creadas son válidas, pero conforme a nuestra tradición jurídica, doctrina científica y decir del Código Civil resulta que hay que admitir la imposibilidad de reputarlas perpetuas, por lo que les asiste a los contratantes facultad de liberación de las mismas ya que las partes no deben permanecer indefinidamente vinculadas».

241 *Vid*. SSTS 14 febrero 1973; 17 diciembre 1973, 21 abril 1979, 11 febrero 1984, 19

accesorio viene determinado por el hecho de que un contrato de duración indefinida, con o sin pacto de exclusiva, admite la facultad de resolverlo. En cambio, un contrato de exclusiva con plazo de duración determinada no atribuye esa facultad de resolución[242]. Si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo suele reconocer la posibilidad de resolución unilateral en los contratos en los que se haya establecido un pacto de exclusiva, no lo es menos que tal reconocimiento se limita a aquellos en los que el pacto ha sido concertado sin fijación de plazo.

Ahora bien, la existencia de un pacto de exclusiva aporta un doble fundamento que justifica, en cualquier caso, la posibilidad de desistimiento o denuncia unilateral: la limitación que comporta en la actuación de los contratantes y la relación de confianza en la que generalmente descansa. En este sentido, la limitación que para la libertad comercial de los contratantes supone el pacto, determina su interpretación en sentido restringido, interpretación restrictiva que, por tanto, debe alcanzar también a la cuestión de su duración temporal.

Por otra parte, cuando existe el componente de *intuitu personae* en el pacto de exclusiva y la repercusión que en el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro, justifican asimismo la admisibilidad de la resolución *ad nutum*, con exención de resarcimiento de daños y perjuicios, como válvula de seguridad para compensarles del riesgo que mutuamente asumen. Así lo han establecido las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1973, 21 de abril de 1979, 19 de diciembre de 1985, 22 de marzo de 1988 y 14 de febrero de 1997[243].

---

diciembre 1985, 30 junio 1987, 22 marzo 1988, 16 febrero 1990, 15 octubre 1992, 24 febrero y 27 mayo 1993, 16 octubre 1995, 25 enero 1996 y 14 febrero 1997.

242 Centrando la cuestión en torno a la procedencia o no de indemnización la STS 17 diciembre 1973 señaló que por la fecha de terminación del pacto de exclusiva procederá la indemnización sólo en el caso de que se dé por terminado el contrato sin motivo alguno, mientras que si no se pacta la fecha en que el contrato deba producir sus efectos, no podrá exigirse la indemnización. En sentido similar, STS 6 marzo 1978. Explícitamente, STS 12 junio 1980 al establecerse plazo de duración hace que sea respetado de no mediar justa causa que diera lugar a su resolución antes de la finalización de dicho plazo. En el mismo sentido, STS 30 mayo 1994: la denuncia unilateral del contrato antes del plazo pactado y sin que se acredite que ello obedece a un incumplimiento contractual de la otra parte es productora *per se* de daños y perjuicios que generan la obligación de indemnizar.

243 En materia de Derecho laboral el artículo 21.3 ET faculta al trabajador en régimen común para rescindir unilateralmente el acuerdo de exclusiva y recuperar su libertad de trabajo mediante una simple comunicación escrita al empresario con preaviso de treinta días,

2. Requisitos para el ejercicio de la facultad de resolución unilateral

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha orientado no sólo a constatar su admisibilidad en el ordenamiento español, sino también a examinar los requisitos que exige su ejercicio. En efecto, para el Tribunal Supremo no basta que la facultad de desistimiento en sí misma sea admisible; es preciso, además, que su ejercicio se ajuste a determinadas exigencias. El desistimiento o la resolución unilateral se configura como una facultad reconocida a cualquiera de los contratantes, y sin que sea obstáculo a su ejercicio el incumplimiento de las propias obligaciones contractuales. De acuerdo con este criterio, el contratante incumplidor, que no podría resolver el contrato de haberlo incumplido también la otra parte, podría, sin embargo, denunciarlo o desistir unilateralmente. Es una afirmación claramente llamativa puesto que, como se sabe, el ejercicio de la facultad resolutoria al amparo del

perdiendo la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación. Cabe preguntarse si el empleador puede rescindir unilateralmente el pacto de exclusividad. La respuesta es que expresamente no se ha previsto positivamente esta posibilidad. ALONSO OLEA señala que, con seguridad el empresario tiene la facultad de rescindir el pacto cuando deje de estar interesado en el mismo, pero probablemente, afirma, nos encontraremos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo con los efectos previstos en el artículo 41.1 ET (cfr. ob. cit., p. 311). En este mismo sentido se manifiestan MARTÍN VALVERDE, Antonio y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Tratado…*cit., p. 1211. En general, la doctrina afirma que cuando se haya pactado la plena dedicación a cambio de una contraprestación económica expresa, la renuncia del empresario a su ejecución se debe interpretar como un incumplimiento contractual. En esta situación, corresponderá al trabajador la decisión de reclamar las cantidades dejadas de percibir, además de una posible indemnización por daños y perjuicios; entender que dicho pacto ha decaído y recuperar su liberta de trabajo; o incluso, poder recurrir a la vía de rescisión contractual indemnizada prevista en el artículo 50.1 b) o c) ET. Cfr. LUQUE PARRA, Manuel, ob. cit., p. 167. Los trabajadores bajo régimen especial tienen sus propios preceptos, por ejemplo, el RD 1435/1985 establece la prohibición de que el pacto de plena dedicación sea rescindido unilateralmente por el artista de espectáculos públicos durante su vigencia. Elimina la facultad de trabajador reconocida en el régimen laboral común, de liberarse de la obligación asumida en cualquier momento Cfr. ALZAGA RUÍZ, Iciar, *La relación laboral…,* cit. p. 236. Así, en los supuestos de ruptura del pacto por el artista, el empresario tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, cuya cuantía, salvo expresa previsión en el contrato, será fijada por el órgano judicial competente. En cuanto a la ruptura por parte del empresario, todo parece indicar que éste no puede liberarse unilateralmente sin satisfacer la compensación económica debidamente acordada. Hipótesis distinta sería aquella en que las partes no acuerden voluntariamente dar por finalizada la situación de exclusividad en la que se encuentra el trabajador, sino que una de ellas, de manera unilateral, rompa el pacto de plena dedicación. En el caso del rompimiento del pacto por parte del artista, el empresario tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, cuya cuantía salvo expresa provisión en el contrato, será fijada por el órgano judicial competente, valorando factores como el tiempo de duración previsto para el pacto, la cuantía de la compensación percibida por el artista, y, en general, la lesión producida por el incumplimiento contractual, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1154 CC.

artículo 1124 CC exige que, quien interponga la acción, haya cumplido sus obligaciones, pero que suscriben, al menos, dos sentencias del Tribunal Supremo, la de 11 febrero 1984 y de 22 marzo 1988.

En el supuesto contemplado por la primera sentencia, se trató de un contrato atípico de concesión o venta en exclusiva, sin plazo de duración establecido y resuelto unilateralmente por el concedente. El Tribunal Supremo hace eco del criterio jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo de 14 febrero y 17 diciembre 1973) y admite el desistimiento unilateral rechazando la invalidez de la revocación (refiriéndose a la denuncia unilateral) pretendida por los recurrentes. El caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 marzo 1988 versó sobre un contrato de agencia con pacto de exclusiva, resuelto de forma unilateral por el concedente (deudor en el momento de la denuncia) de determinadas cantidades en concepto de comisiones devengadas con anterioridad y aún no satisfechas. El Tribunal Supremo admite el desistimiento, confirma la eesolución de la Audiencia en cuanto a las comisiones impagadas y, además, impone al concedente la obligación de indemnizar al agente, indemnización que no se basa en la responsabilidad por resolución unilateral del contrato, sino en el aprovechamiento subsiguiente por parte de la demandada de la captación de clientela realizada por la actora (fundamento cuarto).

Por lo que respecta a la legitimación pasiva, parece evidente que aquel frente a quien se inste el desistimiento no debe de haber incumplido sus obligaciones, puesto que, de haberlas incumplido, la acción procedente no será, por regla general, la de denuncia unilateral del contrato, sino la de resolución ex artículo 1124 CC (Sentencia del Tribunal Supremo 14 febrero 1997). En cualquier caso, el ejercicio de la facultad de desistimiento debe ajustarse a las exigencias de la buena fe y de la equidad, proscribiéndose el abuso de derecho[244], por más que, en ningún caso, pueda calificarse de abusivo el hecho en sí de denunciar el contrato (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo

[244] La STS 14 febrero 1973 destacaba la exigencia de que el empleo de la denuncia unilateral del contrato no implique el abuso en el ejercicio del derecho y señalaba que éste no se producía «cuando la persona a quien se atribuye, no traspasó sus límites de la equidad y buena fe» (Considerando tercero); una referencia a la equidad se encuentra asimismo en la STS 25 octubre 1985, mientras que la exigencia de la buena fe la recuerda la STS 3 julio 1986. Excluyen la resolución o el desistimiento abusivos las SSTS 11 febrero 1984, 19 diciembre 1985, 22 marzo y 16 septiembre 1988, 15 octubre y 21 diciembre 1992, 24 febrero y 27 mayo 1993, 16 y 17 octubre y 18 diciembre 1995, 25 enero 1996 y 14 febrero y 9 octubre 1997, 10 de febrero de 2004, 2 de diciembre de 2005.

de 1988). Ahora bien, la cuestión más dudosa que plantea el ejercicio de la facultad de desistimiento unilateral es la de si dicho ejercicio, además de ajustarse a la buena fe y a la equidad, debe venir amparado por una justa causa o motivo que legitime la resolución del contrato.

La corriente jurisprudencial mayoritaria se inclina por la negativa. De acuerdo con este criterio, el Tribunal Supremo admite la plena validez de la cláusula contractual en la que se pacta en favor de ambas partes la facultad de resolución unilateral, sin más requisito que el de comunicar al otro contratante la voluntad de desistir del contrato. No es preciso, por tanto, la concurrencia de motivo o circunstancia alguna que justifique esa voluntad (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2006). En los supuestos en los que no se haya estipulado dicha facultad, el Tribunal Supremo admite igualmente el desistimiento unilateral, por considerarlo implícito en los contratos de tracto sucesivo de duración indeterminada o indefinida, no siendo necesario, tampoco, alegar una justa causa que legitime su ejercicio. Desde este punto de vista, el hecho de no haber fijado término de duración a la relación contractual sería ya motivo suficiente para ponerle fin (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1992) y ello con independencia de que, al hacerlo, deba procederse siempre de buena fe.

Frente a esa línea jurisprudencial y a partir de la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988, un segundo grupo (minoritario) de sentencias exige, en cambio, la concurrencia de justa causa (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1995). No basta que el ejercicio de la facultad de resolución o desistimiento sea conforme a la equidad y a la buena fe, sino que, debe existir, además, una justa causa o motivo que lo legitime.

Desde este punto de vista, la necesidad de justa causa limita, pues, el presupuesto mismo del desistimiento unilateral: por más que el contrato de que se trate sea de duración indefinida, ello no es suficiente para que proceda la resolución si ésta no viene amparada por una motivo suficiente. Lo que sucede es que no existe acuerdo sobre lo que, en su caso, deba constituir esa justa causa o motivo que legitime el desistimiento unilateral. Desde luego, no lo es el incumplimiento del otro contratante o la finalización del plazo de duración contractual, puesto que, por más que autoricen igualmente la resolución del contrato, la extinción del mismo obedece entonces a fundamentos y razones distintos. En cambio, como posibles circunstancias que puedan constituir entonces justa causa cabría tal vez señalar la lesión o el perjuicio económico que pueda representar para quien pretende la resolución

el mantenimiento del vínculo contractual, la modificación sobrevenida de las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato o el incumplimiento en el que no concurran los requisitos para que proceda la acción resolutoria del artículo 1124 del Código Civil[245].

3. Consecuencias del desistimiento unilateral

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de febrero de 1973, establece como regla general, que por la denuncia unilateral de las relaciones contractuales con pacto de exclusiva sin duración determinada no procede indemnización alguna. Considera que, dado el carácter *intuitu personae* que juega el pacto en algunos contratos y, por la repercusión que en el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia, se suele establecer una cláusula de denuncia *ad nutum.* La consecuencia es la exención del resarcimiento de daños y perjuicios pues actúa como una válvula de seguridad para compensar el riesgo que mutuamente corren las partes[246]. Esta postura en la actualidad se ha dulcificado. El Tribunal Supremo y la doctrina han establecido que cuando la revocación sea abusiva y sin buena fe, se permite a la otra parte reclamar y obtener la indemnización de los daños y perjuicios que acredite, no siendo requisito necesario que se trate de un acuerdo *intuitu personae*.

Debe quedar claro que la concesión de una indemnización no se basa en la responsabilidad por la resolución unilateral del pacto, sino en la posible actuación abusiva y contraria a la buena fe que es exigida a las partes. En este sentido se manifestó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 1 de febrero de 2001, al señalar que si bien la resolución unilateral (del contrato de agencia en exclusiva) es jurídicamente posible y válida sin comportar *per se* la necesidad de indemnizar los daños causados por la disolución del vínculo, no puede en modo alguno excluirse la consecuencia indemnizatoria. Ello no sólo en los supuestos en que pactada la necesidad de un preaviso se hubiere prescindido del mismo, sino también, en aquellos otros supuestos en los que la denuncia unilateral del contrato vaya seguida de un disfrute económico por una de las partes, lo que la doctrina científica denomina enriquecimiento sin causa.

---

245 Cfr. ESPIAU ESPIAU, Santiago, "La resolución unilateral del contrato", en *Aranzadi civil,* vol. I. ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 115 y ss.

246 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos*…, cit., p. 905.

No obstante, es conveniente distinguir entre aquellos efectos que se surgen de la misma relación contractual y aquellos que se traducen en consecuencias indemnizatorias. En cuanto a los efectos de la facultad de desistimiento con relación al contrato, parece claro que el ejercicio de la misma comporta su extinción y ello incluso en los supuestos en que dicho ejercicio se revela arbitrario por no concurrir los requisitos que lo posibilitan y legitiman. También la resolución arbitraria o abusiva, contraria a la equidad y a la buena fe, extingue el contrato, lo que ocurre es que dará lugar a una indemnización[247]. En este sentido, la resolución arbitraria supone una excepción a lo dispuesto en el artículo 1124 CC[248].

En cuanto a los efectos indemnizatorios, se ha fundamentado habitualmente en los artículos 1101, 1106 y 1107 CC, comprendiendo a los perjuicios derivados de un preaviso insuficiente, las inversiones específicas no amortizadas y los gastos en concepto de acumulación de existencias[249]. Es usual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la calificación del desistimiento unilateral como resolución *ad nutum* con exención de resarcimiento de daños y perjuicios. Sin embargo, como se ha dicho ya, junto a la extinción del contrato, pueden producirse consecuencias indemnizatorias a favor del contratante que insta la resolución. Así, en numerosas ocasiones, el Tribunal Supremo ha declarado la procedencia de una indemnización de daños y perjuicios en favor del contratante frente al que se ejercita el desistimiento.

De acuerdo con esta idea, la obligación de indemnizar puede originarse en dos supuestos distintos: en primer lugar, cuando el ejercicio de la facultad de desistimiento sea abusivo o no aparezca legitimado (las sentencias que exigen

---

247 Muy clara es, en este sentido, la STS 16 octubre 1995: La consecuencia jurídica al producirse un arbitrario desistimiento unilateral es que éste se mantenga, por más que aquel a quien sea imputable no quede exonerado de responsabilidad, ya que le alcanza la obligación de resarcir los daños y perjuicios que hubiera ocasionado a la parte cumplidora.

248 Cfr. ESPIAU ESPIAU, Santiago, ob. cit., pp. 117 y ss.

249 Si se vincula el reconocimiento de indemnización por inversiones al contrato de duración indefinida es porque se parte de la base de que en el contrato de duración determinada será más fácil para el distribuidor prever si el lapso de tiempo acordado es suficientemente amplio para amortizar las inversiones. Pero si el contrato es a tiempo indefinido, no existiendo norma que imponga una duración mínima, la denuncia o desistimiento unilateral cuando no ha transcurrido la duración óptima, debería suponer un reconocimiento de una indemnización por inversiones a favor del distribuidor o, alternativamente, la prolongación del contrato en el tiempo necesario para recuperar la inversión específica.

justa causa); pero, también, cuando como consecuencia de la extinción del contrato, la parte que desistió del mismo experimente un enriquecimiento injusto, sobre todo en materia de indemnización compensatoria por aumento de clientela que se ha intentado fundar en la extensión por analogía del régimen del agente comercial, intermediario que guarda relación con el distribuidor exclusivo y que dispone de estatuto jurídico propio[250]. La jurisprudencia ha establecido conexiones entre la compensación por clientela y la duración del contrato. El Tribunal Supremo en sus sentencias de 19 de abril de 1989 y 4 de noviembre de 2003, se ha acercado intuitivamente a esta idea al vincular la indemnización por inversiones y la compensación por clientela a la ruptura intempestiva del contrato, esto es, a la ruptura de las relaciones comerciales sin justa causa antes de que haya transcurrido su duración óptima.

La Sentencia del Tribunal Supremo que se ha convertido en referencia obligada sobre este asunto es la de 22 de marzo de 1988, Representaciones Alfredo Antón S.L. vs. Electrodomésticos Solac S.A. En ella, el Tribunal sienta los criterios exigibles para calificar el ejercicio del desistimiento unilateral como ajustado al principio de la buena fe, aun no concurriendo pacto sobre el preaviso. Establece las bases de la indemnización y compensación por clientela, que se reconoce con apoyo en la doctrina del enriquecimiento injusto[251]. Fundamenta la aceptación del desistimiento en la nota de la exclusiva y en la necesidad de evitar la perpetuidad en las relaciones comerciales. Esta sentencia ha influido notoriamente en la jurisprudencia posterior en materia de distribución exclusiva, pese a que en puridad, aparece referida a un contrato de agencia[252]. De esta doctrina jurisprudencial debe concluirse que, si bien la

---

250 Como presupuestos para el reconocimiento de la compensación por clientela, la Ley 12/1992 exige que la extinción del contrato de duración determinada o indefinida, sea total. Además, dee probarse que la actividad del agente ha servido para aportar nuevos clientes al empresario o incrementar de forma sensible las operaciones con la clientela, que dicha actividad es capaz de producir ventajas sustanciales al empresario, que la indemnización por la pérdida de clientes resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda el agente o por las demás circunstancias que concurran. Cfr. HERRERA GARCÍA, Alicia, *El impacto del tiempo…* cit., p. 129.

251 La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010 establece, además, que la indemnización por clientela solo es posible una vez finalizada la relación contractual.

252 Se reproduce la argumentación del Tribunal: "En torno al llamado pacto de exclusiva, ha sentado esta Sala las siguientes conclusiones: Primero, Que dicho pacto, examinado por la jurisprudencia a partir de 23 de marzo de 1921 y definido en las de 29 de octubre de 1955 y 31 de diciembre de 1970, al orientarse en el sentido de evitar la

resolución unilateral del contrato con pacto de exclusiva, jurídicamente posible y válida, no comporta *per se* la necesidad de indemnizar los daños causados por la disolución del vínculo, tampoco puede excluirse de modo alguno la consecuencia indemnizatoria, y ello no sólo en los supuestos en que pactada la necesidad de un preaviso se hubiera prescindido del mismo, en términos más generales, si se hubiera deducido abusivamente la resolución del vínculo; sino también en aquellos otros en los que la denuncia unilateral del contrato vaya seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, supuestos en los que la doctrina sostiene la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de compensar al agente para no calificar de enriquecimiento sin causa[253].

---

concurrencia en el mercado, entraña una restricción a la libertad comercial de los contratantes que, como tal, no debe interpretarse en sentido amplio, sino limitado. Segundo: Que dado el intuitu personae que juega en los contratos de distribución de productos con pacto de exclusiva, por la repercusión que en el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro, se suele acompañar en el tráfico mercantil cuando se concierta sin fijación de plazo, de una cláusula de resolución *ad nutum*, con exención de resarcimiento de daños y perjuicios, que actúa como válvula de seguridad para compensarles del riesgo que mutuamente corren. Tercero: que éste es el criterio seguido por nuestro Código civil para todos aquellos supuestos en que entre los interesados medien relaciones obligacionales por tiempo indefinido, según se infiere de los artículos 400, 1052, 1705, 1732 y 1750, e incluso de otros textos legales, como el artículo 1569 del CC italiano. Quinto: Que la jurisprudencia de esta Sala proclama en sus sentencias de 18 de marzo y 28 de mayo de 1966 la necesidad de que dichos pactos no sean ilimitados ni en el tiempo ni en el espacio, lo que da lugar a que el empleo de la denuncia unilateral del contrato no implique abuso en el ejercicio del derecho, por no darse éste cuando la persona a quien se atribuya no traspase los límites de la equidad y de la buena fe. Sexto: Que si no se pacta la fecha en que e contrato debe dejar de producir sus efectos no puede exigirse indemnización, pues podrá darse por concluido en la fecha que convenga al interés de las partes. Séptimo: Que la revocabilidad de los contratos de concesión en exclusiva establecidos sin límite temporal por la voluntad de uno de los contratantes debe entenderse sin perjuicio de las consecuencias de todo orden, singularmente indemnizatorias, que podrán acompañar a la actuación de la parte que decidiere abusivamente la resolución del vínculo" (STS 22 de marzo de 1988).

253 No obstante, el Tribunal Supremo afirma que sostener que el concesionario tiene derecho a indemnización por clientela en todo caso y a todo trance, es decir, incluso cuando no ha habido abuso ni mala fe del concedente y en el contrato se han convenido un plazo de preaviso más que razonable y la exclusión de cualquier tipo de indemnización, equivale a desconocer que la captación de clientes durante la vigencia del contrato no es sino una de las prestaciones propias, en realidad la más característica, del concesionario, quien al asumir la obligación de promover las ventas de los productos del concedente debe una prestación de la que no sólo resulta beneficiado este último, por una posible fidelidad futura del comprador a su marca, sino también el propio concesionario porque, a mayor volumen de ventas, mayor es su ganancia, beneficiándose ambas partes del mismo modo, del prestigio de la marca, normalmente debido al esfuerzo empresarial del concedente. *Vid* SSTS de 27 de marzo de 2003, 12 de junio de 2003, 22 de septiembre de 2003, 27 de octubre de 2003, 31 de diciembre de 2003, 18 de marzo de 2004, 26 de abril de 2004, 25 de mayo de 2005, 27 de septiembre de

C. La perspectiva del Derecho comunitario acerca del límite temporal

Acercarse a la regulación temporal del pacto de exclusiva en el sistema supranacional presenta una especial complejidad por su constante evolución y múltiples instrumentos normativos sectoriales[254]. Ello trae como consecuencia que la aplicación del pacto varíe dependiendo del negocio jurídico del que se trate[255].

El Tratado de la Unión Europea no hace referencia al límite temporal del pacto de exclusiva, pero el Reglamento CE 330/2010, de 20 de abril, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, hace alguna delimitación sobre el asunto[256].

Esta norma tiene un amplio espectro. Ampara acuerdos de compra en exclusiva, distribución exclusiva, distribución selectiva y franquicia, sea ya de bienes o de servicios. En cuanto a su aplicación, establece que mientras el comprador/distribuidor implicado no superen la cuota del 30% del mercado de referencia los acuerdos no suponen una restricción grave. Es más, se presume que, por lo general, producen una mejora a la producción o distribución, siempre que no se utilice una de las *cláusulas negras* enumeradas

---

2006, 6 de noviembre de 2006.

254 Se ha dicho que la cláusula de exclusiva puede introducirse en una amplia variedad de contratos, pero como no se cuenta con "Código civil europeo" (al margen que ello sea conveniente o no), existe un gran número de regulaciones sectoriales, con sus respectivos reglamentos, directrices, opiniones, informes y comunicaciones, lo que hace especialmente árido su estudio. El tema de la armonización del Derecho privado europeo ha generado un intenso debate en los últimos años, existiendo argumentos a favor y en contra de la unificación. *Vid. Commission on European Contract Law. Study group on a European Civil Code.* www.europa.eu

255 El pacto de exclusiva es, por ejemplo, de muy frecuente utilización en el contrato de distribución comercial, regulado genéricamente en el Reglamento CE 330/2010 (anteriormente por el Reglamento CE 2790/1999), sin embargo, si se trata de un distribuidor exclusivista del sector automovilístico, se rige por el Reglamento CE 1400/2002, sobre vehículos de motor, que por su importancia macroeconómica permite un análisis distinto.

256 Esta norma entró en vigor el 1 de junio de 2010 por un periodo de diez años, expirará el 31 de mayo de 2020. Su precedente, el Reglamento CE 2790/1999 que expiró el 31 de mayo de 2010 que derogó, sustituyó y modificó los reglamentos específicos en materia de acuerdos de distribución, suministro y franquicia. Supuso un cambio de filosofía y política competencial, puesto que se pasó de un régimen de autorización legal a uno de autorización parcial de legalidad. Se establece un periodo transitorio de un año (hasta el 31 de mayo 2011) para aquellos acuerdos que sí cumplían las condiciones del antiguo Reglamento 2790/99 y no cumplan las del actual.

en el artículo 4 del mismo Reglamento. Por encima de dicho límite, no opera la regla de *minimis*, y el acuerdo debe someterse a un análisis individualizado[257].

Por otro lado, el artículo 2 del Reglamento CE 330/2010 de 29 de abril, prevé la posibilidad de que un acuerdo contenga cláusulas que, pese a ser restrictivas de la competencia, no impidan la exención de los restantes términos del acuerdo, las que se conocen como *cláusulas grises*. El efecto de su inclusión es que la cláusula se tendrá por no puesta y se aplicará la regla de la divisibilidad, que recoge el principio del *favor negotii* aplicado al Derecho de la competencia. Esto implica, necesariamente, la separabilidad del pacto nulo del resto de cláusulas, ya que, de otro modo, la nulidad afectaría al conjunto del acuerdo[258].

En el tema que ahora nos interesa (elemento temporal) puede llegarse a una solución matizada. El mencionado artículo 5 del Reglamento establece que las exenciones previstas en el artículo 101.3 TFUE, no se aplicarán (entre otras), a cualquier cláusula de no competencia, directa o indirecta, cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años. Además, cualquier pacto de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años será considerada como de duración indefinida. La norma afirma que el límite temporal no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales que sean de propiedad, o estén arrendados por el proveedor. Por otra parte, se considera que existe un pacto de limitación de la competencia siempre que se obligue a un comprador a adquirir más del 80% del total de los bienes o servicios objeto del contrato.

---

257 El hecho de no cumplir con alguna de las condiciones para una exención automática no supone que se presuponga que el acuerdo en cuestión esté prohibido. En ese caso, las partes deberán realizar un ejercicio de auto evaluación para analizar primero si el acuerdo es efectivamente restrictivo de la competencia, y si a pesar de ello produce una serie de eficiencias que compensen los efectos restrictivos. *Vid.* Reglamento CE 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia. Antes de la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, dicha labor recaía en la Comisión, previa solicitud de declaración de exención individual o certificación negativa de los miembros del acuerdo. Tras su vigencia, no existe el deber de notificación y compete a la Comisión, autoridades nacionales o denunciantes con intereses legítimos, aportar la prueba de la infracción del artículo 101.1 TFUE.

258 Estas cláusulas de la lista gris, aunque no lo diga el Reglamento sino las Directrices de la Comisión, se aplica por igual a todos los acuerdos verticales, superen o no el umbral del 30%. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, DOCE C 29/01 de 11 de octubre de 2000, punto 57 (si bien estas directrices corresponden al Reglamento 2790/1999, el texto del actual Reglamento no ha variado).

Esto quiere decir que el adquirente no puede abastecerse más de un 20% del total de sus compras a la competencia. Se pueden plantear dos cuestiones básicas. Una de cara a la finalidad de los contratos con pacto de exclusiva y la otra en relación directa con el plazo.

Sobre la primera consideración (80% de adquisición), aunque se desarrollará en el acápite correspondiente dedicado al tema de la competencia, es conveniente decir ahora que resulta bastante evidente que los pactos de exclusividad en abastecimiento siempre cumplirán con este primer requisito. Justamente, las restricciones a la venta de productos competidores que afectan la imagen de marca o el método de comercialización en su conjunto al restar opciones de venta, constituye el fin del negocio. En segundo lugar, respecto al plazo, la exclusión no afecta a los pactos de no competencia con una duración de hasta cinco años. Además, permite la renovación, siempre y cuando ésta sea explícita, y no haya obstáculos para dar por concluida de modo efectivo la cláusula (en nuestro caso) de exclusividad. Por ejemplo, ligando condiciones financieras, recompra de *stocks*, entre otras. Es decir, se está permitida la renovación, siempre que sea expresa y no necesaria para ninguna de las partes[259].

Existe una posibilidad más a la extensión del plazo del pacto: cuando los bienes o servicios sean vendidos por el comprador desde locales que sean de propiedad del proveedor o arrendados por él, en cuyo caso, la cláusula de exclusividad sería admisible por el periodo de ocupación de los locales. La razón de existencia de esta excepción reside en que, por lo general, no resulta razonable esperar que un proveedor permita que se vendan productos competidores desde los locales y terrenos de su propiedad sin su permiso[260]. El

---

259 Si, por ejemplo, el acuerdo establece una cláusula de inhibición de competencia de 5 años y el proveedor concede un crédito al comprador, el reembolso de dicho crédito no debería impedir al comprador dar por concluida la cláusula al término del periodo de cinco años; el reembolso ha de estructurarse en plazos iguales o decrecientes y no incrementarse progresivamente. Ello se entiende sin perjuicio de la posibilidad de posponer, en el caso, por ejemplo, de un nuevo punto de distribución, el reembolso en el primer año o los dos primeros años hasta que las ventas hayan alcanzado un cierto nivel. El comprador ha de tener la posibilidad de reembolsar la deuda restante en caso de que siga habiendo una deuda vencida al término de la cláusula de no competencia. De modo análogo, si el proveedor ofrece al comprador equipos que no están específicamente destinados a la relación, el comprador debería contar con la posibilidad de hacerse con ellos a su valor de activo neto de mercado al término de la cláusula de no competencia. Cfr. *Directrices relativas a las restricciones verticales.* DOCE C 29/01 de 11 de octubre de 2000, punto 57.

260 No pueden acogerse a esta excepción las construcciones artificiales de propiedad,

pacto de exclusiva tiene en el Derecho comunitario un plazo máximo: cinco años. Sin embargo, sólo está tipificado para determinados contratos privados (suministro, franquicia y compraventa) vinculados con el derecho de la competencia.

Conviene cuestionarse qué sucede si se ha estipulado el acuerdo por más de cinco años. ¿Se sancionaría la cláusula con nulidad o habría que reducirla al máximo legal? Siguiendo el razonamiento explicado por la Comisión en las Directrices[261], y aplicando la máxima *utile per inutile non vitiatur,* la solución debe ser la reducción al tiempo indicado en la norma, y no la exclusión del pacto, pues, podría frustrarse la finalidad del negocio. Aún más, la Comisión incluso ha emitido autorizaciones singulares (producto de una petición individual) que eximen conforme al artículo 101.3 TFUE, los pactos de exclusiva superiores a cinco años al comprobar que existe una causa que lo justifica. Así se pronunció la Comisión en su Resolución de 17 de septiembre de 2001, asunto *DSD*, al permitir un pacto de exclusiva por doce años[262].

---

destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años. De mismo modo, la existencia de préstamos del proveedor al distribuidor no se consideran causa suficiente para la prolongación en el tiempo del acuerdo. Cfr. *Idem,* puntos 58, 59 y 156.

261 Cfr. *Directrices relativas a las restricciones…,* cit., puntos: 153 a 158, 171 a 174, 195-196 y 210.

262 DSD es una empresa que gestiona en Alemania un sistema de alcance nacional de recogida y reciclado en envases de venta. Cuenta con doce empresas asociadas y algunas de ellas vinculadas a través de pactos de exclusiva de larga duración (pactados de 1991 a 2007). Las empresas de gestión de residuos justificaron la necesidad de establecer períodos de vigencia tan extensos invocando, sobre todo, la exigencia de seguridad de planificación y amortización de las inversiones necesarias para la ejecución del contrato. Estas inversiones se referían esencialmente a vehículos para la recogida y el transporte, contenedores e instalaciones de selección de los envases de venta usados. Presenta una gran complejidad técnica para estas empresas y una inversión importante dado el volumen de fondos necesarios. Según los datos que fueron facilitados por las empresas y por la Confederación Alemana de Empresas de Gestión de Residuos (BDE), se habría realizado inversiones del orden de los 5,000 millones de euros. En este contexto, aseguraron, la duración de los contratos convenida era imprescindible para garantizar la seguridad de la planificación y de las inversiones extraordinarias en el sector con vistas a su amortización por parte de las empresas máxime si se tiene en cuenta que, en principio, DSD era el único demandante de este tipo de servicios. Para verificar si realmente era imprescindible para la amortización de las inversiones que los contratos tuvieran una duración tan larga, la Comisión efectuó distintas comprobaciones. Los datos y pronósticos fueron sometidos a un análisis económico de amortización y rentabilidad. Estas investigaciones individualizadas de una serie de empresas de gestión de residuos permitieron concluir que la duración exclusiva del contrato hasta finales de 2007 no era imprescindible para la amortización de las inversiones. Más bien, apuntaron los resultados de la investigación de la Comisión que la fecha límite de finales de 2003 permitía una amortización suficiente, desde el punto de vista económico. Después de que la Comisión comunicara este

D. Planteamiento sobre la duración óptima del contrato con pacto de exclusiva

Los fines que persiguen las partes a través de un contrato de tracto sucesivo sólo pueden alcanzarse mediante el mantenimiento de una relación estable en el tiempo, con independencia de que, en el momento que las partes se vinculan, lo hagan por un tiempo determinado, concertando o no la posibilidad de renovar el acuerdo, o por una duración indefinida. El factor temporal incide sobre las obligaciones principales y secundarias que configuran su contenido, imponiendo especialidades sobre la ejecución y el cumplimiento, pero también sobre el momento de extinción de las relaciones negociales[263].

A medida que se incrementa el uso del pacto de exclusiva, entre otras formas de comercialización de productos y servicios, aumentan paralelamente los casos de conflictos entre las partes, traducidos en un índice de litigios cada vez más elevado que amenaza con empañar la eficacia del sistema. La mayoría de las tensiones aflora en el momento de la terminación del vínculo, dejando al descubierto los conflictos de intereses que habían quedado latentes durante la fase de ejecución. Así, por ejemplo, la libertad del franquiciador[264], fabricante o

---

resultado a las partes, éstas fijaron como fecha de vencimiento del contrato de servicios (y del pacto de exclusiva) el 31 de diciembre de 2003. Como se ve, el pacto supera ampliamente el plazo permitido de cinco años, pues se autoriza una duración de doce años. Decisión de la Comisión de 17 de septiembre de 2001, asunto *DSD*. DOCE L 319/2001.

263 Los casos más comunes donde se aprecia esta situación son los contratos de distribución exclusiva y franquicia. El distribuidor o franquiciado sufrirá las consecuencias si ha realizado elevadas inversiones en infraestructura, en ocasiones asumiendo préstamos par adquirir el producto en los niveles exigidos, etc., cuestiones que por lo general, le endeudan durante un largo período. Asimismo, por su esfuerzo ha logrado hacerse de una clientela que ahora ya no podrá seguir manteniendo e incluso cabe la posibilidad que no pueda aplicar su conocimiento y experiencia en el sector a causa de las cláusulas de no competencia post-contractuales.

264 En mucha bibliografía utilizada se acoge la noción amplia de franquicia que proviene del Derecho norteamericano, comprensiva de otros contratos autónomos, como el de distribución exclusiva. Bajo la *Franchise acts,* se considera franquicia todo sistema de marketing o distribución en el que se vinculan empresarios jurídicamente independientes que asumen el riesgo de sus operaciones. Este es el motivo por el que algunos autores superponen las figuras de franquicia de distribución y distribución exclusiva. El concepto europeo de franquicia es más restringido, se entiende por tal el modelo de reproducción de empresa, que no implica necesariamente exclusividad territorial, entre otras diferencias. Cfr. GARCÍA HERRERA, Alicia, *El impacto del tiempo en los contratos de franquicia y distribución exclusiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 29 y ss.

mayorista, de poner fin a la relación comercial y reorganizar la red, choca a menudo con el interés del distribuidor de mantenerse en el sistema que le situaba en posición de privilegio respecto de otros revendedores a causa de la reputación de la marca, que identifica el producto o el servicio, y la cláusula que le otorga protección territorial exclusiva.

La jurisprudencia demuestra que el obligado por la exclusiva suele amparar su derecho a poner fin o no renovar el contrato, en hipotéticos incumplimientos del distribuidor franquiciado sobre el nivel de servicios o calidad exigidos. Justifica el ejercicio de su poder apelando a la necesidad de proteger la reputación de sus productos ofrecidos. El beneficiario de la exclusiva suele sentirse injustamente despojado y víctima del oportunismo del principal que, en muchas ocasiones, en realidad perseguirá apropiarse de las rentas que le corresponden. Para este fin se vale de métodos directos como la terminación del contrato o de forma indirecta, invadiendo el territorio contractual para ceder su cuota de mercado (*encroachment*). Como se ve, la duración es uno de los aspectos más conflictivos del contrato con pacto de exclusiva.

Resulta eficiente introducir la idea del establecimiento de una duración óptima del contrato[265] como instrumento corrector de los conflictos de incentivos en el contrato, frente a la amenaza de la terminación materializada en la cláusula *ad nutum*. Interesa, por tanto, determinar los principios que permiten delimitar en cada caso, la duración óptima de cada negocio jurídico. Para ello, resulta imprescindible el recurso instrumental a criterios de naturaleza económica, tomando como base los aspectos monetarios del

[265] Los conceptos de duración óptima y duración razonable parecen superponerse, pero no son estrictamente identificables. Con el primero, se hace referencia a la duración del contrato determinada en función de criterios de naturaleza económica. El segundo es un concepto jurídico, fundamentado en raazones de equidad, que, basado en el criterio económico, puede hacerse equivaler a la duración óptima del contrato o no. Los criterios básicos para la determinación de la duración razonable del contrato, el fundamento jurídico, y los criterios económicos para garantizarla los trata de manera extensa GARCÍA HERRERA, Alicia, *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 17 y ss. Adicionalmente existe la "*Recoupment theory",* que se basa en la equidad. A partir de esta doctrina, debe valorarse sui el contrato ha durado un espacio de tiempo razonable, de tal modo que la parte que se ve obligada a realizar una inversión haya podido recuperarla. Hay incumplimiento si el contrato se extingue antes de tiempo, sin justa causa, cuando en el acuerdo no específica las condiciones de terminación, de tal manera que se considera indefinido. Los tribunales han interpretado que esta doctrina se aplica únicamente a los distribuidores exclusivos. P. 61.

contrato, el *quantum* de las inversiones específicas realizadas por el franquiciado o distribuidor.

Un ejemplo en esta materia lo encontramos en el sector del automóvil, previsto hasta hace poco en el Reglamento CE 1400/2002, de 7 de enero, que establecía una duración mínima de los acuerdos de distribución exclusiva y selectiva. Se regulaban las condiciones de extinción de las relaciones comerciales, la institucionalización de preaviso y la notificación por escrito en la exclusión de la renovación del contrato de duración determinada y en el desistimiento del contrato de duración indefinida. El objetivo de tales medidas era el establecimiento de condiciones mínimas que reforzaran la estabilidad de los contratos de distribución en el sector, con el objetivo de garantizar la independencia de los revendedores. Sin embargo, desde el 1 de junio de 2010 entró en vigor el Reglamento CE 461/2010, de 27 de mayo, que remite al sector del automóvil a la normativa general regulada en el Reglamento CE 330/2010, de 20 de abril, que no contiene previsión específica alguna al respecto.

En todo caso, la duración óptima debe ponerse en conexión con la cuantía de las inversiones realizadas en cada caso, tal como lo establece la norteamericana *theory recoupment*[266]. El principio de buena fe fundamenta también la condición implícita de mantener el contrato, al menos, durante el lapso de tiempo necesario para recuperar las inversiones específicas. Transcurrido el plazo, el revendedor que haya actuado un arreglo a un nivel de diligencia medio y sin mayor cambio en la coyuntura económica, deberá estar en condiciones de haber recuperado su inversión[267].

La prolongación en el tiempo activa, asimismo, el interés del Derecho *antitrust* a causa de los efectos anticompetitivos que pueden generarse por la prolongación de situaciones de privilegio fundamentadas en acuerdos verticales. Las verdaderas dificultades estriban, sobre todo, en delimitar, en cada caso concreto, cuál es la duración óptima para alcanzar los objetivos de cada contrato. Se debe tener en cuenta la adecuación entre el tiempo de

---

[266] La *theory recoupment* se basa en la equidad. De acuerdo a esta doctrina norteamericana debe valorarse si el contrato ha durado un espacio de tiempo razonable, de tal modo que la parte que se ve obligada a efectuar una inversión haya podido recuperarla. Hay incumplimiento si el contrato se extingue antes de tiempo, sin justa causa, cuando en el acuerdo no se especifican las condiciones de la terminación, se considera indefinido. Cfr. COLLINS, Hugh. *The law of Contract*, Butterworth, Londres, 1993, pp. 129 y ss.

[267] Cfr. GARCÍA HERRERA, Alicia, *La duración…* cit., pp. 554 y ss.

prolongación de la relación comercial y la importancia de las inversiones realizadas y no recuperables en corto plazo para no romper el equilibrio de las prestaciones, que también debe estar presente en el momento extintivo[268].

II. LÍMITE ESPACIAL DEL PACTO

A diferencia de lo que ocurre con el límite temporal, el límite espacial o territorial es tan flexible que prácticamente es suficiente con especificar un ámbito que no sea el mundo entero[269]. La zona de exclusiva puede consistir tanto en una calle como en el territorio de una nación o de varios países. No hay que perder de vista que una delimitación puede parecer hoy justificada (por tanto, autorizada) y mañana ser exigua y antieconómica o, por el contrario, tan amplia que dé lugar a un monopolio abusivo[270]. En definitiva, puede variar de acuerdo a los movimientos del mercado[271].

Lo usual es que las partes pacten expresamente cuál es el espacio geográfico en el que gozan de la protección y del privilegio de la exclusiva en función a sus intereses. En su defecto, si los límites quedan indeterminados, será cuestión de interpretar ambas voluntades deducidas de los términos del contrato. Si otra cosa no se infiere de éste, no se presumirá la nulidad del pacto o del negocio, sino que, como se estableció en el límite temporal, por el principio de conservación del contrato se apela a la concreción indirecta; y en ese orden, sostiene la doctrina, el criterio de determinación más racional es el

---

268 Cfr. GARCIA HERRERA, Alicia, *El impacto…* cit., p. 109. En el Derecho europeo algunas de las cuestiones relativas a la duración y extinción de los contratos con cláusulas de no competencia encuentran respuesta desde la perspectiva del Derecho *antitrust.* El derogado Reglamento 1984/83 contenía previsiones sobre el establecimiento de la duración máxima del contrato de compra exclusiva, con el objeto de garantizar el acceso de terceras empresas en diferentes etapas de las fases de distribución. Del mismo modo que el Reglamento 330/2010, de 29 de abril, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas limita la duración de las obligaciones de no competir en el artículo 5.a a un máximo de 5 años para gozar de una exención.

269 Cfr. BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl, "El contrato…", cit., p. 344.

270 Debe quedar claro que aunque en un momento posterior un límite temporal aparezca calificado como anticompetitivo para apreciar las conductas y sancionarlas hay que situarse en el momento de la formación del contrato. Cfr. DORAL GARCÍA, José Antonio, ob. cit. , p. 1234.

271 Cfr. GARRIGUES, Joaquín, ob. cit., pp. 430 y ss.

de circunscribir dicha zona al ámbito en el que el beneficiario desarrolla su actividad económica[272].

Parece que no hay inconveniente en que delimitada la zona de exclusiva, ésta pueda ser modificada más tarde según mecanismos previstos en el propio contrato, o por acuerdo ulterior. Así pues, puede contemplarse la posibilidad de que las partes modifiquen el ámbito territorial o el número de los clientes asignados, siempre y cuando se eviten las reservas de esta facultad, lo que depende del puro arbitrio de las partes (artículos 1256 y 1273 CC)[273]. La variación territorial no puede realizarse de manera abusiva ni contraria a derecho con terceras intenciones, como por ejemplo, con la intención de resolver un contrato sin pagar indemnización, tal como se resolvió por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de noviembre de 1999. En este caso, referido a una segunda reducción territorial realizada unilateralmente por Nissan frente a Catalonia Motors, el Tribunal concluye reconociendo que se crea un perímetro ciertamente inverosímil que no puede responder a una ordenada distribución del espacio físico, sino, a la inclusión de todas las agencias del actor en un mismo territorio y que es discriminatoria pues si, como se acredita, las ventas se mantenían en parámetros similares a las de otros concesionarios (aunque no se cumplieran los objetivos teóricos o se esperara mayor rendimiento por las circunstancias del mercado) la demandada no podía beneficiar a unos en perjuicio de los otros. Estaba obligada a respetar similares condicionantes territoriales. Paralelamente, la presencia de otras agencias (Automóviles Fresser, SA") afectaba el derecho de territorialidad exclusiva sin que actuara el demandado retirando la venta directa o exigiendo del posible concesionario invasor el cese de las actividades, limitándose a remitir una única y tibia carta de la que no hubo constancia de recepción; la pericial ratificó la drástica reducción de territorio en 1989, pues el actor pasó de 8 a 3 distritos municipales cuando los demás concesionarios conservaron ("Cobo", "Maresmóvil") o redujeron levemente ("Llansá") su ámbito. Resulta

---

272 Cfr. PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El Pacto de exclusiva*… cit., p. 109. Por otro lado, es importante anotar que la concreción de la zona no es un problema meramente académico, pues, se desprenden problemas de consecuencias prácticas en torno a la vulneración de la exclusiva y las subsiguientes responsabilidades patrimoniales.

273 Los tribunales han admitido que el concedente se reserve la facultad de modificar el territorio asignado en exclusiva y la posibilidad de efectuar ventas en el territorio en cuestión, pero han exigido que ello suceda siempre en virtud de causas objetivas que estuvieran previstas en el contrato (SAP Barcelona 14 de diciembre de 2004).

entonces -señala el Tribunal- significativo que tan sólo "Auto Infanta" sacrificara su inmensa parcela y que se premiara a "Auto Borbón" con 7 distritos. Todo ello produjo evidentes dificultades de venta. En definitiva el territorio era vital para el correcto crecimiento de la concesionaria. Su drástica e injustificada reducción no está acreditada conforme a la previsión contractual ni legal, ni apoyada en motivaciones objetivas. Estos datos -finaliza- acreditan un voluntario incumplimiento y una consciente, deliberada y reflexiva conculcación de lo ordenado en el contrato.

No obstante, aunque los límites espaciales parezcan estar determinados, no siempre las partes están de acuerdo con aquello que forma parte del espacio asignado[274]. Es curioso el caso que se presentó ante la Audiencia Provincial de Cantabria de 16 de marzo de 2004. Se trató de un contrato de arrendamiento con pacto de exclusiva entre el propietario de Multicines Bahía y Pop Crack SL, arrendataria de un espacio comercial dedicado a la venta de golosinas, refrescos y otros productos preparados para ser vendidos dentro del inmueble. Dos años más tarde, el propietario decide acondicionar un espacio frente a las taquillas (dentro del inmueble) para la venta de golosinas y productos de esa gama, entrando en clara competencia con su arrendatario, infringiendo presumiblemente, el pacto de exclusiva acordado. El arrendador argumentó que la cláusula de exclusiva otorgada se circunscribía al interior de los cines propiamente dichos, literalmente el contrato estableció una "exclusiva de venta dentro de los locales de los cines". En ese sentido, la discusión se enfoca en el espacio asignado en exclusiva; si le corresponde sólo desde el interior de las verjas de entrada a las salas o si se extiende a todo el inmueble de los cines.

Luego de la interpretación hermeneútica del contracto realizada por el magistrado, se afirmó acertadamente que el alcance de la exclusividad otorgada no puede ser otra que la de afectar a todo el recinto de los multicines, al ser el objeto del negocio la venta de productos pactados para un público determinado

[274] El Tribunal Supremo tiene dicho en reiteradas sentencias que cuando surjan fundadas dudas sobre la verdadera intención de los contratantes, el órgano judicial que lleve a efecto la labor exegética no puede detenerse en la mera literalidad de los términos del contrato, por claros que éstos le parezcan, sino que ha de indagar lo verdaderamente querido o intención evidente de los contratantes, acudiendo para ello a los demás medios hermenéuticos que le brinda el ordenamiento jurídico, uno de los cuales es la interpretación lógica y sistemática de las cláusulas contractuales (artículo 1285 CC) y otro el de atender a los actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato (artículo 1282 CC). Por todas ver STS de 11 de marzo de 1996.

que es aquél que acude a visionar una proyección. Los cines han de ser interpretados como el negocio en sí, incluyendo las taquillas y anexos propios del mismo y no solo las salas de exhibición. Lógicamente se incumple dicho pacto cuando se instala dentro del mismo recinto un negocio de idéntico objeto y destinado al mismo público. Con todo, aunque no se especificó que dicha exclusiva se circunscribía al interior del recinto de proyección, concluye la Audiencia que la voluntad de las partes contratantes era la de otorgar la exclusiva de venta en relación a todos los cines, interpretado como el inmueble donde se ubican, otorgándose así una indemnización tanto si se opta por la resolución o por el cumplimiento.

A. Las cláusulas de territorialidad exclusiva

Se refiere al territorio en el que se goza de la protección que otorga la exclusiva. La exclusiva territorial es un acuerdo que encaja dentro de lo que la Comisión Europea denomina cláusulas del "grupo de distribución limitada" que incluye no sólo la exclusividad en la distribución de bienes sino también la asignación exclusiva de clientes, el suministro exclusivo, la imposición de cantidades de compra al proveedor, y otras restricciones de venta en el mercado secundario. De todas estas cláusulas, la exclusiva territorial se define como el acuerdo en el que el proveedor circunscribe sus ventas a un solo comprador en un territorio determinado. En todo caso, dependiendo de si el pacto es unilateral o bilateral, implicará la demarcación espacial en la que se puede comprar o vender los bienes y servicios contractuales.

El Reglamento CE 330/2010, de 20 de abril, excluye la exención de cualquier acuerdo que directa o indirectamente (por sí sólo o en combinación con otros factores bajo control de las partes), tenga por objeto restringir la facultad del distribuidor para vender en ciertos territorios o a ciertos clientes, aunque exista exclusividad geográfica a su favor o en beneficio de terceros exclusivistas[275].

[275] La distribución exclusiva queda exenta por el Reglamento de exención por categorías cuando la cuota de mercado del proveedor no rebasa el 30% aun cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves, como por ejemplo, la exclusiva en el surtido (lo que en términos de la Comisión Europea se denomina "marca única") durante un periodo inferior a 5 años. Por encima del umbral del 30% la Comisión ofrece una serie de indicaciones para evaluar cada caso concreto. Así, indica la posición de mercado del proveedor y sus competidores como criterio primordial ya que la pérdida de competencia intramarca sólo puede ser problemática si la competencia intermarca es limitada. Según la Comisión, cuanto

Uno de los pronunciamientos más importantes del Tribunal de Justicia Comunitario lo constituye el caso *Nungesser,* de 8 de junio de 1982. El asunto refiere a una licencia sobre un derecho de obtención vegetal que otorgaba una protección territorial absoluta (zona exclusiva) al licenciatario y también al licenciante. Se buscaba evitar las importaciones paralelas de Francia a Alemania[276]. Si bien este caso se refiere a una licencia de un derecho de propiedad industrial (por lo tanto, con una regulación especial), constituye una sentencia importante porque el Tribunal distingue dos tipos de exclusiva en función a la protección territorial: la exclusiva abierta y la cerrada o protección territorial absoluta. La primera se caracteriza por no afectar la posición de terceros, tales como importadores paralelos o competidores de otros territorios. En principio, no incurre en la prohibición del artículo 101.1 TFUE. Este tipo de exclusiva permite, por ejemplo, atender solicitudes efectuadas desde fuera del territorio concedido en exclusiva (ventas pasivas).

Es preciso afirmar que el análisis siempre debe realizarse caso por caso, pues la Comisión en el asunto *Tetra Pack,* de 26 de julio de 1988, prohibió un pacto de exclusiva abierta porque el beneficiario ocupaba una posición de dominio[277].

La exclusiva denominada "cerrada" o con protección territorial absoluta, es aquella por la que las partes del contrato se proponen eliminar, en relación con los productos y territorios afectados, toda competencia por parte de terceros tales como importadores paralelos u otros beneficiarios exclusivistas de otros territorios, originando un mantenimiento artificial de mercados distintos lo que es contrario al Tratado. Este tipo de acuerdo se prohíbe por

---

mas fuerte es la posición del proveedor, tanto más importante será la pérdida de competencia intramarca.

276 En un contrato de licencia de un derecho de propiedad industrial, el carácter exclusivo tienen una lógica económica que permite mayor protección de la exclusividad. Es atribuir el uso de la tecnología a quien puede extraer mayor valor de ella, induciéndole a realizar inversiones en la comercialización y distribución del producto licenciado en la seguridad de que retendrá para sí los beneficios de tales inversiones. El Tribunal comunitario declaró incluso que estos acuerdos no están incluidos en el artículo 81.1 TCE aunque no cabe duda de que la cláusula de exclusividad tiene efectos restrictivos importantes ya que ningún otro (ni siquiera el titular de la tecnología) podría fabricar lícitamente en el territorio concedido utilizando la tecnología.

277 Expresamente la Comisión afirmó: "En un mercado en que la exclusividad es necesaria para estimular la competencia, dicha exclusividad puede quedar fuera del ámbito del apartado 1 del artículo 85 TCE (actual artículo 101 TFUE), pero no en un mercado en que dicho privilegio destruye la competencia" (punto 57).

convertir a los bienes o servicios en mercancías de no libre tránsito, tal como se afirma en el punto cuarto de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 8 de junio de 1982, asunto *Nungesser.*

B. Las conductas activas y pasivas del beneficiario de la exclusiva territorial

El beneficiario de la exclusiva territorial, dentro del espacio donde goza del privilegio, puede adoptar dos tipos de conductas negociales: una activa y otra pasiva. Conforme a las Directrices de la Comisión, se entiende por conducta activa aquella aproximación fuera de la zona asignada hacia los clientes que se encuentran en el territorio exclusivo de otro beneficiario. Este acercamiento se materializa a través del envío de correos directos, visitas, publicidad en medios de comunicación u otras actividades destinadas específicamente a ese grupo de clientes dentro de determinado espacio geográfico que no está incluido en la zona exclusiva. Una conducta pasiva, en cambio, es aquella que surge como respuesta a los pedidos no suscitados activamente, procedentes de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios, las actividades de carácter general de publicidad o promoción en medios de comunicación o en Internet[278], que alcancen a clientes de zonas asignadas en exclusiva a otros distribuidores pero que constituyen un medio razonable para llegar a potenciales compradores situados fuera de esos territorios.

El Reglamento CE 330/2010 aborda de manera específica las ventas *online.* Una vez autorizados los distribuidores deben ser libres de vender a través de sus sitios de Internet de la misma manera que lo hacen en sus

[278] Los empresarios gozan de plena libertad para valerse de Internet con objeto de anunciar o de vender sus productos, pues constituye un modo razonable de llegar a todos los clientes. El hecho de que su uso pueda tener consecuencias fuera del territorio asignado, se debe a la tecnología que facilita el acceso desde cualquier punto. En este sentido, se considera venta pasiva si un cliente visita el sitio *web* y se pone en contacto con el proveedor, culminando la transacción con una venta, entrega incluida. En la medida en que la página virtual no esté destinado específicamente para llegar en primer lugar a los clientes situados dentro del territorio asignado en exclusiva a otro, no se considera una forma activa. No obstante, se considera venta suscitada el correo electrónico que se envía sin solicitud previa a los clientes individuales. Cfr. *Directrices relativas a las restricciones*…, cit., puntos 50 a 52. En lo referente a lengua que se emplee en la *web*, parece no tener importancia. La simple exposición de una página en un idioma común o extendido no supone una comercialización activa. Cuestión distinta sería el uso de un idioma no extendido y propio del territorio concedido a otro distribuidor en exclusiva. Para un desarrollo más amplio, Cfr. GÓRRIZ, Carlos, "Distribución por Internet y derecho de Defensa de la competencia", en *AC,* 2002, pp. 473 y ss.

establecimientos y puntos de ventas reales habituales. Por distribución selectiva se entiende que los productores no pueden limitar las cantidades vendidas en internet ni aplicar precios más elevados a los productos que vende en línea[279]. No obstante, en el artículo 4 se admite que se pueda restringir las conductas activas (que se materializan en ventas) mas allá de los límites territoriales exclusivos fijados en el contrato. Por el contrario, las ventas pasivas (demandas de los consumidores fuera del territorio) deben quedar siempre sin restricción so pena de considerarse como una cláusula especialmente grave excluida del beneficio de una exención. Asimismo, la norma excluye de la exención la protección territorial absoluta que limita el libre movimiento de bienes y servicios, bloqueando las importaciones paralelas entre territorios. La prohibición afecta tanto a los pactos directos, como a las medidas que pretenden obtener el mismo fin[280].

C. La cláusula de exclusividad territorial absoluta

Este tipo de protección constituye uno de los más graves atentados a la competencia y, de forma particular, al mercado común europeo, puesto que obstaculiza la libre circulación de productos y servicios. El artículo 101 TFUE

279 Las nuevas directrices aclaran además los conceptos de ventas activas y pasivas a efectos de la distribución exclusiva. No se permite la anulación de una transacción o el desvío de los consumidores hacia otros sitios por el hecho de que la tarjeta de crédito que se pretende utilizar esté asociada a una cuenta extranjera.

280 La Directriz núm. 49 explica algunas de estas medidas, como la negación o reducción de primas o descuentos, la negativa o el retraso de suministros, las amenazas, presiones o rescisiones, la negativa al empleo de sistemas de control del destino de los bienes a través de etiquetas de números de serie, entre otros. Otra restricción de venta (pasiva o activa) que permite el Reglamento es la imposición al distribuidor mayorista en relación a usuarios finales. Esto resulta coherente con la posibilidad de otorgar a los distribuidores minoristas sus territorios respectivos con la finalidad de permitir crear redes integradas y con reparto de funciones. Con la misma lógica, también se declara exenta la restricción de la capacidad del comprador para vender componentes a clientes que los usen para fabricar el mismo tipo de bienes que el proveedor. Esto obedece plenamente a la lógica de la competencia *Interbrand* y al reconocimiento de la capacidad del suministrador para diseñar su propia red de distribución. Luego, aunque no se contempla expresamente en el Reglamento, las Directrices de la Comisión apuntan una excepción adicional: la posibilidad de prohibir al distribuidor minorista el acceso a determinados grupos de usuarios finales. Esta práctica que es, esencialmente, un reparto de clientela, sólo se justificaría mediando causas objetivas (peligrosidad, sanidad, etc.) que alcancen con carácter general a todos los distribuidores que comercialicen el producto, incluido el propio suministrador (punto 40). Sin embargo, esta excepción parece no responder realmente a la voluntad de los empresarios intervinientes en el negocio, sino que, si la causa que impide la comercialización al consumidor final con las garantías suficientes es objetiva, lo que genera la restricción es la fuerza mayor, la seguridad y el orden público.

(antiguo artículo 81 TCE[281]) sanciona el reparto de mercados o fuentes de abastecimiento, y aunque la mayoría de los acuerdos de no competencia pueden dar lugar a una división de mercados, una de las causas fundamentales, es la existencia de una protección territorial absoluta. Tal protección se concreta a través de cláusulas de exclusiva. Una o varias empresas quedan protegidas de la competencia de los productos o servicios que comercializan en un espacio determinado conocido como zona exclusiva. El pacto impide las exportaciones e importaciones y muchas veces, se incluirá la prohibición de suministros entre licenciatarios o concesionarios de un mismo producto, lo que la doctrina conoce como la limitación de la competencia entremarca (*interbrand*).

El principio general es el rechazo a las cláusulas de exclusiva, pero sólo a las de protección territorial absoluta. Esta es la posición de la Comisión y se manifiesta en un gran número de Decisiones adoptadas a lo largo de la aplicación de la normativa comunitaria de la competencia. Por ejemplo, en la Decisión *Fisher Price* de 18 de diciembre de 1987 declara que el acuerdo no puede beneficiarse de una exención ya que la prohibición de importaciones paralelas es una restricción muy importante y que no es en absoluto indispensable para un buen sistema comercial, potenciando claramente un perjuicio a los consumidores en una parte importante del mercado comunitario[282]. Del mismo modo, condenó a *Bayer,* en la Decisión de 13 de diciembre de 1989, porque ésta impuso a sus clientes la utilización de "Bayo-n-ox Premix 10%", exclusivamente para cubrir las propias necesidades de sus fábricas, por lo que al impedírseles vender el producto, se impiden también las importaciones paralelas. A juicio de la Comisión, este acuerdo podía cerrar una parte importante del mercado transfronterizo[283].

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea mantuvo y reconfirmó la posición de la Comisión. La primera condena tajante de este órgano comunitario a un acuerdo que dio lugar a una protección territorial absoluta, se encuentra en la sentencia *Consten/Gruding*, de 13 de julio de 1966. Se trató de un contrato de distribución en exclusiva que impedía las importaciones y

281 A partir del 1 de diciembre de 2009, el artículo 81 TCE se sustituye por el artículo 101 TFUE. Ambos artículos son en esencia idénticos. Las alusiones hechas al artículo 101 TFUE se interpretarán como referencias al artículo 81 TCE cuando proceda.

282 DOCE 1988, L 49, punto 23.

283 DOCE 1990, L 21, punto 56.

exportaciones paralelas de los productos involucrados. Las demandantes (*Costen* y *Grundig*) alegaban que la protección territorial absoluta era indispensable para permitir la amortización de los importantes gastos realizados por *Costen*, distribuidor exclusivo de *Gruding* en el mercado francés. Además, sin la protección territorial absoluta, el distribuidor no estaría dispuesto a asumir los gastos necesarios para el acceso al mercado, ya que el resultado del esfuerzo podría ser aprovechado por aquellos que realizan importaciones paralelas. Ninguno de los argumentos fue aceptado por el Tribunal comunitario[284]. También en la sentencia *Tipp-Ex* de 8 de febrero de 1990, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea condenó las restricciones que impedían la realización de importaciones paralelas, y que tenían como efecto la protección territorial absoluta. Así, en el punto 18, el Tribunal establece que, según Jurisprudencia constante "la protección territorial absoluta en favor de un distribuidor exclusivo dirigida a permitir el control y dificultar la realización de importaciones paralelas conlleva el mantenimiento artificial de mercados nacionales distintos, siendo una práctica contraria al Tratado comunitario".

No obstante, es posible pensar en su admisibilidad en algún supuesto. En el caso *Nungesser*, por ejemplo, si bien se rechazó el acuerdo de protección absoluta, la negativa se basó fundamentalmente, en la importancia del producto. Se trató de una obtención vegetal de una variedad de semillas destinadas a ser utilizadas por un gran número de agricultores para la producción de maíz, importante para la alimentación humana y animal. Se dejó abierta la posibilidad que en otras circunstancias pudiera haberse admitido tal restricción. La doctrina señala que podría admitirse de manera excepcional y a título transitorio una protección territorial absoluta, cuando con ella se trate de conceder una licencia para una tecnología nueva, o comercializar nuevos productos que aún no están difundidos para así permitir su entrada[285].

[284] Este mismo rechazo se reitera en varias sentencias relacionadas con acuerdos de distribución exclusiva y selectiva. Entre otras, ver STJCE de 21 de febrero de 1984, asunto *Hasselblad,* STJCE de 17 de setiembre de 1985, asunto *Ford II*, sobre todo los puntos 2 y 3.

[285] Cfr. TOBIO RIVAS, Ana María, *La autorización de medidas limitativas de la competencia en el Derecho comunitario,* Bosch, Barcelona, 1994, pp. 325 y ss.

D. La incidencia de la intromisión en la clientela ajena (encroachment) *en las exclusivas territoriales*

El término inglés *encroachment* suele traducirse al castellano como intrusión, en el sentido de intromisión ilícita en los derechos de otro y tiene su origen en el *Common law*[286]. La conducta produce un efecto que puede configurarse como un supuesto de abuso, y como tal, tiene carácter antijurídico[287]. Desde la perspectiva de la conducta, consiste en una inmisión no consentida en la esfera de poder ajena e implica no sólo ir más allá de los límites del propio derecho, sino traspasar los límites del derecho ajeno. En general, implica que una persona física o jurídica ejercita las potestades que le corresponden a otra, sin el consentimiento de ésta, produciéndole un perjuicio y/o usurpándole parte del valor económico que derivaría de la explotación de su posición jurídica.

La consecuencia de la invasión del área contractual del privilegiado con una exclusiva (entre otro tipo de pactos y contratos) se materializa en la disminución de la clientela por la intromisión en su mercado de referencia. Ello provoca una detracción en las ventas con los subsiguientes desequilibrios financieros, e incluso puede llevar a la insolvencia al acreedor de la exclusiva[288].

El sujeto activo de la conducta puede ser el propio otorgante de la

---

286 La idea del *encroachment* surge para designar el efecto producido por la edificación que superando los límites del terreno de propietario invade parte del terreno de un vecino. La conducta da lugar para extenderse posteriormente a otros supuestos de intromisión. Cfr. RUÍZ PERIS, Juan Ignacio, *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 20.

287 Es importante anotar que, en el caso de la infracción de la exclusiva la cuestión de la antijuridicidad plantea un problema interpretativo de los términos del contrato respecto de la conducta puesta en práctica por el cabeza de la red y la de su valoración *antitrust*. En los restantes (acuerdos sin pacto de exclusiva), se plantea una cuestión del fundamento de la antijuridicidad mucho más compleja y que tradicionalmente se desarrolla desde el prisma del principio general de buena fe y en la prohibición del engaño. Cfr. *Ibidem*, p. 150.

288 En el ámbito de las redes de distribución donde los miembros explotan una clientela común, el término *encroachment* ha sido empleado por la jurisprudencia norteamericana para designar un conjunto de conductas intromisivas puestas en práctica por el cabeza de red, por otro miembro de la cadena u otro distinto de los anteriores. que producen el efecto de pérdida de clientela. El supuesto clásico es el de la apertura o reubicación de un establecimiento en las proximidades de la ubicación otorgada a otro titular. Tales pérdidas o incrementos de clientela implican necesariamente una actividad competitiva de ejecución entre los miembros de la red, pero su causa jurídicamente no está en ella sino en la voluntad del distribuidor principal o cabeza de red, que realiza la apertura o reubicación o la autoriza.

exclusiva, pero también puede tener lugar a través de terceros, asociados o no, con el concedente del pacto[289]. El *encroachment* puede ocurrir, por ejemplo, a través de canales o puntos de venta virtuales y suele suceder en los contratos de franquicia, donde el franquiciador justifica su injerencia en el territorio del franquiciado aludiendo la necesidad de mejorar el valor de la marca y proporcionar un mejor servicio a los consumidores[290]. Pese a todo, si el contrato incorpora la cláusula de protección territorial, los tribunales la suelen ejecutar, pero en aquellos supuestos donde existe ambigüedad de la zona protegida, el que ostenta el privilegio debe probar que la instalación de nuevos puntos de venta es contraria las expectativas de las partes.

En tales casos, probado el incumplimiento, los efectos producidos por la intrusión dan lugar a la correspondiente indemnización de los daños causados de acuerdo con una continua línea jurisprudencial desarrollada por los tribunales norteamericanos[291]. Supuestos de este tipo se han resuelto más de una vez por los tribunales españoles en los últimos tiempos y serán cada día probablemente más frecuentes, acudiendo a remedios contractuales o de competencia desleal, así la sentencia de la Audiencia Provincial Alicante de 8 de febrero de 2005, respecto de un contrato de distribución exclusiva de semillas, resolvió un asunto que implicaba la venta directa por parte del cabeza de red de semillas a usuarios finales, ubicados en la zona de exclusiva territorial garantizada a uno de sus distribuidores por medio de una cláusula en la que el cabeza de red se obligaba a no suministrar a otros las semillas en dicho territorio, pero no a suministrar él mismo las semillas a los clientes en esa zona. Conducta que junto con la modificación de las condiciones del contrato y el suministro de las semillas a una sociedad constituida por un antiguo empleado de la distribuidora (que actuaba en la misma zona) dieron lugar a gravísimos daños al miembro de la red. Tanto el juzgado de primera instancia

---

289 El *encroachment* puede constituir una conducta antijurídica tanto en el caso de infracción de una estipulación contractual que reserve expresamente un área territorial generalmente en términos de exclusiva al miembro de la red, como en casos en que la disposición contractual sea oscura o ambigua, no exista, o incluso confiera al cabeza de red expresamente el derecho a abrir nuevos establecimientos en cualquier lugar.

290 Los motivos que generan el *encroachment* en la franquicia pueden ser de muy diversa índole, generalmente es económica pero no se limita a ella. Desarrolla esta idea HESS, David, "The Iowa Franchise Act: Towards protecting reasonable expectations of franchisees and franchisor", en *Iowa Law Review,* 1995, pp. 344 y ss.

291 Cfr. COHEN, Michael, "Reconstructing breach of the implied covenant of good faith and fair dealing as a tort", *California Law Review*, num. 73, 1985. pp. 1291 y ss.

como la Audiencia consideraron tal conducta como contraria a la buena fe, pero no resolvieron la cuestión desde la perspectiva contractual sino desde la competencia desleal, considerando que era una conducta prohibida contenida en el artículo 16 LCD.

Resuelve desde la perspectiva contractual la sentencia de la Audiencia Provincial Cantabria de 20 de septiembre de 2002. Se refirió a un contrato de distribución de cerveza que establecía una cláusula de exclusiva por la que el cabeza de red se obligaba a no suministrar la bebida que fabricaba a otros distribuidores en el territorio convencionalmente delimitado, sin referencia expresa a que el distribuidor asumiría la obligación de asegurar que otros de sus miembros de la red no realizaran ventas en el territorio contractualmente reconocido como exclusivo. La Audiencia reconoció que la obligación se encontraba implícita en el contrato como deber natural derivado de la propia esencia de la exclusiva, que persigue el fin de lograr que sólo el distribuidor titular de la exclusiva pueda revender en el territorio acotado los productos objeto del negocio jurídico celebrado entre las partes[292].

[292] Afirmó la Audiencia que sin ningún género de duda se está ante un contrato marco destinado a regular determinados aspectos de futuras y periódicas compraventas mercantiles. La demandada asumió, principalmente dos obligaciones que aparecen íntimamente relacionadas: la primera, de carácter permanente o periódico, consistía en suministrar a la actora, cuantas veces ésta se lo solicite, y durante tres años, determinadas bebidas; y la segunda, de naturaleza no negativa sino positiva e implícita en el pacto de exclusiva dirigida a lograr que las bebidas que se distribuyeran en la región de Cantabria fueran sólo las que la actora compraba a la demandante. Dicha obligación entrañaba, obviamente, la prohibición de vender cervezas a otros distribuidores radicados en la región; pero también, y como deber natural derivado de la propia esencia de la exclusiva, el de impedir que otros distribuidores localizados fuera de Cantabria comercializaran esa clase de productos en esta región. Tal extensión de la obligación, lejos de constituir un nuevo deber, está insito en la propia esencia del pacto de exclusiva que persigue el fin de lograr que sólo el distribuidor titular de la exclusiva pueda revender en el territorio acotado los productos objeto de exclusiva. Si, la obligación negativa se redujera a no facilitar a otros suministradores radicados en la región de Cantabria las mismas bebidas que eran objeto de exclusiva, pero sin incluir a los distribuidores de ámbito nacional o los establecidos en otras regiones, entonces se frustraría el fin del crédito que mediante el contrato de exclusiva ganó la actora, pues lo que ésta razonablemente pretendía, y así se deduce del tenor del contrato, es que toda cerveza *Maes* que se consumiera en Cantabria tuviera a la actora como distribuidora. Señala, además, que si la demandada consideraba no incluida en la obligación negativa la posibilidad de suministrar productos a esos otros distribuidores debió hacerlo constar expresamente en el contrato, pues de su silencio no podía sino seguirse la interpretación contractual que se apunta. Por lo demás, la demandada pudo evitar que otros distribuidores se inmiscuyeran en territorio de la actora, sencillamente imponiéndoles el pacto de no distribución en Cantabria. Y aun en el caso de que estos otros distribuidores hubieran incumplido el pacto, la demandada sería responsable frente a la actora, pues su obligación de exclusiva puede calificarse de deber de resultado, sin perjuicio de proceder contra el distribuidor incumplidor el pacto de no distribución en

E. Exclusivas territoriales en las franquicias

Hay dos razones por las que el franquiciador otorga una exclusiva territorial al franquiciatario. La primera es la de contraer un compromiso creíble de que no se apoderará de las inversiones realizadas por el franquiciatario en desarrollar el mercado local (*hold up*). La segunda es para evitar que unos establecimientos franquiciatarios no presten el servicio al cliente en la seguridad de que otros establecimientos lo harán, con lo que, al final, ninguno de los franquiciatarios de la red presta los servicios que el franquiciador desea (*free riding*). Se afirma que cuando las inversiones iniciales del franquiciatario son muy elevadas o cuanto mayor es el nivel de servicios preventa que deben prestarse, mayor es el nivel de exclusivas territoriales. Por ello, cuanto más grande es el tamaño de un sistema de franquicias, más baja es la probabilidad que el franquiciador provea exclusivas territoriales. Esta evidencia se explica porque cuando mayor es el tamaño de una cadena y cuanta más alta es su reputación en el mercado, más bajo es el nivel de *hold up* percibido por el franquiciatario, así que la demanda de exclusividad territorial será menor[293].

III. LÍMITE POR EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO. LA LIBRE COMPETENCIA

A. El orden público económico como límite a la libertad contractual

La expresión de "orden público económico" es introducida y popularizada en Francia, por Georges RIPERT. En sus escritos señala que la idea de orden público es política, sin embargo, –anota– la regulación estatal incluye una serie de reglas imperativas, sea para proteger a cierta clase de personas (empleados, arrendatarios, compradores), o para organizar la producción, la distribución y circulación de la riqueza. Sobre esta base, llega a la conclusión que existe un orden público económico que tiene como consecuencia que la casi ilimitada libertad contractual pierda soberanía[294].

Cantabria. *Vid.* SAP Cantabria de 20 septiembre de 2002, fundamento tercero.

293 VÁZQUEZ, Luis y PINA, Ana Branca, *Territorial Exclusivity in Franchisee Systems*, www.ssrn.com/abstract=1630427, consultado el 6 de julio de 2010.

294 Cfr. RIPERT, Georges y BOULANGER Jean, *Traité de Droit Civil D'après le Traitè de Planiol*, tomo I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1956, p. 260.

Un sector de la doctrina señala que no pueden identificarse orden público económico y normas imperativas. Estas últimas se plasman en Derecho positivo, sea legal o reglamentario. El orden público económico, tan etéreo como el género del que proviene[295], es ese conjunto de principios y líneas de inspiración, producto de una serie de condicionamientos sociales, políticos y culturales, que subyacen en la actividad económica sobre la cual la sociedad se desarrolla[296]. De esta forma, en tanto cumple una función protectora de ciertas reglas y principios, opera como fundamento de prohibiciones, limitaciones, declaraciones de nulidad y sanciones[297].

Dentro de este ámbito, se afirma que uno de los grandes principios que forma parte del ordenamiento jurídico español es el de libertad económica. Se manifiesta en las reglas de libertad de mercado, libertad de empresa, libre concurrencia y libre contratación. Esto quiere decir que la producción, intercambio y contratación entre particulares se hace de manera voluntaria, a través del acuerdo entre los interesados. En definitiva, se afirma que el Estado no sólo no impide sino que promueve una dinámica económica.

En el marco de una economía de mercado, la libertad de empresa está

---

295 El orden público económico se presenta como una aplicación de la idea genérica de orden público al caso concreto del quehacer económico. Por ello, para su delimitación surgen los mismos obstáculos que para la definición del concepto de orden público en general. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…* cit., p. 42. En el mismo sentido, SAINZ MORENO, Fernando, "El Principio de libre competencia como manifestación del orden público económico", *REDA,* núm. 24, 1980, pp. 132 y ss.

296 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…,* cit., pp. 42 y ss. Cabe anotar que sobre el concepto de orden público económico no hay definición exacta aceptada unánimemente por la doctrina, incluso algún autor señala que su uso ha quedado desfasado. Merece resaltar que para DE CASTRO, este orden sólo se exterioriza en normas positivas imperativas, cuya ejecución y exigencia está encomendada a la administración. Esto es, se manifiesta imponiendo haceres para establecer la prevista ordenación económica. (Cfr. "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *ADC*, núm. 2, 1982, pp. 1048 y ss.).

297 Cfr. SAINZ MORENO, Fernando, ob. cit., p. 132. En lo referente a la fundamentación normativa, DE CASTRO, Federico, considera que son muy diferentes. Así, señala que insertar el llamado orden público económico dentro del concepto de orden público es algo "no sólo dudoso, sino de consecuencias posiblemente perturbadoras". Afirma que el término en sí mismo es inocuo y que puede ser oportuno cuando se utiliza para referirse a la ordenación de la economía impuesta por el Estado, la que con ello determina restricciones a la libertad de contratación. Sin embargo, lo que le parece inadecuado y peligroso sería identificar las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, aludidas en el artículo 1255 CC (lo que cataloga como orden público jurídico) y las imposiciones o restricciones a la libertad de contratar derivadas del intervencionismo económico de la administración u orden público económico. (cfr. ob. cit., pp. 1046 y ss.).

reconocida en el artículo 38 de la Constitución española y en el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000. La doctrina es unánime al admitir que las facultades que integran tal derecho son la de acceso al mercado[298], la de libre ejercicio[299] y la de cesación de la actividad[300]. Ello implica la libertad de formar, dirigir y gestionar una empresa, tomando decisiones que se consideren convenientes para hacerla sostenible y eficiente[301].

Como consecuencia natural, encuentra reconocimiento la iniciativa privada[302] y la libertad contractual, contemplada en el artículo 1255 CC, que

---

298 La libertad de acceso al mercado constituye medularmente la libertad de iniciativa empresarial. Integra necesariamente la libertad respecto de los fines y de la organización de los medios. Puede decirse que hay una libertad para la elección del tipo de empresa y una libertad para la elección del tipo de empresario, si éste ha de ser una persona jurídica. Sin embargo, tanto la configuración de las distintas personas jurídicas a disposición del emprendedor como las relaciones intraempresariales propias de cada tipo de empresa pueden ser legítimamente reguladas por las leyes, incluso imperativas, siempre que garanticen al titular de la iniciativa un amplio margen de elección. Cfr. DE LA CUESTA RUTE, José María, "Ensayo sobre tipos de empresa y tipos de sociedades mercantiles a la luz de la «*Laborem Exercens*»", en *Estudios sobre la Encíclica "Laborem Exercens"*, BAC Editorial Católica, Madrid, 1987, pp. 674.

299 El ejercicio se manifiesta en una actividad interna y en una actividad externa. En todo caso, la facultad de ejercicio supone la autonomía de la empresa respecto de las decisiones que se adoptan en su seno, con exención de coacción proveniente de los poderes públicos, y sin más condicionamientos que los que imponga un mercado competitivo y no distorsionado por el intervencionismo. Sin embargo, según los diversos tipos de empresa, la ley puede establecer prescripciones o limitaciones sobre quiénes, dentro de ella, deben participar en la toma de dichas decisiones. Cfr. *Idem,* pp. 675 y ss.

300 La facultad de cesación en el ejercicio de la actividad puede entenderse o bien como decisión de disolver la organización que la materializa y le sirve de instrumento, o bien como simple facultad de retirada del titular de ella, mediante su transferencia o cesión a un nuevo titular. Esto último no puede ser de ninguna manera coartado. Pero en el primer caso es posible que la ley prevea reglas particulares, pues existen de hecho otros participantes (los trabajadores, los alumnos en el caso de una empresa educativa) cuyo eventual interés en la conservación de la empresa debe tenerse en cuenta. Cfr. *Idem*, pp. 676 y ss.

301 La Constitución Española reconoce también la iniciativa pública en la actividad económica (artículo 128) e incluso permite que se reserven al sector público recursos o servicios de carácter esencial. Por su parte, el artículo 131 CE permite al Estado que mediante ley pueda planificar la actividad económica general, armonizar el desarrollo regional, estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. De esta forma, cuando el artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa, lo hace equilibrando esta libertad con el papel que se asigna a los poderes públicos para garantizar y proteger su ejercicio de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…* cit., p. 46.

302 Señala expresamente el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de noviembre de 1981, que la iniciativa económica privada es elemento esencial de una economía de mercado

plasma el principio de la autonomía de la voluntad en la contratación. Junto a estos principios que promueven el desarrollo patrimonial, existen ciertos límites que atienden a diversos motivos. En primer término, el deber moral de contratar que se impone en algunas circunstancias al deber profesional, como ejemplo típico, la obligación de asistencia que recae sobre el médico cuando no cabe la posibilidad de recurrir a los servicios de otro[303]. En segundo, y en un ámbito más general, todos aquellos supuestos que la doctrina denomina contratación coactiva[304]. Adicionalmente, y como objeto de especial atención a los fines que me ocupan, se establecen límites al principio de libertad de contratación en los pactos privados, cuando éstos tienen por objeto o efecto perturbar el libre flujo de la oferta y la demanda en el mercado nacional y comunitario; dicho en términos más apropiados, cuando se obstaculice el desarrollo de la libre competencia.

El principio de libertad de competencia constituye una manifestación del orden público que, a grandes rasgos, implica que no puedan pactarse válidamente convenios que lo infrinjan, ni acordarse la exclusión voluntaria de las normas que lo establecen (artículo 6.2 CC). La regla fundamental sobre la autonomía de la voluntad dice que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público plasmado en el artículo 1255 CC. Juegan dos polos opuestos. De un lado, el de la libertad de los contratantes para obligarse y, del otro, el del control estatal para decidir si debe cooperar con lo buscado por las partes[305].

Respecto a la limitación de la libertad contractual que puede surgir de la

como la establecida en España y, por tanto, que las actividades de producción e intercambio de bienes o servicios están constitucionalmente abiertas a los particulares.

303 Cfr. PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El pacto…* cit, p. 87.

304 Dentro de estos amplios términos caben supuestos de naturaleza muy diversa, por ejemplo, toda la gama de contratos que suponen un deber de suministro de los servicios básicos. También aquellos casos en los que la obligación de contratar se impone a consecuencia de la adopción de determinadas medidas por parte del Poder público (economía dirigida) sea ya por escasez de productos, protección de la industria bajo determinadas circunstancias o cualquier otra regulación mediante la cual el Estado pretende la satisfacción de intereses colectivos. Tal como señala DÍEZ-PICAZO, los contratos forzosos sirven de cauce para satisfacer un interés público y privado, ya que, el interés público no es más que la generalización de un tipo de interés privado de cuya gestión se hace cargo el Estado (cfr. "Los llamados contratos forzosos", *ADC*, 1956, p. 35).

305 Cfr. DE CASTRO, Federico, "Notas sobre…", cit., p. 1062.

utilización del pacto de exclusiva en la protección de la competencia y la ordenación del mercado interior, se puede decir que esta cláusula no es *per se* contraria al ordenamiento jurídico y, por ende, no vulnera el orden público económico. Funciona como un instrumento de colaboración empresarial que deja sentir sus efectos beneficiosos no sólo entre los contratantes, sino también, en la economía del consumidor. Sin embargo, dado el dinamismo del mercado y la constante evolución de los acuerdos que pueden pactarse, bajo ciertas circunstancias o dentro de determinados contextos, se pueden presentar serias incompatibilidades con el régimen de libre concurrencia[306]. Además, si bien el pacto de exclusiva produce a la vez efectos favorables y adversos para la competencia, no siempre puede ampararse en la autonomía de la voluntad[307] y en la libertad de empresa, sino que viene condicionada por el juego de las prohibiciones – exenciones establecidas en las normas dirigidas a defender la competencia, cuyo designio es precisamente proteger el ejercicio de aquellas libertades[308].

B. El Derecho europeo de la competencia

El Derecho europeo de la competencia se materializa tanto en las normas de Derecho originario como de Derecho derivado. La fuente primaria es el Tratado de Roma constitutivo de las Comunidad Europea (TCCE) de 1957 y sus

306 Aunque el tema excede el objeto de desarrollo de este capítulo, es propicio indicar que el pacto de exclusiva puede presentar incompatibilidades no sólo con el régimen de libre competencia, sino también originar restricciones a la libertad personal de las partes sometidas a la exclusiva (actuación artística o profesional), pues desde cierta óptica supone la coerción de facultades personales, de facultades inherentes a la personalidad humana.

307 Se afirma que la autonomía privada adquiere sentido solo donde hay competencia libre. Pero existe el peligro de que la competencia devore, y de hecho devora, la autonomía privada. Precisamente su peor enemigo, aparte del Estado, es la competencia, por eso hay que ponerle límites. Cfr. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, "Mercado interior, contrato y Derecho de la competencia", en *Revista de Derecho constitucional europeo,* núm. 5, Universidad de Granada y Junta de Andalucía , 2006, pp. 117.

308 Muy elocuente fue a este respecto la STC 208/1999 al señalar que la normativa de defensa de la competencia esta dirigida a salvaguardar un interés general, la ordenación o el buen funcionamiento de mercado. Y lo lleva a cabo mediante ciertas reglas y el establecimiento de procedimientos de control por entidades públicas que permiten que los agentes económicos que concurren en el mismo lo hagan en condiciones que garanticen su libertad de participación, excluyendo, correlativamente, aquellas conductas que pueden interferir ese marco de libertad de los concurrentes y, de ese modo, afectar al mencionad interés general. Así, la defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el artículo 38 CE.

posteriores modificaciones, siendo la última la producida por el Tratado de Lisboa de 1 de diciembre de 2009[309]. El sistema de defensa de la competencia se edifica sobre dos pilares fundamentales de igual jerarquía: una norma genérica de prohibición de acuerdos restrictivos que falseen el libre juego de la oferta y la demanda en el mercado interior, plasmado en el artículo 101 TFUE (*ex* artículo 81 TCE); y una norma de prohibición de abusos cuando se tiene una posición de dominio en el mercado en el artículo 102 TFUE (*ex* artículo 82 TCE). Ambas normas buscan proteger y garantizar el desarrollo de la competencia, pero cada una actúa desde distintas perspectivas[310].

Sus bases esenciales aparecen inspiradas en la labor pionera del Derecho *antitrust* norteamericano, cuya fuente fundamental fue y sigue siendo la *Sherman Act* de 1890[311]. Sin embargo, luego de la copiosa legislación y

---

309 El 25 de marzo de 1957 se firmaron dos tratados de la Unión Europea, ambos acordados por Alemania Occidental, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. El primero estableció la Comunidad Económica Europea (CEE) y el segundo la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CCEA o Euratom). Tras ser ratificados por los parlamentos de cada estado entraron en vigor el 1 de enero de 1958, siendo modificado en numerosas ocasiones. Desde entonces ha cambiado de nombre: Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) a Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y finalmente, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) con la última modificación del 1 de diciembre de 2009 firmado en Portugal.

310 Debe resaltarse que, pese a tratarse de un Tratado internacional, cuyos destinatarios son en principio los Estados miembros signatarios, se consideran normas de aplicación directa, que vinculan también a las empresas, tal como ha establecido desde hace mucho tiempo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, desde la STJCE de 6 de abril de 1962, asunto Bosch. Vid. VVAA, *Aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE por las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros,* Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1998, p. 8. Como Derecho derivado, están los Reglamentos, las Directivas, las Decisiones, las Recomendaciones, las Comunicaciones e informes. Otro pilar fundamental de las fuentes del Derecho comunitario de la competencia es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, precedido por el Tribunal de Primera Instancia. Tienen un papel trascendente, aclarando la aplicación del Tratado, resolviendo cuestiones prejudiciales y recursos contra las Decisiones tomadas por la Comisión. La doctrina emanada de estas sentencias ha sido el punto de partida de nuevas orientaciones en el desarrollo de la política de competencia y revisten por ello una importancia de carácter casi normativo. En este sentido, ver la STJCE de 8 de junio de 1971, as. 78/70, *Deutsche Grammophon,* que significó el inicio de una corriente jurisprudencial tendente a limitar el ejercicio de los derechos de propiedad industrial en la medida necesaria para el funcionamiento del Tratado. Por su parte, la STJCE de 25 de octubre de 1977, C-26/76, *Metro/Saba* estableció la licitud de los sistemas de distribución selectiva bajo el cumplimiento de determinados requisitos.

311 La legislación *antitrust* norteamericana tiene muchas prohibiciones de diversa índole pero son tres sus normativas fundamentales: la *Ley Sherman* (1890), la *Ley Clayton* (1914), y la *Ley de la Comisión Federal de Comercio* (1914). De ellas pueden extraerse los cinco principios básicos de la legislación *antitrust* norteamericana. Cfr. VILLEGAS CAYÓN, Jaime, *Monopolio y competencia. Las leyes antitrust de los Estados Unidos base de la libertad económica*,

jurisprudencia del Consejo y la Comisión europeos, puede decirse que hay diferencias notables entre ambos modelos, no sólo en relación al proceso de creación de normas, sino también en el resultado final de su aplicación[312]. Ello responde a los objetivos parcialmente diferentes de las normativas europea y norteamericana, pues está claro que los Estados Unidos son una sola nación, con un mercado único a diferencia de lo que ocurre en Europa, donde ha habido que construir dicho mercado por encima de las barreras nacionales[313].

La Unión Europea, en su Tratado fundacional, reconoce que uno de sus objetivos es lograr el desarrollo sostenible de Europa, fomentando la cohesión económica, social y territorial de los Estados miembros, basada en una economía social de mercado altamente competitiva[314]. En otros términos, se puede decir que, uno de los objetivos económicos más importantes de Comunidad es lograr la consolidación de un mercado interior[315], aquel espacio

Editorial jurídica Villegas, Madrid, 1970, pp. 4 y ss.

312 Sólo por poner un ejemplo, la llamada «*Rule of reaso*n» o «Regla de la razón» aunque tengan el mismo nombre en inglés y castellano, engloban formas de funcionamiento y decisión en las controversias totalmente distintas. En Norteamérica se resuelve mirando el caso concreto de los involucrados y la afectación en esa especial circunstancia al consumidor. En Europa se resuelve fijándose en el daño potencial que se puede hacer a las estructuras, al margen de la circunstancia concreta. A fines distintos, razonamientos distintos.

313 En los Estados Unidos, en la década de los setenta del siglo XIX, existía un mercado común que únicamente necesitaba unas condiciones favorables para poder desarrollarse. El objetivo general era, por tanto, prohibir aquellos comportamientos de las empresas dirigidos a impedir en perjuicio de los consumidores que otras empresas ejercieran su derecho a desarrollar su propia actividad. Por el contrario, en la misma época en Europa no existía un "mercado común" europeo sino distintos mercados nacionales. La finalidad de cada uno de los Estados no era desarrollar un mercado único sino que, por el contrario, cada uno aspiraba a controlar la economía europea en perjuicio de los demás. El intento más extremo de ejercer ese control lo llevó a cabo la Alemania nazi durante la segunda guerra mundial. Cfr. FEDERICO PACE, Lorenzo, *Derecho europeo de la competencia. Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 28.

314 Cfr. artículo 3.g) TCE. Hace figurar entre uno de los objetivos fundamentales de la acción de la Comunidad europea "establecer un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior". El mismo objetivo se ha plasmado en el artículo I-3 del proyecto de la Constitución Europea.

315 La Directiva de servicios 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo , de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, es una de las piezas fundamentales que busca la consolidación en el ámbito de la Unión Europea de un mercado interior en el que la libre circulación de bines, personas, servicios y capitales esté plenamente garantizada. Este objetivo previsto en el Tratado Constitutivo, aduirió mayor relevancia a partir del Consejo Europeo de Lisboa del año 2000, donde se estableció el objetivo estratégico de convertir a la Unión Europea en "la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible, con más y

sin fronteras internas en el que la libre circulación de personas, servicios, bienes y capitales estará no sólo garantizada sino también promovida[316]. Se ocupa de las restricciones a la libre concurrencia producidas por las empresas, tengan o no una posición de dominio e incluso regula aquellas intervenciones públicas que puedan perturbar el sistema[317].

Los artículos 101 y 102 TUFE enuncian *disposiciones aplicables a las*

---

mejores empleos y con mayor cohesión social dentro del resto al medio ambiente", acuerdo conocido como Estrategia de Lisboa. La directiva gira alrededor de dos libertades: la de establecimiento y la de prestación de servicios en los intercambios fronterizos, todo ello sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Cfr. BERENGUER FUSTER, Luis, "La distribución comercial en España ante la Directiva de Servicios: última oportunidad", *RDCD,* La Ley grupo Wolters Kluwer, año 5, 2009, pp. 20 y ss. Para llevar a cabo una correcta transposición de la Directiva, España ha optado por la elaboración de una ley horizontal que promueva una aplicación amplia de los principios generales de la Directiva con pocas restricciones, a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

316 Para la consecución de este fin se han establecido distintas políticas comunitarias. Una de ellas es la política de competencia que tiene por propósito asegurar la competencia no falseada, que sea efectiva y real entre las distintas empresas de ese mercado interno comunitario. El establecimiento de esta política no es una novedad pues se ha tenido en cuenta desde los tratados iniciales, esencialmente en el de la Comunidad Europea del Carbón y Acero (CECA), fundada en 1951, y en el de la entonces Comunidad Económica Europea (CEE) de 1957. Como se sabe, esta dualidad desapareció con la expiración de la CECA (tal como se preveía en su tratado fundacional), de manera que en la actualidad hay un régimen unificado de defensa de la competencia referido a todos los sectores económicos, en los artículos 101 y siguientes TUFE, régimen que se ha incorporado casi sin modificaciones en el proyecto de la Constitución Europea, artículos III-161 y siguientes, que se encuentra aun pendiente de ratificación por los Estados miembros.

317 En lo que se refiere a las normas sobre *ayudas otorgadas por los Estados* (artículos 107 y siguientes TUFE, *ex* artículo 87 TCE), tienen por finalidad evitar que los Estados u otras entidades públicas, provoquen efectos distorsionantes con la aplicación de políticas proteccionistas. Cfr. WAELBROECK, Michael y FRIGNANI, Aldo, *Derecho Europeo de la Competencia*, Trad. SÁENZ-CORTABARRÍA, Ignacio y MORALES ISASI, Marta, I, Barcelona, Bosch, 1998, p. 423, y CALVO CARACAVA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier*, Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea,* Colex, Madrid, 2001, pp. 184 y ss. Lógicamente, no todas las ayudas están proscritas puesto que algunas son declaradas compatibles *per se,* como en el caso de las catástrofes naturales, otras pueden declararse permitidas por el importante papel que desempeña en la política social orientada a reducir las disparidades del desarrollo entre regiones, en este sentido *Vid.* VELASCO SAN PEDRO, Luis, "El Derecho…" cit., p. 48. Por otra parte, la Comisión ha establecido que la ayuda a empresas que no tienen ninguna posibilidad de salir adelante no está permitida, pero sí se puede autorizar una ayuda temporal si existen posibilidades reales de que una empresa en dificultades pueda mejorar su competitividad gracias a ese apoyo gubernamental. En esa línea, las ayudas de investigación e innovación, las de desarrollo o las destinadas a PYME pueden autorizarse a menudo, porque responden a objetivos generales de la Unión Europea. Concretamente, la Comisión no sólo supervisa el volumen de ayudas que los Estados conceden a sus empresas sino que examina las desgravaciones fiscales, los bienes y servicios adquiridos a tarifas preferentes, entre otros.

empresas[318]*.* El primero de ellos contempla básicamente tres tipos de conductas incompatibles con el mercado común: los acuerdos, las decisiones colectivas y las prácticas concertadas entre empresas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear las fuerzas del mercado[319]. El párrafo segundo del mismo artículo, dispone la sanción aplicable a tales prácticas declarando que serán nulas de pleno derecho. No obstante, el artículo 101.3 TUFE prevé que la prohibición de su párrafo primero no se aplica a los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción, la distribución o a fomentar el progreso técnico o económico, siempre que se reserve al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. Luego, el artículo 102 TUFE se aplica al comportamiento unilateral de una o varias empresas que explotan abusivamente su posición de dominio. Consiste, esencialmente, en el ejercicio sin límites del poder que se tiene en el mercado. Es una conducta radicalmente prohibida y no admite casos de excepción[320]. Por otra parte, la concentración de empresas (fusiones, adquisiciones, etc.), aunque no se encuentran contemplada expresamente en el Tratado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

---

318 Es reiterada la jurisprudencia comunitaria en la que se mantiene una noción extraordinariamente amplia de empresa, de manera que se considera no sólo a los empresarios en sentido estricto, sino en general a cualquier entidad que realice una actividad económica ofreciendo bienes o servicios en el mercado, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación por lo que también resulta de aplicación a otros profesionales, como los llamados profesionales liberales. Ver STJCE de 19 de febrero de 2002, asunto *Price Waterhouse Belastingadviseus BV/Nederlandse Orde van Advocaten*, STJCE de 23 de abril de 1991, asunto *Höfner/ Elser,* STJCE de 18 de junio de 1998, *Comisión/Italia.* En relación a esta cuestión, la Comisión ha publicado, en Febrero de 2004, la *Comunicación sobre la competencia en las profesiones liberales.*

319 Estos acuerdos están inicialmente prohibidos por el artículo 101.1 TFUE, sin embargo, tal prohibición no es absoluta, y el artículo 101.3 precisa los requisitos bajo los que ciertos acuerdos o categorías de acuerdos restrictivos de la competencia están exceptuados de la prohibición. En este sentido, el Reglamento CE 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la *aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado* (Texto pertinente a efectos del EEE) es una pieza de modernización del Derecho europeo de la competencia, pues se ha modificado de manera radical el anterior sistema de *reserva de excepciones (*por el que la Comisión se reservaba la facultad de apreciar si concurrían o no los requisitos del 81.3 TCE y luego notificar a los interesados), por el de *excepción legal* (los acuerdos se entienden automáticamente autorizados desde que concurran los requisitos legales del 81.3 TCE correspondiendo la prueba de esta concurrencia –ante un eventual conflicto- a los interesados).

320 El estatuto jurídico del artículo 102 TFUE encuentra su fundamento en una doble necesidad: primero en la conveniencia de reconocer la existencia de los monopolios, que por estar amparados en una Ley no pueden ni deben ser atacados; y, segundo, la necesidad de someter a control las prácticas competenciales que se hagan desde esa posición de dominio. Cfr. PELLISÉ CAPELL, Jaume, *La explotación*…, cit., p. 79.

en la Sentencia de 19 de febrero de 2002, asunto *PriceWaterhouse,* resolvió la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE puesto que por las particularidades de los acuerdos pueden limitar la competencia[321].

En la situación actual del proceso de integración europea en el Derecho de la competencia existe una división teórica entre los campos de actuación de las autoridades comunitarias y las nacionales. Sólo cuando las actuaciones tienen relevancia transfronteriza en afectación del mercado común, quedan sometidas a las primeras, tal como se desprende del artículo 101 y siguientes TFUE. Sin embargo, el desarrollo del Derecho comunitario revela una comprensión cada vez más amplia de la llamada "cláusula de afectación al mercado común", de manera que crecientemente se han venido considerando sometidas a este Derecho actuaciones que inicialmente se podrían valorar como de trascendencia puramente nacional[322] aunque, sin duda alguna, las conductas perseguidas y su tratamiento, al menos en los aspectos *antitrust,* son básicamente las mismas[323]. Este es el caso del sistema español, cuya normativa principal es la Ley de Defensa de la competencia de 3 de julio de 2007, que sigue de cerca lo dispuesto en los artículos 101 y siguientes TFUE. Sin embargo, con ello no se pretende decir que exista un doble entramado jurisdiccional -comunitario y estatal- para la aplicación judicial del Derecho comunitario

---

321 Dada la importancia de las concentraciones de empresas en el marco de este Derecho, se dictó en su momento el Reglamento 4064/89, sustituido en la actualidad por el Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el *control de las concentraciones entre empresas*, conocido como "Reglamento comunitario de concentraciones" (texto pertinente a efectos del EEE). En esta norma se establece la incompatibilidad con el mercado común de aquellas concentraciones de empresas que sean susceptibles de obstaculizar de forma trascendente la competencia efectiva.

322 La jurisprudencia ha fijado el umbral de los intercambios intracomunitarios generosamente, de manera que basta con que la circulación de mercancías, personas, capitales y servicios entre los Estados miembros resulte amenazada por un efecto potencial, sin necesidad que la restricción sea actual. Es suficiente que un conjunto de circunstancias objetivas deje entrever, con un grado cierto de probabilidad, que el acuerdo restrictivo pueda influir de manera directa o indirecta, real o potencial, sobre los intercambios económicos de los Estados miembros. De esta manera, aunque se trate de un acuerdo suscrito entre operadores establecidos en un único Estado miembro, si se considera que puede repercutir sobre las ventas de productos extranjeros en su mercado nacional o influyen sobre el acceso de empresas extranjeras, ya se considera que causa un efecto comunitario y por tanto, de competencia del Tribunal de Justicia. Cfr. PINTOS AGER, Jesús, "La remisión a los reglamentos comunitarios de exención en bloque", *InDret,* núm. 3, 2001, www.indret.com, p. 15 y ss. En el mismo sentido ver la STJCE de 20 de septiembre de 2001, asunto *Courage/Crehan.*

323 Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis, "El Derecho Europeo de la competencia", en *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 41.

europeo, sino, que se trata de un sistema de cooperación entre los tribunales estatales y el Tribunal Comunitario. De esta manera, un juez estatal, en cualquiera de los niveles de la pirámide jurisdiccional, esta llamado a aplicar el Derecho comunitario europeo[324].

1. Principios que rigen la competencia

El orden económico de la Comunidad Europea tiene como rasgo característico la competencia, por ello el hilo conductor que atraviesa la integridad del Tratado es el reconocimiento de los *principios de una economía de mercado*. De acuerdo con su Preámbulo, su creación se basa en el reconocimiento de que la estabilidad de la expansión económica y el equilibrio en los intercambios no sólo suponen la eliminación de obstáculos a la libre circulación de personas, mercancías, bienes y servicios, sino que no pueden quedar garantizados si la competencia no es leal. Se impone a los Estados miembros el deber de actuar de conformidad con el principio de una economía de mercado abierta, donde la competencia sea libre, que responda a los efectos de la oferta y la demanda emanadas del mercado y no sea falseada ni obstaculizada, favoreciendo así una asignación eficaz de los recursos[325].

El *Principio de autonomía* constituye el cimiento de la estructura institucional de la Comunidad y busca garantizar su independencia frente a la influencia de los estados miembros. Asimismo, cada estado parte debe velar por no incitar a que las empresas adopten un comportamiento incompatible con el Tratado, y en particular con las normas de competencia. Esta obligación deriva del *principio general de fidelidad a la Comunidad*. En virtud de este principio, los estados deben abstenerse de adoptar cualquier tipo de medida que pueda poner en peligro la realización de los fines perseguidos comunitariamente o que anulen su eficacia práctica. Lo mismo sucede cuando se adopta una normativa propia de carácter nacional por la cual se transfieren

[324] El Tribunal de Justicia Comunitario se pronunció en este sentido desde 1964, cuando en su sentencia dictada en el asunto *Costa-Enel*, mantuvo que "a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la Comunidad Económica Europea ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus jurisdicciones".

[325] Objetivos plasmados en los artículos 2 y 3 del Tratado. Esta obligación se impone también al Banco Central Europeo y los Bancos Centrales Nacionales cuando adoptan medidas de política monetaria para garantizar la estabilidad de los precios o de apoyar las políticas económicas generales en la Comunidad (artículo 105 TFUE).

facultades al sector privado para intervenir en la economía. Por su parte, si las medidas nacionales permiten o incitan a las empresas en posición de dominio a adoptar conductas abusivas, infringirá el artículo 102 TFUE. Estas consideraciones no varían si las empresas involucradas son públicas o privadas, puesto que el *principio de igualdad de trato* esta anclado en los artículos 101 y 102 TFUE .

2. Finalidad de la libertad de competencia

Se ha discutido mucho acerca de la finalidad del Derecho de la competencia. Sobre esto, hace mucho tiempo manifestó el Tribunal que la regulación en este campo es un instrumento que permite a la Comunidad Europea desarrollar una política activa de influencia en la actividad económica con el propósito de cumplir los objetivos del Tratado[326]. Lo que en principio se pretende lograr es la eficiencia en el mercado[327], manteniendo una estructura económica concurrencial[328]. En términos económicos, lo que se busca es solventar los fallos del mercado que obstaculizan su correcto funcionamiento como medio para la asignación eficiente de recursos escasos[329], es por ello que el Derecho de

326 STJCE de 13 de febrero de 1969, asunto *Walt Wilheim:* "si el Tratado tiende, en primer lugar, a eliminar las trabas de la libre circulación de mercancías en el mercado común y a afirmar y salvaguardar la unidad de este mercado, permite también a las autoridades comunitarias ejercer cierta acción positiva, aunque indirecta, con miras a promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, conforme al artículo 2 del Tratado".

327 Cfr. WAELBROECK, Michael y FRIGNANI, Aldo, ob. cit., p. 24. La eficiencia del mercado ha sido el objetivo primigenio de la legislación *antitrust* norteamericana. En ese sentido, se manifiesta uno de sus máximos exponentes de la Escuela de Chicago, al afirmar que "la eficiencia es una meta social importante, pero en el Derecho *antitrust* debería ser la única meta". Cfr. POSNER, Richard, *Antitrust Law. An economic perspective,* The University of Chicago press, Chicago, 1976, p. 4.

328 La concurrencia, aunque sólo sea potencial, debe existir antes que la competencia; si no hay concurrencia, no puede haber competencia, pues un sólo sujeto no puede competir consigo mismo. La competencia incorpora sobre la concurrencia un plus de rivalidad, es una forma cualificada de concurrencia que se da simplemente cuando varios sujetos se juntan en un mismo lugar o tiempo; la competencia aparece en un segundo momento, cuando estos sujetos disputan o contienden sobre alguna cosa u opositan o rivalizan entre sí para obtener la misma cosa. Cfr. PELLISÉ CAPELL, Jaume, *La explotación abusiva de una posición dominante,* Civitas, Madrid, 2002, p. 27.

329 Cfr. POSNER, Richard, ob. cit., p. 60. En el mismo sentido se ha señalado que "el Derecho de la competencia no puede verse como una regulación de la libertad contractual sino como una forma de corregir externalidades, es decir, de asegurar que los pactos entre competidores no causan daño a los consumidores en forma de restricciones apreciables de la oferta o de la calidad y aumentos de precios". Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, "La prohibición de

la competencia sólo se entiende en un sistema de economía de mercado[330]. En este sentido se ha pronunciado reiteradas veces el Tribunal aclarado que no se busca una competencia perfecta sino una situación de competencia efectiva o practicable (*workable competition*), esto es, "una competencia sin distorsiones para asegurar el respeto de los objetivos y exigencias del Tratado". Además, esta exigencia permite que la naturaleza e intensidad de la competencia pueda modificarse en función de los productos o servicios y de la estructura económica de los mercados sectoriales afectados (sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 25 de octubre de 1977, asunto Metro/Saba).

Otro objetivo atribuido a las normas de competencia comunitarias indirectamente asociado a los beneficios del libre mercado, es la promoción de las finalidades políticas de la Comunidad en dos categorías. Por una parte, asegurar la integración de las economías de los Estados miembros en un mercado interior, de manera que queden suprimidas las barreras al comercio y la competencia intracomunitaria[331]. Por otra parte, se encuentran la búsqueda de la equidad y la justicia de las relaciones entre empresas. El Tratado tiene referencias a valores como la solidaridad, la justicia y la equidad que han llevado a las autoridades de competencia a tener en cuenta consideraciones que no guardan referencia directa con la eficiencia económica, sino que más bien aluden a la idea de competencia justa o equitativa[332].

---

los acuerdos restrictivos de la competencia", *InDret*, Noviembre 2004, www.indret.com, p. 5.

330 El mercado es, sobre todo, un concepto esencialmente económico. El mercado interior europeo está diseñado sobre la base de una política claramente neolibral, verdad, que nadie discute. Cfr. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, ob. cit., p. 105.

331 Tradicionalmente, el Derecho de la competencia se ha utilizado como un instrumento para garantizar el éxito del proceso de integración de los mercados que constituye uno de los pilares fundamentales de la Unión europea. El Derecho de la competencia debía garantizar que tras la progresiva eliminación de las barreras al comercio intracomunitario de tipo arancelario, fiscal, etc., no fueran sustituidas por otro tipo de medidas –como acuerdos entre competidores para repartirse mercados- que pudieran crear fronteras artificiales al mercado común. Cfr. GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando, "El giro norteamericano del Derecho *antitrust* comunitario: el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 1 de la *Sherman Act*", *RDM*, núm. 256, 2005, pp. 601 y ss.

332 La Comisión ha sostenido desde antiguo que entre sus objetivos se encuentra garantizar que "las condiciones en las que se realiza la competencia respeten el principio de equidad" lo que significa que "debe preservarse la igualdad de oportunidades entre todos los operadores en el mercado (…) con especial referencia a las pequeñas y medianas empresas". Cfr. *IX Informe sobre la Política de competencia 1979*, pp. 9 y ss.

La protección de las pequeñas y medianas empresas, es otro de los objetivos del Tratado. En los Estados Unidos, la protección del *small business* fue considerada en los años cuarenta del siglo pasado como uno de las finalidades de las leyes *antitrust.* Del mismo modo, el Consejo Europeo ha afirmado que es también uno de sus objetivos de protección. En la medida en que la ampliación del mercado favorece a las empresas más grandes para satisfacer la demanda a través de economías de escala[333], las autoridades en la materia han considerado legítimo tener en cuenta las limitaciones de las empresas más reducidas para que, con el objeto de permitirles mantener una competencia más eficaz, se motiven los acuerdos de cooperación entre pequeñas y medianas empresas para obtener ventajas sin perder autonomía económica[334].

El hecho que la norma busque garantizar la libre competencia y sea favorable a la cooperación entre pequeñas y medianas empresas, no debe interpretarse como una prohibición a los monopolios u oligopolios creados naturalmente en el mercado. Tales figuras sólo se proscriben en tanto surgen como consecuencia de conductas deliberadamente concertadas o provocadas, que reducen o eliminan la competencia ordinaria desarrollada en el mercado cuando las empresas actúan autónoma y eficientemente. Además, no se trata de prohibir cualquier tipo de restricción de la competencia, sino únicamente aquella que afecte el comercio entre los Estados miembros e incida en el juego de la oferta y la demanda dentro del mercado interior.

Desde esta perspectiva, aparecen en primer plano los intereses de los consumidores, sobre quienes recae en gran medida el coste de las ineficiencias que surgen como consecuencia de distorsión del mercado, reflejadas

---

333 La economía de escala se refiere al poder que tiene una empresa cuando alcanza un nivel óptimo de producción. A medida que su producción crece, sus costes se reducen. Cuanto más produce, menos le cuesta cada unidad. Cfr. POSNER, Richard, *El análisis económico del Derecho*, Trad. SUÁREZ, Eduardo, Fondo de cultura económica, México, 1998, p. 26.

334 Con el objetivo de ayudar a las pequeñas y medianas empresas, el Consejo creó en 1973 un "Centro de cooperación de empresas". Se puso a su servicio la información relativa a las disposiciones nacionales y comunitarias vigentes en la Comunidad en el ámbito jurídico, fiscal y administrativo, sirviendo además de intermediario entre empresas de diferentes Estados miembros que desearan aproximarse. El 25 de julio de 1985, el Consejo adoptó el Reglamento (CEE) 2137/1985, que permite la constitución de "Agrupaciones Europeas de Interés Económico". El propósito de esta norma es proporcionar un marco jurídico que facilite la adaptación de pequeñas y medianas empresas comunitarias, a las condiciones económicas existentes en la Comunidad, permitiéndoles cooperar más allá de las fronteras.

básicamente en el sobreprecio de los productos o las condiciones de las transacciones. Proteger a los consumidores y usuarios es una de las motivaciones fundamentales a la que responde la regulación *antitrust,* y no el proteger el interés de los empresarios, en cuanto grupo de agentes económicos que busca asegurar la colocación de sus bienes y servicios, así lo señaló el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su sentencia de 25 de octubre de 1977[335].

Los objetivos mencionados son todos importantes y generales desde el inicio de la regulación *antitrust* en la Comunidad Europea, conviene resaltar que por la consolidación experimentada en el mercado común a finales de los años noventa del siglo pasado, las autoridades de la materia prestan cada vez menos atención a la integración del mercado para volcarse en los objetivos genéricos del sistema de competencia, tales como la maximización de la eficiencia y el bienestar de los consumidores. Sobre este punto, se ha señalado que "a medida que el mercado común se va convirtiendo en una realidad, está teniendo un cambio de prioridades en la aplicación del artículo 101 TFUE"[336]. Este cambio o reforzamiento en las prioridades del sistema *antitrust* se ha traducido en una importante revisión del Derecho de la competencia europeo que, entre otras cosas, se nota en la eliminación del monopolio de la Comisión para examinar si los acuerdos entre competidores son restrictivos[337]. Con todo, estas afirmaciones no pretenden concluir que el objetivo plasmado en el Tratado de integrar y consolidar el mercado único ha perdido por completo su importancia, pues, no cabe desconocer que todavía subsisten diferencias notables entre numerosos mercados de la Comunidad debido a las ampliaciones de sus miembros[338].

---

335 Adicionalmente, cabe señalar que esta afirmación tiene un asidero directo en el artículo 101.3 TFUE, que establece como una de las condiciones para la autorización de los acuerdos restrictivos que éstos reserven un beneficio equitativo para los consumidores.

336 Cfr. VAN MIERT, Karel, "EU competition policy in the banking sector", en *Conferencia de la Asociación Belga de bancos*, www.ec.europa.eu/comm/competition/speeches/txt/sp1998_063

337 Plasmado en el nuevo reglamento comunitario 1/2003 aplicable desde mayo de 2004 que modifica sustancialmente el sistema de aplicación del artículo 81 TCE, en el que se pasa del sistema de autorización previa centralizada en la Comisión, al sistema de excepción legal descentralizado.

338 La política de competencia que ha llevado a cabo la Comisión durante estos años, puede agruparse en tres fases: a) Primera fase: años sesenta, según la jurisprudencia comunitaria, la finalidad consistía en la protección de la "unidad de mercado" y en evitar la

3. Ámbito de aplicación territorial y temporal

El ámbito de aplicación territorial de las normas de competencia se define en el artículo 349 TFUE (*ex* 299 TCE). En el apartado primero se establece que se aplicará a los Estados miembros que en la actualidad suman ya veintisiete países con la adhesión de Bulgaria y Rumania en enero de 2007. Asimismo, es de aplicación en el Espacio Económico Europeo[339].

creación de barreras entre los Estados como consecuencia de comportamientos de los particulares; b) Segunda fase: años setenta a noventa, el objetivo del Derecho de defensa de la competencia es la tutela de la *workable competition,* de la competencia efectiva. La tutela de la competencia comunitaria comprende la tutela del interés general, de las empresas singulares y de los consumidores; c) Tercera fase: desde los años noventa a la actualidad, se ha evolucionado de una competencia dirigida a la tutela estructural, a la tutela de una competencia basada en la "eficiencia" del mercado. Esta nueva orientación se debe a que las empresas deben adaptarse a una creciente concurrencia, a un mercado de constante evolución que cada vez se mundializa más, a progresos técnicos incesantes, y al mayor dinamismo de los mercados en general. Este nuevo enfoque de los años noventa ha llevado consigo una nueva interpretación de los arts. 101 y 102 TFUE, en el sentido que ya no se presume que cualquier acuerdo infringe el Tratado, ni cualquier colaboración horizontal es colusoria, sino que se examina de manera más positiva determinados tipos de acuerdos de colaboración entre competidores. En resumen, una visión más económica y flexible. Cfr. *Comunicación de la Comisión sobre Directrices de la aplicabilidad del artículo 81 TCE a los acuerdos de cooperación horizontal,* 6 de enero de 2001.

339 El espacio económico europeo (EEE) es un acuerdo de asociación firmado el 2 de mayo de 1992, entró en vigor el 1 de enero de 1994 entre la Unión Europea y la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC o EFTA, en inglés). Forman parte de este acuerdo los 27 Estados miembros de la UE, y los miembros del AELC: Islandia, Liechtenstein y Noruega. Por su parte, Suiza pertenece también a AELC pero no está vinculada al EEE. El acuerdo establece una zona de las llamadas "libertades básicas" de circulación de mercancía, personas, servicios y capitales, en un régimen de competencia no distorsionada. Esto es, se extiende la implantación del mercado interior europeo a los Estados extracomunitarios que forman parte de la asociación, aunque quedan fuera ciertos aspectos tales como la unión aduanera de la UE, la política agraria (mercado único de productos agrícolas, sin embargo, se han cerrado algunos acuerdos para simplificar el comercio de ciertos productos). Del mismo modo, la política pesquera común de la UE no forma parte del Acuerdo EEE. Tampoco permite el acceso al mercado libre, aunque mantiene los derechos de aduana más bajos y mejora el acceso al mercado para una serie de productos pesqueros. En lo pertinente a normas de competencia, se contemplan las mismas clases de conductas restrictivas que en el Derecho comunitario, cuya regulación se plasma en términos prácticamente idénticos. Así, los artículos 53, 54 y 61 AEEE reproducen respectivamente los contenidos de los artículos 101, 102 y 107 TFUE, relativos sucesivamente a los acuerdos anticompetitivos, el abuso de posición de dominio y las ayudas públicas. En la aplicación de las normas, el artículo 55.1 del AEEE señala que tanto el Órgano de Vigilancia de la AELC como la Comisión, son los encargados de velar por el cumplimiento del acuerdo. El primero actúa cuando se ven afectados únicamente los Estados de la AELC y la Comisión, "en los restantes casos" (artículo 56.2 AEEE). En materia judicial, se creó un Tribunal de la AELC para conocer, entre otras cuestiones, los recursos contra el Órgano de vigilancia en materia de competencia.

Por otra parte, el artículo 101 TFUE prohíbe falsear el juego de la competencia "dentro del mercado común" y el artículo 102 proscribe la explotación abusiva de una posición dominante "en el mercado común o en una parte sustancial del mismo". Así, las normas comunitarias de competencia aplicables a las empresas afectan a los acuerdos, prácticas colusorias y conductas abusivas en razón de su relación con el mercado interior. Ello nos lleva a la conclusión que es irrelevante si la empresa tiene su sede dentro o fuera de la Comunidad a fin de ser aplicada la normativa comunitaria de la competencia. Cuando se examinan situaciones internacionales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea comienza por comprobar si el acto incriminado ha sido cometido, aunque sea indirecta o parcialmente, dentro de la Comunidad (principio de territorialidad). De acuerdo con el artículo 101 TFUE, un acuerdo de precios suscrito fuera de la Comunidad por empresas matrices establecidas en terceros países debe imputarse anticompetitivo y sancionable por el Tratado cuando sus filiales establecidas en la Comunidad ponen en práctica tales medidas. Es decir, es la propia empresa matriz la que opera en el mercado común protegido, valiéndose de su filial como instrumento. La diferencia de personalidad jurídica entre ambas sociedades no se opone a esta consideración, al menos cuando la filial no esta en condiciones de establecer autónomamente su comportamiento en el mercado, sino que esta obligada, en lo esencial, a seguir las instrucciones de su empresa matriz. En este sentido se pronunció también en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 14 de julio de 1972, asunto *Francolor SA française des matières colorantes.*

La Jurisprudencia del Tribunal considera incluso que un acuerdo mundial en materia de precios, entre vendedores de empresas establecidas en terceros países, se desarrolla en el mercado común cuando los miembros suministran directamente a clientes comunitarios. Así, por ejemplo, en la Sentencia de *Pasta de madera,* de 31 de marzo de 1993, resultó irrelevante saber si el contacto con los compradores se realizó por medio de filiales establecidas en la Comunidad, sucursales, agentes o subagentes. El único elemento determinante fue el resultado: la eliminación de la competencia dentro del mercado común[340].

[340] Cabe añadir que desde el 01 de enero de 1994, las normas comunitarias de competencia se aplican conjuntamente a las disposiciones correspondientes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE).

C. Legislación antitrust *del Tratado de Funcionamiento la Unión Europea en materia de acuerdos restrictivos de la competencia*

El marco legal básico en esta materia está en el Capítulo I del Título I de la Parte Tercera del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se aplica únicamente en la medida que los comportamientos especificados puedan afectar real o potencialmente el comercio entre los Estados miembros. Las facultades en materia de Defensa de la competencia del Tratado no se limitan a las prohibiciones de los artículos 101 y 102 TFUE, sino que comprenden, con carácter más general, los artículos 101 a 105. En concreto, los artículos 101 y 102 establecen las prohibiciones del Derecho de defensa de la competencia. El artículo 103 tiene por finalidad principal llevar a cabo la acción de la Comunidad e instaurar un régimen que garantice el establecimiento de un mercado común. Los artículos 104 y 105 que desempeñan una función importante en relación con las facultades transferidas por los Estados miembros a la Comunidad Europea.

La jurisprudencia comunitaria considera que tanto el artículo 101 como el artículo 102 TFUE son normas dirigidas a las empresas y constituyen los medios para el logro del mismo objetivo. Deben ser interpretadas a la luz de las disposiciones del Preámbulo del Tratado, en particular, aquéllas relativas a la eliminación de las barreras y a la competencial leal, necesarias para alcanzar la unidad del mercado[341]. La propia formulación de estos artículos les atribuye la naturaleza de normas que producen "efecto directo", es decir, directamente aplicables en el interior de cada Estado miembro. Se trata, según la jurisprudencia comunitaria, de normas claras, incondicionales y cuyo contenido es suficientemente preciso, por lo que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden aplicarlas directamente[342]. Además, se ha declarado que atribuyen a los particulares un derecho subjetivo[343].

---

341 Cfr. STJCE de 13 de julio de 1966, asunto República Italiana/Consejo/Comisión.

342 Habida cuenta del papel que han desempeñado ambos artículos, la jurisprudencia comunitaria los ha equiparado a las normas de orden público de los Estados miembros, equiparación que produce efectos de carácter procesal ante los jueces nacionales. De este modo, los órganos jurisdiccionales de cada Estado parte de la UE, que en virtud de su Derecho interno, están obligados a aplicar de oficio disposiciones nacionales de orden público, también están obligados a aplicar de oficio los artículos 101 y 102 TFUE.

343 El hecho de que en la actualidad este principio esté ya ampliamente aceptado no obsta para que se haga hincapié en la novedad que supuso en su tiempo la doctrina del Tribunal. En los primeros años de vigencia del Tratado no se excluyó que los artículos *ex* 81 y

No obstante, los artículos en cuestión son instrumentos jurídicos independientes que se aplican a diferentes presupuestos de hecho. Mientras el artículo 101 se atribuye a los acuerdos entre dos o más empresas, el artículo 102 se refiere a los comportamientos unilaterales de una empresa en posición de dominio en el mercado. Además, se imputan de modo distinto. En efecto, el primero de ellos requiere de dos fases en su aplicación: primero se aplica el apartado 1 del artículo y, luego, la exención del numeral 3. En cambio, el artículo 102 contiene una única fase que consiste en constatar que una empresa concreta abusa de su posición en el mercado. Sin embargo, aunque desempeñen funciones diferentes, el Tribunal de Justicia ha reconocido que pueden ser aplicados simultáneamente al mismo supuesto. En concreto, en la Sentencia de 11 de abril de 1989, asunto *Flugreisen* (apartado 37), el Tribunal declaró que es posible tal situación cuando una empresa en posición dominante ha logrado que otras empresas celebren acuerdos que, en otras circunstancias, no habrían aceptado.

1. Elemento objetivo

En cuanto al elemento objetivo, la jurisprudencia requiere que la actividad que se tome en consideración sea una actividad económica, cuestión que se ha interpretado de modo amplio. Según el Tribunal de Justicia, constituye una actividad económica cualquier gestión consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. La falta de finalidad de lucro no excluye la presencia del elemento objetivo. Así quedó plasmado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de noviembre de 1995, *Fédération Française des sociétés d'assurance.* En este caso se discutió la aplicación del artículo 85 TCCE (Actual artículo 101 TFUE) por tratarse de una entidad con fines no lucrativos que gestionaba un régimen de Seguro de Vejez destinado a completar el régimen básico obligatorio, establecido por la ley con carácter voluntario y que funcionaba con sujeción a normas dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria, según el principio de capitalización, especialmente en lo relativo a condiciones de afiliación, cotizaciones y prestaciones, es una empresa a efectos de los artículos 85 TCCE. En efecto,

82 TCE representaran directrices políticas generales del Tratado sin ningún efecto directo a favor de los particulares. La influencia de la doctrina alemana determinó la interpretación actual. Esta interpretación sigue una de las máximas de la escuela de Friburgo, la necesidad de reconocer a los particulares el derecho a ejercitar una actividad económica. Cfr. FEREDICO PACE, Lorenzo, ob. cit., pp. 72 y ss.

señaló el Tribunal, aunque semejante entidad no persiga fines lucrativos y aunque el régimen que gestiona comporte algunos elementos de solidaridad, limitados y no comparables con los que caracterizan los regímenes obligatorios de Seguridad Social, ejerce una actividad económica en competencia con las compañías de seguros de vida, por tanto, aplicable la normativa de defensa de la competencia.

Cuando el Tribunal ha negado la naturaleza de empresa a un determinado operador ha sido por no tener carácter económico la actividad que realiza. Así, según la jurisprudencia comunitaria, existen dos categorías de actividades que no cumplen con los requisitos del elemento objetivo: a) las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas típicas del Poder público y; b) las actividades que sean ajenas a la esfera de los intercambios económicos[344].

2. Elemento subjetivo

La prohibición de conductas *antitrust* tiene como destinatarios a aquellos operadores comprendidos bajo el concepto de "empresa" o "asociación de empresas"[345]. Lo primero que puede anotarse es que a efecto del Tratado, la

[344] *Vid*. STJCE de 17 de febrero de 1993, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, litigios entre, respectivamente, los Sres. Poucet y Pistre vs. la *caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*.

[345] El concepto de empresa contemporáneo surge como respuesta al modelo neoclásico sostenido por algunos economistas del siglo XIX aborda la figura desde la función de la producción. Esto es el estudio de las posibles combinaciones de los factores de producción (*inputs*: trabajo, capital, materias primas, etc,) para obtener los bienes producidos por las empresas *(output)*. En ese sentido el principal objetivo de la empresa será la búsqueda la maximización de sus beneficios, representados por la diferencia entre el costo de los *inputs* y el precio al que enajena los *output*. A su vez, el precio que la empresa paga por los *inputs* y el que recibe por los *output* que produce constituye el entorno (mercado) en el que la empresa desarrolla su actividad y sobre el cual, en principio, no ejerce ningún poder. COASE afirma que la existencia de la empresa se justifica en la medida que los costes de organizar la actividad económica a través de ella sean inferiores a los que se producirían si se organizara a través de transacciones libres en el mercado. Cuando los costos de organizar dicha actividad son iguales, la empresa alcanza los límites de su expansión (esto responde al por qué de su tamaño), más allá de dicho límite, la empresa deja de ser económicamente eficiente. Por lo tanto, los elementos que determinan el qué, el cuánto y el cómo como la empresa produce son: la determinación de la función de producción, la hipótesis de la maximización de los beneficios y en el mercado. Lo peculiar de la empresa estriba en que no debe ser entendida sólo como la relación entre empresario y trabajadores, sino también una relación con los clientes y los acreedores. Todos estos sujetos tratan de maximizar sus utilidades, por ello, la empresa no debe ser vista como un mecanismo de supresión del mercado, sino, como un medio alternativo de organizar la producción, que propone fórmulas contractuales propias. Este modelo de empresa nos brinda valiosas recomendaciones al momento de evaluar su conducta en el

noción de empresa es más amplia que en el Derecho interno, se trata de un concepto jurídico indeterminado en el Tratado, pero que la jurisprudencia le ha ido dando forma, de manera tal que lo importante es que se ejercite una actividad económica en el mercado a través de la oferta de bienes o servicios[346], siendo indiferente que se trate de una empresa pública o privada[347], tal como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Comprendiendo tanto el comercio de bienes muebles como inmuebles, los derechos de autor y de propiedad industrial, en definitiva todos los bienes susceptibles de valoración económica.

Para la aplicación del Tratado, es irrelevante si en el Derecho interno el sujeto tiene o no la calificación de empresario, lo que es necesario es que exista una autonomía económica, que pueda determinar libremente su actuación en el mercado, que asuma los riesgos de las operaciones financieras y comerciales que emprende en el marco de su actividad[348], al margen que la empresa persiga

---

mercado. Cfr. COASE, Ronald H., "The problem of social cost", *JLE,* vol. 3, núm. 1, Chicago, 1960.

346 El artículo 57 TFUE (ex artículo 50 TCE) define los servicios como "las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Comprenderán, en particular: a) actividades de carácter industrial, b) actividades de carácter mercantil, c) actividades artesanales, d) actividades propias de las profesiones liberales".

347 *Vid.* STJCE de 23 de abril de 1991, *Höfner/Elser,* apartado 21, C-41/90, STJCE de 17 de febrero de 1993, *Poucet y Pistre,* C-159/91, STJCE 11 de julio de 2006, *FENIN/Comisión,* apartado 25, C-205/03P, SJTCE de 14 de diciembre de 2006, *Compañía española de petróleos*, apartado 39, C-217/05.

348 El Tribunal en su sentencia de 14 de diciembre de 2006, *Compañía española de petróleos*, ha establecido que los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste. Siguiendo esta línea, quedan fuera de escena los acuerdos que medien entre empresas integradas a un mismo grupo (sociedad matriz y filiales) al considerar el Tribunal que las filiales carecen de autonomía económica como lo estableció en la sentencia de 30 de junio de 1970, asunto *Kodak*, y de 31 de octubre de 1971 en el asunto *Centrafarm*. Asimismo, no califican como empresarios a los agentes comerciales al no tener autonomía. En relación a ellos, las *Directrices relativas a las restricciones verticales*, de 13 de octubre de 2000, mantienen el mismo criterio en el sentido que no les afecta las restricciones del artículo 81 TCE (artículo 101 TFUE) en relación con los contratos de representación exclusiva puesto que no ostentan la condición de empresarios independientes al no asumir riesgos financieros ni comerciales (contratos de agencia genuinos: el agente nunca es propietario de mercancías comerciadas, no contribuye con los costos de operación, no esta

un fin lucrativo o no. Además, el Tribunal de Justicia también ha precisado que, cuando un grupo de sociedades constituyen una "unidad económica" en el sentido que sus miembros no gozan de una autonomía real sino que están sometidas a un control único, existe allí una sola empresa. Debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque desde el punto de vista jurídico esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas[349]. Del mismo modo, que una filial no sea propiedad al 100% de una sociedad matriz, no excluye la posibilidad de que exista una unidad económica, en el sentido del Derecho de la competencia, tal como lo estableció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de de 1 de julio de 2010. Sin embargo, cuando forman parte de un grupo más amplio, las sociedades participantes pueden no perder su calidad de empresas de modo que en principio podrían suscribir acuerdos limitativos de competencia[350].

El Tribunal ha establecido en reiterada jurisprudencia que cuando el comportamiento de las empresas esta influido de manera decisiva por la normativa nacional, el artículo 101 no es de aplicación (sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 21 de septiembre de 1988 asunto *Van Eycke*, sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 21 de septiembre de 1999 asunto *Drijvende Bokken*, sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de octubre de 2000 asunto *Echirolles),* puesto que tal base legal sólo se refiere a conductas de empresas que actúan de manera autónoma y no atenidas a medidas legislativas o reglamentarias adoptadas por los Estados. Sin embargo, si la delimitación gubernamental no

obligado a invertir en gastos de financiación de la operación o en publicidad, puede devolver los bienes no vendidos, que no pueda establecer precios de reventa ni establecer condiciones ninguna otra condición contractual al cliente, etc.). Cfr. ZURIMENDI ISLA, Aitor, *Las restricciones*.., cit., p. 135.

349 STJCE de 1 de julio de 2010, asunto *GKV*, C-407/08. El Tribunal aclara que basta que haya "unidad económica" entre empresas, aunque haya diversidad jurídica para que se pueda sancionar a todas ellas y que para determinarlo valen indicios de cualquier tipo. En este caso se considero que había unidad porque los accionistas de las compañías eran los mismos, los administradores eran los mismos, y que en el pacto parasocial (*family contract*) se preveía específicamente que se trataba de asegurar la dirección y administración única *(single management and direction)* del Grupo Knauf. En el mismo sentido *vid.* STJCE de 12 de julio de 1984, asunto *Hydrotherm,* C-170/83, SJTCE de 14 de diciembre de 2006, *Compañía española de petróleos*, C-217/05 y 10 de septiembre de 2009, asunto *Akzo Nobel,* C-97/08, entre otras.

350 Cfr. VVAA, A*plicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE por las jurisdicciones…*, cit., p. 18.

reduce totalmente la posibilidad de competencia y deja ciertas posibilidades de autonomía, el artículo 101 TFUE si será de aplicación.

En este sentido se manifestó la Decisión del *Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali* de 30 de junio de 1993, en que la Comisión no admitió que las obligaciones impuestas por la legislación italiana pudiera justificar un acuerdo restrictivo de la competencia. Caso contrario, en la sentencia *Echirolles* de 03 de octubre de 2000, sobre el régimen francés de precios fijos establecido por Ley nacional para la venta de libros, el Tribunal consideró que las empresas no infringieron el artículo 101 TFUE. Excepcionalmente puede suceder que una práctica colusoria sea aprobada por la autoridad nacional. En estos casos, el Tribunal Comunitario tiene dicho que tal aprobación no significa que el acuerdo quede fuera de los alcances del artículo 101 TFUE, dado que el elemento consensual (la voluntad de las partes) es lo suficientemente trascendente para aplicar las disposiciones *antitrust*. En el asunto *Importaciones de aluminio de Europa del Este,* la Comisión estimó que el hecho que el Gobierno británico hubiera incentivado en gran medida a sus empresas a celebrar un acuerdo reñido con la competencia no bastaba para sustraer a éste del campo de aplicación del artículo 101 TFUE (Decisión de 19 de diciembre de 1984, especialmente núm. 10.2 y 14.8). En el mismo sentido, en la Decisión *ENI* de 4 de diciembre de 1986*,* la Comisión rechazó el argumento de las empresas que alegaban que habían actuado con arreglo a directrices del Gobierno italiano en el denominado "plan químico", afirmando que el que un Estado persiga una planificación no exonera a las empresas de la responsabilidad por sus acuerdos. No obstante, el artículo 101 TFUE, en relación con el artículo 5 TFUE, obliga a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor normas que puedan eliminar el efecto útil de las normas de la competencia aplicables a las empresas.

Finalmente, no se consideran empresas las personas asalariadas que trabajan por cuenta ajena. Sin embargo, en el seno de las relaciones entre empleador y trabajador pueden surgir una serie de acuerdos que restrinjan la competencia, por ejemplo los convenios colectivos u otra serie de obligaciones derivadas del contrato de trabajo como el uso del pacto de exclusividad. Un sector doctrinal considera que tanto unos como otros quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE, debido a que la Ley le da prioridad a la protección del trabajador y al buen funcionamiento de las relaciones laborales, no obstante esta posición no es unánimemente compartida. En todo caso, para quedar al margen del control del Derecho de la competencia, las limitaciones deben referirse a condiciones de trabajo y no afectar de manera directa a

terceras personas o mercados, es decir, no se cumple con la inaplicación del Tratado cuando las relaciones que tiene el empleador son con los clientes, proveedores o consumidores[351].

3. Especial referencia de la legislación *antitrust* a los pactos de exclusiva en los contratos de trabajo y los acuerdos colectivos

En las relaciones laborales existe una serie de acuerdos, tanto horizontales como verticales, que pueden restringir la competencia. Así, los convenios colectivos que típicamente recogen condiciones para lograr una mejor situación de los trabajadores revisten un carácter económico cuando inciden directamente en la dinámica del mercado laboral. Lo mismo ocurre con las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo que estipulan pactos de exclusividad, de no revelación de secretos, etc[352]. Pues bien, tradicionalmente se ha entendido que tanto uno como otros quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE (como del artículo 1 LDC), debido a que la ley otorga prioridad a la protección del trabajador y al buen funcionamiento de las relaciones laborales[353].

Sin embargo, hoy en día no puede realizarse esa afirmación de manera categórica. No procede una exención de las normas *antitrust* a cualquier tipo de pacto dentro de las relaciones laborales. Aquellos acuerdos en los que el efecto sobre la competencia en el mercado excede de lo indispensable para alcanzar los objetivos sociales propios de la negociación colectiva podrán ser proscritos, así lo han entendido los tribunales nacionales y comunitarios.

El Tribunal Constitucional ha afirmado en la Sentencia de 2 de julio de 1981 que el sistema de relaciones laborales español esta asentado sobre el pluralismo social, la libertad sindical, y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. La satisfacción de una serie de intereses individuales se obtiene por sus titulares a través de la negociación colectiva, la cual no sólo no es incompatible con ámbitos de libertad personal, sino que los asegura, contribuyendo decisivamente tanto a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores como al bienestar social general. De esta forma, el

---

351 Cfr. ZURIMENDI ISLA, Aitor, *Las restricciones verticales…*cit., p. 132 y ss.

352 Cfr. MARTÍNEZ FONS, Daniel, *Libre competencia y Derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2006, p. 174.

353 Cfr. ZURIMENDI ISLA, Aitor, ob. cit., pp. 132 y ss.

debate sobre la compatibilidad de la negociación colectiva con la libertad de empresa encuentra bases constitucionales sólidas en el artículo 37 CE (negociación colectiva), y 38 CE (libertad de empresa). Junto a éstos, la Carta Magna reconoce el papel de los sindicatos (artículo 7 CE). Lo cierto es que el papel de este ente representativo de los trabajadores ha mutado, pues hoy en día se ha convertido en un suministrador de servicios para sus afiliados actuando en el mercado como un agente económico más y, por ello, de acuerdo a la doctrina de los tribunales, sujeto a las normas generales que disciplinan la concurrencia.

No obstante, es claro que deben separarse dos planos: la actuación del sindicato en la función constitucionalmente reconocida en defensa de los intereses de los trabajadores y su actuación en el mercado como proveedor de servicios para sus asociados. La negociación colectiva se sitúa en el primero de los ámbitos referidos, de manera que en el ejercicio de la actividad constitucionalmente protegida no podrán asimilarse a la categoría de meros agentes económicos[354].

La cuestión es que junto con los contenidos clásicos de las negociaciones colectivas (relaciones laborales), progresivamente van tomando importancia temas propios de la organización empresarial, entrando en terrenos que lindan con la defensa de la competencia. Sirva como ejemplo la cuestión que se planteó en el acuerdo alcanzado por los gremios de UGT y CC.OO. en virtud del cual, las pastelerías artesanas con fabricación propia de Barcelona podrían comercializar sus productos los domingos y festivos, juntamente con el pan que les era propio (una masa especial enriquecida con un peso máximo de 100 gramos). Adicionalmente, se señalaba que de acuerdo a la regulación autonómica sobre horarios comerciales, las panaderías deberían permanecer cerradas los domingos y festivos. Por un lado, el convenio establecía que las panaderías no podrían fabricar ni comercializar en los días señalados (a pesar que la legislación local establecía algunos supuestos de excepción) y, por otro, se limitaba la libertad de comercio en lo referido a la fabricación y venta de las pastelerías artesanas. A la vista de este contenido, se discutió si el acuerdo alcanzado excedía el ámbito de la negociación colectiva y si tenía efecto alguno

354 El mercado laboral goza de un *status* particular que, por su finalidad perseguida, a pesar de incidir de manera directa sobre factores económicos de la competencia entre empresas, no pueden aplicarse las reglas del mercado de bienes y servicios. Cfr. MARTINEZ FONS, Daniel, ob. cit, p. 175.

sobre los operadores a los que iba dirigido. El Tribunal de Defensa de la Competencia español, en su resolución de 16 de diciembre de 1996, rechazó que la intervención de los sindicatos pudiera reconducirse a la tutela del interés de los trabajadores, puesto que, en su opinión, se trataba de una práctica restrictiva.

A la luz del artículo 101 TFUE y 1 LDC se prohíbe "todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia". El contenido de la negociación colectiva tenía por objeto la fijación de las condiciones comerciales, así como la limitación y control de la producción, la distribución y el desarrollo del sector. La resolución del Tribunal estableció que la calificación de los sindicatos debe ser funcional, en atención a la labor que en cada momento puedan realizar. Así, para los supuestos en los que intervienen en el mercado de bienes y servicios, como en el caso planteado, serán calificados como agentes económicos, y por tanto, destinatarios de las normas de competencia. Teniendo en cuenta dichos criterios, se determinó la imposición de una multa a los gremios firmantes del acuerdo de 1,500 euros para cada uno de ellos.

Cuando la actuación de los sindicatos es en representación de los intereses de los trabajadores, se integra en las competencias que le son propias. Si su intervención en los acuerdos incide directamente sobre el mercado de bienes y servicios, excede del espacio que le reconoce la Constitución y se somete a las normas protectoras de la competencia. En este sentido, el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 16 de diciembre de 1996 establece que una práctica restrictiva no deja de serlo por el hecho que en ella participe un sindicato.

No obstante, esta posición excluyente de cualquier medida extralaboral debe ser matizada a la vista de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de junio de 2001. En este caso se trató de un pacto extra-estatutario que, entre otras cuestiones, contemplaba aspectos de saneamiento financiero de la empresa, organización, productividad y reestructuración, actuaciones sobre ingresos, renovación de flotas y marco de las relaciones laborales. El Tribunal señaló que el carácter complejo y plural del que aparece dotado el pacto impide una consideración conjunta del acuerdo al mezclarse en él materias que caen en el ámbito de la gestión económica empresarial con otras de contenido típicamente laboral. Si bien es cierto que la adopción de éstas decisiones corresponde a los titulares del capital social, no lo es menos que la llamada por

la empresa a sujetos colectivos para participar en su conclusión, así como la repercusión socio-laboral de las materias objeto del acuerdo, sirve para moralizar su naturaleza y lo convierte en un producto de negociación colectiva, sometido a las reglas, principios y límites constitucionalmente definidos, entre otros, aquellos derivados del libre ejercicio del derecho de libertad sindical (artículo 28.1 CE). El Tribunal parece fijar otro criterio, será "laboral" toda materia negociada y pactada en convenio colectivo, con independencia de su contenido concreto.

La doctrina considera que el marco jurídico vigente atribuye a los sujetos negociadores un amplio margen de intervención que puede amparar la implicación en la formación de un consenso interno en la toma de decisiones que forman parte propiamente de la gestión de la empresa. Nada se opone a que la negociación colectiva aborde aspectos propios de la toma de decisiones directivas de la empresa en ámbitos en los que convergen los intereses de los trabajadores y empleador[355]. A la perspectiva del Tribunal debe aplicarse también un matiz a la luz de la normativa comunitaria. Los artículos 101 y 102 TFUE, como se ha dicho, realizan una interpretación amplia de los conceptos que integran una conducta prohibida y el mismo contenido de lo que se entiende por empresa. Recuérdese que aquello que ontológicamente la califica como tal es el desarrollo de una actividad económica con capacidad de incidir en el mercado. Esta visión alcanza, a partir de la década de los noventa en que cambia la visión del Tribunal de Justicia, sectores que tradicionalmente habían sido ajenos, como las instituciones laborales.

El primer pronunciamiento acerca de la relación entre Derecho de la competencia y la autonomía colectiva se presenta en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999, asunto *Albany,* sobre el sistema de pensiones neerlandés. En resumen, a través de un convenio colectivo se instauraba un único fondo de pensiones encomendado a un solo gestor, privando a las empresas de la posibilidad de afiliarse a un régimen distinto ofrecido por otros aseguradores. Junto a esto, claramente el acuerdo excluía a las empresas del sector de una parte sustancial de clientes del mercado de los seguros de pensiones.

355 Cfr. MONEREO PÉREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves, *El contenido de la negociación colectiva de la empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 13.

En la sentencia se analiza si los productos de la negociación colectiva pueden ser considerados acuerdos con efectos restrictivos de la competencia a la luz del artículo 101 TFUE. Asume la Corte comunitaria que ciertas restricciones sobre la competencia son efectos propios e inherentes de los acuerdos colectivos, no obstante, no puede derivarse automáticamente –estima el Tribunal – la aplicación de las reglas de la competencia a la autonomía colectiva, puesto que los objetivos de política social perseguidos por tal negociación resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 101 TFUE en la adopción de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo. Según el Tribunal de Justicia, de una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto, se desprende que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE. Por consiguiente, será preciso aplicar un doble *test:* si por la naturaleza y por el objeto del acuerdo controvertido en el procedimiento principal puede justificarse su exclusión del ámbito de aplicación del Tratado.

Una parte de la doctrina considera que la construcción dogmática contemplada en la Sentencia *Albany* permite asegurar un espacio de inmunidad a las relaciones laborales. Otros entienden precisamente lo contrario, esto es, la capacidad del ordenamiento comunitario de interferir en la configuración del derecho fundamental a la negociación colectiva[356]. Lo cierto es que del razonamiento del Tribunal se desprende que el derecho de las partes a negociar colectivamente se protege únicamente en la medida en que sea adecuado para el mejoramiento de las condiciones de vida y del trabajo. No hay exclusión *a priori.*

La jurisprudencia demuestra que los pactos de exclusiva no son ajenos a los acuerdos colectivos. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2000 se plantea un problema: la subcontratación del servicio que se contrataba en exclusiva. En este caso, el litigio es entre el Sr. Van der

[356] Señala MARTÍNEZ FONS que existe el riesgo que termine favoreciéndose una integración negativa tendente a reducir los estándares alcanzados en cada estado sobre la base de la preferencia constitucional de los principios de la libre competencia en el Tratado hoy vigente, poniendo en duda aspectos esenciales, ya no de la negociación colectiva, sino del propio ordenamiento laboral en relación con los principios sobre los que se sustenta (Cfr. ob. cit., p. 231).

Woude y la institución en la que labora *Beatrixoord,* que pagaba por sus trabajadores el 50% de la cotización correspondiente al régimen de seguro por enfermedad a la fundación que lo gestionaba. Van der Woud quiso afiliarse a otra entidad aseguradora que le ofrecía condiciones más favorables, alegando que la cláusula del convenio colectivo que establece la contratación obligatoria de un determinado seguro médico restringe la competencia, pues, a diferencia de las pensiones que forman parte de la retribución directa (caso *Albany*), la prima del seguro de asistencia sanitaria no puede incluirse en las disposiciones esenciales que son objeto de las negociaciones colectivas, por lo que no gozaría de la inmunidad de aplicación de las normas de competencia.

Asimismo, entiende que el convenio tiene influencia directa sobre los terceros, esto es, sobre los demás prestadores de seguros de asistencia sanitaria puesto que dicho convenio obliga a afiliarse exclusivamente con una determinada empresa aseguradora. El Tribunal comunitario aplicó el test *Albany* al convenio colectivo: analizar naturaleza y objeto para aplicar la exención de las normas de competencia. Así, indicó que el acuerdo impugnado constituye el resultado de una negociación entre asociaciones representativas de los empresarios y trabajadores (naturaleza), y su objeto es instaurar un régimen de seguro sanitario que contribuye a mejorar las condiciones de trabajo de los empleados. Finalmente, en relación con la subcontratación, sólo señala que no impide la aplicación del convenio colectivo. Como se ve, nuevamente el Tribunal mantiene la inmunidad de la institución laboral, pero luego de examinar la naturaleza y el objeto del acuerdo.

Me queda la duda sobre si el Convenio no colisiona con las normas de competencia. Existe una intervención en la dinámica del mercado al no permitir a los trabajadores afiliarse libremente a otra aseguradora que ofrezca mejores beneficios, o en todo caso, a la de su elección. Una cosa es que a través del Convenio se logre un acuerdo con el empleador para que éste asuma el 50% del pago de la prima, y otra es que pague el 50% del pago de la prima al afiliarse exclusivamente a una aseguradora determinada.

Aunque el panorama no esté totalmente claro y el Tribunal Comunitario no presente lineamientos más precisos que seguir sobre este aspecto, considero que, en todo caso, se tratará de ponderar en el supuesto concreto hasta qué punto resulta o no legítima la restricción que derive del acuerdo colectivamente negociado, distinguiendo entre las restricciones abusivas y las necesarias permitidas por la legislación laboral y de competencia.

D. Los pactos prohibidos por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

El actual artículo 101 TFUE permanece estable desde el siglo pasado. Su texto se corresponde con total identidad con el de la redacción original del Tratado[357]. Restringir la competencia en los términos de esta norma implica la limitación, el falseamiento e incluso la eliminación de la actividad competitiva a través de diversas conductas de carácter vertical u horizontal. En concreto, el artículo 101.1 TFUE prohíbe todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto afectar negativamente el juego de la competencia. El artículo 101.2 TFUE, establece que tales acuerdos serán nulos de pleno derecho, y el artículo 101.3 TFUE regula una excepción a la prohibición al disponer la inaplicabilidad de la sanción a los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico. Sin embargo, estas mejoras deben reservar a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, no deben imponer restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; y, no deben ofrecer a las empresas afectadas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

El objetivo del artículo 101 TFUE es proteger la competencia en el mercado con vistas a un mayor bienestar del consumidor y una eficaz asignación de recursos. A estas finalidades contribuyen la competencia y la integración del mercado, pues la creación de un mercado único y abierto favorece la eficaz asignación de recursos en toda la Comunidad para beneficio de los consumidores[358].

---

357 En cambio, en el ámbito del Derecho derivado se han ido produciendo cambios periódicamente, el más significativo en esta materia viene constituido probablemente por la sustitución del Reglamento 17/62 por el nuevo 1/2003, de 16 de Diciembre de 2002 (con sus respectivas modificaciones a través del Reglamento CE 411/2004, de 26 de febrero, sobre Transporte aéreo entre la Comunidad y terceros países y el Reglamento 1419/2006, de 25 de septiembre, sobre cabotaje y los servicios internacionales de *tramp*. Ambos con efecto en el EEE).

358 Cfr. *Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*, 27 de abril de 2004, punto 11.

1. El contenido del artículo 101 TFUE

El artículo 101.1 TFUE prohíbe los acuerdos entre empresas en la medida en que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y restrinjan la competencia. Esta disposición es consecuencia del principio fundamental del Derecho Europeo en esta materia, según el cual "cada agente económico debe determinar de modo autónomo la política que pretenda seguir en el mercado". Por consiguiente, se prohíben los acuerdos entre empresas que al distorsionar la libre concurrencia vulneren el citado principio. Esta vulneración puede materializarse de diversas formas. Los empresarios pueden concertar entre si bien a la renuncia de la disputa de la clientela o a la renuncia de una guerra de precios, a través de ilícitos acuerdos[359]. Debido a la multiplicidad de formas y coordinaciones que pueden llevarse a cabo, es difícil establecer con precisión cuándo se ha llegado a un acuerdo dado que los interesados pondrán, lógicamente, todos sus esfuerzos en ocultar las trazas de una decisión formal de aquello que está prohibido por la Ley. Por esta experiencia, -básicamente del Derecho norteamericano- es que se han tipificado con sumo cuidado las conductas, de manera tal, que resulta complicado que alguna no quede incluida por su carácter amplio y flexible. Así, se reprimen los *acuerdos*[360], las *decisiones*

[359] Quedan fuera las conductas unilaterales que produzcan efectos anticompetitivos, sin perjuicio de que estas conductas, cuando sean realizadas por una empresa en posición de dominio, merezcan ser consideradas una explotación abusiva prohibida en el artículo 102 TFUE. Cfr. WAELBROECK, Michael y FRIGNANI, Aldo, ob.cit, 161.

[360] Con el caso de los productos farmacéuticos *Sandoz,* (STJCE de 11 de enero de 1990, C-277/87), el Tribunal cerró la controversia existente en la doctrina sobre lo que debía entenderse por acuerdo. En este caso el productor, con la finalidad de impedir las importaciones paralelas, incluyó en las facturas de sus bienes la indicación de que éstos no podían exportarse, y el distribuidor, que hasta ese momento había vendido el producto a todo aquel que lo requiriere independientemente de la finalidad del comprador y de su lugar de destino, siguió tales indicaciones del productor y dejó de vender el producto a personas que pretendían revenderlo a otro país. En este caso no hubo comunicación de manera expresa con el productor acerca de la aceptación de la indicación en las referidas facturas, pero el Tribunal consideró que se trataba de un acuerdo anticompetitivo. Inicialmente, un sector lo asimiló a la categoría técnica de los *contratos* –acuerdos jurídicos vinculantes que obligan a su cumplimiento- y otros, sin embargo, entendían que tal obligatoriedad jurídica no era imprescindible, de manera que cabía incluir a los llamados "pactos de caballeros" *(gentlemen´s agreement)*, aquel convenio no escrito e incluso no verbal que son tan vinculantes entre las partes como un contrato firmado, son compromisos de honor (Cfr. VILLEGAS CAYÓN, Jaime, ob. cit., p. 30). En este sentido es que resolvió el Tribunal al establecer que "para constituir un acuerdo dentro del significado del artículo 85 del tratado (actual artículo 101 TFUE) es suficiente que una actuación sea la expresión de la intención de las partes, sin ser necesario que se constituya un contrato válido y obligatorio bajo derecho nacional". En el mismo sentido, STJCE de 17 de diciembre de 1991, asunto DSM, T-8/89. Esta interpretación es importante

colectivas[361] o cualquier otro tipo de *práctica concertada*[362] que distorsione la

porque permite incluir todo acuerdo anticompetitivo, incluso no obligatorio jurídicamente (cuando se trata de un cártel secreto cuyas partes conocen perfectamente la ilegalidad de su comportamiento, es evidente que no pretenden que sus acuerdos colusorios tengan fuerza contractual), por el sólo hecho de existir, sin que sea necesario probar que se ha ejecutado. Si un compromiso desprovisto de esa fuerza jurídica vinculante no constituyera un acuerdo, sólo podría ser sancionado en tanto que práctica concertada, que si bien es una conducta tipificada en el mismo artículo, requiere para su sanción la presentación de una prueba que demuestre que ha comenzado a ejecutarse, extremo que es a menudo difícil y costoso de establecer. Este acuerdo restrictivo debe tener una oferta y una aceptación por la otra parte, que no tiene porque ser expresa sino que basta que pueda ser deducida de forma concluyente de la realización unilateral de un acto o de la cesación u omisión unilateral de una conducta por parte del destinatario de la oferta, sobre todo cuando tal acción u omisión suponga la puesta en práctica del acuerdo propuesto (Cfr. ZURIMENDI ISLA, Aitor, *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Thomson civitas, Pamplona, 2006, p. 30). Por otra parte, tampoco es importante la caracterización o forma de expresión del consentimiento, puesto que son susceptibles de ser evaluados cualquiera sea la denominación utilizada por las partes para calificarlo, sea ya una compraventa, distribución comercial, fusión, etc. Tal como lo estableció el Tribunal, entre otras, en el caso *Distillers*, STJCE de 20 de diciembre de 1977 y *Kónica* STJCE de 18 de diciembre de 1987. Asimismo, es indiferente de quien haya partido la idea de celebrarlo, es decir, que su contenido sea resultado de una negociación o por el contrario, aplicación de condiciones generales puesto que lo decisivo es su objeto o efecto anticompetitivo, que suelen enmarcarse por los interesados bajo otros objetivos formales. Lo ha dejado claramente establecido hace mucho tiempo el Tribunal de Justicia en la sentencia de 28 de marzo de 1984, asunto *Compagnie Royale Asturienne des Mines.* "En orden a determinar si el acuerdo es restrictivo de la competencia, no es necesario averiguar cual de los contratantes tomó la iniciativa de insertar la cláusula o incluso, de verificar si ambos tienen la común intención. La cuestión es examinar si en el contexto económico en el que el convenio es aplicado, obstaculiza el desenvolvimiento del mercado" (traducción propia).

361 Se configura tal asociación con la expresión de cualquier voluntad de varias empresas agrupadas en el seno de una estructura común, tendente a obtener que los miembros de ésta adopten un comportamiento determinado sin perder su independencia económica (Cfr. WAELBROECK, Michael y FRIGNANI, Aldo, ob. cit., p. 174). Al hilo de esta idea, el Tribunal en su sentencia de 19 de febrero de 2002, asunto *Wouters* entendió que se incluyen las asociaciones de empresas formadas por profesionales liberales. No obstante, quedan fuera aquellas que, aunque formalmente sean independientes, constituyen desde el punto de vista económico, una única empresa. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia en el asunto *Frubo,* STJCE de 15 de mayo de 1975, estableció que las meras recomendaciones desprovistas de efectos obligatorios pero que ejercen una influencia sensible sobre la competencia, son también atentatorias al Tratado. No es necesario que la asociación tenga personalidad jurídica, y puede tratarse tanto de una corporación de Derecho público o privado. Tampoco es relevante si es una asociación con ánimo de lucro o no, basta que la actividad de la asociación o de las empresas que forman parte de ella tiendan a producir los efectos prohibidos por el artículo 81 del TCE. En cuanto a la imputabilidad, la Comisión considera que, en una asociación de empresas, todas las participantes son responsables de las infracciones cometidas, salvo que uno de ellas, a título particular, se haya opuesto expresamente a esa medida anticompetitiva (Cfr. Decisión de 30 de noviembre de 1994, asunto *Cemento*, num. 44.1. DOCE L- 343).

362 Funciona como una cláusula de cierre inspirada en el sistema norteamericano (*concerted practices*) que engloba todos aquellos acuerdos que son difícilmente encuadrables en los supuestos previos. Así, se establece que un acuerdo se convierte en una práctica

libre competencia[363].

Un tema interesante, de cara a la libertad de competencia es la práctica que se viene desarrollando en los últimos tiempos que no se encuentra

concertada cuando no reposa en un contrato generador de obligaciones, ya sea porque está fundada en un acuerdo tácito o porque, aun existiendo un convenio en la base del acuerdo, es imposible que los adherentes o terceros aporten una prueba conforme al Derecho de obligaciones*.* Dicho más concretamente, la práctica concertada es la puesta en marcha de un acuerdo o de una decisión contemplada en el artículo 101.1 TFUE. La jurisprudencia norteamericana, en la histórica sentencia de *American Tobacco* de 1946, enfrentó la problemática de estas prácticas en las que no se podía hablar de acuerdo, aunque la existencia de indicios apuntaban a cierta connivencia entre las empresas competidoras, lo que formuló el término de conductas conscientemente paralelas (*conscius parallelism*) plenamente equiparables en sus efectos a los acuerdos colusorios y por ello de aplicación de la *Sherman Act* (Cfr. POSNER, Richard, ob. cit., pp. 52 y ss.). Por su parte, en el Derecho comunitario, el Tribunal, ha señalado que las prácticas concertadas son "una forma de coordinación entre empresas, que sin haber llegado a la realización de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas, así se manifestó en la STJCE de 14 de julio de 1972, asunto *Francolor SA française des matières colorantes,* C-54/69, al considerar que existió acuerdo en la fijación de precios de colorantes -tintes basados en anilina-, porque en los años 1964, 1965 y 1967 en distintos países con distintos tipos de mercado (Alemania, Italia, Suiza y Francia), se produjo un incremento reiterado del 15% sobre el precio del producto sin que el mercado exigiera el aumento, el mismo que se hizo paralelamente en periodos muy cortos de tiempo e incluso, en algunos casos, el mismo día. Señala el Tribunal que es "una suposición irreal el sostener que en diversas ocasiones, los suministradores del mercado interno aumenten los precios de manera idéntica, prácticamente en el mismo momento salvo que exista una concertación". Sin duda, la aplicación del Derecho de la competencia en este ámbito es complicado, puesto que puede darse el caso de conductas paralelas pero inocentes pues en los mercados oligopolísticos no es raro que las empresas vigilen las estrategias de sus competidores, rechazando deliberadamente políticas agresivas para evitar consecuencias de competencia extrema. Son comportamientos que tienen en cuenta la conducta de los rivales como parte de su estrategia comercial (Cfr. VELASCO SAN PEDRO*,* Luis, *"Acuerdos*…", cit., p. 68).

363 Por otro lado, con la finalidad de evitar la normativa *antitrust*, muchas veces las resoluciones empresariales adoptan la forma de recomendaciones, bajo la excusa de su no prohibición por la falta de obligatoriedad. Una recomendación es una invitación a realizar una conducta que en apariencia es legal, pero encubre una finalidad anticompetitiva. Sin embargo, si bien no están expresamente consideradas dentro del artículo 101 TFUE en los supuestos de acuerdos o decisiones colectivas, sí pueden considerarse como una modalidad de prácticas concertadas si los receptores de la misma ejecutan la conducta sugerida. Se trataría de un indicio suficiente para concluir que existe connivencia entre los participantes y configurar los elementos definidores del artículo en cuestión. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea suele equiparar las recomendaciones con las decisiones de las asociaciones. No obstante, resulta criticable porque no sólo dan recomendaciones los entes colectivos sino que, en muchas ocasiones, en el ámbito de los acuerdos verticales, los productores o mayoristas recomiendan a los minoristas ciertas pautas de comportamiento en la distribución del bien o el servicio, por ejemplo en lo relativo al precio. En estos casos, ya no estaríamos en recomendaciones de asociaciones a sus miembros, sino en recomendaciones de personas físicas o jurídicas a título individual y tiene que ser reconducida entonces como una práctica concertada En este sentido, Cfr. ZURIMENDI ISLA, Aitor, *Las restricciones*…, cit., p. 42.

expresamente prohibida por la norma comunitaria (ni nacional) radica en los sistemas de recopilación de datos de empresas competidoras para la elaboración y publicación de estadísticas (datos sobre producción, ventas, precios, etc.). Son varias las sentencias del Tribunal europeo y resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia español que se han ocupado del tema. Así, la Resolución que emitió el Tribunal español el 30 de marzo de 2004, en el caso de la *Asociación de cerveceros de España*, referente al intercambio de datos con fines estadísticos, sobre la fabricación y comercialización de cerveza. El resultado fue la no autorización de recopilación de datos por considerarse que la información vertida era muy amplia y periódica y al tratarse de un mercado oligopolístico, atentaba directamente contra la competencia en el mercado. A solución distinta se llegó en el asunto *Anuario Videográfico*, de 1 de marzo de 2002. El Tribunal español concedió la autorización para recoger datos destinados a una publicación anual de acceso generalizado, en un mercado de oferta mucho menos concentrado y con un producto continuamente cambiante, no homogéneo y cuya aceptación por el mercado no depende de la lealtad de los consumidores a una marca determinada. El mercado responde de manera distinta ante productos diferentes. Cabe preguntarse, entonces, en qué casos el intercambio de información es reñido con la competencia y, en qué circunstancias puede ser beneficioso para la estructura del mercado, puesto que, tal como afirman algún entendido en la materia, cuantos más datos se tenga de los competidores, mayor será la eficiencia de ese mercado[364].

Los intercambios de información funcionan sobre la base de sistemas de recopilación de datos. Las empresas acuerdan proporcionar información propia de forma periódica, a través de cuestionarios en los que se consignan extremos decididos previamente, con la finalidad de ser tratada estadísticamente. De estos datos surgirán publicaciones, informes y estudios del mercado, conductas de los consumidores y usuarios, en general, el reflejo de la oferta y la demanda en determinado sector. Lo primero que habría que reconocer es que todo intercambio de información tiene como consecuencia una mayor transparencia en el mercado. Este incremento de transparencia tiene efectos positivos a nivel de competencia si es que el mercado es verdaderamente competitivo, porque el flujo de información facilitará la planificación y desarrollo de propias estrategias competitivas y no tendría que

364 Cfr. POSNER, Richard, ob. cit., p. 160.

eliminar la incertidumbre en cuanto al futuro comportamiento de los competidores[365]. Pese a ello, es evidente que la revelación de ciertos datos y el conocimiento recíproco por parte de entes competidores de determinadas circunstancias no esta desprovisto de efectos reprobables desde el Derecho de la competencia. De hecho, el conocimiento de determinada información estratégica (planes de inversión, políticas de precios, etc.) puede inducir a las empresas a coordinar sus conductas.

Según se extrae de las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, es necesario analizar en cada caso la estructura del mercado en cuestión y las características de la información a compartir, puesto que, esta práctica (tratamiento estadístico de datos históricos recopilada a través de un fedatario público) no está prohibida por el artículo 1 LDC ni el artículo 101 TFUE. Este sistema no se entiende como restrictivo en sí mismo, por ello resulta fundamental conocer el grado de concentración del sector[366]. Si esta compuesto por un número reducido de empresas (oligopolio), el intercambio de información puede conducir fácilmente a la alineación de conductas. Así lo manifestó el Tribunal, sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 28 de mayo de 1998 asunto *John Deere,* al establecer como principal motivo de la denegación de la autorización que el incrementar la transparencia en un mercado muy concentrado tiene efectos nocivos en el desarrollo de la competencia[367].

---

365 Los efectos positivos de la transparencia han generado la aparición de nuevos tipos de mercados, como los denominados *business to business* (b2b), basados precisamente en el acceso inmediato por vía electrónica a los datos sobre precios y otras condiciones de la contratación de las empresas que conforman la oferta ofrecen a las empresas que demandan el mismo. Cfr. GONZÁLES FERNÁNDEZ, María Belén, "El intercambio de información entre empresas y la libre competencia", en *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 364.

366 En las *Directrices sobre la Evaluación de concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el Control de las concentraciones de empresas* (DOCE C-31 de 5 de febrero de 2004), se señala que la Comisión aplica para conocer el grado de concentración global del mercado, el índice *Herfindahl-Hirschman* (HH), que se calcula sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de cada una de las empresas presentes en el mismo. Se presume que un mercado con un IHH inferior a 100 no es un mercado concentrado, a partir de allí a niveles superiores, indica un mayor grado de concentración.

367 La Comisión y el Tribunal consideraron que se infringía el apartado 1 del artículo 85 TCEE (actual 101 TFUE) en la medida en que se da lugar a un intercambio de información que permite a cada constructor conocer las ventas de los distintos competidores y las importaciones y las ventas de los concesionarios. Adicionalmente, esta forma de recopilación de información (en el caso concreto) pretendía obstaculizar las importaciones paralelas. Cabe recordar que el artículo 101 TFUE y el artículo 1 LDC no se limitan a los efectos actuales que

El resultado se agrava si se añade, al grado de concentración, el índice elevado de especialización de las empresas por zonas geográficas y las características del producto sobre el que se comparte información. Si se trata de un producto homogéneo y poco cambiante, el riesgo claramente es aun mayor (demanda poco dinámica) dado que el criterio determinante de la elección del consumidor no los incita a competir. Por tanto, podría decirse que, por el hecho de ser susceptible de ocasionar conductas colusorias, ciertos sistemas de intercambio de información deberían estar prohibidos.

Someramente y sólo de manera indicativa, pueden extraerse de las sentencias del Tribunal comunitario y del Tribunal de competencia español ciertos criterios que sirven de base para que estos sistemas de información cumplan realmente su objetivo y no se conviertan en un mecanismo apropiado para burlar las normas de competencia. Puede decirse que lo óptimo es que la información proporcionada por las empresas sea poco específica y poco detallada. Lo suficiente para permitir la elaboración de estudios y estadísticas generales, con indicación de volúmenes medios de comercialización referidos a productos genéricos (no específicos descendiendo a marcas, por ejemplo). Luego, la información debe ser histórica, esto es, que cuanto menos reciente sea, menos perjudicial será el efecto. Tal como señaló el Tribunal de la Competencia en el asunto de los cerveceros españoles, el suministro de información mensual puede originar un riesgo porque, dada su frecuencia catalogan como actuales. La información que se preste debe ser conocida por las otras empresas de una forma agregada, esto es, sin que pueda identificarse la conducta individual de cualquiera de las participantes o su cuota de mercado, así mismo, no debe quedar reservada exclusivamente para las empresas participantes en el sistema, sino que de ella deben beneficiarse otras empresas del sector, incluso los consumidores o cualquier organismo interesado.

Estos criterios serán sopesados por la autoridad competente. Debe quedar claro que quizás la información facilitada no lesione actualmente la competencia al no establecer una coordinación de conductas pero, por el poder de mercado de ciertas empresas debe examinarse el peligro potencial que generaría el exceso de información. En cualquier caso, no debe perderse de

limitan la competencia sino que se extienden a los efectos potenciales que pueden tener ciertas conductas dentro del mercado.

vista que los datos a intercambiar deben tener como finalidad el servir para un tratamiento objetivo de estadísticas, por ende, no debe incluir recomendaciones que puedan distorsionar el mercado, ni generar estimaciones sobre el comportamiento futuro[368].

2. La idoneidad anticompetitiva que requieren los pactos prohibidos por el artículo 101 del Tratado de la Comunidad Europea

Los acuerdos y demás formas de concertación se prohíben por ser idóneos *para* restringir la competencia. Se establece que tales conductas quedan proscritas cuando puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Queda claro que para caer en la prohibición no es necesario que efectivamente se haya producido una afectación real de la competencia sino que es suficiente que exista un peligro potencial por ser el objeto o el efecto de determinadas conductas, esto al margen de la intención de las partes. Así lo ha establecido el Tribunal comunitario en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 28 de marzo de 1984, *Compagnie Royale Asturienne des Mines,* al establecer que aunque las partes no pretendieran limitar la competencia lo hacían al institucionalizar en el contrato la ayuda mutua entre proveedores de zinc en distintos países (a través de sistemas de abastecimiento mutuo), causando así un efecto pernicioso en el mercado interno comunitario en lo relativo a precios e importaciones paralelas[369]. Será también una restricción de la competencia si en el acuerdo, decisión o práctica concertada no se alteran las condiciones ya

[368] En este sentido se manifestó el TDC en su Resolución de 25 de junio de 2004 en el caso de Productos Lácteos (INLAC) en el que se denegó la solicitud de autorización para la elaboración de un índice de precios que se pretendía realizar como recomendación de evolución equilibrada objetiva del mercado para periodos posteriores, por el riesgo que conllevaba a convertirse en un medio regulador de precios en el mercado, limitando claramente la libre competencia al sustituir la iniciativa y estrategia empresarial por recomendaciones colectivas.

[369] Específicamente en el punto 33 que "el contrato constituye una restricción a la competencia en virtud de su objeto y efectos porque priva a las partes de independencia en su actuar, de adaptarse individualmente a las circunstancias y de la posibilidad de obtener beneficios con el incremento de ventas directas por la disminución de producción de las otras empresas. Mas aún, el suministro pactado entre las partes es de larga duración y renovación automática por un número indeterminado de años, de manera que se institucionaliza la ayuda mutua en lugar de la competencia, previniendo cualquier posibilidad de cambio de sus posiciones en el mercado".

existentes pero se incrementan las barreras de entrada al mercado de los hipotéticos nuevos competidores interesados en incorporarse al sistema como suele ocurrir con cierta frecuencia en los contratos de distribución[370].

En general, las formas de burlar el desarrollo de la libre competencia son inimaginables. El Tribunal menciona en el artículo 101 algunas de las conductas en particular como la fijación de precios, la limitación de la producción, distribución o desarrollo tecnológico, el reparto del mercado o las fuentes de aprovisionamiento, la aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y los contratos vinculados. Es claro que estos aspectos no constituyen una lista cerrada sino que la experiencia ha demostrado que son estos aspectos los que se ven más frecuentemente atacados por los acuerdos, decisiones o prácticas empresariales.

Por otro lado, el artículo 101.1 TFUE contiene un elemento constitutivo no escrito que es el de la perceptibilidad. Indica que aunque el artículo 101.1 TFUE se limite a decir qué queda incluido en él, todo acuerdo o práctica que perjudique la competencia, exige que dicha alteración sea significativa, excluyendo lo que comenzó a llamarse "acuerdos de menor importancia" *(de minimis*) y posteriormente, siguiendo la jurisprudencia norteamericana, las "restricciones accesorias" (*ancillary restraints*). De esta forma, el elemento de la perceptibilidad se plasma en dejar al margen de la prohibición las limitaciones puramente teóricas (aquellas que no son reales ni potenciales), como aquellas que desde el punto de vista económico, son insignificantes para la competencia y los intercambios intracomunitarios[371].

a. Las restricciones poco significativas (regla de minimis*)*

A la prohibición expresa de afectar el comercio entre los Estados miembros, la jurisprudencia del Tribunal comunitario ha añadido un segundo parámetro, la necesidad de un efecto sensible sobre el comercio del supuesto de que se trate. Es decir, para aplicar las prohibiciones, los efectos contrarios a la competencia de los comportamientos objetados han de ser apreciables. Así, en el Derecho español la normativa del Derecho de Defensa de la competencia, Ley 15/2007 de 4 de julio, regula expresamente las conductas de "menor

370 Cfr. POSNER, Richard, ob. cit., p.52.

371 Cfr. VVAA, *Aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE…*, cit., p. 42

importancia" en el artículo 5, declarando que no se aplicarán las prohibiciones del artículo 1 al 3 (básicamente se refiere a lo establecido en los artículos 101 y 102 TFUE), a aquellas conductas que por su escasa importancia sean incapaces de afectar de manera significativa la competencia[372].

La Comisión en todas sus Comunicaciones utiliza como criterio para determinar los acuerdos que originan restricciones poco significativas las cuotas de mercado de las empresas implicadas estableciendo criterios cuantitativos para definir lo que no constituye una restricción sensible de la competencia a efectos del artículo 101.1 TFUE[373]. En efecto, la Comisión ha establecido las modalidades de cálculo de las cuotas de mercado y los criterios para determinar cuáles son las empresas vinculadas con el fin de calcular la participación en el mercado[374]. Al margen de los limites cuantitativos, siempre quedan fuera las llamadas restricciones especialmente graves (*hard core restraints*) como la fijación de precios, reparto de mercados, limitación de la producción, etc. ya que se considera que generan efectos apreciables y significativos aunque los participes sean empresas de escaso poder en el

372 El 28 de febrero de 2008 entró en vigor el Reglamento de Defensa de la Competencia, Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero, en el que se desarrollan en el Capítulo I del Título I, las conductas de menor importancia, atendiendo a la cuota de la empresa en el mercado (artículo 1), así como aquellas conductas que, sin importar su cuota, siempre están excluidas del concepto de menor importancia (artículo 2). Cabe resaltar que el artículo 3 establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en los dos artículos previos, el Consejo Nacional de Competencia podrá inaplicarlos si del análisis económico y jurídico, resulta que no son aptas para afectar de manera significativa la competencia.

373 Se establece que no se aplica la prohibición del artículo 101 TFUE cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10% en el mercado afectado. Si se trata de no competidores, la cuota no deberá exceder el 15% del mercado de referencia. En caso de duda sobre la categoría de las partes (competidores o no), se aplica el umbral del 10%. Además, se introduce una norma relativa a la apreciabilidad de los acuerdos para el supuesto de que se dé un efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares. En este caso, la cuota no debe exceder el 5%, tanto en los acuerdos entre competidores como no competidores. No se aplicará la regla *de minimis* cuando los acuerdos entre competidores contengan restricciones que, de manera directa o indirecta, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las partes, tengan por objeto la fijación de precios de venta de los productos a terceros, la limitación de la producción o las ventas, y el reparto de mercados o clientes.

374 Aunque el Tribunal ha aplicado el requisito de la apreciabilidad de las restricciones tanto en relación con el artículo 101 y artículo 102 TFUE, la Comisión adoptó en el 2001 una Comunicación que se refería exclusivamente a los acuerdos del artículo 81 (actual artículo 101 TCE). Cfr. *Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia*, de 22 de diciembre de 2001, p. 13.

mercado. Se establece entonces una especie de presunción *iuris tantum*[375] porque admite prueba en contrario si en algún caso pese a que se superen los baremos el acuerdo no afecta de forma sensible a la competencia. Mismamente, puede que no se supere el umbral establecido y sí se de esa afectación[376], tal como lo puso de manifiesto el Tribunal en la Sentencia *European Night Services*[377].

La regla de *minimis* cumple con una interpretación teleológica del artículo 101 TFUE, puesto que, si la finalidad de la norma es reprimir conductas que restrinjan la competencia porque dañan el buen funcionamiento del mercado, si las conductas objetadas no tienen efectos significativos, entonces el mercado no notará los daños ni perjuicio alguno, decayendo así la causa de la prohibición. Sumado a esto, es bastante obvio añadir que detrás existen importantes razones económicas. Los costes de la inclusión de los acuerdos en la prohibición serían mayores que el daño que se podría evitar persiguiendo tal acuerdo o práctica, es decir, por su poca trascendencia, su análisis y persecución no resulta rentable para el sistema. Es por ello (términos puramente económicos), que los acuerdos entre PYMES rara vez están incluidos en el artículo 101.1 TFUE, pues, difícilmente pueden producir efectos sensibles a la competencia al no tener, en la generalidad de los casos, una cuota significativa o poder de mercado[378].

---

375 Especie de presunción y no presunción a secas porque como se sabe, las Comunicaciones no son normas jurídicas.

376 Cfr. *Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis*), DOCE de 22 de diciembre de 2001, especialmente los puntos 7 y 8 para límites cuantitativos y el punto 11 para las cláusulas especialmente graves. Para calcular las cuotas del mercado, punto 9.

377 "Por lo que respecta a la cuantificación de su incidencia en el mercado, la Comisión ha alegado que a un acuerdo se le aplica el apartado 1 del artículo 85 (actual artículo 101) cuando la cuota de mercado de las partes contratantes es del 5 %. Sin embargo, este Tribunal observa que la mera posibilidad de alcanzar o incluso superar dicho límite no permite concluir con certeza que la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado es aplicable al acuerdo. En efecto, según el tenor literal del punto 3 de la Comunicación (sobre acuerdos de *minimis*), la definición de orden cuantitativo dada por la Comisión al carácter sensible no tiene sin embargo un valor absoluto y es perfectamente posible que, en casos particulares, acuerdos firmados por empresas que rebasen estos umbrales sólo afecten al comercio entre Estados miembros o a la competencia en una medida insignificante y, por tanto, no les afecten las disposiciones del apartado 1 del artículo 85". Asunto C-1998/94 European Night Services/ Comisión.

378 Cfr. PINTOS AGER, Jesús, ob. cit., p. 4.

b. Las restricciones accesorias (ancillary restraints)

La doctrina de las *ancillary restraints* o restricciones accesorias es de origen norteamericano y ha llegado al Derecho europeo a través de la jurisprudencia del Tribunal Comunitario. Implica la exclusión del artículo 101.1 TFUE a determinadas restricciones que pueden ser económicamente necesarias para la operación principal (sin ellas ésta no se hubiese celebrado) o bien ser jurídicamente inherentes a una operación protegida por el Derecho, de forma que siempre van unidas a la misma[379].

La Comisión se ha pronunciado al respecto y ha establecido que esta exclusión de la aplicación del apartado 1 del artículo 101 únicamente puede efectuarse en función de factores objetivos y externos a los propios interesados, y no según sus puntos de vista y características subjetivas[380]. La cuestión no es si las partes en su particular situación no habrían aceptado celebrar un acuerdo menos restrictivo, sino si, dada la naturaleza del acuerdo y las características del mercado, unas empresas que estuviesen en situación similar no habrían concluido un acuerdo igualmente idóneo pero menos restrictivo. Por ejemplo, las exclusivas territoriales entre un proveedor y un distribuidor pueden quedar durante un determinado periodo fuera del ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE cuando sean objetivamente necesarias para que el distribuidor penetre en un nuevo mercado[381]. Del mismo modo, la imposición a todos los distribuidores de la prohibición de vender a determinadas categorías de usuarios finales puede no ser restrictiva de la competencia si es objetivamente necesaria por motivos de seguridad o sanidad o debido a naturaleza peligrosa del producto en cuestión.

Debe insistirse en que se esta exigiendo para la exclusión de la aplicación del artículo 101.1 TFUE que el efecto sea causa de una restricción económica o jurídicamente imprescindible para la realización del fin perseguido por las partes, sin que sea suficiente el argumento de que puede ayudar o servir para

379 Cfr. ZURIMENDI ISLA, Aitor, *Las restricciones*…, cit., p. 124.

380 Cfr. *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado,* DOCE de 27 de abril de 2004. Ver especialmente el punto 18.2.

381 *Vid.* Apartado 119.10 de las *Directrices sobre Restricciones verticales* según la cual no es aplicable a las restricciones sobre las ventas pasivas, que constituyen restricciones especialmente graves, dispuesto en el artículo 81.1 TCE por un periodo de dos años en caso de que la restricción vaya asociada a la apertura de nuevos mercados geográficos o de productos.

tal objetivo. Es decir, no basta que sea útil sino que sea necesario. Esta posición no es del todo pacífica. En Norteamérica, la Escuela de Chicago (máximo representante del Análisis Económico del Derecho) ha flexibilizado la aceptación de los efectos anticompetitivos aceptando cualquier pacto que sea útil para la consecución de la finalidad perseguida por las partes en el contrato. Tal construcción se ha tratado de importar en el Derecho comunitario afirmando que si un contrato tiene causa o finalidad lícita y por tanto es protegido por el sistema jurídico, entonces todos los efectos restrictivos de la competencia incluidos en él son lícitos, porque lo contrario supondría quebrar el principio de libertad contractual. Así por ejemplo los contratos de distribución comercial en general, como la concesión o franquicia, estarían amparados jurídicamente y las externalidades negativas serían también lícitas al ser útiles para lograr una más eficiente distribución del producto, aunque no sean imprescindibles[382].

Sin algunos matices, es imposible suscribir esta posición. Es obvio que no cualquier cláusula insertada en un contrato con causa lícita será también válida *per se,* sin que la ilicitud de la misma atente al principio de libertad contractual. Al no existir una normativa civil comunitaria, me referiré a la legislación interna española. El artículo 1255 CC recoge claramente cuales son los límites de la autonomía de la voluntad, siendo el primero y más importante de ellos la ley o el derecho imperativo, de forma que las cláusulas que lo contravengan, serán nulas aunque el resto del contrato siga siendo válido[383]. Así, si en un contrato de seguro se infringe en una cláusula un precepto imperativo de la Ley del contrato de seguro, ésta será nula aunque el resto del contrato siga siendo válido por tener causa lícita, suprimiéndose la aplicación del pacto o cláusula concreta. Lo mismo debe entenderse en el ámbito del Derecho de la competencia de aplicación imperativa por lo que aunque el contrato de concesión, franquicia, etc. tenga finalidad lícita si en él se incluye una innecesaria cláusula que restrinja la competencia ésta será nula e inaplicable, por más que el resto del contrato sea válido y eficaz. Distinto es que la finalidad o razón última que ha llevado a las partes a celebrar el contrato de distribución

382 En este sentido como representante de la Escuela de Chicago: POSNER, Richard, ob. cit., pp. 171 y ss. En Derecho europeo es de ésta posición ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, ob. cit., pp. 10 y ss.

383 DÍEZ-PICAZO, Luis, "Comentario al artículo 1255", en *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 431.

no sea sólo la colocación del producto en el mercado sino el ánimo de excluir a los competidores del mismo, en cuyo caso, la causa concreta del contrato es ilícita y por ende, todo el contrato, y no sólo las cláusulas restrictivas en sentido estricto, las nulas[384].

Entre las *ancillary restraints* de mayor importancia están las que tienen que ver con la cesión de derechos de propiedad industrial, intelectual y de conocimientos técnicos secretos (*know-how*), de uso frecuente en los acuerdos de transferencia de tecnología, contratos de franquicia, contratos de distribución, entre otros. En ellos son comunes los pactos de exclusiva y los pactos de no competencia que a primera vista parecen chocar con el Derecho de la competencia, sin embargo la relación entre éstos, bajo ciertas características, que se verán posteriormente, encuentran un camino a través de esta figura, baste adelantar ahora, como idea inicial, que se entiende que tales pactos son una restricción accesoria o inherente a la competencia siempre que sean imprescindibles para salvaguardar y realizar el derecho del que se trate. Dicho de otro modo, incurren en la prohibición del artículo 101.1 TFUE si las prerrogativas de los mismos exceden el objeto específico o necesario para el ejercicio de tal derecho[385].

3. El alcance de la prohibición

La competencia que garantiza el artículo 101 TFUE alcanza todos los niveles económicos. Esto quiere decir que la protección comprende tanto las relaciones en el interior de una empresa, que es el caso de la competencia entre distribuidores de productos o servicios del mismo fabricante o de la misma marca *(intrabrand*) y las relaciones que se desarrollan entre empresas distintas dentro del mercado, esto es, productores o comercializadores de productos diferentes en el que la competencia es entre marcas (*interbrand*). Es

384 Para ALFARO, sólo en estos casos deben de calificarse de ilícitas las restricciones a la competencia, cuando el objeto sea ilícito y no cuando los efectos sean anticompetitivos (cfr. ob. cit., pp. 10 y ss).

385 Cfr. ZURIMENDI ISLA, Aitor, *Las restricciones…,* cit., p. 127 y ss. La doctrina del *ancillary restraints* es también aplicable en el Derecho español y se encuentra recogida en el artículo 4 LDC que establece que "las prohibiciones no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una Ley". Únicamente se reconocen aquellas restricciones que provengan de la aplicación de una Ley, sin embargo aunque no se diga expresamente -pero por las mismas razones que se acepta en otros ordenamientos, como el comunitario o estadounidense- las *ancillary restraints* deben admitirse porque las jurídicamente imprescindibles en realidad derivan de un elemento natural, un elemento inherente a ciertos contratos.

importante no confundir la distinción entre competencia *intrabrand* e *interbrand* con la distinción entre competencias e integraciones verticales y horizontales. En términos generales, puede decirse que son restricciones horizontales de la competencia aquellas que los efectos de los acuerdos se hacen notar en un nivel de la cadena de producción en que los partícipes son competidores reales o potenciales, en cambio, serán verticales si los efectos tienen o pueden tener consecuencias anti-competitivas en los distintos niveles de la cadena de producción donde los partícipes no compiten[386].

Pueden producirse restricciones verticales *intrabrand* e *interbrand* y restricciones horizontales *intrabrand* e *interbrand.* Así lo reconoció hace mucho el Tribunal en el caso del contrato de distribución con pacto de exclusiva firmado entre Grundig y Consten (sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 13 de julio de 1966) en el que el primero se obligó a vender sus electrodomésticos en Francia sólo a Consten, y éste a no vender otros productos que no pertenecieran a la firma alemana, ni realizar ventas fuera del territorio asignado en exclusiva. La Comisión consideró que el contrato de distribución incluía una cláusula de exclusiva territorial absoluta y por tanto indefectiblemente bajo la prohibición del artículo 101.1 TFUE. Lo importante del caso, en lo que ahora nos ocupa, es que el gobierno alemán alegó que la decisión era errónea porque la competencia relevante para el Tratado es la que existe entre fabricantes de electrodomésticos (competencia entre marcas, sea horizontal o vertical) y no intermarca. No obstante, el Tribunal confirmó aclarando que también los acuerdos verticales dentro de una misma marca (*interbrand*) quedan incluidos en el artículo 101.1 TFUE y que el hecho que se reforzase la competencia entre marcas gracias a estos acuerdos no hacía desaparecer la reducción de la competencia intramarca que el acuerdo vertical provocaba.

Por otro lado, una consideración importante a tener en cuenta es que la disposición normativa distingue entre objeto y efectos del acuerdo que restringen la competencia, sea ya dentro de una misma marca o entre marcas. El primer caso relevante de la jurisprudencia europea que diferencia entre objeto y efecto anticompetitivo se plasmó en la sentencia del Tribunal de

386 Las restricciones verticales sólo son anticompetitivas si involucran a partes con un poder de mercado que sea significativo, pues el daño a la competencia decrece con el aumento del número de competidores. Cfr. MOTTA, Massimo, *Competition policy. Theory and practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 377.

Justicia de la Comunidad Europea de 30 de junio de 1966, *STM/Maschinenbau*. Se trató de decidir sobre el carácter anticompetitivo de un contrato de suministro exclusivo por el cual STM disfrutaba de los derechos exclusivos de vender en Francia la maquinaria fabricada por Maschinenbau, una empresa alemana. A STM se le permitía contractualmente vender fuera de Francia y no se obstaculizaban las importaciones paralelas. El Tribunal señaló que la naturaleza jurídica del contrato no era decisiva para determinar si caía dentro del artículo 85.1 TCCE (actualmente artículo 101.1 TFUE) ya que si se hubiese demostrado que el acuerdo tenía por objeto restringir la competencia, no se hacía necesario realizar un análisis de sus efectos concretos.

a. La interpretación formalista

La interpretación formalista o tradicional en la aplicación de la política de competencia por parte de la Comisión se apoyaba únicamente en el análisis del contenido de los acuerdos sin examinar las consecuencias económicas en el mercado. Probablemente la principal causa de rigidez de la Comisión residía en la pluralidad de fines perseguidos por las autoridades de competencia comunitarias. Sin embargo, existen otros factores que también contribuyeron a ese resultado como son la antigua estructura de prohibición-autorización del artículo 81 TCE (actual artículo 101 TFUE) o la ausencia de un *background* en análisis económico por parte de las autoridades. De acuerdo a sus parámetros iniciales, la Comisión entendía que bastaba probar la existencia de cualquier limitación de la libertad de actuación de las empresas, para entender que se había producido un atentado contra la competencia[387]. Claro está que no todos los acuerdos se consideraban ilegales, pero la decisión sobre su compatibilidad con el comercio comunitario debía realizarse en sede del artículo *ex* 81.3, actual 101.3 TFUE. En la práctica, esta estricta aplicación significaba que casi todos los acuerdos entre empresas rivales se podían considerar como restrictivos y por tanto nulos de pleno derecho, salvo que recibieran una autorización expresa de

[387] En este sentido la doctrina afirmó que la Comisión estaba adherida a una definición muy estricta de competencia, en cuya virtud se sostiene que cualquier acuerdo por el que las empresas restringen su libertad y posibilidades de competir constituye una restricción de la competencia en el sentido del artículo 81 TCE, cuando lo correcto sería entender que si un acuerdo restringe o no la competencia sólo se puede determinar después de analizar los hechos de cada caso a la luz de una investigación económica. La aplicación de la Comisión ha estado dominada por el análisis textual de las cláusulas escritas, en lugar del análisis económico de la realidad de los mercados. Cfr. GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando, ob. cit., pp. 602 y ss.

la Comisión. Así, por ejemplo, en las alegaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia en el caso de *Consten* y *Grundig*, la Comisión sostenía que el criterio determinante para el enjuiciamiento *antitrust* de las conductas debía ser si el acuerdo interfiere con la libertad de actuación de alguna de las partes contratantes y si como resultado del mismo resulta perjudicada la posición en el mercado de terceras empresas. El mismo escenario se presenta en el caso *Coditel,* de 6 de octubre de 1982, relativo a un acuerdo de licencia exclusiva de derechos de autor. La Comisión argumentó que "estas restricciones son típicas de la libertad de actuación económica que generalmente están dentro del ámbito de prohibición del artículo 81.1 TCE" (actual 101.1 TFUE).

El resultado concreto de la aplicación rígida del artículo 101 TFUE obligó a someter a trámite de autorización singular a un elevado número de acuerdos empresariales que se consideraban *a priori* restrictivos de la competencia, a pesar de que sus efectos sobre el mercado eran en términos generales, positivos y normalmente no encontraban dificultades para obtener una exención luego de presentar una explicación detallada. Ello obligó a la Comisión a tramitar una gran cantidad de solicitudes de autorización a pesar que en la práctica carecía de recursos suficientes para atender a todas las demandas, quedando muchas de ellas sin ser contestadas durante años[388].

Para poner remedio a estos inconvenientes, y en la nueva línea de prioridades en los objetivos en el Derecho de la competencia comunitario, la Comisión ha adoptado un enfoque económico de los acuerdos en los que se analizan los efectos sobre el mercado antes que las restricciones a las conductas de las partes. Esta actual postura tiene origen en la moderna jurisprudencia de los tribunales comunitarios y norteamericanos en cuya virtud se entendía, sin ningún tipo de duda, que el análisis económico debía constituir el método por excelencia del artículo 101.1 TFUE. Con este criterio, el Tribunal rechazó en su sentencia de 28 de febrero de 1991, en el asunto *Delimitis* (contra lo que pretendía la Comisión), que la existencia de una obligación de compra exclusiva bastase para concluir automáticamente que se había infringido el actual artículo 101.1 TFUE. En efecto, señaló que era necesario examinar las condiciones en las que se alcanzó el acuerdo para poder determinar si éste podía o no perjudicar el acceso al mercado de nuevas empresas. El Tribunal de Primera instancia confirmó esta tesis al revocar una

388 Cfr. GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando, ob. cit., p. 621.

decisión de la Comisión en el asunto de los ferrocarriles *European Night Services*, por no haber valorado correctamente las circunstancias económicas y legales que rodeaban el acuerdo. La sentencia sostiene que tal valoración exige examinar el marco concreto en el que los pactos producen sus efectos y si los mismos aportan mayores efectos positivos que negativos al sistema de competencia

b. El análisis económico

La política de competencia europea ha sufrido un cambio respecto al análisis y aprobación de los acuerdos entre competidores. Esta reforma radica en la adopción del método económico para examinar los convenios entre empresas, dejando de lado el acercamiento excesivamente formalista que tuvo la Comisión hasta hace poco años[389]. Este modelo económico se ha plasmado en pautas comunes de examen de todos los acuerdos entre competidores en las que prima el estudio de los efectos sobre el mercado antes que el análisis de las cláusulas de los contratos, o las disposiciones de los acuerdos sobre la libertad de actuación de las partes involucradas. Estos principios se han trasladado a los nuevos reglamentos de exención y directrices adoptadas por la Comisión basados, sin lugar a dudas, en el efecto económico y no en la forma de los acuerdos[390].

---

389 En recientes publicaciones, tras la Decisión de la Comisión de 13 de mayo de 2009, asunto *Intel*, se ha puesto de manifiesto que las autoridades *antitrust* en la Unión Europea se la han tomado contra las grandes empresas del sector de las muevas tecnologías. Se afirma que la Comisión se adscribe a una cierta línea jurisprudencial comunitaria que adopta en esta materia, un enfoque formalista que puede calificarse de *per se*. Así, sobre la premisa de que no es necesario demostrar la existencia de efectos de cierre de mercado para calificar de abusiva la conducta de una empresa en posición dominate, se está llevando a cabo una aplicación del artículo 102 TFUE que no corresponde a un criterio económico basado en los efectos. En este sentido, *vid.* THE ECONOMIST, *Will the computer industry ever scape its antitrust problems?,* www.economist.com, consultado el 13 de mayo de 2009; DÍEZ ESTELLA, Fernando, "¿Qué queda del Nuevo enfoque de la prohibición del abuso de posición dominante en la UE? Comentario a la Decisión Intel, de 13 de mayo de 2009", *RDCD*, La Ley grupo Wolters Kluwer núm. 7, año 2010, pp. 286 y ss.

390 En materia de acuerdos verticales, se ha aprobado el nuevo Reglamento de 330/2010 de Mayo que reemplaza el Reglamento de exención por categorías (Reglamento CE 2790/1999 de 29 de diciembre). Además se cuenta con las directrices sobre distribución (Directrices 2000/C 291/01 de 13 de octubre). En el caso de las restricciones horizontales, se han revisado los reglamentos de exención aplicables a los acuerdos de investigación y desarrollo (Reglamento CE 2658/2000 de 5 de diciembre) y de especialización (Reglamento 2659/2000 de 5 de diciembre). Estos reglamentos se complementan con unas directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal (Directrices 2001/C 3/02 de 6 de enero). Sobre los nuevos criterios de aplicación del apartado 3 del artículo 101 la Comisión ha publicado unas

Para valorar si un pacto entre competidores vulnera el artículo 101.1 TFUE, es necesario tener en cuenta junto a la naturaleza del convenio el poder relativo de las empresas y el grado de concentración del mercado. Con todo, ello no implica que se deje de lado el análisis del propio contenido del acuerdo cerciorándose que el objeto no sea *per se* anticompetitivo. Cuando el poder de las entidades colaboradoras es reducido, es poco probable que su conducta pueda afectar negativamente a las condiciones de competencia de los productos y servicios, por lo que se entiende que su conducta no es susceptible de vulnerar la prohibición de prácticas concertadas. El recurso del poder de mercado pretende sustituir la prueba de los efectos negativos de una práctica empresarial por el análisis de la cuota en el mercado de los participantes, de tal forma que si se demuestra que aquéllas carecen de una situación de preeminencia, cabe presumir que no ha existido un perjuicio a la competencia ya que las empresas más fuertes ofrecerán a sus clientes un trato mejor. Esta idea viene plasmada en los nuevos reglamentos de exención mediante la asignación de unas cuotas de mercado mínimas que permiten excluir la aplicación del artículo 101 TFUE, lo que se conoce como la doctrina *de minimis*[391].

En el mismo sentido, el artículo 101.3 TFUE establece que aquellos acuerdos que contribuyan a mejorar la eficiencia, pero contengan acuerdos restrictivos indispensables para lograr su finalidad, estarán exentos, siempre y cuando permitan una participación equitativa a los consumidores en sus beneficios y no eliminen la competencia en el mercado. Esta evaluación del acuerdo debe hacerse en el contexto real y en clave económica, en términos de eficiencia y que no puedan lograrse por medios menos restrictivos[392].

Directrices 2004/C 1001/08 de 27 de abril.

[391] La Comisión estima que son aceptables los acuerdos de I+D entre empresas con una cuota inferior al 25% (artículo 4 del Reglamento 2659/2000), para los convenios de especialización, la cuota máxima se fija en 20% (artículo 4 del Reglamento 2658/2000), para las restricciones verticales se ha establecido, con ciertos matices y detalles, un umbral mínimo de 30% (artículo 3.1 del Reglamento 330/2010). Los acuerdos de transferencia de tecnología se sitúan también en un 30% bajo determinadas circunstancias (artículo 3 del Reglamento 772/2004).

[392] Así lo establece el párrafo 43 de las Directrices sobre la aplicación del artículo 81.3 TCE "las eficiencias generadas por el acuerdo restrictivo en un mercado de referencia deben ser suficientes para compensar los efectos anticompetitivos producidos por el acuerdo en el mismo mercado de referencia". El artículo 101.3 no excluye a priori ningún tipo de acuerdo de su ámbito de actuación, sin embargo es poco probable que las restricciones particularmente graves, como la fijación de precios entre competidores, puedan beneficiarse

c. Prácticas colusorias que tienen por objeto restringir la competencia

El término "objeto" en esta materia, debe ser interpretado en el sentido de "objetivo", "móvil", "fin" y no como "contenido". No se puede utilizar por ejemplo, la referencia del artículo 1271 CC español, ni la definición de objeto como "la unidad pasiva de referencia, la realidad sobre la cual el negocio incide"[393] porque se enmarca en el ámbito de los bienes y servicios lícitos sobre los que puede recaer el contrato. Un par de apreciaciones. Como se ha establecido previamente, en el Derecho de la competencia podemos encontrarnos con acuerdos anticompetitivos plasmados en un contrato o no, pues bastan los pactos de caballeros, las recomendaciones, los intercambios de información, entre otros. Si bien podemos encontrarnos con contratos anticompetitivos, éstos no engloban toda la amplia gama de pactos colusorios por ello no podemos recurrir directa ni únicamente a la aplicación de la teoría del objeto del contrato al Derecho de la competencia. Por otro lado, aunque nos centráramos en los contratos, hacer referencia al objeto, de acuerdo al Código civil español, se estaría haciendo referencia a los bienes lícitos susceptibles de ser comerciados, y la cuestión concreta del Derecho de la competencia que nos ocupa no se refiere a ello porque los bienes y servicios son en sí mismos lícitos, comercializables.

La Comisión ha dado un alcance sobre la concepción de esta figura y señala que son aquellas prácticas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia sin que sea necesario descender a evaluar los efectos que tienen en el mercado. Es una restricción prohibida que se evalúa sobre la base de distintos factores, en particular, a la finalidad que objetivamente persigue siendo preciso estudiar el contexto, los hechos que subyacen al acuerdo, las conductas de las partes en el mercado y las circunstancias específicas en que se aplica antes de llegar a una conclusión. El modo en que un acuerdo se aplica en la práctica puede poner de manifiesto una restricción por el objeto aun cuando el acuerdo no contemple expresamente disposiciones para tal fin. En general, la Comisión considera restricciones por el objeto aquellas que se prohíben en los Reglamentos de exención por categorías o se enumeran como especialmente graves en las directrices y comunicaciones.

luego de un análisis expreso porque en general, no crean ventajas económicas y desde ninguna perspectiva benefician a los consumidores.

393 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamento…* cit., p. 201.

En los acuerdos horizontales, entre las restricciones por el objeto, estarían la fijación de precios, la limitación de la producción y el reparto de mercados y clientes. En el caso de los acuerdos verticales, la imposición de precios de reventa mínimos o fijos y las restricciones de protección territorial absoluta[394].

d. Prácticas colusorias que tienen por efecto restringir la competencia

Cuando un acuerdo pasa el filtro de la restricción por el objeto, debe examinarse si tiene efectos anticompetitivos que vulneren el sistema del libre juego en el mercado, sean ya efectos reales o potenciales que incidan sobre los precios, la producción, la innovación, variedad o calidad de los bienes y servicios a ofertar con un grado razonable de probabilidad[395]. En este caso, no hay presunciones de afectación, sino que debe dañar la competencia en una medida tal que pueda preverse que tendrá consecuencias o externalidades negativas que sean significativas en el mercado.

Es necesario reconocer que determinados negocios que generan externalidades negativas para el mercado son fruto de un acuerdo con causa legítima, es decir, se generan restricciones a la competencia pero como consecuencia de un pacto válido. Incluso se puede afirmar que determinados pactos son necesarios para cumplir con los fines del acuerdo. Por ejemplo, se vende una empresa y se cede el *know-how* asociado a la producción. Si el vendedor quiere reservarse el uso exclusivo de dicho *know-how* para desarrollar actividades afines a esa factoría, la forma mas eficaz será incluir una prohibición de no competencia sobre el comprador. Así, las restricciones a la competencia que sirven a fines contractuales y en el marco de transacciones

394 Cfr. *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*, DOCE de 27 de abril de 2004, especialmente puntos 21, 22 y 23. Por otro lado, aunque el tema exceda el objeto de investigación, merece la pena dejar sentado que sobre el tema de la imposición de precios para la reventa (IPR) de los bienes existen nuevas doctrinas que reclaman una revisión a las consideraciones que hasta hoy mantiene el Tribunal europeo y que sin embargo en Estados Unidos ya está operando un cambio al señalar que en algunos casos opera como medio para conseguir la eficiencia económica y evitar, entre otros supuestos, los parasitismos del *free rider.* Para un acercamiento al tema, ver MONTANGIE, Yves, "La imposición de precio de reventa: ¿Hacia un replanteamiento?", en *Boletín Latinoamericano de competencia, Unión Europea*, Página oficial de la Unión Europea, www.europa.eu

395 Los efectos son probables cuando las partes, por separado o conjuntamente, poseen u obtienen un cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder o permite a las partes hacer uso del mismo. Cfr. *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*, DOCE de 27 de abril de 2004, puntos 24 a 27.

legítimas no pueden considerarse genéricamente prohibidas. Sin embargo, no todas las restricciones son igualmente necesarias para satisfacer los fines del acuerdo. Por ejemplo, entre las restricciones que exceden lo imprescindible y que por tanto sí quedan incluidos en el artículo 101.1 TFUE son las cláusulas referentes a protecciones territoriales absolutas (exclusivas absolutas), que son especialmente nocivas para el Derecho comunitario porque pueden generar obstáculos al logro del mercado único y pretende la eliminación de todo tipo de competencia de terceros. Del mismo modo lo son las cláusulas de prohibición de importaciones paralelas o de prohibición de reventa a cesionarios de otros territorios, limitaciones posibles todas ellas a través de cláusulas de exclusividad. No obstante, se consideran limitaciones inherentes y por tanto excluidas del 101.1 TFUE las restricciones territoriales necesarias para la introducción de nuevas tecnologías en el mercado con las exclusivas a favor del cesionario y a no competir con éste en el territorio.

Por lo general, para determinar si un acuerdo produce efectos contrarios a la competencia es preciso definir en primer lugar cuál es el mercado de relevancia. A estos efectos, suele ser necesario examinar y evaluar también los siguientes factores: la naturaleza de los productos, la posición de mercado de las partes, la posición de mercado de los competidores, existencia de competencia potencial y el nivel de barreras de entrada.

e. Restricciones por el objeto y por los efectos desde la perspectiva económica

El enfoque de las conductas en términos económicos le da un nuevo significado a la tradicional distinción entre restricciones por el objeto y restricciones por efecto del artículo 101 TFUE. La jurisprudencia comunitaria sostenía que la expresión objeto o efecto contenida en el referido artículo debía interpretarse como una disyuntiva que permitía incluir en el precepto tanto los acuerdos que por sí mismos eran anticompetitivos, como aquellos que pudieran no serlo, pero que del análisis de sus efectos cabía concluir con cierta certeza que resultarían contrarios al libre mercado[396]. El giro al análisis económico por las

[396] Así, en la sentencia *Costen/Grundig declara* que a los efectos de aplicar el artículo 85 (actual 101), no es necesario tomar en consideración los efectos particulares de un acuerdo cuando resulte que tiene por objeto impedir, restringir o falsear el libre juego de la competencia. Sin embargo, cuando el análisis de las cláusulas no revela que el efecto sobre la competencia sea suficientemente perjudicial, deben entonces considerarse las consecuencias del acuerdo y para que éste pueda estar incluido en la prohibición, es preciso concluir que las circunstancias demuestran que la competencia ha sido de hecho impedida o restringida de

autoridades competentes dota esta clasificación de un nuevo contenido, pues, mientras previamente la inclusión en una u otra categoría no entrañaba sustanciales diferencias en el método de análisis a emplear (en ambos casos siempre basándose en el contenido del acuerdo en si mismo considerado), ahora la inclusión en una u otra categoría depende de la posibilidad de condenarla sin más (restricción por el objeto) o la necesidad de realizar un análisis concreto de los participantes en el mercado (restricción por el efecto). Este nuevo enfoque del Tribunal queda claramente plasmado en el párrafo 136 de la sentencia *European Night Services* de 7 de noviembre de 1998 al afirmar que la valoración de un acuerdo con arreglo al apartado 1 del artículo 81 del Tratado (actual 101.1 TFUE) debe tener en cuenta el marco concreto en el que produce sus efectos y, en particular, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas, la naturaleza de los servicios contemplados en dicho acuerdo y la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado afectado, a menos que se trate de un acuerdo que suponga restricciones evidentes de la competencia como fijación de precios, reparto de mercados o control de la demanda. En este último caso, tales restricciones pueden compararse con los efectos supuestamente favorables a la competencia únicamente en el marco del apartado 3 del artículo 101 del Tratado, con vistas a la concesión de una exención de la prohibición contenida en el apartado 1 del mismo artículo[397].

manera apreciable.

[397] Para un sector doctrinal el nuevo análisis en clave económica hace que entre el sistema norteamericano (*per se rule* y *rule of reason*) y el sistema comunitario (restricciones por el objeto y por los efectos, bajo la nueva visión económica) existan cada vez menos diferencias. Aluden a una posible *americanización* de las normas *antitrust* comunitarias en, por ejemplo, la transición de un sistema de autorización previa a uno de excepción legal, en la descentralización administrativa y en las semejantes pautas de análisis. Un sector contrario argumenta que si bien es cierto que las normas *antirust* comunitarias y norteamericanas son muy similares, no se necesita afirmar que exista una regla de la razón o interpretación teleológica porque la prohibición del artículo 101 viene ya matizada en el artículo 101.3 TCE que es lo que asegura que si un acuerdo tiene más efectos procompetitivos, la prohibición se inaplica. Aún más, afirman que el sistema norteamericano es inseguro al contener una cláusula general abierta, a diferencia del comunitario que cuenta con criterios claramente definidos aunque no cerrados completamente. Sobre la americanización del Derecho europeo de la competencia, *Vid*. por todos GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando, ob. cit., pp. 597 y ss. Por la posición contraria, *Vid*. ZURIMENDI ISLA, Aitor, ob. cit., pp. 42 y ss.

E. La conducta prohibida por el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

El Tratado prevé que además de determinados acuerdos entre las partes con el fin de eliminar la competencia, se puede lograr este objetivo a través de comportamientos monopolísticos de las empresas[398]. En concreto, el artículo 102 TFUE prohíbe los comportamientos unilaterales de una o de varias empresas que consistan en la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de éste, en la medida que tales prácticas afecten el comercio entre los Estados miembros. Por lo general, el comportamiento unilateral de empresas de menor tamaño escapa a la norma, salvo que incida de forma sensible sobre terceras empresas o se produzca en mercados muy limitados, donde a pesar de su magnitud, ostente una posición de fuerza[399].

Sobre este artículo cabe hacer dos precisiones iniciales. En primer lugar, se refiere a las empresas que ostenten una posición de dominio, aunque en ninguna parte del Tratado se desarrolla qué debe entenderse por tal concepto. En segundo lugar, es importante resaltar que no reprime la posición dominante en el mercado sino el abuso que puede afectar el comercio en el mercado interior comunitario.

1. Posición dominante

Se entiende por posición dominante la situación de poder económico que disfruta una empresa y que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de actuar en buena medida con independencia de sus competidores, de sus clientes y, en última instancia, de los consumidores[400]. Se configura, por tanto, cuando una

[398] De los documentos oficiales resulta que la composición del artículo 86 TCE (actual artículo 102) suscitó menos problemas que la redacción del artículo 85 TCE (Actual artículo 101). Probablemente ello se deba a que, en el momento en que se redactó el Tratado, no existían normas similares en los ordenamientos jurídicos de los seis Estados fundadores. Sólo en Alemania se debatía la necesidad de introducir en la Ley de Defensa de la Competencia una norma contra los comportamientos unilaterales de las empresas. Cfr. FEDERICO PACE, Lorenzo, ob. cit., p. 141.

[399] Cfr. VVAA, *Apuntes de Derecho de la competencia comunitario y español,* Dykinson, Madrid, 2002, p. 101.

[400] Esta es la definición alcanzada por el Tribunal de Justicia CE en el caso *United Brands* de 14 de febrero de 1976, asunto c- 27/76. Es fruto de la fusión de las concepciones

empresa es capaz de influir con su comportamiento en la estructura o nivel de competencia en un mercado determinado. Llegar a este punto implica que la empresa en cuestión tiene la posibilidad de desarrollar su propia estrategia de forma tan independiente que no necesita tener en cuenta otras unidades económicas en el ámbito en el que se desarrolla. Tal posición puede ser ocupada por una o más empresas (posición dominante colectiva). Si se trata de una pluralidad han de actuar en ese mercado específico como una unidad económica. Además, no es necesario que se haya desarrollado ya un comportamiento independiente, basta con que la empresa dominante tenga esa posibilidad, es decir, que la situación del mercado sea tal que le otorgue la capacidad de comportarse sin tener en cuenta a los demás agentes del mercado.

Estas nociones creadas tanto por la Comisión como por el Tribunal no dejan de ser sólo una aproximación general para determinar si hay o no posición de dominio pues, una cosa es señalar que la hay cuando una empresa puede adoptar una estrategia considerablemente independiente en el mercado y otra distinta es decidir en cada caso cuándo esa posibilidad es suficientemente importante para determinar la existencia de una posición de dominio[401]. Como la competencia es imperfecta, lo normal es que las empresas tengan un cierto grado de poder de mercado que les otorga capacidad de decidir sus propias estrategias[402]. Así, para que exista posición de dominio, el

esbozadas por la Comisión en el asunto *Continental Can* (Decisión de 9 de diciembre de 1971) que incidía en el carácter independiente del comportamiento del operador dominante y la STJCE de 18 de febrero de 1971, asunto *Sirena*, centrado en el aspecto de la obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva. Así mismo vuelve a reiterarse en la STJCE de 9 de septiembre de 2010 asunto *Tomra systems,* sobre abuso de posición dominate con acuerdos de exclusividad en el mercado de aparatos de recogida de envases de bebidas usados.

401 La definición a la que ha arribado el Tribunal y la Comisión no ofrece un tipo jurídico completo de la posición de dominio, sin embargo, ello no quiere decir que sea incompleta pues en esta materia tan dinámica para que la norma sea eficaz debe ser flexible.

402 Es importante tener en cuenta que la posesión de una cuota de mercado no siempre se corresponde con una posición de dominio. Ambos son conceptos distintos y no coincidentes. La cuota de mercado se calcula sobre la base del valor de mercado de las ventas de bienes y servicios vendidos por el proveedor que el comprador considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, precio y destino previsto. El señalamiento de las cuotas de mercado se debe a una cuestión de economía procesal y simplificación probatoria pues ahorra la demostración de todos los aspectos relacionados con la estructura y comportamiento del mercado necesarios para la demostrar la existencia de un dominio efectivo. Cfr. ECHEBARRÍA SÁNCHEZ, Aitor, "Acuerdos verticales", en *Derecho de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas,* VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 130.

poder de la empresa debe ser sustancial, permanente y persistente[403].

Es importante reconocer cuáles pueden ser las causas que originan un poder en el mercado para valorar la importancia del comportamiento. Entre otras posibles causas, los principales motivos de posiciones de dominio son consecuencia de las barreras de entrada al mercado, que no son sino los obstáculos que sitúan a las nuevas empresas que desean entrar en una industria en una desventaja competitiva importante con relación a las ya existentes en ese mercado y pueden agruparse en tres grupos: las fundadas en las condiciones de costos[404], las barreras legales[405] y las barreras creadas por las propias empresas[406].

Todas las barreras de entrada se tendrán en consideración a la hora de

---

403 Cfr. PELLISÉ CAPELL, Jaumé, *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC,* Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 96.

404 Las barreras de costos son consecuencia de la interacción entre la cantidad de la demanda (tamaño del mercado) y las economías de escala. Ocurre que las grandes empresas pueden producir un mayor número de bienes a precios más bajos, por lo que las pequeñas no pueden sobrevivir y se acaba en una situación de oligopolio (si quedan varias empresas) o de monopolio natural, si las economías de escala hacen que la forma más eficiente de organizar la producción sea una única empresa. Por otro lado, puede darse el supuesto de los "costes absolutos", que se dan cuando la diferencia entre los costos medios de las empresas ya establecidas y los que tendrían las nuevas empresas que quisieran establecerse son tan importantes que disuaden a estos últimos de entrar en el mercado. Cfr. POSNER, Richard, ob. cit., p. 20.

405 Las barreras legales se dan cuando los poderes públicos intervienen para limitar la competencia en una industria, fundamentalmente, a través de derechos de la propiedad industrial e intelectual, especialmente patentes y derechos de autor. Normalmente estos derechos no constituyen posiciones de dominio en el mercado, pero si ayudan a crearlas. Así, en la Sentencia de 14 de noviembre de 1996, asunto *Tetra Pack*, el tribunal tuvo en cuenta la existencia de barreras tecnológicas y numerosas patentes que dificultaban la entrada de los competidores, y contribuían a reforzar la posición dominante de dicha empresa. Lo mismo ocurre con los Derechos de autor, entre los que se incluyen los derechos sobre el software que pueden llegar a definir posiciones de dominio, baste recordar los problemas de *Microsoft.* Cfr. PELLISÉ CAPELL, Jaumé, *Mercado relevante…,* cit., p. 104.

406 Las empresas ya establecidas en el mercado tienden a protegerse mediante ciertas acciones orientadas a salvaguardar su poder de mercado frente a otros competidores potenciales o presentes, a ello se denomina, barreras creadas por las empresas. Entre las múltiples y variadas conductas, cabe destacar la fijación de precios que desaniman la entrada. Consiste en crear una situación que amenaza al nuevo interesado con tener pérdidas a pesar que las empresas ya presentes reporten beneficios, por ejemplo, cuando se fija un precio igual al coste o incluso inferior, para volverlos a aumentar más adelante, cuando las nuevas empresas se retracten. En este sentido, es mítico el caso mencionado ya, de las tres tabacaleras en Estados Unidos que reducían sus precios para cerrar la entrada en el mercado, logrando expulsar a todos los nuevos intervinientes para luego aumentar el valor y recuperar las pérdidas. Cfr. POSNER, Richard, ob. cit., p. 23.

evaluar una posición de dominio, pues, aunque muchas de ellas no hayan sido creadas por las empresas, sino por el propio mercado o por el Estado, contribuyen a constituir posiciones dominantes[407]. Sin embargo, que una barrera a la entrada sea considerada un factor constitutivo de poder en el mercado no supone, en principio, un reproche a la empresa, pues el Tratado no prohíbe la posición de dominio en sí mismo sino el abuso. Por otra parte, la identificación de esta posición requiere previamente haber definido el mercado de referencia correspondiente ya que con éste se proporciona el marco para examinar si la empresa ocupa tal posición de dominio, y si su comportamiento puede ser abusivo en los términos del artículo 102 TFUE.

2. El mercado relevante

Cuando el artículo 102 TFUE hace referencia a una explotación abusiva en el mercado común señala un espacio determinado sobre el que se proyecta la empresa y al que se llama, usando un término acuñado en el ámbito americano, mercado relevante (*relevant market*)[408]. Esta delimitación aparece como un paso previo necesario para la valoración y determinación de toda posición de dominio. No es extraño que las empresas encausadas bajo el artículo 102 TFUE aleguen con frecuencia ante el Tribunal de Justicia que la Comisión ha exagerado sobre su poder partiendo de una delimitación demasiado estrecha del mercado relevante[409].

Los criterios empleados por las autoridades comunitarias y nacionales para definir el mercado de referencia en los procedimientos de aplicación de las normas de competencia son básicamente los mismos. A este respecto, resulta especialmente importante la Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 1997[410] en la que se establece que para su definición se han de identificar las fuentes alternativas reales de suministro a las que pueden recurrir los clientes de las empresas involucradas, tanto en lo que se refiere a

---

407 Cfr. WAELBROECK y FRIGNANI, ob. cit., p. 314.

408 Cfr. POSNER, Richard, ob. cit., p. 11.

409 Argumento esgrimido en la citada sentencia *European Night Services.* Un caso más reciente es la Resolución del 16 de marzo de 2001 del Tribunal de Defensa de la Competencia español en el asunto *Cementerio La Paz*, especialmente el fundamento tercero, donde se ilustra la importancia de las divergencias en la delimitación del mercado relevante.

410 Cfr. *Comunicación de la Comisión relativa a la Definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria de competencia*, DOCE C- 372 de 1997.

productos o servicios, como a la situación geográfica de los proveedores, siendo especialmente trascendente el papel que juegan los suministros y ventas exclusivas. Tres son las fuentes principales de presiones competitivas a las que se enfrentan las empresas: sustituibilidad de la demanda[411], sustituibilidad de la oferta[412] y la competencia potencial[413]. La definición de mercado de relevancia, entonces, se efectúa en dos pasos. Primero se deberá determinar cuáles son los productos o servicios englobados en un mismo mercado y después, su dimensión geográfica, que comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan sus actividades de suministro de los productos o la prestación de sus servicios[414].

---

411 La sustituibilidad de la demanda constituye la principal y más inmediata fuerza disciplinadota del comportamiento de una empresa, esto quiere decir que el interés radica en descubrir si los potenciales clientes pueden adquirir fácilmente productos sustitutivos o recurrir a suministradores situados en otro lugar. En resumen, el análisis consiste en determinar si la serie de productos ofrecidos el consumidor los considera intercambiables (demanda elástica). La Comunicación de la Comisión ofrece como ejemplo práctico el sector de los embotelladores de refrescos. En tal caso, habría que decidir si refrescos de diferentes sabores pertenecen al mismo mercado. En la práctica, habría que determinar si los consumidores del sabor A se pasarían a otros sabores para hacer frente al incremento pequeño y permanente del precio del sabor A. Si un número suficiente de consumidores estaría dispuesto a pasarse, por ejemplo, al sabor B, en tal medida que el incremento de precios del sabor A no fuese rentable debido a la reducción resultante de sus ventas, el mercado englobaría como mínimo los sabores A y B. Cfr. *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado…*cit., p. 5.

412 La sustituibilidad de la oferta consiste en la posibilidad de que una empresa que no vende un producto determinado pueda comenzar a fabricarlo y negociarlo a corto plazo sin tener que realizar inversiones significativas para adaptar sus instalaciones productivas. Estas situaciones se producen generalmente cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto. El sector del papel es un ejemplo que presenta la Comisión. Éste puede suministrarse en una gama de calidades diferentes, desde el papel de escribir corriente al papel de alta calidad. Desde el punto de vista de la demanda, las diferentes calidades no pueden dejar de utilizarse para una necesidad específica (un libro de arte, por ejemplo, necesita un papel de alta calidad). Las fábricas de papel pueden producir distintas calidades y la producción puede ajustarse a un coste insignificante a corto plazo. Las diversas calidades se incluyen en el mismo mercado de referencia. Cfr. *Idem*, p. 22.

413 La competencia potencial no se tiene en cuenta para definir los mercados, sin embargo se tendrá presente para determinar el poder del mercado, y especialmente al examinar las condiciones de acceso en él. En todo caso constituye una fuente de presión competitiva.

414 Constituye una zona en que las condiciones objetivas de competencia del producto de que se trate son similares para todos los operadores económicos. Esto no implica que las condiciones de competencia deban ser exactamente iguales sino que bastará que las eventuales diferencias no sean susceptibles de obstaculizar el acceso a determinadas partes de ese mercado a las empresas que operan en distintos sectores del mismo. El análisis se basa, una vez más, en la sustitución que resulta de una variación de los precios relativos, debiendo responderse a la pregunta de si los clientes de las empresas implicadas transferirán sus

3. El ejercicio abusivo de la posición dominante

El artículo 102 TFUE, párrafo primero, prohíbe con carácter general a las empresas el ejercicio abusivo de una posición dominante y enumera una serie de comportamientos que lo constituyen. Pueden consistir en imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas, limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; y subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Estos comportamientos son meramente ejemplificativos[415]. La idea de fondo de la norma es que, tales comportamientos encierran actos de explotación del poder dominante por parte de la empresa para obtener mayores beneficios en perjuicio de sus propios clientes o de sus proveedores. Así, desde la perspectiva del Derecho de la competencia puede hablarse de una conducta abusiva de explotación vertical, por ejemplo, vincular la exclusividad territorial a la compra de insumos asociados al producto principal materia del contrato. Posteriormente, la jurisprudencia ha sostenido que el artículo 102 TFUE también es aplicable a las prácticas que se dirigen a excluir del mercado o a marginar a una empresa competidora reduciendo el nivel de competencia existente, lo que se denomina exclusión abusiva horizontal. Un tercer comportamiento se refiere a los abusos discriminatorios, es decir, aquellas conductas de las empresas en posición dominante que consisten en ofrecer contraprestaciones distintas a cambio de prestaciones similares de diferentes empresas[416].

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 9 de

---

pedidos a empresas localizadas en otro lugar y a un coste insignificante. A la hora de delimitar el mercado geográfico de referencia, las autoridades de competencia tendrán en cuenta diversos factores, tales como los precios, la estructura de la oferta, los productos, las preferencias del consumidor, los flujos comerciales, entre otros. *Vid.* VVAA, *Apuntes de Derecho…,* cit., pp. 45 y ss.

415 La Comisión al organizar las diferentes prohibiciones de esta norma en su documento de trabajo clasifica los abusos en tres categorías: la explotación abusiva, la exclusión abusiva y los abusos discriminatorios. Cfr. *Documento de trabajo de la Comisión sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado a la exclusión abusiva,* Diciembre de 2005.

416 Cfr. FEDERICO PACE, Lorenzo, ob. cit., p. 155.

septiembre de 2010, asunto *Tomra*, pone de manifiesto lo trascendente que son los acuerdos de exclusividad como estrategia de exclusión de los competidores del mercado. Tomra Systems es la sociedad matriz del grupo Tomra con filiales de distribución en Alemania, Países Bajos, Austria, Suecia y Noruega (en lo sucesivo, las demandantes). El grupo Tomra produce aparatos automáticos de recuperación de envases de bebidas (reverse vending machines; en lo sucesivo, RVM), que son aparatos de recogida de envases de bebidas usados que identifican el envase recogido en función de ciertos parámetros como la forma y/o el código de barras, y calculan el importe del depósito que debe devolverse al cliente. También presta servicios relacionados con las RVM en todo el mundo. En 2005 el grupo Tomra tenía un volumen de negocios cercano a 300 millones de euros y empleaba a 1.900 personas. El 26 de marzo de 2001, la Comisión de las Comunidades Europeas recibió una denuncia de Prokent AG, una sociedad alemana que también operaba en el sector de la recogida de envases de bebidas así como de los productos y servicios conexos. Prokent solicitó que la Comisión determinara si las demandantes habían cometido un abuso de posición dominante que impidió a esa empresa acceder al mercado.

La Comisión resolvió que las demandantes habían infringido los artículos 82 CE y 54 del Acuerdo EEE, señaló que concibieron una estrategia que tenía un objeto y un efecto anticompetitivo al intentar preservar su posición dominante y sus cuotas de mercado a través de medios consistentes, en particular, en impedir la entrada de nuevos operadores en el mercado, limitando sus posibilidades de crecimiento, y en debilitarles o eliminarles, sea mediante su adquisición, sea por otros medios. Se puntualiza que esa estrategia se puso en práctica con la firma de 49 acuerdos, entre 1988 y 2002, entre las demandantes y diversas cadenas de supermercados, que adoptaban la forma de acuerdos de exclusividad, de acuerdos que imponían un objetivo cuantitativo individualizado y de acuerdos que establecían sistemas de descuentos retroactivos individualizados. Las cláusulas de exclusividad obligaban a los clientes a proveerse del suministrador dominante para satisfacer la totalidad o una parte importante de sus necesidades, teniendo por su propia naturaleza un efecto de exclusión. En el presente caso, dado que las demandantes ocupaban una posición dominante en el mercado y que esas cláusulas de exclusividad se aplicaron a una parte de la demanda total que puede calificarse como sustancial, la Comisión dedujo de ello que esos acuerdos de exclusividad celebrados por las demandantes podían tener y efectivamente tuvieron un efecto de exclusión que distorsionó el mercado. Consideró que se trataba de una infracción grave y fijó un importe de base de la multa de 16 millones de

euros.

La Sentencia del Tribunal General aplica al caso Tomra la jurisprudencia sobre el otorgamiento de descuentos retroactivos para las contrataciones en exclusiva por parte de una empresa dominante como abuso excluyente[417]. Las afirmaciones más interesantes de la Sentencia son las siguientes:

Lo relevante es el efecto de vinculación en exclusiva con el proveedor dominante, no el medio utilizado; "Debe recordarse que, para una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado, el hecho de vincular a los compradores, aunque sea a instancia de éstos, mediante una obligación o promesa de abastecerse, en lo que respecta a la totalidad o a gran parte de sus necesidades, exclusivamente en dicha empresa, constituye una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 82 CE, tanto si la obligación de que se trata ha sido estipulada sin más, como si es la contrapartida de la concesión de descuentos. Lo mismo puede decirse cuando dicha empresa, sin vincular a los compradores mediante una obligación formal, aplica, ya sea en virtud de acuerdos celebrados con esos compradores, ya sea unilateralmente, un sistema de descuentos por fidelidad, es decir de bonificaciones sujetas a la condición de que el cliente se abastezca en lo que respecta a la totalidad o a una parte importante de sus necesidades exclusivamente en la empresa que está en posición dominante (sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, antes citada, apartado 89)" (punto 208).

El dominante tiene que explicar el sentido eficientista de su conducta si pretende que una práctica que ha sido considerada como abusiva por exclusión no lo es en el caso; "Por último, se ha de señalar, como ha hecho la Comisión, que las demandantes han tenido plena posibilidad de exponer una justificación económica de sus prácticas objetiva y respetuosa de la competencia. Habrían podido explicar las ganancias en eficiencia que esperaban obtener de los acuerdos de exclusividad, de los compromisos cuantitativos y de los sistemas

[417] El dominante ofrece unos precios determinados a sus clientes y les promete una rebaja de dichos precios si sus pedidos superan un determinado umbral (que se fija de forma que cubra todas o casi todas las necesidades del cliente). Para fidelizar al cliente, esto es, para que cubra todas sus necesidades con el dominante, éste le ofrece un descuento en el precio si supera dicho umbral – con lo que el cliente tiene incentivos para concentrar sus pedidos en dicho proveedor – y, además, le promete aplicar el descuento extra a todos sus pedidos, y no solo a los que realice una vez alcanzado el umbral lo que exacerba los incentivos del cliente para contratar en exclusiva con el dominante en perjuicio de los proveedores competidores de éste (descuento retroactivo).

de descuentos individualizados que practicaban. No obstante, las demandantes no han alegado ante el Tribunal que su comportamiento haya generado la menor ganancia de eficiencia discernible, que estuviera justificado por otra causa o que haya llevado a una baja de los precios o a otra ventaja para los consumidores" (punto 224).

Basta con que se cierre una parte significativa del mercado a los competidores; "En efecto, el cierre a la competencia de una parte sustancial del mercado por parte de una empresa no puede justificarse demostrando que la parte del mercado que puede conseguirse es aún suficiente para permitir un número limitado de competidores. En efecto, por una parte los clientes que están en la parte del mercado cerrada a la competencia deberían tener la posibilidad de beneficiarse de cuanta competencia sea posible en el mercado, y los competidores deberían poder competir entre sí en función de los méritos por el conjunto del mercado y no sólo por una parte de éste. Por otra parte, la función de la empresa dominante no es determinar a cuántos competidores viables permite competir con ella por la parte de la demanda que aún puede conseguirse" (punto 241).

F. El uso de la cláusula de exclusiva a la luz de los artículos 101 y 102 TFUE

El Tratado de la Comunidad Europea prohíbe las prácticas que tengan por objeto o efecto impedir, falsear o eliminar la competencia en todo o en parte dentro del mercado comunitario, consecuentemente las sanciona con la nulidad (artículo 101 TFUE). Del mismo modo, proscribe el ejercicio abusivo de una o varias empresas que exploten su posición de dominio en la totalidad o en parte del mercado de manera injustificadamente lesiva para la economía nacional o comunitaria, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores (artículo 102 TFUE).

Uno de los medios más utilizados para conciliar conductas *antitrust* es el pacto de exclusiva. Su importancia es indiscutible al ser un instrumento idóneo para crear monopolios, falsear la oferta, compartimentar territorios y repartir clientes. No obstante, puede presentarse como adecuado para lograr eficiencias motivando la iniciativa de los empresarios, la innovación y progreso técnico al otorgar seguridad en las inversiones, generar reducción de costes, ayuda a la planificación de la producción y la organización de la distribución de bienes y servicios. En fin, es un medio eficaz para la expansión de operaciones comerciales.

Estas conductas recogidas por la norma comunitaria (y en esencia por la

legislación española), para que sean sancionadas han de venir cualificadas por las notas que de la misma Ley se desprenden. De otro modo sería reconocer la ilicitud de la mayor parte de actividades comerciales que hoy se estructuran a través de las modalidades que recogen los supuestos enunciados, con lo que la actividad mercantil y civil se vería, prácticamente, inoperante. Los pactos de exclusiva serían siempre nulos porque de algún modo su contenido siempre estaría prohibido por la ley. Por ejemplo, un fabricante podrá legítimamente seleccionar los distribuidores a los que confía la venta exclusiva de sus productos y prohibirles revender a los distribuidores no seleccionados, siempre y cuando la selección se haga en función a criterios objetivos de naturaleza cualitativa. Los criterios tendrán que fijarse de modo uniforme respecto a todos los revendedores potenciales justificando la elección en las especialidades del producto o en las infraestructuras requeridas. El verdadero criterio de legalidad, tal como lo afirma la Comisión, debe consistir en investigar si tal restricción mejora la competencia o si es por el contrario, es susceptible de suprimirla o minimizarla.

El pacto de exclusiva puede originar efectos anticompetitivos como procompetitivos, por ello es indispensable analizar el contexto en el que se utiliza (sujetos intervinientes, objeto, efectos y fin de los contratos, mercado relevante, cuotas, etc.). Sin embargo, previo al análisis concreto es oportuno conocer que el artículo 101.3 TFUE (idénticos requisitos del artículo 3.1 LDC) señala cuatro pautas objetivas destinadas a medir los efectos procompetitivos de los acuerdos, *contrario sensu*, si no se cumplen los criterios, serán considerados anticompetitivos aplicándose el artículo 101.1 TFUE[418]; son las mejoras en la eficiencia[419], indispensabilidad de las restricciones[420], beneficio

[418] Si bien no se excluye *a priori* que algunos acuerdos nunca puedan cumplir estos requisitos, sí que es cierto que será muy difícil que las llamadas "restricciones especialmente graves" puedan acogerse a las pautas del artículo 101.3 TCE, porque será improbable que aporten alguna ventaja competitiva, que beneficien a los consumidores o que sean indispensables para conseguir alguna mejora. Además, son requisitos cumulativos, esto es, deben concurrir todos ellos para posibilitar enervar la prohibición del artículo 101.1 TCE y 1.1 LDC. Cfr. ZURIMENDI ISLA, Aitor, ob. cit., p. 145.

[419] Las eficiencias, como asegura el Tribunal Comunitario en la sentencia de 13 de julio de 1966, han de ser objetivas. "La mejora de la producción o distribución no podrá ser identifica con todas las ventajas que los contratantes obtienen del acuerdo en cuanto a su actividad de producción o distribución, sino ventajas objetivas significativas aptas para compensar los inconvenientes que resultan en el plano de la competencia". Además, es necesario que exista un nexo entre el acuerdo que se pretende beneficiar de la exención y las mejoras que la justifican (Cfr. *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 de artículo 81*

para los consumidores[421] y la no eliminación total de la competencia[422].

Como se ha establecido previamente, las autoridades de competencia tienen una nueva visión económica para el análisis de las conductas, sean ya horizontales o verticales. De antemano se dice que los acuerdos horizontales, al

del Tratado de la Comunidad Europea, DOCE 27 de abril de 2004, p. 50 a 58). Las mejoras pueden ser de cualquier tipo, pueden afectar tanto a la producción como a la distribución del producto, o referirse a cuestiones técnicas o tecnológicas. Serán el resultado de la integración de actividades provocadas por el acuerdo o práctica, mediante la cual las partes combinan sus activos para conseguir un resultado que por serpeado era imposible o más difícil y costoso de alcanzar (*Idem*, punto 60).

[420] Las restricciones pactadas deben ser razonablemente necesarias para conseguir las mejoras definidas en el requisito anterior, de forma que si pudiera conseguirse con similar esfuerzo a través de otros medios o de otras restricciones menos graves, no se podría declarar válido el acuerdo, ya que las partes están obligadas a utilizar los medios menos nocivos para la competencia. El examen de proporcionalidad requiere un doble análisis: que el acuerdo o contrato en su totalidad sea razonablemente necesario para obtener las eficiencias (no sea posible utilizar un acuerdo menos restrictivo) y, si se ha pasado positivamente este primer paso, se analizarán todas las restricciones en particular que se hayan incluido en el acuerdo en su totalidad, que deberán ser también racionalmente necesarias para conseguir las eficiencias. Es decir, se entiende que es indispensable el pacto si su eliminación o ausencia reduce sustancialmente la eficacia. Si alguna cláusula no es idónea, será nula e inaplicable, conservándose el resto del contrato. Cfr. ZURIMENDI ISLA, Aitor, ob. cit., pp. 151 y ss.

[421] El artículo 101.3 TCE requiere que se reserve a los consumidores una participación equitativa en las mejoras de eficiencia generadas por el acuerdo restrictivo. Tal participación en los beneficios debe al menos compensar a los consumidores por cualquier perjuicio real o probable ocasionado por la conducta prevista en primer numeral del artículo. Por consiguiente, si para los usuarios empeora la situación a resueltas del acuerdo, la condición no se cumple. Para garantizar esta participación en las mejoras de la eficiencia, no es obligatorio reservar a los consumidores una participación en cada una de las eficiencias observadas en relación con la primera condición. Basta con que obtengan beneficios suficientes para compensar los efectos negativos del acuerdo restrictivo. La Comisión aclara, además, que si el acuerdo combina efectos sustanciales tanto anticompetitivos como procompetitivos, es preciso pasar a un análisis detallado. Cfr. *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3…,* cit., puntos 85 al 92.

[422] El último requisito del artículo 101.3 TCE (y 3.1 LDC) es que como consecuencia del acuerdo no se elimine la competencia respecto a una parte sustancial de los bienes y servicios. La filosofía subyacente es que puede tolerarse una limitación de la competencia pero, en ningún caso, su desaparición. En realidad, aunque no se exigiera expresamente este requisito, el resultado sería el mismo porque las mejoras o eficiencias no tendrían nunca la suficiente relevancia como para absorber los graves efectos anticompetitivos que suponen la eliminación de la competencia. Para determinar si el acuerdo elimina o no la competencia debemos atender a la situación preexistente al acuerdo y compararla con los efectos producidos o que se puedan producir en el mercado relevante en el que se incluye no sólo la competencia real, sino también la potencial. Es conveniente recalcar que si un participe ya gozaba de una posición dominante y, a consecuencia de él logra eliminar algún competidor, además de no concurrir en este requisito de exención, se cumplirán los presupuestos para la aplicación del artículo 102.2.b) TCE. Cfr. *Idem,* p. 156.

versar sobre bienes sustitutivos, generan más riesgos de colusión y afectación al mercado, y que las integraciones verticales, al tratarse de bienes complementarios, pueden generar más beneficios que daños. Sin embargo, unas u otras deben ser analizadas en su contexto, extrayendo todos sus efectos positivos y negativos midiendo a su vez la intensidad o impacto de cada uno de ellos[423]. Las autoridades de la competencia están obligadas a realizar una valoración económica a fin de declararlas lícitas o ilícitas. Sin embargo, en ningún caso debe considerarse contradictorio el análisis económico y el jurídico, pues, en realidad, ambas perspectivas se complementan y son necesarias para conseguir el objetivo de mantener y mejorar la competencia, siendo las propias normas jurídicas las que integran y exigen el análisis económico de los acuerdos.

1. Efectos anticompetitivos del pacto de exclusiva en la competencia vertical

Lo primero es distinguir los tipos de restricciones que pueden generarse en el mercado: los acuerdos verticales y los horizontales. Para diferenciarlos se suele poner énfasis en los sujetos partícipes en el acuerdo anticompetitivo. Si realizan su actividad en el mismo eslabón de la cadena productiva, las restricciones serán horizontales (acuerdos entre productores con productores, mayoristas con mayoristas o minoristas con minoristas), en cambio cuando se desarrollan en esferas distintas, serán verticales (productores y mayoristas o entre mayoristas y minoristas)[424]. Sin embargo, se afirma que no es muy acertado centrar la diferencia entre ambos tipos de restricciones en el elemento subjetivo -de si los intervinientes son o no competidores reales o potenciales en determinado nivel de la cadena productiva- sino más bien en el

[423] La doctrina se ha planteado la disyuntiva de si el tratamiento jurídico de las restricciones verticales y horizontales debe ser diferente. El modelo más claro de tratamiento jurídico diferenciado fue el de la derogada *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* alemana que prohibía los acuerdos horizontales pero presumía la licitud de las verticales salvo que restringieran la libre fijación de precios o condiciones contractuales de los partícipes en sus relaciones con terceros. No obstante en su nueva ley, en aras de la conformidad con el Derecho comunitario, ha desaparecido ese distinto tratamiento legal. En el Derecho comunitario, en cambio, nunca ha habido un tratamiento diferenciado cayendo todas dentro de la prohibición del artículo101.1 TCE pero siendo lícitas si cumplen los requisitos del artículo 101.3 TCE. Cfr. ZURIMENDI ISLA, Aitor, ob. cit., pp. 95 y ss.

[424] Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho mercantil: Derecho mercantil, derecho de la competencia y Propiedad industrial,* Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 313.

elemento objetivo, en los efectos. Si éstos repercuten en distintos niveles de la cadena de producción estaremos ante una restricción vertical, y si se dejan notar en una sola etapa, ante una restricción horizontal.

Es importante notar la diferencia porque cabe la posibilidad que los acuerdos celebrados entre competidores directos o potenciales de un mismo eslabón de la cadena tengan efectos en ese mismo nivel (horizontal) o bien en otros diferentes (vertical), dependiendo del contenido del mismo[425]. Cuando ello ocurre habrá de aplicarles la normativa y directrices comunitarias que regulan las restricciones horizontales, y si logran pasar ese filtro, deberá someterse inmediatamente a las reglas y directivas de las restricciones verticales[426]. Por ejemplo, si un acuerdo se celebra entre una empresa que opera en un determinado nivel y otra que desarrolla su actividad en diferente eslabón pero que puede hacerlo de forma inmediata y a bajo coste en la misma que el otro empresario, tal acuerdo puede tener carácter horizontal si su contenido es evitar que se materialice la competencia entre ambos operadores a cambio de una contraprestación. Más en concreto, si se quiere que un productor no se dedique también a distribuirlo entre minoristas entrando a competir con la contraparte del acuerdo, resulta claro que los efectos se manifiestan en el mismo eslabón de la cadena (mercado mayorista) y no en otros niveles, por lo que estaríamos ante un acuerdo horizontal y no ante uno vertical como sería el resultado si nos fijamos sólo en el elemento subjetivo del acuerdo[427].

Por su importancia práctica y pluralidad de efectos, generan gran atención los acuerdos multilaterales que celebran las asociaciones de empresas y sus miembros, o bien éstas con los proveedores de todos ellos, especialmente

---

425 Cfr. ZURIMENDI ISLA, Aitor, ob. cit., pp. 48 y ss.

426 Tal es el proceder que debe seguirse según la Directriz 117 de la Comisión sobre Cooperación horizontal, DOCE 6 de enero de 2001.

427 Cfr. ZURIMENDI ISLA, Aitor, ob. cit., pp. 48 y ss. En lo relativo a los competidores, el artículo 1 del Reglamento CE 330/2010 señala qué se entenderá por empresas competidoras los proveedores reales o potenciales de un producto. La Directriz 26 sobre Restricciones verticales considera que es competidor potencial "quien aunque no produce realmente un producto competidor, podría hacerlo y probablemente lo haría, de no existir el acuerdo, en respuesta a un incremento pequeño y permanente de los precios relativos". Sobre la evaluación de criterios para una competencia potencial, *Vid.* WAELBROECK, Michael y FRIGNANI, Aldo, ob. cit., pp. 218 y ss.

si se trata de uniones de minoristas[428]. Claramente, las relaciones que pueden surgir son tanto verticales como horizontales. Si los partícipes del acuerdo son las asociaciones por un lado (no los miembros de la asociación individualmente) y los proveedores por el otro, estamos ante un acuerdo vertical. Sin embargo, no debe perderse de vista que para que el pacto entre la asociación y los proveedores sea válido, debe ser aceptado por los miembros de la asociación, lo que se hará a través de los procedimientos estatutarios previstos. Esta decisión previa de los miembros de la asociación pertenece a un mismo eslabón de la cadena y tiene, por tanto, efectos horizontales porque supone uniformizar y restringir la competencia en el mismo nivel (incluso dentro de este supuesto pueden presentarse variantes y desencadenar a su vez nuevos casos de restricciones verticales y horizontales, por ejemplo si forman parte de la cadena, dentro de la asociación, medianos y pequeños comerciantes que actúan en distintos niveles), por lo que, previamente, habrá que ver si dicha decisión pasa los filtros de las restricciones horizontales.

Una empresa dentro de su propia organización de producción y comercialización, puede funcionar basándose en acuerdos de distribución exclusiva y marca única. Es decir, pueden utilizarse canales de venta propios o a través de terceros distribuidores. En las siguientes líneas se hará referencia a la última de las formas puesto que es la que califica como integración vertical, objeto de análisis.

Un acuerdo de distribución exclusiva puede reducir tanto la competencia intramarca *(intrabrand)* como la intermarca *(interbrand)* porque el número de distribuidores que ofrece un determinado bien será mucho menor al que se daría de no existir esa cláusula o porque el resto de empresas que ofrecen mercancías sustitutas no tendrán capacidad de acceder al mercado. En estos casos, con el enfoque tradicional de las autoridades en la materia, los acuerdos tendrían que ser declarados ilícitos y, por tanto, nulos. Sin embargo, por la valoración económica global de estas restricciones, se reconoce que no tienen

[428] En los últimos tiempos el mercado de distribución se ha visto alterado, hace unas décadas el sector de mayor peso era el mayorista, hoy en día sucede lo contrario, el sector minorista ha adquirido mayor relevancia y ello ha supuesto ciertos cambios en los tipos de acuerdos más frecuentes en la práctica al ser distintas las necesidades y circunstancias entre ambos sectores. Por otro lado, las grandes superficies han ido ganando grandes cuotas de mercado lo que les permite negociar con los proveedores unas condiciones más ventajosas que las que podrían conseguir los pequeños empresarios, lo que ha llevado a estos últimos a crear asociaciones para incrementar su fuerza contractual y poder competir en mejores condiciones.

por qué ser negativas en todos los casos. Si bien es cierto que el análisis debe realizarse en cada situación particular dentro del mercado, cabe hacer una valoración en abstracto y establecer ciertos criterios objetivos.

La exclusividad supone un peligro en la medida que ciertos productos o servicios sólo podrán demandarse en contados establecimientos, reduciendo así la oferta. Cuando la demanda es inelástica (se tienen pocos o ningún producto sustituto), se agrava el panorama por la repercusión en los precios. En cambio, si el mercado es flexible y elástico, menos efecto dañino tendrá este acuerdo porque la demanda se moverá hacia otros bienes.

Un segundo escenario es que los distribuidores exclusivos no podrán adquirir bienes de otros productores o suministradores, produciéndose una exclusión en ese nivel superior de la cadena de producción, lo que se conoce como *customer foreclosure*[429]. A causa del rechazo (de no poder colocar sus productos), los competidores de otros bienes pueden sufrir importantes aumentos en sus costes y por tanto, perder competitividad, viéndose incluso obligados a salir del mercado si la posibilidad de clientes alternativos es reducida.

Así visto, podrían considerarse ilícito el pacto de exclusiva por causar daño a la oferta, pero un correcto acercamiento exige examinar si en el mercado existe un monopolio u oligopolio (en general, si se trata de un bien inelástico dentro de un con estas características, señala la doctrina que la conducta será especialmente grave[430]), si el producto es reemplazable, si se

---

429 Cfr. ZURIMENDI ISLA, Aitor, ob. cit., p. 69.

430 Sin embargo, existen autores que ni siquiera bajo esa perspectiva califican esta conducta, *prima facie,* como dañosa puesto que además de la necesidad de realizar un análisis de eficiencia económica, el hecho que se trate de un monopolio u oligopolio no necesariamente trae consigo un mayor riesgo de daño potencial. Sobre este tema es interesante el análisis que realiza sobre el caso *United Shoe Machinery* en el que POSNER considera que la Corte norteamericana se equivocó al considerar ciertas cláusulas como "excluyentes" (de competidores) por el hecho de ser una empresa que mantenía un monopolio virtual en la producción de máquinas de fabricación de zapatos. *"Punishment could not be justified on the theory that the competitors of a monopolist have a right to insist that he facilates the entry. Some exclusionary practices that reduce a monopolist´s profits also reduce efficency"* (cfr. ob. cit., pp. 202 y ss). Sin embargo en la actualidad algunos de los postulados de la Escuela de Chicago (que Posner representa), están siendo cuestionados por la doctrina económica norteamericana. El tratamiento post-Chicago no ignora la importancia del análisis económico del Derecho pero reprocha las conclusiones de esta escuela por considerarlos un tanto simples al no dedicar la debida atención a los oligopolios y monopolios presumiendo que las barreras de entrada al mercado apenas existen. El enfoque post-Chicago concluye que las restricciones verticales no pueden ser universalmente aceptadas ni condenadas porque en determinados contextos unas resultan

afectan mercados auxiliares o, por el contrario, la reducción en la distribución favorece el afianzamiento de otros productos alternos. Con todo, para estar ante un efecto anticompetitivo no es suficiente con que algunos competidores experimenten un perjuicio, sino que se requiere que éste se transmita a los consumidores para hablar de daño a la competencia.

Es importante no perder de vista que los acuerdos de integración vertical, generalmente con exclusivas, se celebran en el marco de colaboración entre empresas y gozan de la presunción que se hacen para ahorrar costes y optimizar recursos, lo que se traduce en menores precios y mejor calidad de productos y servicios, lo que beneficia a la competencia. En las restricciones horizontales en cambio, opera la presunción opuesta, que se acuerdan para perjudicar al consumidor y a la competencia. Claramente, en ambos casos se trata de presunciones y puede demostrarse lo contrario en la situación específica, por ello, se tiene que hacer una visualización jurídica y económica global.

Junto a ello, el pacto genera limitaciones geográficas y de clientes a la actividad de reventa del distribuidor y, en general, a los acuerdos en los que se conceden exclusivas territoriales al adquirente de los bienes, compartimentan o dividen el mercado, lo que supone un obstáculo a los fines del Tratado, que si bien puede no afectar *per se* a los consumidores, la consecución de un mercado único es un objetivo de la Unión Europea y, por tanto, especialmente protegido[431]. Sin embargo, existen restricciones inherentes al tipo de negocio y por tanto excluidas de la aplicación del artículo 101.1 TFUE como es la protección territorial necesaria para la introducción de nuevas tecnologías en el mercado. Cuestión diferente es, como se ha dicho previamente, la protección territorial absoluta que puede lograrse a través de la exclusividad, que pretende la eliminación de todo tipo de competencia de terceros, inclusive las cláusulas de prohibición de importaciones paralelas o prohibición de reventas a cesionarios de otros territorios. Estas limitaciones no son imprescindibles para rentabilizar las inversiones, ni forman parte del contenido esencial para la

beneficiosas y otras perjudiciales, siendo necesario examinar caso por caso y no establecer ideas predeterminadas de licitud o no de las mismas. Sobre las críticas que recibe la Escuela de Chicago por la post-escuela ver HILDEBRAND, Doris, *The role of economic analysis in the EC competition rules*, Kluwer Law Internacional, La Haya, 1998, pp. 176 y ss.

431 Cfr. *Libro verde sobre las restricciones verticales*, DOCE 26 de noviembre de 1998, pp. 11 y ss.

adecuada explotación de derechos, no encajando en el concepto de *ancilliary restraints* y sí incluidas en el artículo 101 TFUE.

2. Efectos procompetitivos del pacto de exclusiva en las integraciones verticales

La colaboración a través de pactos de exclusiva entre empresas que se encuentran en distintos niveles de la cadena de producción genera acuerdos verticales pudiendo surgir limitaciones graves en la competencia pero también supone muchas veces un mejor uso y optimización de los recursos, lo que se traduce en ocasiones en una mejora del sistema de producción y distribución del bien o servicio, en un incremento de prestaciones a favor del consumidor e incluso en reducción del precio del producto final[432].

Entre los efectos procompetitivos de las cláusulas de exclusiva en las integraciones verticales se encuentra la superación del problema del parasitismo (*free riding*), porque se le asegura al distribuidor que su trabajo de captación de clientela se verá recompensado al saber que en determinada zona geográfica no habrá ningún otro competidor que pueda ofrecer ese producto o servicio. Este problema en cuestión radica en que un determinado distribuidor, para fomentar el producto, incurre en ciertos gastos de marketing y publicidad para informar a los clientes, capacitarlos en el uso del producto, realizar labores de captación, etc. siendo actividades de las que pueden sacar provecho los competidores sin hacer las inversiones económicas pertinentes. Así, una vez que se ha logrado despertar el interés del cliente, se le ha dado la información y en su caso, la capacitación sobre el bien, éste puede recurrir a otro proveedor que por no prestar esos servicios (promoción) no incrementó sus costes y por tanto esta en posibilidad de ofrecer el mismo bien pero a menor precio. Claramente, esta situación poco rentable desincentiva a los operadores que realizan este esfuerzo -beneficioso para el consumidor- porque saben que de su trabajo sacarán provecho los competidores[433].

Junto al *free riding* se encuentra lo que se denomina el problema de *cautividad*[434]*.* Existe determinado tipo de comercio que tiene cierta complejidad

---

432 Cfr. ZURIMENDI ISLA, Aitor, ob. cit., p. 85 y ss.

433 Sobre el problema del parasitismo, ver el *Libro Verde sobre Restricciones verticales*, DOCE de 26 de noviembre de 1998, especialmente el punto 59.

434 Cfr. FRASCO, Gregg, *Exclusive Dealing,* University Press of America, Boston, 1957,

técnica y hace necesaria la inversión en infraestructura sea ya maquinaria especial o formación de personal , en general, inversiones de entidad para su colocación en el mercado. Tales inversiones económicas harán que el comercializador busque relaciones estables de larga duración con el productor para así amortizar los gastos. Si no existiera la posibilidad de realizar un acuerdo vertical exclusivo entre ellos el inversor quedaría cautivo de su contraparte porque éste, conocedor de la necesidad de contratar, podría presionarle para conseguir mejores condiciones en los siguientes abastecimientos. Una vez más este tipo de problemas desincentivan la realización de inversiones lo que origina que al final del camino sean los consumidores los que resultan afectados porque o bien los bienes o servicios serán de peor calidad, no tendrán las mismas prestaciones o incluso pueden no llegar a comercializarse si tales inversiones son imprescindibles y nadie esta dispuesto a asumir el riesgo[435].

Ante estos posibles obstáculos, las restricciones verticales sobre todo con pactos de exclusiva se presentan como un instrumento eficaz que no sólo genera sino que motiva una competencia eficiente. Si el distribuidor realiza inversiones y se le conceden exclusivas territoriales se garantiza que el proveedor seguirá contratando con él para comercializar en esa zona geográfica en las condiciones que desde el principio se pactaron, beneficiándose todos los operadores del mercado, desde los comercializadores en sus distintos niveles de producción hasta los consumidores. Sin embargo, para considerar que esta restricción originada por el pacto de exclusiva tiene un efecto procompetitivo es necesario que exista el problema de la cautividad pues caso contrario podría no aportarse ningún beneficio y ser más bien perjudicial[436].

---

p. 14.

[435] Detalles sobre la cautividad, *Vid. Libro Verde sobre Restricciones verticales*, especialmente los puntos 80 y 81.

[436] Otra manifestación de la cautividad se da en los casos en que para una mejor distribución del producto se requiera que el productor ceda y de a conocer a su distribuidor determinados derechos de propiedad intelectual o industrial, o una serie de conocimientos secretos *(know how)* que pueden mejorar sustancialmente la calidad del bien o servicio. Del mismo modo, para proteger los conocimientos secretos será muy útil el empleo de acuerdos verticales que obliguen por ejemplo al distribuidor a no competir contra el productor (pactos de no competencia), a guardar el secreto y no utilizar tales conocimientos una vez que haya finalizado la relación contractual.

Otro efecto competitivo se refleja en la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial que están protegidos por regulaciones específicas que otorgan las exclusivas de explotación (que no son otra cosa que restricciones verticales a la competencia), pues como afirma la doctrina, mediante los islotes de exclusividad las normas de propiedad industrial ponen a disposición de las empresas instrumentos que se valen de la lucha concurrencial. La aparente antinomia entre las normas de competencia y los Derechos de propiedad industrial desaparece desde el instante en que se toma en consideración el objetivo real con vistas al cual la Ley concede protección a las dos instituciones[437]. En este sentido, la Directriz 116.5 de la Comisión sobre *Restricciones verticales a la competencia* manifiesta que la utilización de cláusulas de exclusiva en los acuerdos verticales donde están implicados derechos de propiedad industrial e intelectual son beneficiosas para promover la investigación y el desarrollo.

G. Efecto del pacto de exclusiva en los contratos de distribución de prensa

La preocupación que existe en el ámbito contractual de la distribución exclusiva, se presenta de forma acusada en varios sectores, entre ellos, presenta particular interés el de la prensa. En las líneas siguientes se presentará de forma breve los principales problemas jurídicos y la incidencia en éstos del pacto de exclusiva.

Este sector se caracteriza por la existencia de tres colectivos interesados: los editores, los distribuidores y los vendedores de publicaciones. Asimismo, en la cadena de comercialización intervienen tres sujetos: los distribuidores nacionales, locales y los puntos de venta. Estos últimos son los que ofertan al consumidor las publicaciones periódicas.

Lo primero que habría que resaltar es que no existe una normativa específica que regule las relaciones contractuales entre los agentes. Pese a ello, se viene aplicando una antigua Orden Ministerial de dudosa vigencia legal[438]

---

437 Cfr. WAELBROECK, Michael y FRIGNANI, Aldo, ob. cit., p. 951.

438 El marco normativo viene constituido por una Orden del Ministerio de Trabajo de 22 de abril de 1972 por la que se establecen las normas Reguladoras de los Vendedores Profesionales de Prensa (BOE de 13 de mayo), y por las ordenanzas municipales que regulan requisitos técnicos y urbanísticos que han de cumplirse para la concesión de puestos de venta de publicaciones en espacio públicos de forma estable. No obstante, la citada Orden ha de entenderse derogada tras la entrada en vigor de la Constitución en todo en cuanto se oponga a

que viene siendo interpretada de manera distinta por los tres grupos de interesados. El problema se agudiza cuando, tal como refleja un estudio citado por el Informe de la Dirección General de Política Comercial, la relación contractual entre distribuidores y distribuidores de prensa, solo un 18,6% emplea un contrato escrito, frente al 43,6% que utiliza un contrato verbal, un 8,2% formaliza la relación mercantil mediante una carta de intenciones y el 9.8% restante, a través de las condiciones reseñadas al dorso de los respectivos albaranes de entrega de mercancía[439], lo que trae como consecuencia que, muchas veces, se modifique unilateralmente el contrato que regula la relación comercial. Como prácticas frecuentes, los distribuidores modifican las condiciones contractuales en cuanto al cambio de concepto de portes por el trabajo de auxiliares, sin especificar en qué consisten o la alteración de su importe, cambio de número de ejemplares que se entrega en el punto de venta, exigencia de domiciliación de pagos, entre otros.

El problema fundamental consiste en que los distribuidores, al operar en régimen de exclusividad, son los únicos oferentes de las publicaciones periódicas que tienen contratados en sus respectivos ámbitos geográficos de actuación. Esto supone que no hay competencia en la zona destinada, y que el vendedor no cuenta con oferta alternativa, teniendo una única distribuidora de la que abastecerse. No cabe duda que la exclusividad, bajo determinadas circunstancias, puede generar posiciones de dominio de mercado.

La Asociación de Vendedores de Prensa, Revistas y Publicaciones de Zaragoza presentó ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (Resolución de 5 de noviembre de 2003), un recurso contra Distribuciones Muñoz Climent, puesto que, al tener la distribuidora un contrato de exclusiva con el editor, los

---

la Carta Magna y, en particular, en lo relativo al funcionamiento y competencia de las Comisiones Nacional y provinciales que no pueden dictar disposiciones complementarias a la Orden Ministerial de obligado cumplimiento. El resto de la Orden no ha sido derogado expresamente por ninguna otra norma, pero el informe de la Dirección de Trabajo de 20 de junio de 1978 la considera derogada e inoperante desde la promulgación de la Ley 19/1977, sobre regulación del Derecho de asociación sindical y las disposiciones que la desarrollan. Las resoluciones del Tribunal de Defensa del la competencia también ha considerado que esta normativa no esta vigente. Pese a ello, los editores, distribuidores y vendedores, continúan utilizándola como referente a la hora de fijar el marco por el cuál habrán de regirse sus relaciones comerciales. Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA COMERCIAL, *Informe sobre los contratos de distribución*, marzo, 2009, p. 51.

439 Los contratos son en un porcentaje muy elevado verbales, esto significa que no se formaliza por escrito en documento de ninguna clase la relación mercantil existente entre proveedor y distribuidor. Cfr. *Idem*, p. 54.

vendedores no podían cambiar de proveedor, originándose una situación de dominio que ocasionaba abusos, en este caso, en materia de transporte de mercancías. El Tribunal consideró que la relación causal que realiza la denunciante entre el derecho de distribución en exclusiva y la posición de abuso de dominio, no puede sostenerse. Es cierto que la distribuidora denunciada, afirma el Tribunal, de acuerdo con la conducta habitual del sector, dispone de la exclusiva en la distribución de publicaciones y revistas en una parte de Aragón y, por tanto, es titular de una posición de dominio. Sin embargo, lo que la Ley de Defensa de la Competencia prohíbe, no es la posición de dominio, sino el abuso de tal situación. En el caso presentado, se consideró que no quedaba demostrado el abuso, porque el sistema de reparto (cuestión que generó el litigio) ofrecido por DMC fue resultado de un acuerdo voluntario entre las partes, en el que, además, no se tenía una posición de dominio, disponiendo los vendedores de otros canales de reparto que contratar, desestimándose así el recurso[440].

Los vendedores consideran que el distribuidor, al ser el único oferente de la publicación en su ámbito geográfico de actuación, ostenta una posición de dominio que produce abuso por la situación de dependencia económica, teniendo que aceptar las exigencias del distribuidor si se quiere recibir la publicación, porque no existe una vía alternativa de suministro. A esto se le añade que los vendedores no pueden prescindir de determinadas publicaciones tales como los periódicos de tirada nacional de mayor difusión.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, considera, por otra parte, que la exclusividad es una característica de la distribución en este sector y que está justificada por la volatilidad de la información contenida en las publicaciones, lo que impide su almacenamiento para su ulterior venta (Resolución de 24 de noviembre de 2005, asunto Distribuidores de Prensa Ciudad Real). Del mismo modo, los distribuidores alegan que, el hecho que en este sector solo se paga al proveedor respectivo por el producto vendido, con derecho a la devolución de

[440] En otras ocasiones el Tribunal de Defensa de la Competencia ha optado por una definición amplia del mercado relevante, no distinguiendo, incluso, si se trata de mercado local o regional. Algunas veces ha estimado conveniente incluir como mercado relevante en distribución de prensa, la del reparto. Bajo ese parámetro, los distribuidores de publicaciones periódicas carecen de posición de dominio. Esta conclusión ha impedido a los vendedores obtener resoluciones favorables en aquellos casos en los que han argüido abuso de posición dominante. Vid. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre el expediente de concentración económica C68/01 Grupo Correo/Prensa Española*, diciembre, 2001, pp. 15 y ss.

los ejemplares invendidos, la entrega en los diferentes niveles de la cadena (editor a distribuidor nacional, luego al distribuidor local y finalmente al vendedor), al ir la exclusiva a un producto en una zona, si existen varios distribuidores, pero a uno por producto.

Los distribuidores alegan la máxima eficiencia como fundamento de la exclusiva, en el sentido de poder determinar qué distribuidor ha suministrado cada ejemplar a los efectos de su abono y devolución cuando resulta invendido dentro de los cortos plazos por el género del producto. Así, para lograr la eficiencia, se requiere a un distribuidor por producto por zona. Del mismo modo, la exclusiva garantiza la cobertura total del mercado, incluso la distribución a puntos de venta alejados o a pequeñas poblaciones no sea rentable para el distribuidor. La exclusividad se concede a cambio de que el distribuidor garantice una cobertura total. Si entraran varios distribuidores a actuar en la misma zona, quedarían desatendidas las zonas que, bien por su ubicación o debido a otras circunstancias, carecen de mercado, de tal manera que el beneficio económico será escaso o incluso, nulo, produciéndose por ello, una excesiva concentración en zonas de fácil acceso. Así, el distribuidor exclusivo garantiza que las publicaciones lleguen a todas partes sin verse limitado por motivo de los costes. Es conveniente agregar que, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha reconocido que ni editores, ni distribuidores, tienen la obligación de suministrar a cualquier vendedor que solicite contratar con ellos.

Es correcto afirmar, como lo hace el Tribunal de Defensa de la Competencia, que la posición de dominio no es *per se* sancionada, sino el abuso de tal posición. Cerrar el mercado y eliminar la competencia a través de acuerdos de exclusiva en este sector específico, atenta contra el artículo 1 LDC y el artículo 101.1 TFUE, en el sentido de obstaculizar el libre mercado distorsionando la oferta. Que los distribuidores operen en exclusiva por ámbitos geográficos locales, supone una falta de alternativa en el suministro para los vendedores que los sitúa en una posición de dependencia. Si se abriera a la competencia el mercado de la oferta de publicaciones al punto de venta, este tendría varios distribuidores para elegir de quien suministrarse y se pondría fin al abuso de la posición dominante que se produce en numerosas ocasiones. Del mismo modo, dado que lo que agudiza los conflictos entre las partes es la carencia de un contrato escrito, una futura regulación en esta materia debería exigir contratos escritos entre las partes que permitiesen un seguimiento a las condiciones pactadas.

H. Consecuencias de la inclusión de pactos prohibidos por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

El Tratado no es en modo alguno ajeno a los efectos civiles de las infracciones de la normativa de la competencia. En efecto, los acuerdos contrarios al artículo 101.1 o que sean consecuencias de prácticas abusivas contrarias al artículo 102 no sólo son objeto de los correspondientes procedimientos administrativos sancionadores, sino que además reciben la sanción de carácter civil de ser considerados nulos de pleno derecho de acuerdo con el artículo 101.2 TFUE[441]. La doctrina ha señalado que el concepto de nulidad surgió en Francia y corresponde al grado máximo de ilegalidad, impidiendo al acto la producción de todo efecto jurídico, con la única reserva de los derechos eventualmente adquiridos por terceros de buena fe. La jurisprudencia del Tribunal muestra que este concepto debe entenderse en ese sentido y que es el único ente cualificado para interpretar en última instancia. La nulidad del artículo 101.2 TFUE tiene carácter absoluto, de manera tal que el acuerdo no produce efectos en las relaciones entre los contratantes ni es oponible a terceros[442].

La sanción de nulidad es dictada como un objetivo de interés económico general y por tanto no es susceptible de confirmación. No existen recursos jurídicos que permitan invocar su validez así que no resulta trascendente si la parte que invoca la nulidad se ha beneficiado de la infracción cometida, o incluso que se haya impuesto al contratante la inclusión de la cláusula ilícita en el convenio (sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de septiembre de 2001, asunto *Courage/Crehan*). Es además ilimitada en el

441 El apartado segundo del artículo 101 TCE prevé que "los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho". Por su parte, si bien el artículo 102 no tiene una disposición similar, el Tribunal ha declarado que, "cuando una práctica abusiva contraria a dicho artículo se plasma en un acuerdo, dicho acuerdo se encuentra igualmente viciado de nulidad." *Vid.* STJCE de 25 de octubre de 1979 asunto 22/79, *Greenwich Film/SACEM.*

442 La nulidad, que puede ser invocada por cualquier persona, se impone al juez cuando concurren los requisitos de aplicación del artículo 85.1 (actual 101.1) y el acuerdo de que se trate no pueda justificar la concesión de una exención en virtud del artículo 85.3 (actual 101.3) del Tratado. Como la nulidad que establece el artículo 85, apartado 2, tiene carácter absoluto, un acuerdo nulo con arreglo a dicha disposición no produce efectos en las relaciones entre las partes contratantes ni es oponible a terceros. Además, esta nulidad puede afectar a todos los efectos, pasados o futuros, del acuerdo o de la decisión de que se trate. Vid. STJCE de 20 de septiembre de 2001, asunto *Courage/Crehan.*

tiempo, no prescribe. El Tribunal en la sentencia de 6 de febrero de 1973, asunto *Brasserie de Haecht II*, dejó establecido que la nulidad de pleno derecho puede afectar todos los efectos, pasados o futuros, del acuerdo.

En cuanto a su contenido, el alcance de la nulidad no puede ser más amplio que la prohibición a la que se aplica, por ello el Tribunal de Justicia ha precisado que la nulidad se atribuirá únicamente a los elementos sancionados por la prohibición y sólo se aplicará al acuerdo en su conjunto cuando los elementos no sean disociables de las otras disposiciones concretadas. Cuando una parte del acuerdo es nula las consecuencias civiles para las otras partes disociables dependen del derecho de los Estados miembros, es decir, en este punto son determinantes las disposiciones nacionales relativas a la nulidad parcial de los actos jurídicos[443].

El Tratado indica que la sanción es la nulidad de pleno derecho (*automatically void*), sin embargo, en reiterada jurisprudencia se ha establecido que la nulidad opera desde el momento en que se ha declarado expresamente que no sólo cumple con los elementos enunciados en el artículo 101.1 TFUE sino que, además, no es susceptible de beneficiarse de una exención[444]. La doctrina señala que es necesaria la declaración de nulidad pues el hecho de que la validez o invalidez de una situación jurídica pueda derivar de una apreciación administrativa o judicial que se producirá en el futuro con efecto retroactivo, implica una situación de incertidumbre peligrosa para la actividad económica[445].

Por otro lado, las normas de defensa de la competencia comunitaria y española pueden ser aplicables concurrentemente a un mismo supuesto de hecho en virtud del principio de la "doble barrera" enunciado por el Tribunal, con única sujeción al principio general de la primacía del Derecho comunitario sobre el ordenamiento nacional interno[446]. Ante la inexistencia de una

---

443 Sobre el problema de la disociabilidad de las cláusulas prohibidas en el contrato, ver WAELBROECK, Michael y FRIGNANI, Aldo, ob. cit., pp. 709 y ss. Asimismo, VVAA, *Aplicación…*, cit., p. 60.

444 En la STJCE de 4 de abril de 1962, asunto *Bosch,* el Tribunal estableció que ello es así por la indivisibilidad de la prohibición prevista en el apartado 1 y la posibilidad de exención prevista en el apartado 3. En el mismo sentido se manifestó en el asunto *Brasserie de Haecht II.*

445 Cfr. WAELBROECK, Michael y FRIGNANI, Aldo, ob. cit., p. 708.

446 En el mismo sentido se manifiesta el Libro Verde de la Comisión sobre *Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia* COM/2005/0672 de 19 de diciembre de 2005. (punto 1.1).

normativa comunitaria en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación respete los *principios de equivalencia* (que la regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna) y *de efectividad* (no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, principios recogidos expresamente en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 13 de julio de 2006, asunto *Vicenio Manfredi/Lloyd.* La aplicación de las normas está encomendada a los organismos administrativos y a la jurisdicción ordinaria comunitaria y nacional[447].

La Comisión tiene competencia principal pero no exclusiva para incoar procedimientos administrativos sancionadores en aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, incluyendo la adopción de decisiones por las que declara la existencia de infracciones y se ordena a las partes el cese inmediato y la remoción de sus efectos, e incluso puede imponer sanciones[448].

En el Derecho español de acuerdo con la nueva Ley de Defensa de la Competencia, es la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNC) el ente administrativo encargado de preservar, garantizar y promover la competencia efectiva así como velar por la aplicación de la Ley en todo el territorio nacional, ello sin perjuicio del reconocimiento que se hace a los órganos competentes en cada comunidad autónoma[449]. La Comisión Nacional

---

447 Es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia, el Derecho comunitario y el Derecho nacional en materia de competencia se aplican paralelamente dado que consideran las prácticas restrictivas bajo aspectos diferentes. Mientras que los artículos 101 y 102 TCE las contemplan en razón de los obstáculos que de ellas pueden derivarse para el comercio entre los Estados miembros, las legislaciones internas, inspiradas por consideraciones propias a cada una de ellas, valoran las prácticas restrictivas solamente en ese marco. *Vid.* STJCE de 13 de julio de 2006, asunto *Vicenio Manfredi/Lloyd.*

448 Adicionalmente, la Comisión ha intervenido modificando términos del contrato, por ejemplo acortando los plazos de duración que considera excesivos, con el fin de adaptarlo al Derecho de competencia. Es cuestionable esta facultad que se ha atribuido la Comisión. Sin embargo el Tribunal no se ha pronunciado expresamente sobre esto, y cuando ha considerado que la modificación es absurda o innecesaria, la ha removido, pero sin manifestarse expresamente sobre el acto mismo de modificación. Ver, entre otras, STJCE de 11 de julio de 1985, asunto *Nutricia,* o la ya citada sentencia de *European Night Services.*

449 *Vid*. arts. 12 y ss de la Ley 15/2007 de 3 de julio que regula la Defensa de la

tiene competencia para aplicar en el ámbito nacional los artículos 101 y 102 TFUE en los mismos términos que la Comisión (artículo 24 LDC) y cada vez que se pronuncie sobre la aplicación de tales artículos tiene que enviar una copia del texto a la Comisión Europea (artículo 16 LDC). Sin embargo, tal competencia es de naturaleza claudicante pues el inicio del expediente por parte de la Comisión en relación con una práctica de los artículos 101 y 102 TC, enerva automáticamente la facultad de la autoridad española para dictar sentencia (Disposición adicional segunda LDC).

En lo que se refiere en concreto a la aplicabilidad de los artículos 101 y 102 TFUE por los jueces nacionales, debe tenerse presente que el Tribunal comunitario ha reconocido a ambos preceptos un efecto directo horizontal declarando que las prohibiciones establecidas en los mismos generan derechos de forma directa a favor de las empresas y particulares que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger[450]. Asimismo, ha reconocido de un modo reiterado que la sanción de nulidad prevista en el artículo 101.2 TFUE debe ser interpretada en el sentido que los jueces nacionales pueden determinar las consecuencias de Derecho civil que implica la prohibición del artículo 101.1 TFUE. No obstante, si la Comisión ya ha decidido sobre alguna cuestión, el juez nacional no puede apartarse de ella[451]. No ocurre lo mismo a la inversa, la Comisión nunca queda vinculada por una resolución dictada por un

competencia. La Disposición adicional sexta establece la extinción del Tribunal de Defensa de la Competencia y del Servicio de defensa de la competencia. Los medios materiales de ambos organismos pasan a la Comisión Nacional de competencia, subrogándose en todos los derechos y obligaciones.

450 "Debe recordarse, en primer lugar, que el Tratado ha creado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales y que, al igual que impone cargas a los particulares, el Derecho comunitario también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico; éstos se crean no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias. En tercer lugar, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los artículos 85, apartado 1, del Tratado y 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82) pueden producir efectos directos en las relaciones entre particulares y que dichos artículos crean derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar". STJCE de 20 de septiembre de 2001, asunto *Courage/Crehan*.

451 "Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncian sobre acuerdos o prácticas que ya han sido objeto de una Decisión de la Comisión, no pueden dictar resoluciones que sean incompatibles con dicha Decisión, aun cuando ésta sea contraria a una resolución emanada de un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia". STJCE de 14 diciembre 2000, asunto *Masterfoods/ HB Ice Cream.*

órgano jurisdiccional interno en aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE. Por otro lado, cuando un órgano jurisdiccional nacional albergue dudas en cuanto a la validez o a la interpretación de un acto de una Institución comunitaria, puede o está obligado, con arreglo al artículo 234 del Tratado, a plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia[452].

En lo que a repartición de competencias se refiere, existe una consolidada doctrina Jurisprudencial que atribuye al juez nacional la facultad de declarar la nulidad de un contrato en virtud del artículo 101.2 TFUE[453]. El límite entre la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, la Comisión y el juez comunitario se traza de acuerdo con las siguientes premisas básicas: El juez nacional comparte con la Comisión la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE (efecto directo entre particulares) y correlativamente, la aplicación de los reglamentos de exención a los efectos de artículo 101.2. El Tribunal de primera instancia y Tribunal de Justicia supervisan la actividad de la Comisión. En efecto, el deslinde entre los contratos que corresponde analizar a la Comisión o al juez nacional está razonablemente establecido en la jurisprudencia en los siguientes términos: La prohibición del artículo 101.1 TFUE se extiende a contratos celebrados entre dos empresas de un Estado miembro, incluso aunque versen sobre la venta de productos en un único Estado, siempre que haya mero riesgo de que obstaculicen la consecución del mercado único o los intercambios comunitarios directa o indirectamente, actual o potencialmente. Por tanto, dado que la Comisión comparte con el juez nacional la competencia para aplicar este precepto -en la medida en que produce efecto directo en las relaciones entre particulares- también son competentes ambos para la aplicación de los reglamentos de exención que acotan el ámbito de la prohibición. Ello quiere decir que el juez nacional debe primero determinar si

---

452 "Procede recordar que, con arreglo a una reiterada jurisprudencia, dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 234 del Tratado (actual artículo 267 TCE), desde el momento en que las cuestiones prejudiciales planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario el Tribunal de Justicia está obligado a pronunciarse. La negativa a resolver sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional únicamente es posible cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder adecuadamente a las cuestiones que le sean planteadas". STJCE de 13 de julio de 2006, asunto *Vicenio Manfredi/Lloyd.*

453 Por todas, STJCE de 30 abril 1998 Caso *Cabour/Arnor,* y STJCE de 13 de julio de 2006, caso *Vicenio Manfredi/Lloyd.*

el acuerdo está prohibido por el artículo 101.1, después, si queda exento de tal prohibición en virtud de alguno de los reglamentos de exención en bloque y, por último, debe cerciorarse de que no existe riesgo de que la Comisión vaya a conceder una autorización individual, vistos los requisitos del artículo 101.3 TFUE y la práctica decisoria en su aplicación. Sólo entonces podrá declarar el juez nacional la nulidad del contrato.

I. Compensaciones patrimoniales

Como se ha establecido en líneas previas, los órganos jurisdiccionales ordinarios tienen competencia para extraer las consecuencias civiles de una infracción de las normas de Defensa de la competencia tanto comunitarias como nacionales. Tales consecuencias civiles, además de la declaración de nulidad de pleno derecho, se extienden a la determinación de las consecuencias patrimoniales entre las partes (distintas de la imposición de sanciones pecuniarias a los infractores). Dichas consecuencias patrimoniales engloban la restitución de lo indebidamente pagado como consecuencia de un contrato o acuerdo nulo, y la eventual responsabilidad del infractor de pagar por daños y perjuicios.

1. La restitución de lo pagado por la nulidad de un acuerdo contrario a las normas de competencia

El artículo 1303 CC dispone que la consecuencia de la nulidad de pleno derecho de un negocio jurídico es la ineficacia radical de sus prestaciones y consecuencias patrimoniales al punto que las partes se ven compelidas a restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del negocio nulo. Sin embargo, existe una excepción conocida como la "causa tope" plasmada en el artículo 1306 CC según la cual, la parte contratante culpable de la nulidad del negocio no podrá repetir lo que hubiere dado en virtud del contrato ni reclamar el cumplimiento de lo que la otra parte le ha prometido. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el ejercicio ante los jueces y tribunales nacionales de disposiciones comunitarias dotadas de efecto directo, deben realizarse de acuerdo a las normas y cauces del Derecho interno, sin afectar los principios de efectividad y equidad. En este sentido, el demandante que invoque la nulidad del artículo 101.2 TFUE y que pueda estar afectado por la causa torpe del artículo 1306 CC alegaría que éste artículo hace jurídicamente imposible su pretensión, pudiendo solicitar su inaplicación en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario.

Esta cuestión ha sido tratada de forma específica en la ya mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de septiembre de 2001, asunto *Courage*. En la disputa ante los tribunales ingleses una de las partes del contrato de suministro exclusivo de cerveza invocó el artículo 101.2 TFUE para que aquellos declararan la nulidad de pleno derecho de la obligación de exclusividad prevista en el contrato, solicitando además la restitución de las cantidades que habían sido pagadas como consecuencia directa de la cláusula de exclusividad. El problema jurídico que se planteaba era que el Derecho inglés no permite que una de las partes de un acuerdo ilícito reclame a la otra parte una compensación económica (y en particular, daños y perjuicios), por lo que una de las cuestiones prejudiciales que se elevaron al Tribunal era precisamente si tal regla del Derecho nacional resultaba compatible con el ordenamiento comunitario. Ante la cuestión planteada el Tribunal ha establecido dos temas importantes. Primero, "cualquier particular puede invocar ante los tribunales la infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado (actual artículo 101), incluso cuando sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia con arreglo a dicha disposición". Ello implica que una norma nacional que niega la acción por el mero hecho de ser parte de un contrato atentatorio del artículo 101 TFUE resulta contrario al ordenamiento comunitario. Segundo, "el Derecho comunitario no se opone a una norma de Derecho nacional que no permite que quien sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia se base en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios, cuando esté acreditado que esta parte tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia". En consecuencia, la sentencia concluye que el Derecho comunitario no se opone a que la parte que no ha tenido una responsabilidad significativa pueda ser indemnizada y claramente, que se le restituya lo pagado que es una consecuencia ineludible del artículo 1303 CC.

2. Indemnización por daños y perjuicios

En cuanto a la reclamación de indemnización por daños y perjuicios[454], el

[454] El Libro verde señala que la reparación de daños y perjuicios por infracción de la legislación de defensa de la competencia sirve varios objetivos, principalmente compensar a aquellos que han sufrido un perjuicio como consecuencia del comportamiento contrario a la competencia y garantizar la plena eficacia de la normativa de defensa de la competencia del Tratado, disuadiendo de este comportamiento y contribuyendo así de manera significativa al

Tribunal reconoció sin ningún reparo en la sentencia *Courage* que el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se legitima a cualquier persona (efecto útil) para invocar la nulidad de un acuerdo prohibido por dicho artículo y, que cuando exista una relación de causalidad entre este acuerdo y el perjuicio sufrido, se puede solicitar la reparación por los perjuicios[455]. Sin embargo, ante la inexistencia de normativa comunitaria en la materia, el Tribunal reenvía al ordenamiento jurídico interno de cada Estado, son éstos quienes deben regular las modalidades de ejercicio de la acción privada *(private enforcement)*, incluyendo lo relativo a la aplicación del concepto de relación de causalidad. Del mismo modo, corresponde al ordenamiento jurídico interno determinar el plazo de prescripción de la acción de indemnización y fijar los criterios que permitan determinar la cuantía de la reparación. Sin embargo tal reenvío del Tribunal no es incondicionado pues las modalidades del Derecho interno deben respetar los principios de equivalencia y efectividad.

Por otra parte, el Tribunal considera que de conformidad con el principio de equivalencia en el marco de las acciones nacionales similares a las basadas en las normas comunitarias de la competencia se pueden conceder indemnizaciones especiales como son las de carácter disuasorio o punitivo, pues las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad, sin embargo, según reiterada jurisprudencia el Derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen porque la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios[456].

---

mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad (Punto 1.1 *in fine).*

[455] La plena eficacia del artículo 101 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia. *Vid.* STJCE de 20 de septiembre de 2001. Esta sentencia del asunto *Courage/Crehan* se ha convertido en *leading case* porque por primera vez el Tribunal de Justicia reconoció el derecho a las empresas y a los particulares a reclamar daños y perjuicios por los daños sufridos por una infracción de las normas comunitarias de la competencia.

[456] Por todas, STJCE de 13 de julio de 2006, asunto *Vicenio Manfredi/Lloyd.* Asimismo, establece el Tribunal que "en virtud del principio de efectividad y del derecho de los particulares a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados deben poder solicitar la reparación, no sólo del daño emergente, sino también del lucro

En lo que al Derecho español concierne, se contemplan dos vías distintas para el resarcimiento por daños y perjuicios, una es la contractual (artículo 1101 CC) y la otra es la extracontractual (1902 CC). Esta última es el cauce ordinario para solicitar el resarcimiento por los perjuicios causados por la vulneración de normas *antitrust* que impone a quien cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia la obligación general de reparar el daño causado[457]. Hasta hace muy poco, con la antigua Ley de competencia 16/1989, el ejercicio de las acciones indemnizatorias ante la jurisdicción civil era compleja pues se exigía como requisito de procedibilidad la existencia de una resolución administrativa previa y firme que declarase tal infracción (artículo 13.2). Esto para las infracciones de la norma de competencia interna, en cambio para las reclamaciones fundadas en los artículos 101 y 102 TFUE el requerimiento era de dudosa exigencia porque las normas comunitarias están dotadas de efecto directo y si bien deben aplicarse de acuerdo al cauce interno de cada Estado miembro no deben recibir un tratamiento que haga imposible o excesivamente difícil la satisfacción de la pretensión tal como lo ha declarado reiteradas veces el Tribunal. Tendría que dilucidarse si el requisito de procedibilidad hace imposible o excesivamente difícil la satisfacción del derecho garantizado por las normas comunitarias, sin embargo, tales consideraciones serían en vano porque el panorama actual ha cambiado. Con la nueva Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, en vigor el 01 de septiembre, el artículo 13.2 ha sido derogado y por tanto, la jurisdicción mercantil es competente para aplicar directamente (sin que sea exigible la declaración en vía administrativa de la existencia de una infracción) los artículos 101 y 102 TFUE, y los artículos 1 y 2 de la nueva LDC con todas las consecuencias civiles, tal como se reconoce en la Disposición adicional primera.

J. Exención de la prohibición de los pactos limitativos de competencia

La prohibición establecida en el artículo 101.1 TFUE, como se ha indicado

---

cesante, así como el pago de intereses" (punto 100).

457 La responsabilidad contractual dimana por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales y en los supuestos en que un acuerdo resulta nulo por atentar contra la libre competencia (artículos 101 y 102 TCE o arts. 1 y 2 LDC) no podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales, (salvo que el contrato del que se pretende la nulidad sea considerado válido y se rehúsa el cumplimiento de las obligaciones) sino una reparación del daño causado por una acción omisión con culpa o negligencia, esto es, por vía de la responsabilidad extrancontractual del artículo 1902 CC.

previamente, no es absoluta pues en el apartado tercero de mismo artículo se establece la posibilidad de que determinados acuerdos, decisiones y prácticas concertadas puedan exceptuarse de la prohibición en atención a los efectos más beneficiosos que perjudiciales para la competencia.

El desarrollo de la aplicación del artículo 101.3 TFUE (antiguamente artículo 81.3) se realizó a través del Reglamento CE 17/62 que estableció la necesidad de notificar a la Comisión todos los acuerdos restrictivos de la competencia para que ésta procediera a su autorización o no en virtud de considerarse cumplidos los requisitos que el mismo artículo establece. Posteriormente se procedió a la aprobación del Reglamento 19/65, que estableció que la Comisión podía por vía reglamentaria declarar que determinados grupos de acuerdos utilizados con habitualidad cumplían los requisitos del artículo 101.3 TFUE, por lo que quedaban exentos de notificación. Así, la autorización de los acuerdos en principio restrictivos podían ser de dos clases: autorizaciones singulares o de exenciones por categorías. En el primer caso, las empresas llegaban a un acuerdo que restringía la competencia, pero como entendían que se daban las condiciones de autorización, presentaban una notificación a la Comisión con el fin que se les concediese una autorización singular para ese específico pacto. La ausencia de esa autorización hacía que el acuerdo *a priori* fuese considerado nulo al no existir pronunciamiento expreso positivo de la Comisión. En segundo término, las autoridades de competencia también podían autorizar determinados tipos de acuerdos en bloque, mediante la publicación de un Reglamento de exención por categorías en las que se detallaban las condiciones que cada tipo de acuerdo debía cumplir para considerarse autorizado. Así, siempre que entraran en el ámbito del artículo 101.1 TFUE las prácticas colusorias que cumplieran las condiciones del reglamento quedarían automáticamente exceptuadas sin requerir previa notifica-ción, examen, ni ninguna decisión de la Comisión a tal efecto[458].

Se procedió a la distinta elaboración de reglamentos de exención por categorías sobre distintos tipos de acuerdos, básicamente sobre acuerdos verticales[459]. En cada exención aparecían tres tipos de cláusulas con

[458] Cfr. WAELBROECK, Michael y FRIGNANI, Aldo, ob. cit., pp. 590 y ss.

[459] En concreto, existía un Reglamento para los acuerdos de distribución en exclusiva, otro para la compra en exclusiva, otro para gasolina e incluso unos que regían exclusivamente para la distribución de cerveza y gasolina. Hoy en día, todos ellos derogados, sin embargo

consecuencias jurídicas distintas. El primer grupo recibía el nombre de *lista blanca,* que se consideraban del todo exceptuadas de prohibición, independientemente de las cuotas de mercado o de cualquier otra circunstancia. El segundo grupo era de *lista negra*, allí se establecían las cláusulas que bajo ninguna circunstancia quedaban cubiertas por la exención por sus importantes efectos anticompetitivos. El tercer y último bloque era el de la *lista gris* que abarcaba cláusulas que quedaban o no permitidas en función de las circunstancias[460]. Este sistema sectorial de autorización previa centralizada en la Comisión que echó mano de los Reglamentos de exención como único medio para escapar del trámite de la notificación fue muy criticado porque además de la lentitud en el trámite del otorgamiento (o no) de las autorizaciones, se echaba en falta una mayor perspectiva económica en los Reglamentos al estar elaborados centrándose en un análisis jurídico-formal y no en los efectos económicos de las cláusulas en el mercado. Se desconocía que cláusulas diferentes pueden tener efecto idéntico en la competencia, y que cláusulas similares pueden tener distinto efecto en función del contexto específico de los partícipes y de las características del mercado relevante. Ello provocó que los empresarios se acogieran literalmente a las cláusulas incluidas en las listas blancas sin adaptarlas a sus necesidades particulares por temor a que se considerara que el acuerdo no estaba amparado por el Reglamento que de ser el caso debían someterse al costoso y largo trámite de notificación y autorización. En definitiva, se calificaba de inflexibles a las exenciones por categorías y se les acusaba de promover un encorsetamiento de los tipos contractuales, lo que parece poco compatible con el principio de libertad contractual en el que se basan los sistemas de derecho de obligaciones de todos los Estados miembros y además, desde la perspectiva económica, se obligaba al operador comercial a no elegir la opción más eficiente, sino aquel que se ajustara a la exigencia reglamentaria[461].

---

pueden verse con detalle en los puntos 121 a 178 del *Libro Verde sobre las Restricciones verticales.* Señala así mismo la Comisión que de las notificaciones recibidas, un importante número se refería a restricciones verticales, por lo que no es de extrañar que la utilización y elaboración de Reglamentos de exenciones por categorías haya sido en mayor en el ámbito de las restricciones verticales que en el de las horizontales, lo que resulta comprensible porque, como se ha visto ya, es más probable que una restricción vertical resulte procompetitiva a que lo sea una horizontal, pues la experiencia ha demostrado que en la gran mayoría de casos es así.

460 Cfr. Libro Verde sobre las Restricciones verticales, puntos 99 y 100.

461 En torno al problema de encorsetamiento (efecto "camisa de fuerza") *Vid.* WAELBROECK, Michael y FRIGNANI, Aldo, ob. cit., pp. 569 y ss.

El Reglamento comunitario 1/2003 comenzó a aplicarse en mayo de 2004 y ha modificado sustancialmente el sistema de aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE[462]. Esta nueva disposición supone un cambio radical en el sistema de aplicación de autorización previa centralizada en la Comisión a de *excepción legal descentralizada.* En el considerando tercero de la norma se reconoce expresamente que el régimen centralizado establecido por el anterior Reglamento no estaba ya en condiciones de garantizar el equilibrio entre una supervisión eficaz de la libre competencia y la simplificación del control administrativo, además de generar importantes costes a las empresas. Con el nuevo sistema el control se ejerce *a posteriori,* ello quiere decir que los acuerdos que en principio restringen la competencia (porque se dan las circunstancias previstas como prohibidas en el Tratado) pero cumplen con las condiciones de exención, son desde el comienzo válidos y aplicables, sin que sea necesaria una resolución administrativa previa de autorización (artículo 1.2) dejando margen a que sean las empresas quienes en función a sus metas económicas, estén en disposición de catalogar si sus acuerdos se ajustan al Derecho *antitrust* sirviéndose del amplio *case law* comunitario de guía[463]. Junto a ello, aunque haya desaparecido el trámite de la autorización singular, a las empresas les queda la posibilidad de plantear a la Comisión consultas sobre la licitud de sus conductas en el mercado aunque ésta sólo se compromete a resolver aquellas preguntas que planteen cuestiones nuevas o sin resolver sobre la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, las cuales serán respondidas mediante las denominadas *cartas de orientación*[464].

En cuanto a la descentralización, con el anterior Reglamento las autoridades nacionales de competencia y los Tribunales ordinarios del los Estados miembros tenían la facultad de aplicar los artículos 101 y 102 (podían declarar la nulidad) pero sin pronunciarse sobre las condiciones de eximirlo de

---

462 Reglamento del Consejo 1/200, de 13 de diciembre de 2002, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.* DOCE núm. L1/1 de 4 de enero de 2003.

463 Este nuevo sistema encuentra paralelismo en el artículo 1 de la *Sherman Act*. Ahora ambas se caracterizan por reducir al máximo la intervención pública sobre el mercado y dejar a las empresas la responsabilidad de valorar por si mismas la legalidad de sus acciones. Cfr. GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando, ob. cit., p. 629.

464 *Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado que surjan en los asuntos concretos (cartas de orientación),* 27 de abril de 2004.

la prohibición general. Si se discutía la posible exención del pacto, los órganos nacionales debían suspender el procedimiento y solicitar a las autoridades comunitarias que se pronunciaran sobre el mismo[465]. Ahora, con el nuevo Reglamento las autoridades nacionales son competentes para aplicar el artículo 81 en su conjunto, es decir, cada vez que aplican el apartado primero deben decidir también si se dan las condiciones de exención del apartado tercero. La descentralización de esta medida es de fundamental importancia pues a partir de ahora la responsabilidad principal sobre la aplicación del Derecho comunitario de la competencia recae sobre los órganos de los Estados miembros. Ello claramente supone el riesgo la uniformidad de aplicación por la pluralidad de autoridades encargadas en la materia, sin embargo para solucionar este inconveniente se han establecido diversos mecanismos, que entre otros, refieren a la exclusividad de la Comisión para conocer asuntos, es decir, no pueden haber dos expedientes paralelos sobre los mismos hechos (la Comisión se reserva para sí el examen del caso), asegurando de este modo que la Comisión se pronuncie sobre asuntos de mayor importancia o de aquellos que planteen cuestiones controvertidas. Además, no se podrá resolver en forma incompatible con una decisión previa de la autoridad comunitaria (se evitan los pronunciamientos contradictorios); la Comisión tiene publicados y publica directrices y reglamentos para orientar la aplicación de las autoridades nacionales, imponiendo además la colaboración entre las distintas autoridades[466].

[465] Las limitadas atribuciones de los órganos nacionales se tradujeron en una aplicación casi testimonial del Derecho comunitario. Las empresas preferían acudir directamente a la autoridad de competencia para aplicar directamente el artículo 81 en su conjunto. Cfr. GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando, ob. cit., p. 612.

[466] Ver especialmente los artículos 11, 12 y 16 del Reglamento 1/2003. Adicionalmente el Reglamento prevé que la aplicación de la ley nacional no podrá suponer la prohibición de acuerdos entre empresas que no estén prohibidas por las normas comunitarias sin embargo no ocurre lo mismo en los casos de abuso de posición dominante pues se admite que las legislaciones nacionales sean más estrictas que el Derecho comunitario (considerando octavo). Es importante además revisar el *Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria,* especialmente el capítulo V.

CAPÍTULO III

VISIÓN DINÁMICA DEL PACTO DE EXCLUSIVA

Cuando se considera la conducta integradora de un supuesto, se piensa, sin más, en una obligación positiva de dar o hacer, pero la realidad social es suficiente para demostrar la masiva presencia de las obligaciones negativas en el tráfico jurídico. Desde el punto de vista cuantitativo, las obligaciones de no hacer en el orden jurídico práctico constituyen casos tan frecuentes como las de naturaleza positiva; desde el punto de vista cualitativo, las dificultades que van implícitas en las obligaciones de signo negativo son superiores, no sólo por su especial configuración y específica complejidad, sino también por su escaso estudio a profundidad en la doctrina, considerando, sobre todo, que sus posibilidades de conformación y uso son infinitas y cada vez más dinámicas[467].

En este capítulo interesa centrarse en el cumplimiento del pacto de exclusiva en tanto obligación negativa integrada generalmente en un negocio de signo positivo y las vicisitudes que surgen en el camino que pueden conllevar el fracaso de la obligación plasmada en un incumplimiento definitivo. Esto es, importa la posibilidad de cumplimientos graduados, pasando por el tan poco pacífico tema de la mora, tratando de ofrecer planteamientos distintos a los que suele manejar la doctrina tradicional.

El pacto de exclusiva, como todos los acuerdos, se recoge en un contrato con el afán de ser cumplido. Esto no es otra cosa que la ejecución exacta que el acuerdo se propone. Es verdad que todo cumplimiento está condicionado por los requisitos de identidad, integridad e indivisibilidad, pero también lo es que

---

[467] Cfr. RUÍZ VADILLO, Enrique, "Las obligaciones negativas en el Derecho español", en *Pretor*, núm. 238, Madrid, 1976, pp. 356 y ss.

la interpretación de estos elementos ha de hacerse sin perder de vista la finalidad última que con el negocio jurídico en concreto se pretende.

I. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

Para llegar a conclusiones adecuadas es menester realizar algunas precisiones terminológicas sobre lo que se entiende por cumplimiento, cumplimiento parcial, defectuoso e incumplimiento. Cumplir una obligación es plasmar, mediante actos de uno u otro signo, el plan completo y exacto que fue establecido a la hora de la determinación del vínculo.

La obligación se cumple con el desarrollo de las actividades positivas y negativas que previamente fijadas satisfacen el interés del acreedor. En sentido estricto, cumplimiento es solamente aquel que se produce como resultado del modo debido, en el tiempo y lugar debidos[468]. La exactitud de la prestación es un requisito que deriva de la noción misma de cumplimiento. Solo existe un verdadero pago en la medida en que la actividad del *solvens* se adapta al programa que fue establecido[469]. La doctrina distingue tres elementos como integrantes de este requisito de exactitud: la identidad (artículo 1166 CC)[470], la integridad (artículo 1157 CC)[471], y la indivisibilidad (artículo 1169 CC)[472].

---

468 Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, ob. cit., p. 352, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, Rev. de Derecho Privado Madrid, 1956, pp. 42 y ss.

469 Esta idoneidad y exactitud será valorada inicialmente por el acreedor quien puede rechazar motivadamente la prestación ya ejecutada, quedando entonces en manos de los tribunales la justificación y la procedencia de esa actitud.

470 La identidad de la prestación, en principio, favorece tanto al deudor como al acreedor al permitirles conocer cuál ha de ser la desembocadura normal de la relación obligatoria. Más, de no mediar la voluntad favorable del acreedor, el deudor no puede llevar a cabo prestaciones distintas a la establecida, pues la entrega de *aliud pro alio* genera el incumplimiento de la obligación y el acreedor puede resistirse legítimamente a la recepción de la prestación distinta sin que sea constituido en mora *creditoris*, ni por consiguiente quepa el pago mediante consignación. La identidad de la prestación no alcanza sólo a los aspectos principales de la prestación, sino que comprende incluso las cuestiones de orden secundario o accesorio.

471 De alguna forma, la identidad y la integridad de la prestación se encuentran profundamente relacionadas, pues es evidente que si la prestación ofrecida por el deudor (por ser incompleta) no es exactamente la misma contemplada en el título constitutivo de la obligación, se estaría conculcando el requisito de la integridad. La integridad de la prestación supone que en las obligaciones de dar, la entrega se encuentra referida tanto a la cosa adecuada como a sus frutos y accesorios. En el caso de obligaciones pecuniarias que generan intereses la prestación debe alcanzar el principal adecuado y a los intereses vencidos. La integridad de la

Para que se produzca el cumplimiento de la obligación la prestación ejecutada ha de ser idéntica a la convenida. La entrega de una cosa distinta no origina el efecto solutorio perseguido, salvo que el acreedor acuerde con el deudor que aceptará esa otra cosa. En tal caso, se afirma de manera general que se produce una novación de la obligación primigenia al sustituirse el objeto debido[473]. Esta exigencia se recoge en los artículos 1161 y 1166 CC. Si bien el Código civil guarda silencio en esta cuestión respecto a las obligaciones negativas, la existencia de identidad queda patente, de acuerdo a la doctrina, en dos sentidos. Por un lado, la imposibilidad contra la voluntad expresa del acreedor de que se sustituya el hecho omisivo debido por otra prestación. Esta otra prestación por la que se podría pretender intercambiar la originaria puede consistir bien en un dar, hacer o no hacer; que a su vez, cabría referir a comportamientos omisivos que verse sobre una materia distinta a la convenida, o bien a la realización de una actividad abstencionista por un periodo de tiempo diferente al convenido[474].

Por otro lado, se afirma que queda plasmada la total dificultad que pueda ser desarrollada la prestación por sujeto distinto al obligado. Las obligaciones negativas son por su propia naturaleza de carácter personalísimo y su cumplimiento únicamente puede ser llevado a cabo por el sujeto obligado, el deudor[475]. Sin embargo, como se ha dicho en apartados previos, considerar que

---

prestación excluye, en principio, que el cumplimiento o pago de la misma pueda realizarse pro partes o de forma fraccionada aunque el objeto de la prestación sea por naturaleza divisible. Por tanto, cuando el deudor tenga pretensiones de realizar el pago parcialmente, el acreedor podrá legítimamente rechazar el pago.

472 La regla de la indivisibilidad de la prestación conoce, no obstante, frecuentes excepciones. Según el Código Civil, a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación. Sin embargo, cuando la deuda tuviera una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda. Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, ob. cit., p. 199.

473 Cfr. BELTRÁN HEREDIA, José, ob. cit., p. 211.

474 Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "Artículo 1166 CC", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales,* dirigido por ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, I, Madrid, 1980, p. 101.

475 Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., pp. 112 y ss., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, op. cit., p. 63, en el mismo sentido, Manresa considera que "aunque la ley no lo dice, es claro (y por su evidencia no lo dice en aquélla) que el cumplimiento por un tercero no se extiende, salvo casos muy excepcionales, a las obligaciones de no hacer, puesto que la omisión por una persona extraña es lo natural que ni cumpla con los fines de la obligación, ni impida al deudor la ejecución por sí del acto prohibido". Cfr. MANRESA Y NAVARRO,

todas las obligaciones negativas son por naturaleza personalísimas no es una afirmación que comparta sin matices, se deja fuera, por ejemplo, toda la contratación con personas jurídicas o entre empresas que si bien realizan negocios de confianza no siempre son personalísimos, tal es el caso de la transferencia de exclusiva en compraventa de empresa donde se traslada la exclusividad como un bien intangible, o las cesiones de exclusiva en diversos contratos en general[476].

En cuanto al cumplimiento parcial, como un primer acercamiento y tal como su nombre lo dice, sólo se ha ejecutado una fracción de la prestación; en cambio, en el cumplimiento defectuoso la prestación se ha realizado íntegramente, pero con imperfecciones[477]. En estos casos de cumplimiento inexacto la conducta observada por el deudor no es plenamente concordante con el programa de prestaciones establecido, más no puede calificarse propiamente de incumplimiento por cuanto no ha quedado frustrado completa o definitivamente el interés del acreedor. Tal inexactitud puede referirse al objeto de la prestación (por infracción de los presupuestos de identidad o integridad, cuando la omisión observada no es la debida o no lo es completamente[478]), al tiempo o al lugar de la prestación (piénsese en una

---

José María, *Comentarios al Código civil español*, Reus, Madrid, 1968, p. 268.

476 Para precisar el concepto, cabe distinguir las llamadas obligaciones personalísimas de las relaciones obligatorias con base en la confianza. En estas últimas, si bien se permitirá la disolución de la relación desde el momento en que falte aquella confianza, no impide, en todo caso, el cumplimiento por un sujeto distinto del deudor. Un buen ejemplo lo podemos encontrar en la regulación del contrato de mandado, clásico ejemplo de relación de confianza en la que se permite la sustitución del mandatario (artículo 1721 CC). Sin embargo, la confianza no se trunca por la razón que un mandatario designe a un tercero sustituto para que realice el mandato, sino que la confianza continua realizando su función en la responsabilidad en que incurrirá el mandatario si ha designado a persona insolvente o notoriamente incapaz para realizar la tarea encomendada. Así, la relación de confianza implica que el acreedor considera como elemento importante la responsabilidad, la solvencia, así como el cuidado y la diligencia en la realización de la prestación pero no se extiende necesariamente a la consideración de que sea el mismo sujeto en persona quien tenga que ejecutar cada una de las labores encomendadas. Cfr. CECCHINI ROSELL, Xavier, ob. cit. pp. 1034 y ss.

477 Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit., p. 353.

478 Los artículos 1166 y 1167 CC relativos a la identidad, mencionan únicamente las obligaciones de dar y de hacer, previniendo que ni puede obligarse al acreedor a recibir una prestación diferente aunque sea igual o mayor que la debida, ni puede ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del deudor. El silencio respecto de las obligaciones negativas es, en este caso, demoledor: resulta notorio que el Código no concibe, o al menos no piensa en que un deudor de omisión pueda plantear al acreedor realizar una prestación distinta, o un acto de abstención o tolerancia diferente, en mucho o en poco, del estrictamente debido. Pero tales silencios no imponen necesariamente la inaceptabilidad de un cumplimiento defectuoso por

exclusiva respecto de un área geográfica que, conscientemente o por error, se cumple en todas menos en una de las zonas otorgadas)[479].

Entre las hipótesis de cumplimiento inexacto en materia de obligaciones negativas, pueden mencionarse sin ánimo exhaustivo: la no realización u observancia incorrecta o incompleta de deberes accesorios o instrumentales establecidos al configurar la abstención, sean de carácter positivo o negativo, cuya infracción, en principio, no supone un incumplimiento propio y definitivo, además de la no realización de alguna de las prestaciones singulares fijadas en el marco de una relación obligatoria compleja. Si las prestaciones singulares son equivalentes en su función económica y proporcionales en relación al todo, se hablará de un cumplimiento inexacto por parcial, más que defectuoso. Piénsese en las exclusivas que se infringen respecto de solo alguno de los productos contratados, o si se respeta la exclusiva territorial pero se infringe en algún punto geográfico, no incidiendo ello en un incumplimiento propio[480].

DÍEZ-PICAZO, tras analizar el supuesto del pacto de no concurrencia en que se lleva a cabo el acto que lesiona el derecho del competidor (o de beneficiario de la exclusiva en nuestro caso de estudio), continuando la prestación por ser posible para lo sucesivo, concluye que, si aislada la conducta de contravención de la obligación negativa no determina una frustración del fin del negocio, subsistirá la obligación y podrá hablarse de un cumplimiento defectuoso[481]. Así, no toda desviación del programa contractual ha de calificarse como incumplimiento propio y definitivo.

La perspectiva para graduar y calificar el incumplimiento no ha de centrarse en la visión que de la prestación tenga el deudor sino en el interés

examen de las condiciones de identidad e integridad, por el contrario, ha de pensarse que las normas mencionadas no agotan la posible gama de hipótesis de situaciones defectuosas, ni establecen un régimen unitario de consecuencias jurídicas. La exclusión de las obligaciones negativas no esta justificada. Cfr. FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, ob.cit., p. 243 y ss.

479 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos*… cit., 1996, pp. 666 y ss., MONTÉS PEDANÉS*, El incumplimiento de la obligación…* cit, pp. 193 y ss.

480 En este análisis se comprenden las inexactitudes de las dos modalidades típicas indicadas, es decir, la relativa a la identidad de la obligación (incumplimiento defectuoso), y la que se refiere a su integridad (incumplimiento parcial). Sin embargo, los efectos son sustancialmente idénticos en uno y otro caso y a la vez distintos de los que produce el incumplimiento propio y definitivo. En este sentido *Vid*. FERRER SAN-SEGUNDO, María José, ob.cit., pp. 245 y ss.

481 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…* cit., pp. 663 y ss.

crediticio del contrato a luz de los criterios de posibilidad, idoneidad y utilidad, es decir, en lo que legítima y razonablemente se esperaba de la relación obligatoria. Sólo la frustración definitiva del fin perseguido o de la función económico-jurídica del negocio supondrá la calificación de la infracción como incumplimiento propio con el correspondiente resarcimiento integral y, en su caso, resolución contractual. Ello aunque la prestación sea todavía de posible realización desde el punto de vista objetivo[482]. Si el cumplimiento es ya imposible, ha quedado frustrado en grado relevante el fin del negocio o al beneficiario del pacto no le han sido útil las abstenciones previas a la infracción ni le son útiles ya las futuras, se produce la lesión de la función satisfactiva, la inhabilidad del objeto, la desaparición de la base del negocio y la quiebra definitiva de la obligación. En tal caso, el acreedor podrá optar por que se declare el incumplimiento del deudor y subsiguientemente, se condene a la reparación pecuniaria y a la exoneración en la realización de la propia prestación[483].

El pacto de exclusiva, como se ha dicho, puede ser integrado en una amplia gama contractual, tanto en relaciones de tracto único como sucesivo o periódico, de manera que el cumplimiento o incumplimiento tendrá un tratamiento matizado de acuerdo al negocio en el que se integre. Además, al cumplimiento de la prestación se encuentran estrechamente ligadas otras cuestiones: la posibilidad de divisibilidad de la obligación negativa propiciada por el juego del elemento temporal; el cumplimiento parcial y la mora en las obligaciones negativas; la aplicación íntegra o parcial de la cláusula penal pactada , temas que se desarrollarán en los apartados siguientes.

II. CUMPLIMIENTO INEXACTO

La doctrina, en una muy importante mayoría, hace coincidir en las obligaciones negativas: acción (acto contrario a la omisión) con incumplimiento total y definitivo[484]. Se deduce que en las obligaciones negativas no se

---

482 Cfr. ESPERT SANZ, Vicente, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968.

483 Puede solicitar, asimismo, que se decrete la resolución de la relación obligatoria de modo que se devuelva la contraprestación por él entregada a cambio de la omisión inadecuadamente observada En todos los supuestos anteriores, el acreedor va a poder solicitar acumuladamente, como con carácter general lo anuncia el 1124 CC, la indemnización por daños y perjuicios en la medida que acredite su existencia, extensión y cuantía.

484 En las obligaciones negativas parece que sólo existen dos caminos: cumplimiento

admite un cumplimiento con graduaciones, ni tardío[485]. A la misma conclusión parece llegarse con la lectura del Código civil. Sin embargo, las imperfecciones en el cumplimiento de las obligaciones positivas son casi de manera incondicionada trasladables a la obligación negativa. Por ejemplo, en un contrato de suministro donde el deudor del pacto se obliga a vender cemento en exclusiva al acreedor en una determinada zona, es cierto que en esta obligación debe materializarse el cumplimiento de los requisitos de identidad, integridad e indivisibilidad. Identidad significa que sólo habrá cumplimiento cuando la abstención coincida con la convenida. La integridad supone que el deudor ha de omitir el suministro a cualquier otra persona que no sea su contraparte en el contrato. Indivisibilidad, que no puede fraccionarse el cumplimiento de la abstención, esto es, que debe mantener la conducta omisiva por todo el tiempo que dura el acuerdo. No obstante, si se quebranta la exclusiva, dependiendo de las circunstancias con arreglo a criterios comerciales o de tráfico social normal, habrá que decidir si el *quantum* del incumplimiento es merecedor del calificativo de total o si se trata de un cumplimiento parcial o defectuoso. Si el deudor suministra periódicamente una producción de un doscientos kilos de cemento en la zona otorgada en exclusiva, mal podrá afirmarse que una venta de unos sacos de cemento a un comprador concreto genere un incumplimiento total o propio, ello sin perjuicio de corregir

exacto o incumplimiento definitivo con pago de daños. Sin embargo, un acercamiento a la cronología del incumplimiento puede demostrar que existen otras alternativas. Si el deudor realiza lo que no debe, el acreedor puede pedir y el juez exigir al deudor que cumpla, cuando ello sea posible, dejando de hacer lo que indebidamente esta haciendo. Como señala la doctrina, en la prestación de no hacer, dentro de la ejecución forzosa, por aplicación de los artículos 1098 y 1099 CC, hay base para imponer coactivamente el deber de omisión y sólo en el caso de que este deber deje de observarse después de dictada la sentencia, ha de acudirse a la indemnización de daños y perjuicios, único medio de evitar que la sentencia misma quede privada de eficacia. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, ob. cit., p. 123. Algún autor se cuestiona si el ordenamiento jurídico tiene otras formas más enérgicas para luchar socialmente contra quienes se sitúan en una posición de rebeldía dentro del campo de las relaciones privadas. Así, se afirma que cuando el deudor, pudiendo omitir una conducta que él mismo libre y lícitamente limitó, no lo haga, pueda, a instancia del acreedor, ser requerido por el juez a fin de que a partir de dicho requerimiento se abstenga de hacerlo, y en caso que persista en su rebeldía, ser condenado como autor de un delito o falta de desobediencia, con independencia del resarcimiento económico que por vía civil (no penal) obtendría el perjudicado. Cfr. RUÍZ VADILLO, Enrique, ob. cit., pp 380 y ss.

485 Entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Instituciones*… cit., 675, y *Comentarios… Artículo 1100*, pp. 353; LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, ob. cit., II, p. 246; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*…, III, p. 182; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de las obligaciones*…cit., p. 166; PUIG PEÑA, *Compendio…* cit, III, nota 20, p. 174.

económicamente los daños y mantener en sus límites de máxima corrección de la relación jurídica quebrantada[486].

Aun más, imaginemos que el deudor lleva a cabo una actividad omisiva a la que estaba obligado durante un tiempo concreto y posteriormente la contraviene efectuando la actividad vedada (pacto de exclusiva por cinco años y sólo cumple dos años). ¿Dicha infracción implicará que tenga que ser calificado el comportamiento del deudor como incumplimiento total y definitivo? MARTÍNEZ CALCERRADA entiende que sí, porque en este tipo de obligaciones, que se extienden en el tiempo, no pueden consentirse en el proceso de su desarrollo ni interrupciones, ni satisfacciones parciales. Apoya esta tesis en la argumentación de que los incumplimientos parciales de la prestación son inviables, según se dispone en los artículos 1517 y 1169 CC y que, por tanto, la obligación de este género es insusceptible de un quebrantamiento parcial[487].

Ahora bien, en primer lugar un dato objetivo es que se ha actuado conforme a la obligación durante algún tiempo, y que, en consecuencia, al menos materialmente, no se puede decir que ha sido totalmente incumplida. En segundo lugar, es primordial la intensidad del interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación restante. En tercer lugar, la voluntad del deudor de querer que se ejecute la actividad omisiva. La combinación de estos tres elementos nos dará la solución a las distintas hipótesis que se puedan plantear. En este sentido, afirma DÍEZ-PICAZO que si la aislada conducta de contravención de la obligación negativa no determina la frustración del fin del negocio, ésta subsiste y puede hablarse de un cumplimiento defectuoso, y por tanto, no siempre la contravención habrá de considerarse incumplimiento definitivo[488].

Partamos de la hipótesis menos complicada, aquella en la que la prestación omisiva ha sido mantenida durante un período de tiempo, pero no

---

[486] Cfr. RUÍZ VADILLO, Enrique, ob. cit., pp. 369 y ss. En este sentido, si la obligación lleva aparejada una cláusula penal, será el juez quien determinando la intensidad del quebrantamiento fijará prudencialmente la pena. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "La cláusula penal en la resolución del contrato", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Pablo Rodríguez Grez*, ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile, 2009, pp. 342 y ss., ESPÍN CÁNOVAS, Diego, "La cláusula penal en las obligaciones contractuales", *RDP*, Madrid, 1946, p. 45.

[487] Cfr. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, "Cumplimiento defectuoso de la prestación", en *RCDI*, 1976, p. 1362.

[488] Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…* cit, p. 549.

íntegramente, y al acreedor no le resulta ya interesante la actuación omisiva que resta, porque el fin económico del contrato se ha frustrado. En este supuesto estamos claramente ante una situación de incumplimiento definitivo, tal como ocurre en el caso en que la vulneración del acuerdo ha originado que la prestación se vacíe de contenido. En este sentido, no se genera la misma repercusión en un contrato de agencia inmobiliaria con exclusiva, donde la vulneración del pacto conlleva al incumplimiento definitivo sin más, que la vulneración de la exclusiva en un contrato de distribución mercantil, puesto que, en el primer supuesto, una vez vendido el bien inmueble ya no queda objeto sobre el cual recaiga la exclusiva, se agotó el contenido. En cambio, la valoración que se haga en el segundo escenario ha de tener en cuenta la porción que corresponde a la actuación obligacional beneficiosa para el acreedor, ya que el alcance resarcitorio e incluso sancionador, conforme al 1101 CC es distinto al del incumplimiento absoluto; razón por la cual en la última conducta referida resulta más apropiado que quede incursa en el ámbito del cumplimiento defectuoso de la prestación que en el del incumplimiento[489].

Con esto, lo que se pretende decir es que no todas las vulneraciones a la exclusiva tienen la misma entidad, ni originan los mismos efectos. Habrá de estar al negocio jurídico dentro del cual se encuadren. No siempre que el deudor haga algo de lo que se obligó a no hacer debería afirmarse un incumplimiento total. Las fases del cumplimiento habrán de ser contempladas en función de unos criterios de flexibilidad ajustados al interés del acreedor, quien sopesará si se ha frustrado el fin del contrato; esto es, si completar la ejecución carece o no de interés y utilidad.

Otra situación es aquella que encontramos cuando la prestación que ha sido parcialmente desarrollada resulta aún de interés para el acreedor, mas, el deudor no quiere mantener ese comportamiento. La doctrina, para estos casos, remite a medios conminatorios e inhibitorios, a medidas y pretensiones preventivas tendentes a conseguir el cumplimiento o, en su caso, ejecución de la condena de no hacer o deshacer lo indebidamente hecho[490]. Es menester

---

489 DÍEZ–PICAZO al clasificar los tipos de inexactitud referibles al cumplimiento contempla la inexactitud que se refiere al objeto de la prestación (cfr. *Fundamentos*…cit., pp. 700 y ss.). En igual sentido MOISSET DE ESPANÉS, *Incumplimiento y mora*…cit., pp. 225 y ss.

490 Señala FERRER DE SAN-SEGUNDO que las garantías constitucionales que exigen la tutela judicial efectiva y el respeto a las resoluciones dictadas por los Jueces y Tribunales junto a las posibilidades jurídicas de obtener la ejecución, permiten afirmar que el obstáculo que supuso el brocardo *Nemo praecise ad factum cogi potest* al impedir la coerción sobre la

tener en cuenta que la aplicación del principio *Nemo praecise ad factum cogi potest* (nadie puede obligar a la ejecución personal de un hecho) ha sufrido una evolución desde de la época de la codificación francesa hasta nuestros días. Del principio de la incoercibilidad de la voluntad como axioma básico, que implicaba el máximo respeto para el deudor de una obligación negativa y su resolución en la valoración pecuniaria si éste se negaba a efectuarla, se ha pasado a entender que no es posible que el cumplimiento de una relación dependa del capricho del obligado, y, en consecuencia, se tiende a que el deudor efectúe los actos que son debidos mediante la articulación de medidas que posean efectividad real. No obstante, aunque en las obligaciones de dar y hacer cabe la ejecución forzosa de la prestación a costa del deudor (artículos 1096, 1098 y 1161 CC), en las obligaciones de omisión o positivas personalísimas no parece que tenga siempre cabida tal compulsión[491].

A. La potencial divisibilidad del cumplimiento del pacto de exclusiva

Dividir una obligación implica que una única prestación sea susceptible de fraccionamiento y que pueda ser cumplida por la parte. El artículo 1151 CC señala que "se reputarán indivisibles las obligaciones que no sean susceptibles de un cumplimiento parcial"; *contrario sensu,* se considerarán divisibles las obligaciones que puedan ser cumplidas parcialmente.

En las obligaciones negativas se ha afirmado, con mayor o menor rotundidad, que éstas son generalmente indivisibles, dado que la prestación de la actividad omisiva no es susceptible de ser satisfecha parcialmente, quedando incumplido completamente el deber jurídico asumido con un solo acto de contravención[492]. HERNÁNDEZ GIL afirma que las obligaciones que tienen por objeto una prestación de no hacer, son casi de modo absoluto indivisibles, pues,

---

voluntad del condenado se debió a una interpretación errónea de los glosadores, que invirtió la línea evolutiva del derecho intermedio recogido en nuestra tradición histórica y que ha sido superado y ya no puede sostenerse. Ello porque los artículos 24.1 y 118 CE, reforzados por el artículo 18.2 de la LOPJ exigen que las sentencias se ejecuten en sus propios términos, adoptando el órgano judicial las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria (Cfr. ob. cit., p. 286 y ss.).

491 Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, "Obligaciones negativas incluidas en la Ley de propiedad intelectual", en *Revista jurídica de Navarra*, Gobierno de Navarra, Departamento de la Presidencia e Interior, núm. 9, 1990, p. 157. Asegura que la conminación es casi siempre posible FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, ob. cit., pp. 340 y ss.

492 Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, *La obligación*… cit., pp. 84 y ss.

la ejecución de todo acto positivo que resulte prohibido a consecuencia del deber asumido no es un parcial cumplimiento del deber de omisión, sino su incumplimiento. En la prestación positiva el cumplimiento no íntegro puede reportar una parte del cumplimiento; pero en la prestación negativa no es así, pues cuando alguna acción que debió omitirse se realiza, no se fracciona meramente el cumplimiento, sino que se efectúa algo totalmente contrario e incompatible con él[493]. En resumen, se consideran indivisibles en razón a que la abstención prometida no puede estimarse cumplida sino cuando es íntegramente respetada[494].

En este sentido, el Tribunal Supremo declaró en la sentencia de 10 de mayo de 1912 que la obligación contraída por dos personas de no poder dedicarse durante un plazo de diez años a determinados negocios, tiene para ambas partes el carácter de indivisible, y por tanto, la infracción de una obliga a la otra, motivándose por ello, a la rescisión del contrato[495].

Estas afirmaciones que niegan la divisibilidad de la obligación negativa, considero que son, al menos, discutibles, que no puede confirmarse sin matices. El mismo artículo 1151 CC así lo concibe cuando en un pronunciamiento escasamente esclarecedor señala que "en las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación, en cada caso particular". El legislador deja abierto la posibilidad para que puedan coexistir el carácter de obligación negativa y la condición de divisibilidad[496]. Se ha razonado que es distinta a estos efectos la obligación comprometida por tres copropietarios de una finca de dejar pasar por el fundo común, en la que basta que uno de ellos lo impida para que se produzca un incumplimiento total, de la asumida por tres comerciantes de no competir en determinada zona. En esta

---

493 Cfr. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, ob. cit., p. 166. En el mismo ESPÍN CÁNOVAS al manifestar que la omisión se quebranta aun realizando parcialmente el acto prohibido (Cfr. ob. cit., p. 60). También Puig Peña con un argumento coincidente, que las obligaciones de no hacer casi de modo absoluto son indivisibles puesto que un parcial cumplimiento del deber de omisión no es sino un incumplimiento. Cfr. PUIG PEÑA, Fernando, *Tratado de Derecho civil español*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1974, p. 67.

494 Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José, *ob. cit.*, p. 150.

495 También está quien afirma que en las obligaciones negativas el criterio de la indivisibilidad resulta inaplicable por la simplísima razón de que en ellas el acreedor nada puede exigir y el deudor nada está obligado a hacer. El único objeto es abstenerse, por ello la teoría de la indivisibilidad no recibe más que una aplicación indirecta y secundaria. Cfr. GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno,* Reus, Madrid, 1978, pp. 265 y ss.

496 Cfr. RUÍZ VADILLO, Enrique, ob. cit., p. 361.

última no es indiferente que incumpla uno o todos, ni con qué intensidad se produce la infracción, durante cuánto tiempo, en relación a qué número de actos y con qué trascendencia económico-empresarial para el acreedor[497]. Está claro que en el supuesto de la copropiedad si uno impide es como si impidieran todos, básicamente por cuestiones materiales, en cambio en un pacto de tres comerciantes, cada uno mantiene su individualidad. En este sentido, BERCOVITZ afirma que la prudencia del artículo 1151 CC está justificada por la posibilidad de que la inactividad pueda descomponerse en partes cualitativamente iguales, cuantitativamente proporcionales y que conserven su valor económico[498]. Imaginemos que en un contrato de suministro en exclusiva de, por ejemplo, cinco productos por tres años. Si la obligación positiva de suministro es susceptible de ser dividida, no parece lógico privarle de tal carácter a la cláusula de exclusiva. Puede plantearse, por lo menos por ahora, la posibilidad que algunas prestaciones negativas permiten una ejecución independiente, divisible, aunque queden unidas por el nexo que conforma y protege la globalidad de la relación obligatoria y, en definitiva, por el interés del acreedor. Considero que este es el interés que hay que tener a la vista en el momento de calificar o graduar el incumplimiento y a los efectos de cuantificar la indemnización que haya de seguirse por los perjuicios efectivamente sufridos distintos en cada caso o de aplicar una cláusula penal[499].

La clave no está tanto, o sólo, en la prestación, en la visión que de la misma tenga el deudor. Hay que mover el punto de vista y situarlo en el acreedor; en lo que razonablemente podía y debía esperar; en la idoneidad y utilidad de esa forma fraccionada de realizarse la prestación, y en el perjuicio económico, entendido en sentido amplio como el daño directo y como pérdida

---

497 Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", *ADC*, 1973, t. 26, p. 537.

498 Cfr. *Idem*, p. 536. En el mismo sentido, PIUG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho civil*, v. II, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 62 y ss.

499 Pese a la denominación tradicional y también a la práctica que suele insertarla en el contrato en que se contrae la obligación principal, lo cierto es que la cláusula penal no es una mera cláusula contractual, sino, como ha reconocido la doctrina contemporánea, un propio contrato, cuya finalidad es establecer una prestación de cargo de quien incumpla la obligación principal. Normalmente se reconocen tres funciones que justifican y dan relevancia a esta institución: la garantizadora (asegura el cumplimiento), la resarcitoria (avalúa anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento) y la punitiva (contempla una pena provada que debe cumplir el incumplidor). Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "La cláusula penal en la resolución del contrato", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Pablo Rodríguez Grez*, ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile, 2009.

de beneficio, que se ha inferido a su patrimonio, deducido por contraste con el resultado que se hubiera obtenido de recibir íntegramente la prestación. Habría que analizar si el incumplimiento frustra definitivamente el interés del acreedor y cómo ha afectado todo ello al equilibrio esencial de prestaciones.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1950 se recoge la situación de una obligación negativa (abstención de competencia asumida por uno de los contratantes bajo cláusula penal) que el Tribunal entendió susceptible de cumplimiento parcial e irregular a efectos de modificar equitativamente la pena, considerando el carácter divisible de la obligación de no hacer, según la contravención se prolongue más o menos tiempo. No siempre puede considerarse incumplimiento absoluto la infracción de una prohibición de competencia cuando se produce el último día, respecto de un proveedor determinado y con una limitada incidencia económica, o lo mismo, la prohibición de vender determinada cantidad de productos y vender sólo uno de aquéllos. Así, el Supremo establece como criterio que las obligaciones de no hacer resultan divisibles por consideración al factor tiempo, no obstante, considero que éste es un elemento instrumental porque lo decisivo es la aptitud de la prestación a ser dividida en función a la finalidad económica del contrato.

Lo importante de anotar es que el artículo 1151 CC *in fine* no supone la concesión al titular de una potestad de determinación absolutamente discrecional, sino que éste debe decidir tras analizar los caracteres y circunstancias de la prestación de cada caso en particular. Estará por ello sometido a las reglas generales de valoración de las normas jurídicas (sobre todo artículos 3, 4 y 7 CC), a la carga que impone el examen de las obligaciones (artículos 1091, 1101-1105 CC), y a las normas de interpretación de los contratos (artículos 1255-1258 y 1281-1282 CC)[500].

La divisibilidad de la obligación negativa dependerá, en resumen, de la susceptibilidad de ser descompuesta en inactividades cualitativamente iguales, y cuantitativamente proporcionales, siempre que conserve su valor económico[501]. Si el hecho al cual se está obligado es un acto complejo, o de

---

500 Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "Comentario a los artículos 1281-1289 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales,* Madrid, 1989, dirigido por ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, y DÍAZ ALABART, Silvia, t. XVII, vol. II, Madrid, 1989. En el mismo sentido, FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, ob. cit. pp. 120 y ss;

501 Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, "Las obligaciones divisibles…" cit., p. 536.

desarrollo sucesivo, la omisión puede ser descompuesta en tantos elementos como corresponden a ese hecho, y así la divisibilidad de la obligación determinará el posible cumplimiento parcial de la prestación.

Esta posición refleja una vez más que la doctrina realiza afirmaciones genéricas sobre la base de determinadas (y típicas) obligaciones negativas, pero la evolución experimentada de los últimos tiempos demuestra que este tipo de obligaciones de no hacer, como el pacto de exclusiva, están compuestas de una dinamicidad que requiere una regulación, si bien no especial, por lo menos de aplicación del régimen general de las obligaciones.

La explicación más acabada de este fenómeno es, quizás, la de CICALA, quien a través de la distinción entre prestación y su objeto, intenta alcanzar una solución adecuada al problema de la divisibilidad. Entiende que el objeto de la prestación es el bien (cosa o servicio) que satisface el interés del acreedor al que se tiende, en tanto que el contenido de la obligación constituye el medio, que, en términos generales, posibilita la consecución del bien y, por lo tanto, la satisfacción del interés correspondiente. En este sentido, refiere el carácter de la divisibilidad al objeto de la prestación y no a la prestación misma. En consecuencia, serán divisibles las obligaciones cuyo objeto de la prestación sea apto para el fraccionamiento, e indivisibles las que adolezcan de tal carácter por mantenerse la funcionalidad e interés de la obligación únicamente con su cumplimiento íntegro. Debe tenerse siempre presente que la voluntad de las partes puede determinar la indivisibilidad de la prestación a pesar de su aptitud para la división. La aplicación de estos criterios genera que se califique a la obligación negativa de "no vender cien acciones" como divisible, en tanto que a la de "no impedir el paso" se le reputa indivisible[502]. Los supuestos de divisibilidad este tipo de obligaciones, para que procedan, dependen, en todo caso, de si el cumplimiento fraccionado de la prestación origina o no la

Comparte esta opinión RUÍZ VADILLO, al afirmar que la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación negativa dependerá, como en las positivas, de la naturaleza de los pactos, de los límites, de su contenido y sobre todo, de la voluntad de los contratantes. Insistiendo en que para diagnosticar la divisibilidad de una obligación negativa no hay que utilizar criterios de excepcionalidad, bastando únicamente con manejar los mismos e idénticos principios y criterios que son válidos e indiscutibles en las de naturaleza positiva. Así, señala como ejemplo que será una obligación negativa divisible el pacto de no reclamar una cantidad de dinero, e indivisible el compromiso de no construir (cfr. ob. cit., pp. 362 y ss).

502 Cfr. CICALA, Raffaele, "Divisibilità e indivisibilità dell'obligazione", en *Riv. Dir. Civ.,* 1965, pp. 453.

disminución del valor obligacional, y en definitiva, de si supone un cumplimiento proporcional.

Así, parece oportuno que la solución a la controversia que se suscita sobre la divisibilidad del pacto de exclusiva pase por analizar el tipo de prestación. Si la obligación principal es instantánea o de tracto único, la actuación omisiva difícilmente se escindirá en fracciones proporcionales. La contravención de la inactividad será, salvo excepciones, total, y su incumplimiento definitivo[503]. Si la obligación es, sin embargo, de tracto sucesivo, periódica o a plazos, cada una de las abstenciones que integran la obligación tendrán cierto grado de suficiencia respecto de la anterior, si bien es la globalidad de todas aquellas la que proporciona la utilidad que se persigue. Algunos autores consideran que el objeto de la obligación duradera es susceptible de división en función al tiempo, y ratifican su tesis en las prestaciones negativas[504].

En el caso del pacto de no concurrencia e incluso en el pacto de exclusiva fijado, por ejemplo, por el plazo de dos años y cumplido solo parcialmente, parte de la doctrina admite la posibilidad de fraccionamiento de la actividad omisiva, y por tanto, su parcial cumplimiento al valorarse que la ejecución en parte de la actividad abstencionista puede satisfacer en la proporción correspondiente al acreedor, cuyo interés resultaría totalmente colmado con el mantenimiento de ese comportamiento omisivo cuando es íntegro. Ahora bien, advierte COVIELLO que la utilidad que se persigue con el establecimiento de una obligación deriva del exacto cumplimiento, que evidentemente no se obtiene con el cumplimiento en parte, especialmente cuando implica no sólo ya un parcial incumplimiento, sino la imposibilidad subsiguiente de que puedan ser ejecutadas las restantes prestaciones fragmentarias, según el principio *facttum infectum fieri nequi* "[505].

Reconocer la divisibilidad de una prestación nos conduce a aceptar que la

503 *Vid.* Punto II.B.2 de este capítulo.

504 Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *"Las obligaciones…"* cit., p. 537, COVIELLO, Leonardo, ob. cit., p. 169.

505 Cfr. COVIELLO, Leonardo, ob. cit., p. 170. Enfatizando este aspecto, manifiesta EGUSQUIZA que la prestación negativa no puede ejecutarse a medias, ya que una actuación omisiva parcial implica la interrupción del cumplimiento que se venía desarrollando, y por tanto, la contravención en la obligación en definitiva, que la actividad abstencionista ya ejecutada tenga una cierta relevancia económica a la hora del incumplimiento no significa que ésta haya sido cumplida parcialmente (cfr. ob. cit. p. 96)

infracción en parte de la obligación, si el acreedor admite el cumplimiento en esa proporción, se califique como incumplimiento parcial, puesto que el pago efectuado a pesar de no ser absoluto, satisface en la proporción correspondiente de lo ejecutado el interés del acreedor. En este sentido, si se ha suministrado por dos años de manera exclusiva determinado producto, pese a ser un contrato a tres años, mal se haría en calificarlo de incumplimiento total. Sin embargo, si la prestación posee un carácter indivisible, toda contravención de aquélla supondrá un incumplimiento total, por no colmarse el interés del acreedor sino con la prestación íntegra, tal es el caso de la venta en exclusiva de toda la producción de temporada. Por otro lado, se debe anotar que, aun cuando la prestación que se pacta en exclusiva sea de objeto divisible, si las partes manifiestan una voluntad de sometimiento de la utilidad de la prestación a su ejecución conjunta (por todos los obligados) o íntegra, aquella intención deberá ser protegida y valorada. En esas circunstancias, podría decirse que se ha engendrado una suerte de indivisibilidad convencional que afecta al objeto divisible, cualificándolo como indivisible por la utilidad que reporta[506].

B. Ejecución del pacto de exclusiva en una relación obligatoria instantánea

Se trata de una prestación única que ha de realizarse en un solo acto, sea ya simultáneo o posterior al de la perfección del contrato. En estas obligaciones, el momento pactado para el cumplimiento de la conducta requerida adquiere casi siempre especial trascendencia. Se afirma de manera bastante rotunda que el no cumplimiento de la única omisión frustra todo el contenido del negocio, puesto que, como se ha dejado claro, el pacto de exclusiva tiene una motivación económica que dota al contrato de una finalidad peculiar, por ello, su violación implicará casi siempre un incumplimiento total y definitivo. Sin embargo, estas conclusiones no son tan absolutas como pudiera suponerse.

Afirma la doctrina que en las obligaciones omisivas el tiempo es un elemento configurador de la prestación, de modo que transcurrido el momento convenido, y siendo cada instante irrecuperable, lo es también la omisión inobservada. Así, se establece que en las obligaciones negativas el tiempo desempeña un mayor protagonismo que en las obligaciones positivas, porque cumple una doble función. De un lado, conforma la propia obligación,

506 Cfr. PUIG BRUTAU, José, ob. cit., pp. 62 y ss.

constituyéndose como un elemento estructural de ésta. De otro, cuando las partes así lo quieran, modaliza el cumplimiento de la prestación, supeditando su realización a una condición, término o plazo y observando, en definitiva, el papel de elemento accidental de la obligación[507].

COVIELLO[508] tras señalar el *fix-leistung*[509] de la prestación negativa puntualiza que en las obligaciones de prestación instantánea su infracción ha devenido ya en un deber de resarcimiento del daño. Un comportamiento negativo sucesivo al singular vencimiento no es prestación. No tiene ninguna relevancia jurídico-económica el comportamiento negativo posterior, porque ha transcurrido infructuosamente el tiempo en que debió cumplirse. No obstante, esta afirmación podría hacerse también de las obligaciones positivas, las cuales si son únicas o diferidas están previstas para determinadas fechas, por lo que su vulneración supondría igualmente un no cumplimiento, debiéndose de la misma manera una ejecución *quotidie et singulis momentis*[510].

De la esencialidad del término se habla en aquellos supuestos en los que la utilidad de la prestación se frustra por la falta de cumplimiento de la obligación en el tiempo fijado para ello; es más, la prestación no desarrollada en la fecha prevista excluye el posterior cumplimiento, produciendo consecuencias comparables a la infracción. Sin embargo, el elemento temporal no tiene por qué ser considerado esencial en cualquiera de las múltiples

---

507 Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., pp. 123 y ss.

508 Cfr. COVIELLO, Leonardo, ob. cit., pp. 210 y ss.

509 Los juristas reconocieron la existencia de ciertos negocios de carácter excepcional, en los que la fijación del tiempo en que debían ser cumplidos era determinante del negocio en sí. El tiempo constituía un elemento esencial de aquéllos, un contenido necesario, cuya carencia o modificación suponía la configuración de otro tipo negocial. Estos eran conocidos en la doctrina alemana como negocios a fecha fija o *fix-gestchäfte*. La no ejecución en el tiempo de las prestaciones que en ellos se contenían determinaba su incumplimiento total y definitivo. A la obligación negativa se la adscribirá en esta misma categoría, de ella se afirmó que poseía un carácter de *fix-leistung* (término de vencimiento esencial por lo que la prestación no puede ser cumplida antes o después) puesto que su no cumplimiento implicaba el desarrollo del acto prohibido y la definitiva violación del derecho de crédito; deviniendo su carácter esencial no ya de la voluntad de las partes sino de la propia naturaleza de la prestación. Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, *La configuración*… cit., p. 125.

510 En este sentido, afirma FERRER DE SAN-SEGUNDO que si lo hecho cuando se debe no hacer no puede considerarse no hecho, tampoco lo no hecho cuando se debe hacer puede considerarse hecho. Por esta razón, la cuestión del tiempo y el *cuotidie et singulis mometis* no es la clave de la resolución o la diferenciación entre las obligaciones positivas o negativas, ni justifica la aplicación de un régimen diverso (Cfr. ob. cit. pp. 264 y ss).

obligaciones negativas posibles, sino que, como en las positivas, hay que reconocerle el valor que en la respectiva relación obligatoria realmente tenga[511].

No puede considerarse que todas las obligaciones negativas de tracto único, sucesivo o periódico son establecidas a término esencial o fecha fija, en el sentido que el tiempo se constituye como un elemento intrínseco de la obligación[512]. Habrá, sin duda, algunas que lo sean, y en ellas la ejecución fuera de la fecha pactada no obedecerá a interés alguno y resultará carente de efectos jurídicos, porque la fecha de ejecución era un término de carácter esencial[513],

---

511 Se viene reiterando que en las obligaciones negativas el tiempo es elemento configurador de la prestación, de modo que, transcurrido el momento convenido, y siendo cada instante irrepetible, la omisión no observada es irrecuperable. Pero el elemento temporal no tiene por qué ser considerado esencial en cualquiera de las múltiples prestaciones negativas posibles, sino que, como en las positivas, hay que reconocerle el valor que en la respectiva relación obligatoria realmente tenga. Porque si tal coordenada fuera fundamental, lo sería asimismo en las obligaciones de dar o de hacer, porque también respecto de éstas el tiempo pasado es ya irrecuperable en mayor o menor medida. Por ello no se ve el inconveniente de aplicar a las obligaciones negativas el régimen general, de modo que si la naturaleza de la obligación lo permite, y resulta ello útil al acreedor porque la infracción temporal no ha lesionado relevante y definitivamente la función del contrato, podrá cumplirse la prestación en un momento posterior, sobre todo si los deberes de abstención tienen cierta independencia en relación a los otros, de manera que la inobservancia de alguno, no frustre definitivamente la obligación. Señala FERRER DE SAN-SEGUNDO que no existe inconveniente para aplicar el régimen general a las obligaciones negativas sólo a las obligaciones de tracto sucesivo, sino también cuando se trate de una prestación única en un momento posterior, e incluso propone prolongar la obligación diferida o duradera después de vencida, durante período igual al que se mantuvo la infracción, lo cual –comenta- puede ser más útil al acreedor que reclamar únicamente los daños o resolver la relación. Pone de manifiesto la incongruencia que podría presentar el sistema si en un contrato de suministro con exclusiva, pudiera solicitarse y obtenerse el cumplimiento posterior por el tiempo en que el suministro no se realizó, pero no cupiera establecerlo con la exclusiva no respetada en relación al mismo contrato, al considerarse que ésta ha quedado ya definitiva e irrecuperablemente perdida, operando exclusivamente su transformación en una obligación pecuniaria (cfr. ob. cit., pp. 289 y ss.).

512 En una línea similar aunque con una conclusión distinta, EGUSQUIZA señala que calificar a la obligación negativa como de obligación sujeta a término esencial objetivo sin una ulterior precisión no parece apropiado, puesto que se oscurecen una serie de matices propios de las prestaciones de este tipo. Así, señala que el no cumplimiento de la obligación positiva sujeta a término esencial supone el incumplimiento de la obligación porque se ha frustrado el fin perseguido aunque el cumplimiento sea aún posible. En cambio, en la prestación negativa el desarrollo del acto contrario implica el incumplimiento porque objetivamente éste nunca podrá ser materialmente efectuado (cfr. ob. cit., p. 126).

513 En la doctrina y jurisprudencia han sido denominados contratos o negocios a fecha fija aquellos en los cuales la llegada del término convenido no se limita a determinar el momento en que es exigible la prestación debida y, por consiguiente, en su caso, el instante desde el cual comienza la mora para el deudor, sino que produce unos efectos jurídicos más amplios, que se relacionan con la esencialidad que la observancia del tiempo produce respecto

pero otras no, sean ya de tracto único como de larga duración. Piénsese, por ejemplo, en la obligación de entregar en exclusiva toda la producción de zapatos de piel en una sola entrega: si se ha pactado para final de determinado mes, pero no se establece la fecha como esencial, cabe, por la voluntad de las partes, que sea entregado en un momento posterior, dando cumplimiento a la venta con exclusividad, sin perjuicio del resarcimiento correspondiente. Este matiz es suficiente para considerar inexacta una generalización como la que mantiene la doctrina mayoritaria respecto al tiempo en las obligaciones negativas.

Considero que el no cumplimiento de la obligación negativa de tracto único frustra el fin del acuerdo en la generalidad de los supuestos, pero no en función al tiempo del cumplimiento, en el sentido de darle casi el tratamiento de una obligación a término esencial, sino que, por la propia naturaleza de la exclusiva en contratos de tracto único, la exclusividad en esa única prestación hace que el contrato tenga sentido. Cumplir con una prestación similar en otro momento no será ya la prestación debida, sino una distinta. Esto es, no entregar en exclusiva los bienes de temporada frustra el fin del negocio, no por el momento del cumplimiento, que dependiendo del caso en concreto puede ser salvable, sino por la exclusividad del producto. Este planteamiento no tiene respaldo doctrinal, quizás porque se tratan todas las obligaciones negativas sin matices, con ejemplos que poco o nada tienen que ver con el pacto bajo estudio. Si se piensa en una obligación negativa pura, como no presentarse a una subasta, no tocar un instrumento (que suelen ser los ejemplos propuestos[514]), parece claro que el tiempo cumple un factor fundamental para cumplir

del interés del acreedor como fin del negocio. Tal carácter de esencialidad derivará normalmente de la voluntad de las partes expresamente declarada, sin embargo, a falta de una expresa declaración, podrá deducirse de las circunstancias del caso, especialmente en aquellos supuestos en que, por una parte, la naturaleza de la prestación y por otra, el interés determinante de la finalidad del negocio, así lo exijan. Este interés determinante del fin del negocio puede ser solamente el interés de una de las partes, siempre y cuando haya sido conocido, o, por lo menos, fuera reconocible para la otra. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos*… cit., p. 339.

514 Estos ejemplos, junto otros que utiliza la doctrina, por un lado son un tanto de laboratorio, difíciles de encontrar en la práctica jurídica y, por otro lado, la exclusiva debe recibir un tratamiento específico, puesto que no es lo mismo guardar silencio por dos horas, no practicar un instrumento musical y, en general, obligaciones de no hacer, que pactar la venta en exclusiva de los diseños de toda la temporada. Si se vende la temporada de ropa a otra persona, la exclusiva pierde razón de ser y junto con ella, todo el negocio jurídico. Es un acto único que se realiza en un solo momento, por ello no hay posibilidad de enmendar el daño en un momento posterior sino a través del pago de una indemnización.

exitosamente la prestación[515]. Pero en una exclusividad, lo que realmente importa es que no se provea a un tercero con el mismo producto, que no se pacte el mismo objeto de la obligación con otro, y en este sentido, es el quebrantamiento de la exclusividad de la única prestación lo que hace que no se materialice el fin del negocio. Con esto no se pretende negar que puede desprenderse de la propia naturaleza del negocio que el momento del cumplimiento sea, además, de vital importancia, como sería el caso, por ejemplo, de entregar mercancía en un determinado momento, porque lo que busca el beneficiario es su venta en exclusiva en una feria. Entregar en un momento posterior, a todas luces, carecería de sentido. La forma de reparar el daño será a través de una indemnización.

C. Ejecución del pacto de exclusiva en una relación obligatoria duradera

Mayor dificultad ofrece la apreciación en las obligaciones cuyo contenido omisivo es prolongado en el tiempo, puesto que, aunque se realicen algunos actos contrarios, por su extensión temporal pudiera pensarse que aún es posible el cumplimiento por el tiempo restante, si el fin de la prestación aun no se ha visto completamente frustrado[516].

Como se ha dicho en el apartado precedente, la doctrina afirma que la obligación negativa, sea instantánea o duradera se debe *quotidie et singulis momentis*, por ello los actos de contravención no pueden ser posteriormente ejecutados y, además, conforme al artículo 1169 CC no puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que la obligación consiste. Cada uno de los comportamientos omisivos que se precisan en la prestación es necesario, la vulneración de uno de ellos mediante el acto positivo contrario comporta el incumplimiento total, cuestión distinta es que todos los daños ocasionados con la contravención deban ser evaluados de igual manera[517].

---

515 Aun así, FERRER DE SAN-SEGUNDO según sus propios términos, no ve inconveniente en aplicar a las obligaciones negativas el régimen general, o mejor –señala– no se encuentra razón suficiente para excluirlas, de modo que si la naturaleza de la obligación lo permite, y resulta ello útil al acreedor porque la infracción temporal no ha lesionado relevante y definitivamente la función del contrato, podrá cumplirse la prestación única en un momento posterior, por ejemplo, guardar silencio durante dos horas distintas a las convenidas e inicialmente infringidas, de modo que el acreedor pueda tener el silencio preciso para, por ejemplo, realizar una grabación (Cfr. ob. cit. pp. 289 y ss.).

516 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…* cit., pp. 663 y ss.

517 Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., p. 126.

Sucede que en las ejecuciones prolongadas en el tiempo, el acreedor tendrá que ir aceptando la prestación según el deudor las vaya desarrollando conforme al programa establecido. La aceptación inicial, sin embargo, no es obstáculo para que en el momento en que la conducta del deudor se interrumpa pueda el acreedor rechazar, si así lo desea, la parte ejecutada hasta ese momento[518]. Nos encontramos aquí ante un *aliud pro alio*, ya que lo debido no se corresponde a lo entregado, y en consecuencia, estamos ante una prestación distinta[519]. Así, se señala que si se toma en consideración cada prestación de manera individual y aislada, por ejemplo suministro de la cantidad correspondiente a un mes, en un contrato de suministro periódico, existirá cumplimiento de esa parte, pero no podrá decirse que se extingue ni siquiera parcialmente la obligación total, por la sencilla razón de que ese total complejo organismo obligacional no es susceptible de fraccionamiento en sentido jurídico. La primera consecuencia, se añade, es que en el caso de la obligación de ejecución continuada, existe cumplimiento de la prestación aislada pero no puede decirse que se produzca una verdadera extinción del conjunto de la relación obligatoria. La segunda consecuencia es que el deudor, cuando satisface aquella prestación aislada lo que quiere es, sencillamente, cumplir. Su voluntad va dirigida a este cumplimiento, existiendo por tanto un *animus solvendi*, pero que no es suficiente para producir la extinción de la obligación total[520].

Sin embargo, en el pacto de exclusiva como obligación negativa que nos interesa, cabe la posibilidad que sea posible omitir después, abstenerse en otro

---

518 Está claro que el acreedor lesionado puede rehusar la prestación defectuosa y en caso que la obligación negativa no pueda repelerse materialmente, el acreedor deberá mostrar la disconformidad, reserva o protesta. sin embargo, puede optar por pedir el cumplimiento completo de la obligación o la corrección de lo ejecutado en contra de lo prohibido cuando la inexactitud deriva de defecto removible. En ambos casos debe ser todavía posible, útil e idóneo para el acreedor que el deudor omita, esto quiere decir que no debe haber quedado frustrada la función objetiva del contrato. Aún más, si ambas partes desean continuar con la obligación, en principio, nada impide que así sea.

519 La jurisprudencia ha venido considerando como un supuesto de resolución del contrato al amparo de los artículos 1.101 y 1.124 CC, por incumplimiento del vendedor del supuesto conocido de *aliud pro alio,* que comprende los supuestos de la entrega de una cosa distinta a la pactada y la de imposibilidad de cumplimiento por inhabilidad del objeto, bien por no ser servible para el uso a que se destinó o porque el adquirente ha quedado objetivamente insatisfecho. El Tribunal Supremo ha recogido esta causa de incumplimiento en innumerables sentencias, entre otras la de 7 de abril de 1993, 14 de noviembre de 1994, 30 de junio de 1997, 1 de diciembre de 1997, 24 de enero de 1998.

520 Cfr. BELTRÁN HEREDIA, José, ob. cit., p. 167.

momento o prolongar la obligación tras su término de vigencia por otro de tiempo análogo al que ha sido inobservada la conducta. Esta opción tendrá cabida sólo si el mantenimiento de la prestación aún es útil al acreedor y las partes así lo quieren, por ello no resulta exacto afirmar que el cumplimiento posterior estará siempre desprovisto de contenido económico-jurídico[521]. Esto quiere decir entonces que la conducta omisiva mantenida por el deudor de la exclusiva hasta el momento de la infracción del pacto tiene que haber sido relevantemente útil al acreedor y se tiene, en esa proporción, por ejecutada.

1. Posibilidad de cumplimiento tardío

En las obligaciones negativas se afirma que el cumplimiento debe ser en el momento estipulado caso contrario se incurre en incumplimiento. Esto quiere decir que una amplia mayoría no reconoce posible la idea de un cumplimiento retardado, y mucho menos, la aplicación del régimen de la mora. Lo primero que conviene anotar es que sería un error pensar en que, si bien es difícil encajar a las obligaciones negativas bajo la categoría de la mora, no es imposible la idea de un cumplimiento retardado del negocio jurídico, pues ello implicaría concluir que cada vez que el deudor incumpla debe permitírsele al acreedor la máxima reacción que el sistema ofrece. Se hace necesario poder valorar el incumplimiento, porque no siempre la vulneración inicial hace imposible el cumplimiento posterior cuando aún subsiste el interés del acreedor[522].

Un paso más allá es ya no sólo reconocer la oportunidad de un cumplimiento tardío de la obligación negativa, sino, además, la posibilidad de incluirla bajo el régimen de la mora en determinados supuestos. Se entiende que hay mora cuando, pese al retardo en el cumplimiento, todavía resulta posible y útil para el acreedor que se ejecute la prestación de manera total[523].

---

521 En sentido contrario, COVIELLO establece que no tiene ninguna relevancia jurídica ni económica el comportamiento negativo posterior al momento pactado para su cumplimiento porque ha transcurrido infructuosamente el tiempo en que debió cumplirse (cfr. ob. cit., p. 210).

522 Estima BARAONA GONZÁLEZ que la contravención de una obligación negativa puede calificarse como retraso cuando aun subsista el interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación y sea viable, sin perjuicio de su calificación jurídica (cfr. *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 58).

523 El mero retraso da tan sólo lugar a incumplimiento temporal, que no impide el ulterior cumplimiento. Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, ob. cit., p. 240; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, ob.

La posibilidad de incurrir en mora por el cumplimiento retardado de las obligaciones negativas es un tema que ha generado y genera discrepancia en la doctrina. Mayoritariamente se niega su virtualidad por diversos motivos[524]. Sobre la base de la interpretación literal se afirma que el tenor del artículo 1100 CC se refiere únicamente a "entregar y hacer", por lo que sólo cabría hablar de mora en las obligaciones positivas, existiendo en las de signo negativo un supuesto menos de lesión a la obligación y, por tanto, de responsabilidad[525].

Junto al argumento semántico surge uno otro de carácter sustantivo: la especial naturaleza de las obligaciones positivas que hace en esencia inconcebible la figura del retraso en la omisión, al entender que todo acto realizado en su contravención supone un incumplimiento propio. Así, la observancia de la omisión supondría siempre un incumplimiento con imposibilidad de realización posterior en virtud del principio *factum infectum fieri nequit* según el cual lo que ya se ha hecho no puede considerarse no hecho, de modo que al deberse la abstención *cuotidie et singulis momentis*, cada instante es ya irrecuperable[526] . Esto, aunque con matices, se aplica tanto para

---

cit., p. 352. La doctrina establece la diferencia entre el simple retardo y el retraso moratorio. Ambas figuras se asemejan en cuanto que las dos predican una dilación en el cumplimiento de la obligación, sin embargo, la mora es un retraso cualificado, porque la ley impone, a partir del hecho del retardo, mayores requisitos para su configuración. Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, ob. cit., pp. 61 y ss., VAQUERO LÓPEZ, Carmen, "La mora en los contratos", en *Derecho contractual comparado*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 725.

524 Entre los numerosos autores que excluyen la mora en las obligaciones negativas, puede citarse a ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Instituciones*… Nota 1, p. 575, y *Comentarios… Artículo 1100*, pp. 353 y ss., quien indica que "la mora solo es posible en las obligaciones de dar o hacer. En las de no hacer, la realización de lo prohibido constituye incumplimiento y no retraso". En similar sentido, LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, ob. cit., II, p. 246, al afirmar que "las obligaciones negativas se cumplen o se incum-plen, pero no se cumplen tarde". También puede citarse a CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español*…, III, p. 182, quien señala que "en las obligaciones de no hacer no cabe la mora, tal como se infiere, a *contrario sensu*, del artículo 1100 CC.", HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de las obligaciones*…cit., p. 166, señala que "todo acto positivo que resulte prohibido a consecuencia del deber de omisión asumido, no es un parcial cumplimiento, sino un incumplimiento". PUIG PEÑA, *Compendio…*cit*.,* III, nota 20, p. 174, al afirmar que "las obligaciones de no hacer cuando se produce el acto positivo prohibido, se ocasiona un incumplimiento absoluto, no una mora, ya que no se puede tener lo hecho por no hecho".

525 Cfr. SAN-SEGUNDO FERRER, María José, ob. cit., pp. 263 y ss.

526 Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., pp. 136 y ss. Por otro lado, se cuestiona si la reiterada afirmación según la cual en las obligaciones negativas, y sólo en estas, el momento vencido e inobservado es ya irrecuperable por lo que la infracción ha de calificarse de incumplimiento. Tal afirmación podría y debería entonces, hacerse también respecto de las

las obligaciones de prestación instantánea como para las de duración[527].

Aunque la doctrina mayoritaria tradicional apunte en esa dirección, es necesario establecer algunas consideraciones. Está claro que el artículo 1100 CC se refiere únicamente a la mora en las obligaciones positivas como consecuencia de la concepción tradicional de una especial naturaleza de las obligaciones negativas respecto de las que en la aplicación del régimen general se concibe como excepcional. Sin embargo, que el Código civil así lo establezca no supone que tal regulación sea acertada de cara a la realidad actual, donde el pacto de exclusiva en tanto que obligación negativa ha adquirido una relevancia de especial consideración[528]. Por tanto, que no pueda ser revisable[529] su aplicación en las obligaciones negativas por mero fundamento de regulación positiva no parece muy convincente[530].

---

obligaciones positivas, las cuales si son únicas o diferidas previstas para fechas determinadas, su vulneración supone el no cumplir, y si son duraderas, en cada momento del proceso de cumplimiento se debe la prestación *cuotidie et singulis momentis*. De modo que si no se observa la conducta positiva prometida, también se está haciendo lo contrario a lo debido, y el momento ya vencido e incumplido es, asimismo, en mayor o menor medida, irreproducible. Si lo hecho cuando se debe no hacer no puede considerarse no hecho, tampoco lo no hecho, cuando se debe hacer puede considerarse hecho. No está aquí la clave de la resolución, o cuando menos, la diferenciación entre unas obligaciones y otras, que aconseje y justifique la aplicación de un régimen diverso. Cfr. FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, ob. cit., p. 263.

527 Este argumento ha sido desarrollado por COVIELLO quien aun analizando por separado las omisiones instantáneas (únicas o diferidas) y las duraderas, concluye que la infracción de unas u otras siempre generan un incumplimiento definitivo (cfr. ob. cit., p. 5).

528 Los acuerdos de distribución comercial que adquieren cada día más importancia por su valor económico y creación de sinergias en todos los niveles casi siempre llevan aparejado un acuerdo de exclusividad. Tómese como ejemplo de referencia que uno de los sectores que resiste de mejor manera la crisis económica española actual es el sector de la alimentación. Dentro de ese grupo de empresas destaca la cadena nacional Mercadona. Sus productos de "marca blanca" son altamente recomendados y casi todos son producidos por otras empresas en exclusiva para esta cadena de supermercados. Cfr. "Negocios del siglo XXI", en www.expansion.com, consultado el 15 de diciembre de 2010. Es curioso, como afirma MOISSET, que la obligación negativa es la que más aplicación tiene en la práctica de los negocios jurídicos ya que se suele incluir con gran frecuencia (como el pacto de no concurrencia o el pacto de exclusiva) mientras que los ejemplos de los que echa mano la doctrina, como no talar un árbol, o no concurrir a una fiesta suelen ser más bien casos de gabinete que no aparecen casi nunca en la vida de los negocios. Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, ob. cit., p. 356.

529 En este sentido, SAN-SEGUNDO FERRER, María José, ob. cit., pp. 252 y ss.

530 En posición contrario se manifiesta BARAONA GONZÁLEZ al afirmar que "no creo que la razón de la exclusión de la mora para las obligaciones negativas esté únicamente en el hecho que la conducta parece una violación incompatible con un estado de neutralidad frente al cumplimiento, que ciertamente lo es, sino además, y fundamentalmente, por una razón de derecho positivo: la ley no las ha incluido en el artículo 1100 CC." Reconoce que cabe el retraso en el cumplimiento y de hecho, la ejecución forzosa si fuera el caso, no obstante, tal retraso no

El problema de la existencia de la mora no ha de tener otro condicionamiento que el de la naturaleza y circunstancias de cada una de las obligaciones objeto de examen. Habrá mora del deudor cuando el retraso no impida un posterior cumplimiento de la obligación[531], cuestión que quedará excluida si el tiempo cumple un factor esencial[532]. Si en las obligaciones positivas de dar o hacer hay mora cuando el deudor retrasa culpablemente el cumplimiento, en las negativas no tendría por qué funcionar de otra manera[533]. Así, aplicando el artículo 1100 CC por vía analógica, la solución radicaría (salvo cuando la propia abstención tiene tal naturaleza que la acción representa un definitivo e irreversible incumplimiento como en el caso de las obligaciones de tracto único o plazo esencial) en que el acreedor habría de interpelar al deudor para que, a partir de ese momento (o automáticamente cuando así procediera) quedara constituido en mora y diera lugar a la indemnización de daños y perjuicios y a las demás consecuencias legales, todo ello dentro de un cuadro y de unos esquemas jurídicos exactamente iguales a los de las obligaciones positivas[534].

---

calificaría como mora (cfr. ob. cit. pp. 57 y ss).

531 Cfr. RUÍZ VADILLO, Enrique, ob. cit., p. 373.

532 Queda claro que ciertas obligaciones se contraen con la particularidad de que su tiempo de ejecución debe ser escrupulosamente respetado si se quiere dar cumplimiento a la obligación. En ellas, el tiempo de realización adquiere un relieve trascendental. Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, ob. cit., p. 81.

533 En los sistemas del *Common law* el mero retraso implica un *breach of contract* que activa los mecanismos puestos a disposición del acreedor para defender su derecho de crédito, sin importar si es una obligación positiva o negativa. En cambio, en los sistemas románico-germánicos es necesaria la constitución en mora mediante el cumplimiento de determinados requisitos que presuponen la posibilidad de la prestación y que su cumplimiento, aún tardío, sea todavía satisfactorio para el acreedor. Estos requisitos considero que pueden ser cumplidos por la obligación negativa: el carácter positivo de la obligación es el requisito que se cuestiona; la exigibilidad de la prestación, la liquidez de la deuda, la imputación y la interpelación. Cfr. VAQUERO LÓPEZ, Carmen, ob. cit., pp. 727 y ss. De todos ellos quizás sea la liquidez de la deuda lo que obstaculice la constitución de la mora. Sin embargo, la jurisprudencia española más actual establece que la "primitiva rigidez que se atribuía a la regla *illiquidis mora non fit* ha sido mitigada" (STS de 29 de noviembre de 2007) consistente en reconocer el derecho del demandante a obtener el pago de los intereses moratorios aunque la sentencia conceda menos de lo pedido en la demanda. Se justifica tal solución, seguida entre otras, por las SSTS de 25 de febrero y 8 de noviembre de 2000, 10 de abril de 2001, 5 y 15 de marzo de 2005, en los principios de la buena fe contractual y equivalencia de las prestaciones.

534 La mora puede darse en las obligaciones negativas, aunque no en todas, como tampoco en todas las positivas es imaginable un retraso determinante de esta figura jurídica, dado que en muchas obligaciones de este tipo el instante de cumplimiento es factor decisivo de su constitución, por ejemplo, entregar una motocicleta a una determinada hora para participar

La doctrina es casi unánime al señalar que cuando la obligación de no hacer consiste en abstenerse de una sola actividad de carácter instantáneo y el sujeto ejecuta el acto prohibido, estamos ante un claro supuesto de incumplimiento. Este tipo de situaciones, por su propia naturaleza, no admite la posibilidad de mora[535]. Los desacuerdos se plasman en las obligaciones de duración.

DÍEZ-PICAZO ha reflexionado acerca de la admisión de ciertas hipótesis en las que cabe aplicar la figura[536]. Considera que cuando el comportamiento debido es la continuación inmodificada de una situación ya existente (al constituirse la relación obligatoria), no procede el retardo con consecuencias jurídicas, sino el incumplimiento. Sin embargo, la situación no es la misma cuando el contenido de la prestación es un no hacer del deudor que debe comenzar en un determinado momento o producirse a partir de él[537]. Siguiendo

en una competición. Ejecutar la prestación un día después ya no es retraso sino incumplimiento definitivo. Cfr. RUIZ VADILLO, Enrique, ob. cit., pp. 374. En la misma línea señala MOISSET DE ESPANÉS que la mayor parte de la doctrina se ha limitado a analizar los ejemplos escolásticos de obligaciones de no hacer en los que –tienen razón– su violación siempre acarrea el incumplimiento. Ocurre, afirma, algo semejante a lo que sucedería si en las obligaciones a plazo estudiásemos únicamente aquéllas que tienen plazo esencial: extraeríamos la conclusión errónea que en todas las obligaciones a plazo no hay mora sino incumplimiento (cfr. ob. cit., p. 351)

535 *Vid*. punto I. A. de este Capítulo, sobre la ejecución del pacto de exclusiva en una relación obligatoria instánea.

536 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…* cit., pp. 627 y ss. La tesis de Díez-Picazo ha calado en la doctrina, que recoge y reproduce casi literalmente sus razonamientos. Así EGUSQUIZA BALMASEDA alude a los supuestos en que se pueda dar comienzo a la actividad de signo contrario a la fijada en la obligación (cfr. ob. cit., p. 154). Por su parte, RUÍZ VADILLO quien invocando la mención a la morosidad del artículo 1101 CC como causa general de incumplimiento de las obligaciones, confirma que no tiene sentido la exclusión de las obligaciones negativas y que se puede exigir, además de la indemnización por daños y perjuicios, la prolongación del contrato durante el tiempo que duró el incumplimiento (Cfr. "La obligación negativa…", pp. 352 y ss.). YZQUIERDO TOLSADA propone el ejemplo de que se contrate a un profesor que se encuentra en la plantilla docente de otro colegio para que deje de dar clases en éste a partir de una fecha y lo haga en exclusiva para aquél, añadiendo que se trata entonces de un *non facere* que ha de iniciarse en un determinad momento, cabiendo la mora si llegada la fecha no ha abandonado su anterior ocupación (cfr. *Responsabilidad contractual y extracontractual,* Madrid, 1993, pp. 165 y ss.). CANO DE VELASCO afirmado que resulta incuestionable la admisión de la mora en determinadas obligaciones negativas, concretamente en las que precisan interrumpir una actividad prohibida (cfr. *La mora,* Editoriales de Derechos reunidos, Madrid, 1978, p. 19).

537 ALBALADEJO ha realizado una de las críticas más firmes a esta proposición afirmando que los supuestos de factibilidad de mora en las obligaciones negativas, enunciadas del reverso, descubren siempre auténticas prestaciones positivas. Así, en cuanto al ejemplo propuesto por DÍEZ-PICAZO sobre la cesación en la explotación de una determinada empresa

a MOISSET DE ESPANÉS, en la misma línea de DÍEZ-PICAZO, señala que es innegable reconocer que dentro de las situaciones de abstención pueden presentarse diversos escenarios que permiten realizar una subdivisión; aquellas que tienen por objeto la suspensión de una actividad que el sujeto realizaba de manera habitual, de las promesas de abstención que vienen a dar carácter jurídico a una pasividad del sujeto que no estaba realizando la actividad que promete no ejecutar[538]. En este segundo caso, claramente no hay posibilidad alguna de referirse a una mora o un cumplimiento retardado.

Así, la mora en las obligaciones negativas tiene cabida en el supuesto en que la abstención prometida consista en la suspensión de una actividad que desarrollaba habitualmente el sujeto y que se obliga a no hacer más en el futuro. Por ejemplo, el distribuidor que suministra a todas las tiendas de la región y se compromete a no proveer a ningún otro comercio, salvo a aquella con la que ha establecido el pacto de exclusiva. En este acuerdo se fijarán dos plazos, uno inicial, para indicar el momento en que debe comenzar la abstención, y otro, final, para determinar hasta cuándo estará limitada la libertad de acción del deudor[539]. Imaginemos que un comerciante tiene un negocio dedicado a la venta de carne proveniente de su propia ganadería que cuenta con reconocido prestigio en todo el país. En el mes de diciembre contrata la venta exclusiva de su producción a una cadena de tiendas, comprometiéndose a no abastecer a más clientes a partir del 1 de enero, por un período de 5 años. Llegada la fecha, el comerciante no cesa completamente en su actividad de venta libre a terceros, esto es, no cumple estrictamente con la obligación negativa pactada de suministrar en exclusiva a las tiendas de la

para no hacer competencia donde la obligación negativa tendrá que empezar en un determinado momento y no se realiza, sostiene que a podría pensarse que hay una demora en el *non facere* (la de dejar de ejercer aquella actividad comercial), pero sería erróneo –afirma- porque lo que se retrasa es el cierre del establecimiento (obligación de hacer) y si la obligación es no llegar a ejercer un comercio que no se ejerce, su ejercicio es incumplir, no demorar (cfr. *Comentarios…* cit., pp. 350 y ss.).

538 Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit., pp. 345 y ss.

539 SAN-SEGUNDO FERRER considera que ha de aceptarse, sin reservas, que las obligaciones negativas se presentan en dos modalidades básicas. Esto por cuanto se plantea el argumento desde un sector de la doctrina que donde parece que hay una obligación negativa puede encontrarse, en el reverso, una prestación en realidad positiva. El problema, afirma, no es lingüístico. En la obligación de no realizar competencia a partir de una determinada fecha, lo trascendente no es si se cierra o no la empresa (si se pone fin a la actividad empresarial, acción positiva) sino si se hace competencia, y e no hacerla constituye una prestación negativa (cfr. ob. cit. p. 263)

cadena del propietario beneficiario del pacto. Considero que este incumplimiento es susceptible de ser enmarcado dentro del concepto de mora. Pues, a pesar de que la prestación no ha comenzado a ejecutarse en el momento debido, es todavía posible y sobre todo útil para el propietario que el negocio de supermercados que se cumpla de manera íntegra; que durante cinco años el comerciante deudor de la exclusiva se abstenga de proveer con la carne de su ganadería a cualquier otro. En consecuencia, no será conveniente a los intereses del beneficiario de la exclusiva el iniciar la acción de resolución por incumplimiento, sino que reclamará el cumplimiento de la abstención prometida más el pago de daños en aplicación del artículo 1124 CC, además del pago de la mora por el retardo en el cumplimiento, tal como lo posibilita el artículo 1101 CC[540].

Ello es posible porque a pesar del retardo en el cumplimiento no se ha determinado la frustración del fin del negocio, siendo todavía útil para el acreedor que se realice de manera íntegra la prestación[541]. De modo que el criterio será, como en las obligaciones positivas, discernir si el cumplimiento aún es posible y útil en un momento posterior, o si lo es la prolongación de la obligación de carácter continuado durante un periodo de tiempo similar a aquél en que el compromiso fue inobservado. Se prorrogaría así la obligación de exclusiva como se extendería la de suministro si se retrasó éste, siempre, que aún tenga interés el beneficiario del pacto. Si el acto contra la exclusiva es tan grave que frustra definitivamente las expectativas del beneficiario, la calificación de la mora será rechazada, pero no por entender su inadmisión para las obligaciones negativas sino, porque en cualquier modalidad de prestación, la quiebra de la función económica del contrato produce una lesión como incumplimiento propio[542].

---

[540] Considera MOISSET que incluso tratándose de un cumplimiento parcial de la obligación negativa es posible aplicar analógicamente el régimen de la mora, recalcando que la mora siempre es posible cuando pese al incumplimiento temporal, o retardo, todavía es útil para el acreedor que se realice de manera íntegra la prestación (cfr. ob. cit. pp. 358 y ss.).

[541] Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...,* 1996, pp. 663 y ss. Señala MOISSET DE ESPANÉS que lo que ha ocurrido con relación a las obligaciones de no hacer y la mora, es que la mayor parte de la doctrina ha analizado ejemplos en los que una violación implica un incumplimiento. Algo semejante ocurriría si en las obligaciones a plazo se estudiaran únicamente aquellas que tienen plazo esencial, extrayéndose la conclusión que en todas las obligaciones a plazo no hay mora sino incumplimiento (cfr. ob. cit., pp. 360).

[542] Una u otra situación no es algo que pueda sentenciarse *a priori*, puesto que dependerá de la circunstancia concreta, lo importante es que la aplicación de la mora pueda ser

2. Posibilidad de cumplimiento *in natura*

El cumplimiento *in natura* de la obligación incumplida es el realizado después del tiempo previsto y de la infracción, por el deudor[543]. La posibilidad de este cumplimiento sólo será factible si se tiene como premisa que la prestación puede cumplirse en un momento posterior. Esta opción es negada por un amplio sector doctrinal, que considera que la obligación negativa no cumplida genera un incumplimiento definitivo. Por ello, se afirma que ante la imposibilidad de su primigenio desarrollo transforma su contenido en el equivalente pecuniario de la prestación fallida a través de la entrega de su precio o valor. Además, en todo supuesto de incumplimiento se genera, interviniendo culpa, una nueva obligación, la de resarcimiento en dinero del daño causado, a fin no ya de sancionar al deudor sino de dejar indemne al acreedor, lo que históricamente se denomina el *id quod interest*[544].

Sin embargo, excluir toda opción de cumplimiento *in natura* no es del todo apropiado. En la obligación de tracto sucesivo cabe la posibilidad de cumplimiento si cada uno de los deberes de abstención tiene cierta

---

posible. De otro lado, tampoco es conveniente que se margine *ad limine* el interés y opción del acreedor. En este sentido Vid. FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, ob. cit., p. 265.

543 Si no es posible el cumplimiento en forma específica (*in natura*), se tiene el remedio de la ejecución a costa del deudor (artículo 1098.1 CC). Si esto no es posible, se optará por la forma subsidiaria de ejecución a través del denominado cumplimiento genérico (dinerario) o por equivalente.

544 Mediante esta figura se intenta reponer en la esfera jurídica del acreedor lo que media entre su situación real, causada por el incumplimiento, y lo que debería haber percibido, si el deudor hubiese ejecutado la prestación exacta. Entonces, son dos elementos que integran este concepto: el valor de la prestación incumplida, y los daños probados que se han ocasionado con el incumplimiento. Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, ob. cit., pp. 225 y ss. En la doctrina italiana BARBERO observa que la reparación que el deudor debe por el incumplimiento constituye el contenido de una obligación positiva de resarcir, derivada de la responsabilidad de haber hecho lo prohibido por la obligación. Esta puede consistir, o bien en una prestación de una cantidad dineraria (equivalente pecuniario) obligación de dar, o bien, siempre que ello sea posible, deshacer lo que no debía ser hecho, que es también una obligación de hacer. El acreedor podrá elegir lo más conveniente. Todo ello engendra que la obligación que se deba prestar no sea ya la negativa que ha sido incumplida irremediablemente, sino una positiva reparatoria de dar o hacer. Cfr. BARBERO, *Sistema de Derecho privado,* trad. SENTIS MELENDO, T. III, Buenos Aires, 1967, pp. 102 y ss. En los preceptos 612 a 614 del Código procesal civil italiano se contempla para el supuesto de la contravención de la obligación negativa no es en realidad una ejecución forzosa de un comportamiento omisivo que ya es de imposible desarrollo, sino la destrucción de lo mal hecho (*facere*), una actividad reparatoria del no hacer omisivo, por ello su encuadre más propio corresponde no a los artículos 2930-2932 del *Codice* sino del artículo 2058.

independencia en relación a los otros, de modo que la inexactitud o inobservancia de alguno no frustre definitivamente la obligación y con ella, el fin del contrato. Bajo esta premisa, la opción será la de prolongar la obligación diferida o duradera después de vencida durante un periodo igual al que se mantuvo la infracción, siempre y cuando sea aun una opción útil para el acreedor. Así, por ejemplo, el beneficiario del pacto puede preferir que se continúe con el contrato de suministro exclusivo después de su término por un período análogo al tiempo en que éste no fue cumplido. Piénsese, sino, en la incongruencia que podría presentar el sistema si en un contrato de suministro con exclusiva pudiera solicitarse y obtenerse el cumplimiento posterior del suministro por el tiempo en el que no se llevó a cabo, pero sin tener cabida el establecerlo con la exclusiva no respetada en el mismo contrato al considerarse que ésta ha quedado ya definitiva e irrecuperablemente perdida por tratarse de una obligación negativa, y como tal, sancionada con incumplimiento definitivo. Nos encontraríamos, pues, ante un contrato en el que el beneficiario del acuerdo tendría que continuar siendo proveído pero sin el privilegio que otorga el pacto respecto a la limitación de competencia.

Esta posibilidad es reconocida por DÍEZ-PICAZO al señalar que la vulneración a una obligación negativa es una situación en la cual la prestación *a posteriori* continuará siendo posible, siempre que no haya absoluta voluntad de no cumplir; lo importante será determinar cuándo una vulneración produce por sí misma una frustración del fin del negocio. Si se mantiene, podrá hablarse de un cumplimiento defectuoso. En esta línea, señala que, situado el acreedor frente a una insatisfacción o lesión de su derecho de crédito consumada por una falta de ejecución por parte del deudor de la prestación puesta a cargo de éste, el orden lógico de la primera medida de reacción debe ser la dirigida a obtener el comportamiento omitido y obtenerlo de forma específica. Tal pretensión de cumplimiento, si bien no aparece consignada de forma categórica en el Código civil se encuentra implícita en múltiples preceptos del mismo[545].

[545] El objeto de la pretensión de cumplimiento se dirige a obtener en forma específica la pretensión omitida por el deudor. Cuando el deudor hubiera cumplido sólo parcialmente, se dirige a obtener aquella parte de la prestación que no ha sido ejecutada. Por su naturaleza, es una acción de condena que entraña la pretensión, formulada ante un órgano jurisdiccional, de que le sea impuesto coactivamente al deudor el comportamiento debido. La viabilidad de esta acción presupone que se haya conservado la posibilidad de la prestación. No está sometida a ningún requisito de naturaleza especial y el acreedor puede ejercitarla, tras el vencimiento de la obligación en tanto no haya prescrito. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos*… cit., II, p. 678. Lo importante, afirma FERRER DE SAN-SEGUNDO, es lograr que a través de la tutela

En definitiva, la ejecución en forma específica presupone la factibilidad del cumplimiento en la medida que subsista un margen de utilidad en interés del acreedor, sólo así será posible hablar de su ejecución *in natura*[546]. En otro caso, si la prestación no se pudiera desarrollar no quedaría más vía que la de acudir a la prestación por equivalente, que no es otra cosa que concretar una valoración pecuniaria de la prestación o bien, una actividad sustitutiva distinta de la establecida contractualmente que, sin embargo, satisfará igualmente al acreedor.

3. Novación de la relación

Otro planteamiento es aquel que señala a la novación como el medio apropiado para lograr la satisfacción del acreedor. El supuesto que nos interesa se produce cuando el pacto de exclusiva está integrado en una obligación de tracto sucesivo o duradero. Acaecida la interrupción en el cumplimiento, cabe que el acreedor mantenga el interés en que se ejecute la obligación por el periodo que aun resta, adicionándole el lapso temporal que se infringió pero manteniendo los términos y condiciones contractuales, por ejemplo, del contrato de suministro en exclusiva.

Desde el punto de vista subjetivo, para que pueda desarrollarse este escenario es necesario que el deudor esté dispuesto a cumplir; esto es, que tenga voluntad de continuar con el comportamiento omisivo durante el tiempo que falta para el agotamiento de la obligación más la prolongación originada por el acto de contravención, sin requerimiento judicial[547]. Junto a esta actitud del obligado, se precisa que al acreedor aún le interese el cumplimiento del intervalo restante[548].

---

efectiva, se impida que el deudor pueda hacer aquello que tenía obligacionalmente prohibido mediante la entrega de una cantidad dineraria.. La pretensión fundamental del acreedor es conseguir una conducta no cumplida por el deudor, y si lo fue parcialmente, la parte de la prestación que resultó contravenida, la cual habrá de tutelarse siempre que tal cumplimiento in natura sea aún posible (cfr. ob. cit., p. 294).

546 Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, ob. cit., p. 61. FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, ob. cit., p. 291.

547 Queda claro que si el obligado por el negocio jurídico no desea continuar con la ejecución de la prestación, se generará un incumplimiento total y definitivo, ya que *nemo praecise ad factum cogi potest.*

548 Esto, a efectos de incumplimiento, como se verá más adelante, implica que la obligación se ha desarrollado conforme a lo pactado durante un tiempo y que, al menos materialmente, no se puede decir que la prestación ha sido totalmente incumplida.

Desde el punto de vista objetivo, la obligación debe ser susceptible de ejecución, esto implica que se ha desarrollado conforme a lo pactado durante un tiempo y que, al menos materialmente, no se puede decir que la prestación ha sido totalmente incumplida[549]. La doctrina señala que resulta ya imposible que se lleve a cabo la prestación completamente porque después de vulnerar el negocio jurídico aunque quepa su cumplimiento irregular (artículo 1154 CC), no puede ser valorada como pago del resto de la obligación negativa debida. Se tratará, señala EGUSQUIZA, de un comportamiento que si satisface el interés del acreedor puede sustituir a la prestación debida originariamente con una duración semejante a la que en la primigenia le restaba por cumplir, pero no la designada, ya que esa lo era por todo el lapso de tiempo previsto. Si las partes desean obtener el desarrollo de la conducta omisiva por el tiempo que quedaba por transcurrir, deberán manifestar una voluntad en tal sentido, novando la primera obligación por otra de igual contenido omisivo y con duración limitada al tiempo que faltaba por cumplir[550].

Cabe plantearse una cuestión. Si la finalidad del contrato aún no se ha frustrado, el deudor desea cumplir y al beneficiario le interesa que se continúe con la ejecución en las mismas condiciones por el periodo temporal restante e incluso por uno adicional, ¿por qué es necesario recurrir a la figura de la novación y no a un cumplimiento irregular o, en todo caso, a una simple modificación de la relación obligatoria?

La novación de la obligación está regulada en los artículos 1203 a 1213 CC. Su concepto, señala la doctrina, sigue siendo el mismo que fue en Roma: extinción de una obligación y creación de una nueva que la sustituye[551]. La

---

549 Pese a lo expuesto, no se puede decir que el incumplimiento haya sido total, ya que se ha satisfecho una porción con el desarrollo que correspondía a la prestación originaria y a la novada parte del interés creditorio; el deudor se encontrará inmerso en una situación de cumplimiento defectuoso de la que responderá conforme al 1101 CC de los daños que se hayan producido por la contravención. El deudor, además de estar dispuesto a cumplir la prestación negativa futura, siempre que ello sea aun posible y útil al acreedor, puede tratar de eliminar las consecuencias de la vulneración deshaciendo lo mal hecho, sin embargo, los acuerdos alcanzados con terceros de buena fe mantienen todos sus efectos, como se verá más adelante.

550 Afirma EGUSQUIZA que la aceptación por parte del acreedor de una actividad semejante a la obligación no cumplida se encuentra en un orden diverso. No se está ejecutando el cumplimiento de la prestación, ni tampoco su realización tardía, sino el desarrollo de una omisión diferente y distinta, un nuevo negocio jurídico. Estamos ante una sustitución voluntaria de una prestación por otra, con la consiguiente extinción de la primera, esto es, una novación obligacional (cfr. ob. cit., p. 153).

551 Cfr. SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Estudios de Derecho civil,* t. I, Ediciones

extinción de la relación primitiva no es sólo el efecto, sino, además, la causa de la nueva llamada a sustituirla, hasta el punto de que nacimiento y extinción se condicionan recíprocamente, y la obligación nueva no se produce si la anterior era nula, y viceversa[552] (cfr. artículo 1208 CC). Cuando se habla de una modificación de la relación obligatoria se puede emplear el término en dos sentidos. En una concepción amplia, se entenderá por modificación cualquier variación que pueda introducirse en la relación obligatoria que, de alguna manera produzca una nueva configuración de la misma. En sentido más restringido sólo es aquella que comporta la alteración de elementos estructurales de la relación obligatoria, mientras esta todavía persiste[553]. En esta configuración, la modificación es sólo una de las vicisitudes que puede producirse en la relación obligatoria desde el momento de su constitución al de su extinción[554].

Resalta la doctrina que la novación, más que una institución jurídica autónoma, aparece regulada como un *effectum iuris*[555]. Es decir, su regulación jurídica hace especial hincapié en la consecuencia jurídica que provoca en la relación obligatoria ya existente, más que en el medio o modo que se utiliza para conseguir tal resultado. La novación, en sentido estricto, supone la

---

Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1978, pp. 232 y ss.; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, "Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria", en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, VVAA, Universidad de Murcia, Secretariado de publicaciones, Murcia, 1989, pp. 306 y ss.

552 Lo característico de la novación es la unidad compleja "creación-extinción", la interdependencia mutua; se extingue la obligación primitiva porque nace la nueva, pero ésta nace para extinguir la anterior y ocupar su sitio. Cfr. SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Estudios*… cit., p. 233.

553 El mecanismo novatorio tiene un componente necesario e imprescindible de modificación. De la relación e interpretación sistemática, entre los dos preceptos que son tomados en consideración a la hora de dar cabida a la figura llamada novación modificativa (artículos 1203 y 1204 CC) no resulta la admisión de ésta sino sólo la caracterización de lo que se denomina mecanismo novatorio, que es uno de los elementos imprescindibles para que pueda producirse el efecto extintivo. Cfr. SANCHO REBULLIDA*, Estudios*... cit., pp. 232 y ss. En este sentido, explica GETE-ALONSO que la modificación puede ser contemplada como un mecanismo jurídico (instrumento técnico puesto a disposición de las partes) que puede utilizarse para fines muy dispares y en los que no se prejuzga, de antemano, cual es la consecuencia jurídica que produce. (Cfr. *Apuntes para una explicación*… cit., p. 309).

554 Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Apuntes para una explicación*… cit., p. 309.

555 La novación, más que una institución material y positiva , más que un acto es un efecto jurídico. Cfr. SANCHO REBULLIDA. Francisco, *La novación… cit.*, 328.

extinción de la relación[556]. Esta afirmación no es del todo pacífica. Parte de la doctrina y una muy amplia jurisprudencia reconoce que la novación puede ser extintiva (propia) o modificativa (impropia). Así, se ha establecido que el principal problema que se plantea es determinar si el cambio que las partes han querido introducir en la obligación ha tenido lugar por extinción/creación o por modificación[557].

La jurisprudencia ha dejado claro que se trata de una cuestión de hecho: habrá que tener en cuenta la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación, constituyendo tal decisión una cuestión que compete a los Tribunales de instancia (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2000 y 9 de marzo de 2005), o con palabras de DÍEZ PICAZO, importa la voluntad de los interesados y la incidencia de la nueva obligación en la función o causa que la anterior desempeñaba[558]. La decisión dependerá, fundamentalmente, de la voluntad de las partes, del *animus,* pero dentro de ciertos límites. Efectivamente, se sostiene que la determinación de si un cambio en el contenido implica, objetivamente considerado, novación extintiva o modificativa no es problema de la magnitud de la variación, sino casi siempre del *animus.* Pero hay casos límite en que su catalogación es independiente de la voluntad de las partes y depende sólo de la naturaleza misma de las cosas. Así, en los supuestos en que la variación es tan exigua que excluye la posibilidad aun querida por las partes, de pensar que se está frente a otra obligación o, cuando no queriendo

---

556 Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Apuntes para una explicación*… cit., pp. 306 y ss.

557 Otro sector considera que en el régimen del Código civil la novación no incorpora siempre y necesariamente un efecto extintivo respecto de la relación obligatoria precedente, sino que, junto a la novación en el sentido gramatical y romano de la expresión, que entraña el doble efecto de dar vida a una obligación y poner término a otra, a la que la nueva reemplaza, se han abierto camino figuras novatorias desprovistas de ese alcance destructor. La novación objetiva no productora de la extinción suele denominarse modificativa o impropia. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, "El ámbito de la novación objetiva", *RDP*, Madrid, 1961, pp. 797 y ss. En el mismo sentido, señala DÍEZ-PICAZO en líneas generales que cabe admitir que en nuestro Derecho positivo son posibles dos formas de novación, la llamada novación propia o extintiva y la llamada novación impropia o modificativa. El deslinde entre una y otra debe hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación. En la duda, el artículo 1204 CC parece inclinarse por la solución de que no hay extinción de la antigua obligación. Para que la extinción opere y la sustitución sea plenamente derogatoria, es necesario, o bien una expresa cláusula derogatoria, o bien una objetiva incompatibilidad o contradicción entre ambas reglamentaciones o sistema de organización de intereses. (Cfr. *Fundamentos…* cit., p. 800).

558 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos*… cit., p. 798.

modificar la obligación la resultante sea distinta de la originaria[559]. Entonces, en el caso que me ocupa, si ocurrida una interrupción en el cumplimiento, las partes deciden continuar con la prestación, entiéndase entre los mismos sujetos y con el mismo objeto, pero prorrogando la obligación por un tiempo adicional o incluso sólo por el intervalo restante, ¿se trata de un cambio estructural?

El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente, aunque de forma casuística y no siempre con criterio unívoco, que no se produce novación por la introducción de alteraciones accidentales en una obligación (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1993), por ejemplo cuando ocurren cambios meramente cuantitativos en su objeto, como la variación del plazo, prorrogándolo, acortándolo e incluso la concesión o su supresión (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1984)[560]. En nuestra hipótesis, sobre una modificación en el factor tiempo, se incide sobre una obligación preexistente efectuando un cambio en un elemento objetivo pero de forma que ni la significación económica del cambio, ni la voluntad manifestada por las partes determina la extinción del vínculo obligatorio y la recíproca creación de otra que lo sustituya. El resultado es que tal modificación no es por tanto, una novación *strictu sensu*, sino, de acuerdo a un sector de la doctrina, se trataría de una novación modificativa[561] o de una simple modificación siempre posible al amparo del artículo 1255 CC[562].

Lo importante es que, pese a la discusión doctrinal en cuanto a la procedencia o no de una figura llamada novación modificativa, que muestra

---

559 Cfr. SANCHO REBULLIDA, Francisco, *La novación de las obligaciones*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1964, p. 165.

560 En cuanto a otras modificaciones accidentales: variación en la forma de pago (STS de 29 de marzo de 1993), cambio, supresión o adición de garantías (SSTS 28 de marzo y 21 de diciembre de 1985).

561 No hay una novación porque la pretendida primera relación y la segunda no son objetivamente incompatibles, además, se requiere la manifestación expresa de las partes de querer novar el negocio, esto es, extinguir la antigua relación y dar nacimiento a una nueva que la reemplaza. Cfr. GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *La novación extintiva por cambio de objeto*, Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 73 y ss.

562 En definitiva, la novación y la modificación son fenómenos opuestos; la modificación altera la obligación, pero conservando el núcleo esencial, el interés interno a la misma, identidad ésta que se concreta en la absoluta continuidad de la relación obligatoria modificada; la novación en cambio, extingue la obligación y constituye una distinta formada sobre la base de un interés nuevo. La modificación encierra la idea de conservación.

perfiles de oscuridad y confusión, en la práctica sucede que si las partes desean continuar con la obligación, no pretenden novar, sino, generalmente dar ejecución a la obligación que originalmente se había pactado, y esto es posible cuando aún la finalidad del negocio jurídico no se ha visto frustrado. De aquí que se afirme en el apartado previo la posibilidad del cumplimiento *in natura* si las partes tienen disposición que así sea.

III. INCUMPLIMIENTO PROPIO O DEFINITIVO

Aplicando la teoría de la obligación negativa al pacto de exclusiva se afirmará que para que haya incumplimiento se requieren dos sucesos. Por un lado, una actividad, una acción que implique la existencia de una manifestación de voluntad, un resultado que altera el *status* convenido. El segundo hecho fáctico será la necesaria preexistencia de una obligación convencional o legal, si fuera el caso[563].

En la idea de incumplimiento se conjugan diversos elementos que de algún modo la complican y hacen que pueda poseer diferentes cargas de sentido. Ante todo, el fenómeno es diferente si se contempla desde la perspectiva del deudor, y del deber jurídico que sobre él pesa, o desde la perspectiva del derecho y del interés del acreedor. Desde el primero de los puntos de vista esbozados, habrá que preguntarse en qué medida se ha infringido el deber jurídico, mientras que desde el segundo punto de vista, la pregunta debe dirigirse a investigar en qué medida ha recibido satisfacción o ha sido vulnerado el derecho o interés del acreedor a cuyo logro la relación obligatoria se encontraba dirigida[564]. Sin embargo, como señala DÍEZ-PICAZO, la investigación sobre la valoración de la conducta del deudor puede ser importante para determinar la responsabilidad por el incumplimiento, pero no para valorar el incumplimiento mismo, por ello, el análisis se acentúa desde la perspectiva de la satisfacción del derecho de crédito[565]. Habrá incumplimiento cuando se haya producido el resultado que el acreedor quería evitar al constituirse la obligación.

---

563 Algún sector doctrinal establece como requisitos para el incumplimiento la culpabilidad (a título de dolo o de culpa) y la antijuridicidad. Cfr. RUÍZ VADILLO, Enrique, ob. cit., pp. 367 y ss.

564 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…* cit., p. 567.

565 *Idem,* p. 568.

La falta de cumplimiento exacto o la total inobservancia de la obligación negativa incidirá en el supuesto del incumplimiento propio o definitivo cuando ya no resulte no resulte posible realizar correcta o completamente la prestación en un momento posterior; o aun cuando sea posible observar la omisión debida ya no resulte idónea o útil para la función objetiva del contrato porque la lesión resulta irremediable o el equilibrio inicial de las prestaciones ha quedado roto[566].

En las ocasiones en que no cabe ya una medida satisfactiva de la obligación[567], la reparación de la lesión se despliega fundamentalmente en dos ámbitos. De un lado la cuantificación pecuniaria (el denominado cumplimiento por equivalente o prestación del *id quod interest*[568]), y de otro, la cuantificación pecuniaria de los efectos del acto de infracción, esto es, la indemnización resarcitoria de daños y perjuicios efectivamente producidos como prestación única o acumulable a otras. No debiendo protegerse, en ningún caso, las pretensiones del acreedor que resulten abusivas o le produzcan un enriquecimiento sin causa[569].

---

566 Cfr. ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato,* Madrid, 1968, p. 60. Un ejemplo de esta última hipótesis se plasma en los casos de plazo esencial, puesto que, aunque sea materialmente posible, el acreedor ya no tiene interés en que se realice la prestación. Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, ob. cit., p. 352.

567 La posibilidad de elección del medio de defensa, y de las acciones a ejercitar, va a depender, en buena medida, de la naturaleza de la singular obligación incumplida, porque hay múltiples modalidades de prestaciones negativas, y además, infinitas configuraciones convencionales de cada una de esas modalidades debido a la amplitud del principio de libertad contractual, sin olvidar las diferencias entre las obligaciones de actividad y las de resultado.

568 Doctrina que fue una construcción original de POTHIER, como lo recuerda CARRASCO PEREIRA, en *Comentarios….,* dirigido por ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, ob. cit., p. 668. Señala FERRER DE SAN-SEGUNDO que no hay una acción directa al cumplimiento por equivalente, del acreedor o del deudor, sino que en todo caso será necesaria la previa condena a un no hacer y/o a la eliminación de los efectos producidos por el acto prohibido, que resulten quebrantados u no ejecutables por tercero. Si no será necesaria la declaración de imposibilidad o inidoneidad del cumplimiento de la prestación debida, de haber agotado las medidas para el cumplimiento de la ejecutoria en sus propios términos, y de la procedencia de la pretensión pecuniaria reparadora. En ambos casos existirá, pues, un previo pronunciamiento judicial (aun en un mismo procedimiento) en que necesariamente se examinará la obligación, su valor, los intereses que la compusieron, la constatación del incumplimiento, la imputación del deudor e incluso, la importancia de los perjuicios. Por tanto, la reclamación del equivalente no es directa y preliminar, sino sustentada en una previa decisión judicial que se encargará de realizar una justa valoración de las circunstancias (cfr. ob. cit., pp. 305 y ss.).

569 La pretensión de valoración pecuniaria del incumplimiento es sustitutiva, no tanto como equivalente, sino como mal menor, que reemplaza como remedio aunque no es su

IV. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DEL PACTO DE EXCLUSIVA

La resolución es un mecanismo legal por el cual se permite a una de las partes, ante un incumplimiento, extinguir la relación obligatoria, sin perjuicio de la reclamación, en su caso, del pago de daños y perjuicios (artículo 1124 CC)[570]. No obstante, el incumplimiento no resuelve el contrato, sino que da derecho a la parte cumplidora a pedir el cumplimiento forzado o la resolución, esto se ve muy claramente en las obligaciones de dar y hacer, sin embargo, en las obligaciones con pacto de exclusiva presenta cierta complejidad por su especial posibilidad de ser integrada a un sinnúmero de contratos. En este sentido es que debe descartarse una respuesta genérica y absoluta sobre la procedencia de ambas opciones otorgadas por el 1124 CC[571].

No da lugar a la resolución del negocio la contravención de cualquier actividad omisiva; tal como ha señalado el Supremo en reiteradas oportunidades, no todo incumplimiento -en el sentido de falta de identidad cualitativa, cuantitativa o circunstancial de lo ejecutado con lo debido- es suficiente para resolver una relación obligatoria sinalagmática, sino que para que tenga fuerza resolutoria debe ser esencial (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2006)[572]. La no realización de las obligaciones (positivas o

---

función satisfactiva. Cfr. COVIELLO, ob. cit., p. 91.

570 Para ejercitar la acción resolutoria se deben cumplir con determinados requisitos: reciprocidad de la obligación, su objetiva contravención y el carácter principal, grave y definitivo de tal insatisfacción, con la respectiva frustración de las expectativas de la parte cumplidora.

571 La solución debe ser necesariamente relativa puesto que al tratarse de una cláusula accesoria siempre dependerá del tipo de contrato en el que este integrado. El Código civil señala en el artículo 1098.2 y 1099 esta pensado para las obligaciones negativas pero no cubre todos los supuestos que pueden presentarse, puesto que, como se ha mencionado ya, está pensado básicamente para aquellos casos en los que se hubiere prohibido alguna cuestión de carácter material (como levantar un muro) y no en situaciones como la de vender un bien en exclusiva, por ejemplo, ¿cómo se deshace lo hecho si a quien se contrató en exclusiva para cantar en Oviedo, se presenta previamente en Cádiz? porque claro está que una cosa es deshacer lo hecho y otra, sólo poder solicitar la resolución contractual con pago de daños o la ejecución de una cláusula penal.

572 No basta con cualquier incumplimiento sino que es preciso que sea trascendente, esencial, y de importancia para la economía de los interesados, o que tenga suficiente entidad como para impedir la satisfacción económica de las partes. En este sentido, la STS de 10 de mayo de 1989 señaló que el artículo 1124 CC ha de ser interpretado no de manera automática, sino en sentido racional, lógico y moral, de forma que no basta una infracción mínima. Esto,

negativas) de carácter accesorio o complementario no legitima esta acción extintiva si no goza de una entidad significativa como para que engendrar consecuencias graves[573].

Así, el problema crucial será determinar qué obligaciones tienen carácter principal o accesorio dependiendo del papel que asuman en la estructura del negocio, así como la relevancia que las partes le hayan querido atribuir[574].

además, en consonancia con Asimismo, debe ser atendido el principio de conservación de los contratos, frente al cual la resolución parece presentar un cierto carácter excepcional. Ya en la STS de 25 de noviembre de 1983 se estableció que en aras de este principio no todo incumplimiento contractual lleva aparejada la resolución del vínculo obligacional, exigiéndose que la infidelidad a lo pactado afecte a obligaciones principales. Del mismo modo, entre las normas más innovadoras producto de la convergencia entre las grandes culturas jurídicas del *Civil law* y *Common law* en el texto UNIDROIT, están el principio de *favor contractus* consistente en la preeminencia del contrato celebrado en virtud del cual, el contrato tendrá la extensión más amplia posible, con el fin de evitar buscar prestaciones alternativas en el mercado. En cuanto al incumplimiento esencial, el artículo 7.3.1 de los Principios UNIDROIT establece lo que allí se denomina "derecho a dar por terminado un contrato" (equiparable a la resolución) que una parte podrá dar por terminado un contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones principales constituye un incumplimiento esencial. Para determinar si tiene este carácter se tendrá en cuenta si a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; b) el cumplimiento estricto de la obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato; c) el incumplimiento fue intencional o temerario; d) el incumplimiento le otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra; e) la terminación del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una perdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento. El artículo 7.4.1 se refiere a la subsanación del incumplimiento declarando que la parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando: a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación; b) la subsanación sea apropiada de acuerdo a las circunstancias; c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y d) dicha subsanación se lleva a cabo sin demora. Asimismo, se establece expresamente que la notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento, así como que a pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado. Cfr. BONELL, Michael Joachim, "Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?", *Uniform Law Review*, 2007, pp. 233 y ss.

573 Sin embargo, afirma EGUSQUIZA, en algunos casos de violación de obligaciones accesorias se legitima el empleo de este recurso. Son supuestos en los que la infracción de la prestación complementaria conlleva la imposibilidad o dificultad de exacto cumplimiento de la obligación principal (cfr. ob. cit. pp. 195 y ss.).

574 El querer de las partes puede dirigirse a configurar la prestación negativa no como una obligación accesoria o modal, si no como un factor jurídicamente relevante de la dinámica contractual y así, junto a la causa objetiva e inmediata de la obligación (sentido literal artículo 1274 CC), se articula la causa de contrato como propósito de las partes incorporado al mismo (motivo casualizado). Cfr. RUBIO TORRANO, "Comentario a la Sentencia de 11 de julio de 1984", *Cuadernos Civitas de Jurisrpudencia civil,* t. V, 1984, pp. 1984 y ss.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo ha señalado que más que la clasificación teórica de principal y accesorio, importa la verdadera trascendencia que pueda producir en la relación el incumplimiento de una determinada obligación, con independencia de cómo se califique ésta[575].

Ha de tenerse en cuenta que en las relaciones contractuales bilaterales en las que se inserta el pacto de exclusiva, éste tiene por finalidad el aseguramiento y potenciación del negocio principal[576], que determina que su incumplimiento conlleve la frustración del interés contractual, por este motivo es que su vulneración origina un desequilibrio que faculta a la resolución[577]. En este sentido, afirma la doctrina que la cláusula de exclusividad integrada en el negocio jurídico constituye la condición motriz que en realidad no cabe calificarla de obligación accesoria[578]. El matiz que otorga la exclusiva al contrato origina que se encuentre en la misma línea de principalidad de la obligación fundamental (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1955) generando que el interés de las partes se pierda si el pacto se vulnera, claramente, quien inste la resolución debe haber cumplido previamente aquello que debía, caso contrario no se puede solicitar la tutela de la acción resolutoria.

---

575 Cfr. DE LA HAZA DÍAZ, Pilar, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 96 y ss.

576 Por la idea de fin del negocio debe entenderse el propósito básico a que el acreedor va a aplicar dicha prestación, cuando ese propósito es conocido y aceptado por la otra parte, o al menos no rechazado. Es para lo que se realiza el contrato, el resultado práctico que en orden a los propios y particulares intereses se pretende alcanzar. Cfr. ESPERT SANZ, Vicente, *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 10. Ya desde hace mucho el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de junio de 1948 afirmó que la finalidad no es meramente un propósito, ventaja o deseo que cada parte contratante se proponga conseguir mediante el contrato, sino que se expresa como el fin del contrato mismo, determinante del alcance y sentido de los pactos que precisamente se han establecido para cumplir ese manifiesto objetivo.

577 La frustración, señala la doctrina, es la pérdida de sentido y razón de ser de la prestación por el decaimiento de su utilidad, bien porque es imposible de alcanzar por una causa sobrevenida e imprevista que altera las circunstancias del contrato, o bien por obra propia de una de las partes. Es evidente que sólo puede admitirse una imposibilidad de alcanzar el fin que libere al deudor cuando no se base en motivos personales o incluidos en la esfera de influencia del mismo y de los que éste sea responsable, aunque no exista estrictamente culpa. Cfr. LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1956, pp. 147 y ss.; DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…* cit., pp. 660 y ss.; ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, ob. cit., pp. 52 y ss., ESPERT SANZ, Vicente, ob. cit., pp. 177 y ss. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La cláusula rebus sic stantibus,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 87 y ss.

578 Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit. , p. 198.

La referencia que se hace a la finalidad económica del contrato o la finalidad perseguida por las partes mediante el contrato se encuentra en la línea de lo que DE CASTRO llamó la causa concreta del contrato que está formada por aquellos intentos empíricos o prácticos que las partes, o una de ellas con conocimiento y aquiescencia de la otra, trataban de alcanzar con el contrato[579]. En este sentido pueden considerarse equivalentes las expresiones que utiliza la jurisprudencia, al hablar de la imposibilidad de alcanzar el fin del contrato, quiebra de la finalidad del contrato o falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes.

En el Derecho anglosajón se diferencia entre *condition* y *warranties*. La primera es entendida como un pacto cuyo incumplimiento faculta al acreedor para resolver porque las partes han querido que tenga carácter sustancial, los segundos se refieren a pactos o términos cuyo cumplimiento no determina la resolución, sino sólo la indemnización de daños y perjuicios. Nada impide que las partes cataloguen sus acuerdos como uno u otro de acuerdo a sus intereses. Sin embargo, por la complejidad de las relaciones contractuales surgió el concepto de *innominate term* que no es otra cosa sino el pacto cuyo incumplimiento faculta para resolver sólo si es suficientemente grave (*sufficiently serious*), se trata de *terms* que pueden ser cumplidos de distintas maneras y con distinto alcance[580], sólo cuando su incumplimiento suponga graves consecuencias para el acreedor, éste se encontrará facultado para resolver[581], en los demás casos sólo podrá reclamar daños (*damages*)[582]. Esta

---

579 Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, pp. 987 y ss.

580 *A Condition is an important term which goes to the root of the contract. A breach of condition entitles the injured party to repudiate the contract and/or claim damages. A warranty is a muche less important term, the breach of which entitles the injured party to claim damages only*. Cfr. LUCAS, Neil, *Law of Contract*, Blackstone Press Limited, London, 1996, pp. 72 y ss.

581 Este tipo de *term* se construyó en el caso Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. vs. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd., (1962) en relación con un pacto de navegabilidad donde el tribunal se rehusó a catalogarlo como incumplimiento de *condition* o *warranty*. Se sostuvo, entonces, que existen obligaciones contractuales de carácter complejo que no pueden ser categorizadas en esos términos, sino que todo lo que puede decirse de ellas es que algunos incumplimientos dan lugar, y otros no, a consecuencias que privan sustancialmente a la otra parte de la totalidad del beneficio que pretendía obtener con el contrato, dependiendo la consecuencia jurídica (salvo pacto) del efecto que el incumplimiento determina, no derivando automáticamente de una previa clasificación de la obligación.

582 Cfr. MCGREGOR, Harvey, *On damages*, Sweet & Maxwell - Thomson Reuters, London, 2009, pp. 31 y ss.

evolución en el *Common Law* ha ocasionado que la doctrina anglosajona sostenga que actualmente no existen tres tipos de *terms* sino sólo dos, *conditions and intermediate term.* Sin embargo, la *House of Lords* ha enfatizado que en los acuerdos comerciales las partes pueden estipular libremente la importancia de cada cláusula y las consecuencias de su incumplimiento, así lo que las partes hayan establecido como una *condition* siempre podrá ser causa de resolución contractual al margen de lo trivial que puedan ser las consecuencias del incumplimiento.

Pero en el Derecho español para resolver esta cuestión importará determinar si la vulneración del pacto de exclusiva produce la frustración del fin del negocio que generará la resolución del contrato[583]. Si la respuesta es afirmativa, la contravención debe ser elevada al rango de incumplimiento definitivo, y el acreedor podrá poner en marcha todas las consecuencias legales y convencionales que deriven a su favor. Si la aislada conducta de quebrantamiento de la obligación no determina tal consecuencia, subsistirá la obligación y podrá hablarse de un cumplimiento defectuoso[584]. Cabe la posibilidad que pese al no cumplimiento de la exclusiva, el acreedor aun mantenga el interés en su ejecución por no frustrarse totalmente el fin contractual y, en aplicación del 1124 CC se prefiera el cumplimiento, sin perjuicio de la reparación del daño[585].

---

583 En la STS de 18 de noviembre de 1983 se habla de frustración de las legítimas expectativas de la parte cumplidora en cuanto al fin del contrato insito en la causa. En la misma sentencia, al examinar la variante que el artículo 1242 CC ofrece a quien ha demandado el cumplimiento para pedir después la resolución si el cumplimiento resultara imposible, dice que esa noción de imposibilidad no hace referencia, sin más y únicamente, a la física, objetiva o de hecho, sino también a la jurídico económica, que denomina específicamente "frustración".

584 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…,* cit., pp. 661 y ss. El artículo 1455 *Codice Civile* establece que el contrato no puede ser resuelto si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia tomando en consideración interés de la otra parte. Analiza la doctrina italiana si la interpretación debe hacerse con criterios subjetivos (fundados en la presumible voluntad de las partes) o en criterios objetivos (referidos a la función del contrato), decantándose por regla general, a favor de la valoración objetiva. Cfr. MOSCO, Luigi, *La risoluzione del contratto per inadempimento,* ed. Jovene, Nápoles, 1950, pp. 45 y ss. Este enfoque se aproxima a lo que DÍEZ-PICAZO cataloga como incumplimiento esencial. (Cfr. *Los incumplimientos*… cit., p. 54 y ss).

585 El deber de indemnizar se circunscribe no solo a aquellos supuestos de frustración total del interés sino que se extiende también a los incumplimientos no íntegros. Son estos casos en los que las prestaciones omisivas se prolongan en el tiempo, y comienzan a ser desarrolladas pero no logran una ejecución íntegra. El resarcimiento del daño, en estas circunstancias, comprenderá el valor correlativo a la parte irrealizada de la prestación y además, cuando así sea probados según los criterios referidos de dolo y culpa (artículo 1107

Que se opte por el cumplimiento y no por la resolución no indica que esta cláusula tenga carácter accesorio en el contrato y por tanto no faculte a su resolución. Considero que su vulneración casi siempre es tan grave que la resolución es procedente porque la finalidad del contrato al que se le introduce una exclusiva tiene una calificación propia. Otorga una calificación jurídico-económica específica que adherida a la finalidad genérica del contrato principal, hace que la exclusiva entre en el mismo orden de principalidad que la obligación fundamental. En este sentido, ya desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1966, se considera que la incorporación de la exclusiva al negocio jurídico hace que éste revista un matiz especial convirtiendo la prestación en compleja, de tal manera que no se agota el contenido del contrato en tanto no se cumpla en su integridad[586]. Mas recientemente se plasma esta idea en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2010 sobre un contrato de agencia con pacto de exclusiva para el agente (unilateral). En este caso, las aseguradoras Winterthur Seguros generales, Sociedad Anónima Seguros y Reaseguros y Winterthur Vida Española celebraron un contrato de agencia con Bofarull Serveis Asseguradors y Aslar Mediadores de Seguros, estableciendo en la cláusula tercera que las partes pactan que la agencia no podrá estar simultáneamente vinculada por contrato de agencia a otra entidad, alcanzando las formas de vinculación directa e indirecta. El 25 de marzo de 2002 la compañía aseguradora notificó su decisión de optar por la resolución contractual de los dos contratos de agencia, alegando como causa de extinción que las destinatarias de las cartas habían infringido el pacto de exclusividad establecido en la estipulación tercera del contrato[587].

CC), los daños irrogados con el incumplimiento. Cfr. LACRUZ BERDEJO, josé Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, ob. cit, p. 291 y ss.

586 De esta manera, se puede afirmar que su cumplimiento es estrictamente necesario para lograr la satisfacción del interés del acreedor, reputándola entonces como una obligación de carácter principal, que son aquellas que se articulan como estrictamente necesarias para que el acreedor quede satisfecho, a diferencia de las accesorias que se dirigen únicamente a ampliar o extender la utilidad o el rendimiento que la prestación principal debe proporcionar. El carácter principal de la obligación debe hacerse, necesariamente, a través de la valoración objetiva de la misma en la economía general del contrato Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos*…, cit., pp. 315 y 711.

587 Las aseguradoras que decidieron resolver las relaciones contractuales que les vinculaban con las agencias aportaron como prueba de la vulneración contractual cintas de video que permitían la reproducción de la imagen de supuestos empleados de las infractoras, captadas en los locales de las mismas y usados como despachos profesionales, por medio de

Lo interesante es que las empresas infractoras alegaron que "la resolución carecía de justificación bastante, era improcedente y debía provocar consecuencias indemnizatorias a favor de ellas" (Fundamentos de Derecho Primero y Segundo). Es más, afirmaron que no cualquier incumplimiento basta para provocar la resolución y, en concreto, que lo que se les ha imputado carece del carácter esencial necesario (fundamento quinto). Como es lógico, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial declararon correctamente resultas las relaciones contractuales. El Supremo, aunque no es muy profundo en su argumentación, resuelve en la misma línea señalando que si bien es cierto no todo incumplimiento tiene fuerza resolutoria[588], no cabe duda que en el caso en cuestión, esa condición de esencial la merece aquel incumplimiento por ser esa la voluntad expresa o implícita de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la *lex privata* por la que quieren regular su relación jurídica[589].

Aunque en este caso la vulneración de la obligación contraída ha sido voluntaria, debe quedar claro que no se resuelven las obligaciones porque los

cámara oculta y con ocasión de relacionarse con los clientes actuando en interés de otras aseguradoras que competían en el mismo mercado relevante con Winterthur. Cuestión distinta ocurrió, por ejemplo, en la SAP Asturias de 18 de enero de 2009 donde se demando el incumplimiento contractual por vulneración del pacto de exclusiva por parte del representante comercial. En este caso, Electrodomésticos Taurus acusa a Representaciones Jaifer de incumplir el contrato de exclusiva por promocional en el mismo local comercial productos Cata. Pues bien, del material probatorio se extrajo que pese a desarrollarse en el mismo mercado, las líneas de productos ofrecidas eran diferentes ("lo único que se ofrecía de Cata son los muebles de encastre"), por ello, la AP consideró que no se vulneró el pacto de exclusiva y que el contrato se resolvió sin justa causa.

588 La resolución solo procede frente a incumplimientos cualificados , por lo que, por ejemplo, el hecho que se contravenga un acuerdo de marca única que sea válida conforme a la LDC, no siempre significa que el acreedor esté facultado para resolver por incumplimiento. En concreto la AP Madrid de 6 de febrero de 2006 ha decidido que no hay incumplimiento resolutorio si el distribuidor vende productos de otras marcas en una cantidad ínfima y es una práctica común en el sector de que se trate (en este caso, el 2% en ventas de cerveza).

589 La resolución encuentra su fundamento no tanto en el incumplimiento cuanto en la efectiva frustración del fin contractual que se logra como consecuencia inmediata de la vulneración realizada. El pacto es la razón, el motivo casualizado de la celebración del negocio jurídico, por ello el incumplimiento que se irrogue ha de ser grave, y debe originar la frustración de las expectativas legítimas de las partes. Señala la doctrina que es ésta una de las manifestaciones del principio de buena fe que preside el desarrollo de las relaciones contractuales (artículo 1258 CC), puesto que otorgar un medio tan radical y riguroso para casos en los que el incumplimiento no afecta de forma trascendente a la relación obligatoria supondría tanto como primar la voluntad de una de las partes, dejando a su merced el cumplimiento del contrato (artículo 1256). Cfr. EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, ob. cit., p. 199.

incumplimientos sean culpables. Se resuelven porque la resolución es un remedio legal frente al incumplimiento, al margen que éste sea culpable o no. Como establece la doctrina, los casos relativos a la imposibilidad sobrevenida fortuita son una prueba de ello, si no fuera suficiente el hecho de que el artículo 1124 CC contempla el incumplimiento, pero no su imputabilidad. Por otro lado, puede fundar la resolución tanto la completa inejecución de la prestación debida como la inejecución simplemente parcial, la ejecución defectuosa y el retraso en la ejecución (al margen que esté o no constituido en mora de acuerdo a las reglas contenidas en el artículo 1100 CC)[590].

Con todo, no son infrecuentes los supuestos en que el propio acuerdo prevé expresamente las consecuencias del incumplimiento del pacto de exclusiva. Es típico que esto ocurra, por ejemplo, en los contratos de corretaje inmobiliario que suelen estar provistos de cláusulas generales de contratación en los que se articula el derecho del mediador a percibir íntegramente la comisión pactada, atribuyéndole directamente el carácter de cláusula penal[591]. En este sentido, la doctrina ha cuestionado la validez del pago al agente inmobiliario por una venta no realizada, considerándola una posible cláusula abusiva, sin embargo la Jurisprudencia lo niega al entender que no es contraria a la ley, la moral o el orden público y la aplica sin más, concediendo como indemnización -que no como comisión- la retribución pactada en el contrato[592].

---

590 Para un desarrollo detallado, *Vid*. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 15 y ss.

591 La doctrina entiende que las cláusulas generales no son *per se* abusivas, sin embargo, existe la posibilidad que adquieran tal carácter cuando sean contrarias a la buena fe o se trastoque el equilibrio de las prestaciones entre las partes, sea ya a través de un contrato de adhesión o de un pacto individualizado, siempre que el particular no haya podido eludir su aplicación impuesta por la contraparte, como lo requiere la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios. Cfr. DURÁN RIVACOBA, Ramón, "Condiciones generales puras o simples en la contratación", en *Hacia un código del consumidor,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 182 y ss.

592 Sobre este contrato en concreto, existe mucha jurisprudencia de las audiencias provinciales que establece que ante un incumplimiento de la exclusiva y sin establecimiento de cláusula penal, no le corresponde al agente la totalidad de la comisión que hubiera cobrado, pues la comisión surge del perfeccionamiento del contrato logrado por la intermediación del agente, por lo que si se vende a tercero sin tal intermediación, no cabe reclamar la comisión pero sí una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento que puede ser la misma que la comisión pactada pero nunca mayor.

V. ESPECIAL ÉNFASIS EN EL CONTRATO DE AGENCIA INMOBILIARIA CON PACTO DE EXCLUSIVA

Cada día es más frecuente, en las transacciones de bienes inmuebles, la intervención de compañías o profesionales especializados, quienes ofrecen su experiencia y sus servicios para poner en relación a vendedores y compradores a cambio de una comisión sobre el precio de venta pactado[593]. A menudo se discute sobre el momento en que dichos intermediarios tienen derecho al cobro de los honorarios establecidos, sobre todo cuando existe de por medio un pacto de exclusiva[594]. Las líneas siguientes examinan esta cuestión, básicamente, desde una perspectiva jurisprudencial.

No presenta ninguna duda que la relación jurídica que une al propietario vendedor y al agente inmobiliario se articula según la jurisprudencia a través del contrato de mediación. Es un contrato revestido de atipicidad, pero dotado de propio contenido sustantivo, generándose al amparo de la libertad de contratación que autorizan los artículos 1091 y 1255 CC. Si bien mantiene aproximaciones con los contratos de agencia, mandato, arrendamiento de servicios y contrato laboral, predomina en el mismo la función de gestión mediadora. Interesa el agente en su condición de intermediario, que por sus relaciones en el mercado inmobiliario oferte a la venta determinados bienes, aportándose los datos necesarios y un precio inicial, que suele ser indicativo[595].

---

593 En relación con la problemática judicial en las compraventas realizadas a través de agente inmobiliario sorprende el gran número de litigios que llegan a los Tribunales. Los principales conflictos judiciales que enseguida se puede pueden detectar dos tipos: El 90% de las reclamaciones judiciales se producen a instancia del agente y relacionados con sus honorarios o comisión derivados de su actuación de intermediación, discutiéndose la propia existencia del encargo de venta, el desarrollo de una efectiva mediación, el cumplimiento de los requisitos legales para que surja el derecho al cobro de la comisión y también su propia cuantía. El otro 10% de los litigios están relacionados con reclamaciones contra el agente inmobiliario, tanto del vendedor como comprador de una compraventa perfeccionada como consecuencia de un pretendido o acreditado incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de mediación normalmente relacionadas con el deber de información. Cfr. REBOLLEDO VARELA, Luis Ángel, "La compraventa a través del agente inmobiliario", en *Aranzadi civil*, nro. 3, Pamplona, 2006, pp. 2497 y ss.

594 La exclusiva que se trata en este apartado se refiere a la exclusividad en el encargo, y no al tema de corredor como profesional en el mercado adscrito a un colegio profesional, regulación establecida en el Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 d ejunio de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, y posteriormente con al Ley 10/2003, de 20 de mayo.

595 En términos de la SAP Cádiz de 21 de julio de 2005, "se trata de un contrato atípico, consensual y oneroso, que se configura como un contrato innominado «facio ut des»,

Esta laguna normativa ha sido subsanada en gran parte por la Jurisprudencia y por los usos y, en su caso, para los contratos que pueden ser calificados de agencia, por la Ley 12/1992, de 27 de mayo[596].

El Tribunal Supremo ha delimitado la actividad del mediador considerándola originada por un contrato, en virtud del cual una persona (oferente) encarga a otra (corredor o mediador) que le informe acerca de la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o que le sirva de intermediario, realizando las oportunas gestiones para conseguir el acuerdo de voluntades encaminado a su realización a cambio de una retribución llamada premio, prima o comisión, que suele ser un porcentaje sobre el precio de venta (sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1988, 6 de octubre de 1990, 8 de abril de 1991 y 10 de marzo de 1992).

La finalidad del contrato de mediación es la de poner en relación entre sí, directa o indirectamente, a las partes que han de celebrar un futuro contrato, cualquiera que éste sea. Si tal actividad se realiza de una manera estable y para actos de comercio constituiría un contrato de agencia en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 12/1992 que señala que por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada y estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena , o a promoverlos y concluirlos por cuenta y nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones. En este sentido se han manifestado las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1999 y 14 de mayo de 2001.

El mediador no está ligado a ninguna de ellas por vínculos de dependencia, subordinación o representación ni participa personalmente en el contrato, ni como representante de una de las partes ni como simple

---

regido por la normativa general de las obligaciones y contratos contenida en los títulos primero y segundo Libro cuarto del Código civil, que nace a la vida jurídica por la actividad eficiente y acreditada del agente mediador."

596 La realidad de tráfico jurídico inmobiliario con cuantiosos intereses económicos en juego no sólo carece de una regulación específica -más allá de alguna normativa de carácter administrativo- sobre agentes de la propiedad inmobiliaria, sino que, además, se mueve en el ámbito de un contrato atípico como es el contrato de mediación o corretaje, no regulado por el Derecho positivo y que se desarrolla dentro de los perfiles que ha ido estableciendo la Jurisprudencia. Tal realidad presenta una problemática cambiante con respuestas jurídicas complejas, asociadas a una gran casuística muchas veces no generalizables y en bastantes ocasiones contradictorias.

mandatario o comisionista suyo, de modo que queda siempre fuera del contrato derivado de su actividad. Sólo después de la conclusión del negocio, en ocasiones, puede asumir la representación de las partes limitadamente a los actos de ejecución del mismo, entrando ya esa actividad en el ámbito del mandato, la representación, entre otros.

Se trata de un contrato que, a pesar de sus analogías, se diferencia del mandato y del arrendamiento de servicios y, sobre todo, que no debe identificarse con la comisión mercantil aunque tenga con ella ciertas afinidades. Si bien el mediador se obliga a realizar un encargo recibido de otra persona, su actividad, a diferencia de la del comisionista, no es propiamente jurídica sino material (aproximación de los futuros contratantes). En realidad, la mediación no continuada o estable o que no sea en actos de comercio debe ser considerada como un contrato especial, al amparo del principio de libertad de pacto recogido en el artículo 1255 CC. En este sentido, la jurisprudencia califica a la mediación como un contrato innominado *sui generis, facio ut des* pero de carácter principal, consensual y bilateral (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1994), en cuanto que del mismo se derivan obligaciones para ambas partes, la de pagar la remuneración pactada en el caso de que sea eficaz la mediación, retribución que es de esencia al contrato de corretaje, y la desplegar la actividad y diligencia normal en el ejercicio de la mediación.

Ahora bien, la mediación inmobiliaria o corretaje, a diferencia de la mediación en general, tiene una característica que ha de tenerse en cuenta, y es que en muchas ocasiones el agente inmobiliario va más allá de la simple intermediación y se involucra en el resultado de la misma mediante la formalización de contratos preparatorios o compraventas con percepción de arras anticipo de su retribución o comisión, normalmente autorizado por el vendedor[597]. Por lo que la mediación no aparece como un contrato puro sino mixto, en el que el contenido es más completo y complejo en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes. En otras palabras, si bien efectivamente ha de distinguirse el contrato de mediación del mandato o representación, tampoco son escasos los supuestos en que existe un efectivo apoderamiento lo que genera una problemática propia.

[597] Cfr. CREMADES GARCÍA, Purificación, *Contrato de mediación o corretaje y estaturo del agente de la propiedad inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 36.

A. El pacto de exclusiva entre el oferente y el mediador

En general, el contrato de mediación no impide al vendedor negociar por sí mismo, directamente, la venta o encomendar también la gestión a otros agentes, de manera que sólo tendrá derecho a los honorarios o comisión aquel mediador que efectivamente haya intervenido con su gestión en la venta. Constituye doctrina jurisprudencial que el agente tiene derecho a sus honorarios, salvo pacto expreso que contemple otra modalidad, si su actividad resulta eficaz, al celebrarse y tener positiva realidad jurídica el contrato o negocio objeto de mediación, como consecuencia de la actividad desplegada por el agente mediador, que no se obliga a responder por el buen fin de la operación, lo que requeriría pacto especial de garantía, como prevé el artículo 272 CCom. para la comisión (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo, 18 de septimbre y 1 de diciembre de 1986, 17 de marzo y 6 de octubre de 1990, 11 de Febrero y 26 de marzo de 1991). De esta forma, no tiene derecho a retribución alguna cuando el contrato se perfecciona a través de otro agente o del propietario sin aprovechamiento alguno de la actividad de aquél[598].

Ahora bien, a este contrato puede añadirse de manera expresa el pacto de exclusiva[599] por el que se establece que el agente es el único autorizado para intervenir en la compraventa del inmueble. Una de las cuestiones que presentan una cierta problemática en la práctica es si un pacto de exclusiva, sin más, comprende la venta directa por el propietario sin intervención alguna de ningún mediador[600].

---

598 Cfr. CREMADES GARCÍA, Purificación, ob. cit., p. 249.

599 Al añadirse al contrato de mediación el pacto de exclusiva presenta en algunos casos el problema de su validez por su eventual consideración de cláusula abusiva en temas relacionados con su duración y posibles prórrogas tácitas, las consecuencias del incumplimiento del pacto por parte del vendedor y las consecuencias patrimoniales respecto del mediador tanto respecto de su derecho o no a cobrar la comisión o de la validez y eficacia de las cláusulas penales que se suelen incluir en el contrato. En general, sobre si este pacto puede constituir en sí mismo una cláusula abusiva, la jurisprudencia niega tal consideración, pues como se ha mencionado, a través de la autonomía de la voluntad plasmada en el artículo 1255 CC, se permite la inclusión de los pactos que las partes consideren convenientes a sus intereses. En todo caso, dada sus importantes repercusiones, siempre deberían tener una redacción clara y comprensiva de su significado en cuanto a las obligaciones asumidas por las partes y deberán ser evaluadas en el caso concreto.

600 La Ley del Contrato de agencia mercantil tiene de cierta forma solucionado el tema. En su artículo 12.2 señala que "cuando el agente tuviera la exclusiva para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, tendrá derecho a la comisión, siempre que el acto u operación de comercio se concluyan durante la vigencia del contrato de agencia con persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el acto u operación no hayan sido

Desde una primera perspectiva, podría entenderse que lo que caracteriza la exclusividad del encargo de mediación es que la facultad del dueño queda limitada para concertar la venta de su vivienda con el auxilio de otros mediadores, pero no que el principal actúe por su propia cuenta. Así lo entendió la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1999 al afirmar que lo que caracteriza la exclusividad del encargo de mediación es que la facultad del dueño queda limitada para concertar la venta de su vivienda con el auxilio de otros mediadores, pero no que el principal actúe por su propia cuenta, en el sentido de establecer contactos personales, sin clandestinidad ni intento de burlar los derechos del agente, doctrina que ha sido seguida por parte de las Audiencias Provinciales, como la de Girnona de 17 de abril de 2001, Zaragoza 14 de junio de 2003.

No obstante, tal visión no es en modo alguno unánime. No faltan resoluciones en sentido contrario, esto es, que una cláusula de exclusiva comprende también la limitación de actuación del propietario para lograr la venta por sí mismo. La exclusividad en el encargo también le sería aplicada. Así lo entendió la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1992, al considerar que en la cláusula de exclusiva no aparece excluido el propietario, y también lo declara expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1993.

Esta situación se plasma específicamente en un caso que llegó a la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección primera, de 21 de julio de 2005. La argumentación básica de la sentencia recurrida fue que "la venta de la finca la llevó a cabo el propio titular directamente, sin intervención alguna de la mediadora y sin aprovecharse de la gestión, más o menos intensa de la misma, que no repercutió ni directa ni indirectamente en la conclusión del negocio, lo que conduce al rechazo de la percepción de los honorarios (comisión reclamada). Pues, si el contrato de compraventa se perfeccionó al margen de la gestión del mediador, éste no tendrá derecho al devengo de los honorarios pactados, sino que en su caso tendría derecho a la eventual indemnización de los perjuicios que la gestión desarrollada le ha generado, y en su caso por la vulneración del carácter exclusivo del encargo, pactado en un contrato de adhesión, sin olvidar la jurisprudencia al respecto: lo que caracteriza la

promovidos ni concluidos por el agente". Sin embargo, al tratarse de una norma específica, no es aplicable a la multiplicidad de situaciones que se presentan en la realidad.

exclusividad del encargo de mediación es que la facultad del dueño queda limitada para concertar la venta de su vivienda con el auxilio de otros mediadores, pero no que el principal actúe por su propia cuenta (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1992 y 30 de noviembre de 1992) en el sentido de establecer contactos personales"

En la última sentencia que se ha encontrado del Tribunal Supremo sobre esta materia de 7 de mayo de 2008, establece que el pacto de intermediación inmobiliaria en exclusiva, donde la venta se realiza directamente por el propietario, no exonera de abonar la remuneración al mediador atendiendo a lo pactado. Entiende el Tribunal que, en el caso concreto, "el pacto de exclusiva obligaba también a Promoveda, de modo que el porcentaje del precio pactado como retribución debe entenderse vinculado a todas las ventas, con independencia de que hubiese habido o no mediación directa de la propietaria". Sin embargo, el Tribunal llega a esta conclusión al tener en cuenta que se incluyeron prestaciones adicionales como vigilancia e información de los bienes (se trataba de un conjunto de inmuebles). El costo integro del servicio, así como que la promoción de venta de las fincas estuvo a cargo del mediador. Conviene resumir la sentencia puesto que otorga una buena base para llegar a una conclusión.

La discrepancia se genera por la venta de un conjunto inmobiliario propiedad de Promonevada por la mediadora Cetursa Sierra Nevada. La vendedora niega deber remuneración alguna a la mediadora puesto que se concretó el negocio jurídico por su propia iniciativa y sin intervención del agente contratado. El Juzgado de Primera Instancia aceptó dicho planteamiento y, tras interpretar el contrato celebrado por las litigantes, llegó a la conclusión de que la cláusula de exclusiva no constituía obstáculo para que la dueña de las fincas las vendiera personalmente, sin que, en tal caso, viniera obligada a pagar comisión "el pacto de exclusiva no puede sino entenderse como comprensivo de la obligación de Promonevada, de no atribuir a otros mediadores la venta de los inmuebles reseñados en el contrato, pero en ningún caso la de abstenerse de enajenar por sí misma, sin mediación alguna". La Audiencia Provincial, sin embargo, estimó en este particular el recurso de apelación de Sierra Nevada y declaró su derecho a la contraprestación por las ventas celebradas aunque se hubieran perfeccionado sin su mediación. Argumentó el Tribunal que "el pacto de exclusividad obligaba también a Promonevada", de modo que el porcentaje del precio pactado como retribución debía entenderse vinculado a "todas las ventas, con independencia de que hubiese habido o no mediación directa de la actora". Para llegar a tal conclusión, favorable a la demandante, tuvo en cuenta

el Tribunal de Segunda Instancia las heterogéneas prestaciones a que ésta se había obligado tales como el asesoramiento, vigilancia e información, además de la mediación y, en particular, la que de soportar el coste íntegro de la promoción de todas las ventas de las fincas contempladas en el contrato.

En apoyo de su alegación, Promonevada señala diversas sentencias, de las cuales alguna exige, para reconocer al mediador el derecho a la remuneración, que el negocio promovido haya sido resultado de su actividad. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1993, estableció que el derecho del corredor a la remuneración presupone "la celebración del contrato pretendido" y, además, que la misma "tenga lugar como consecuencia de la actuación del corredor", por lo que éste no tiene derecho a contraprestación "cuando el contrato tuvo lugar previas gestiones de la propia demandada"; la de 9 de octubre de 1965 indicó, en el mismo sentido, que el carácter exclusivo del encargo no limita "la facultad del dueño para concertar personalmente el negocio, salvo pacto expreso" y que el mediador, por no haber realizado la prestación a su cargo, no tiene, en tal caso, derecho a reclamar "una comisión por servicios no prestados".

Sin embargo, señala el Tribunal, lo expuesto no significa que los contratantes no puedan ejercitar la potencialidad normativa creadora que les reconoce el artículo 1.255 CC y pactar una exclusiva de doble vinculación subjetiva e, incluso, que en el caso de ventas convenidas a iniciativa del propio oferente, el mediador tenga derecho a la remuneración. Esto último es lo que, después de la indagación del sentido jurídicamente relevante de las declaraciones de las dos contratantes, aconteció en el caso enjuiciado. El Tribunal Supremo concede el pago de la comisión al mediador porque entiende que de la interpretación del contrato, esa fue la intención inicial de las partes, haciendo referencia a una "doble vinculación subjetiva"[601].

De la afirmación que hace el Tribunal puede extraerse una interesante conclusión sobre la inclusión de pacto de exclusiva. En virtud de la libertad de pactos otorgada por el artículo 1255 CC, las partes pueden establecer si

[601] Considero que el Tribunal Supremo se equivoca al aludir a la figura de la doble vinculación subjetiva. Con la exclusiva bilateral, tal como se ha desarrollado en el apartado D.2 de este capítulo, lograría, en este caso concreto, que el vendedor sólo le encargara la venta a ese mediador y a ninguno otro, y el mediador se obligara a conseguir la venta de ese inmueble y de ningún otro perteneciente a otro propietario. Por lo que, el problema original, de si el propietario esta o no excluido de vender, no se soluciona con esa vinculación.

quieren que la exclusiva incluya o no la exclusión de la actividad del propietario. De no especificarlo, tendría siempre que atenderse primero a la voluntad de las partes plasmada en el contrato a interpretar atendiendo al contenido heterogéneo de las prestaciones asumidas, y como parámetro objetivo (repetido por toda la jurisprudencia) se afirma que el mediador tiene derecho a la remuneración cuando de sus gestiones se hubiera aprovechado quien concluyó el contrato, incluyendo al propietario. Esto quiere decir que establecer un pacto de exclusiva no implica *a priori* que el propio vendedor no pueda concretar directamente la venta. Y es que la existencia del pacto de exclusiva no altera la naturaleza del contrato de corretaje. Solo tendrá derecho el mediador a percibir remuneración cuando su actividad sea efectiva o se hayan aprovechado sus gestiones[602].

B. La retribución al agente inmobiliario

La mediación es un contrato oneroso por lo que el agente tiene derecho a una contraprestación por la realización de su actividad siempre que la misma haya sido útil por la obtención del resultado, esto es, la perfección del contrato de compraventa. Los honorarios o comisión a percibir por el agente inmobiliario por su actividad de intermediación son libres en el ámbito del principio de autonomía de la voluntad de las partes del artículo 1255 CC, de manera que suelen estar establecidos en la nota de encargo.

En la práctica, la forma habitual de retribución del agente inmobiliario según se deriva de los pactos contractuales y de los usos es el establecimiento de una comisión sobre el precio de venta, aunque, en principio, y de acuerdo con el artículo 1255 CC, nada se opone a un pacto por el que se convenga que los honorarios no sean una comisión o porcentaje, sino el precio superior que

602 Cuando se habla de que el contrato de compraventa se haya perfeccionado como momento del devengo de los honorarios se refiere a que lo haya sido por la intervención del mediador reclamante. Por ello, cuando no se trata de un encargo de venta en exclusiva, para que pueda tener derecho a sus honorarios o comisión le corresponde al agente no sólo acreditar la propia existencia del encargo o contrato, sino también demostrar su eficaz intervención y que el vendedor se ha aprovechado de sus gestiones para celebrar con el tercero el contrato de compraventa, sin que sea suficiente la mera existencia del encargo y la realización de la venta para considerar o presumir que tal hecho se ha producido, pues al no ser en exclusiva nada impide que la compraventa se haya verificado directamente como consecuencia de la actuación del vendedor o incluso a través de otro agente. Cfr. REBOLLEDO VARELA, Luis Ángel, ob. cit, p. 15.

el agente obtenga respecto del pretendido inicialmente por el vendedor[603].

Cuando la retribución se pacta como comisión sobre el precio de venta, en principio las partes son libres de establecer el porcentaje que estimen conveniente. No obstante, hay que tener en cuenta que, en muchas ocasiones, estos acuerdos se mueven en el ámbito de los contratos de adhesión y de las cláusulas predispuestas o condiciones generales así como no se debe olvidar que el agente inmobiliario suele ser un profesional de la intermediación que a través del contrato de mediación contrata con particulares que reúnen la condición legal de consumidores[604].

El obligado al pago debe ser, en principio, aquel que es parte en el contrato de mediación. El oferente será quien tiene que pagar al agente la retribución o comisión por los servicios contratados y prestados. En la práctica, tal posición la ocupa el vendedor, dado que el comprador no es parte en el contrato de mediación por lo que ninguna relación tiene con el agente, ya que el contrato de compraventa del inmueble lo celebra directamente con el vendedor -o en su caso con el mediador pero ya en su condición de representante cuando como mandatario con poder de representación para un acto de disposición esté facultado para ello-.

Por ello, la primera conclusión que se puede extraer es que si el contrato de mediación se formaliza sólo entre vendedor y el agente inmobiliario, no cabe, en general, una pretensión de que la comisión o un porcentaje de la misma la pague el comprador al no ser parte en el contrato, por lo que ninguna comisión se le puede reclamar, aunque su cuantía haya podido ser tenida en cuenta por el vendedor para el establecimiento del precio lo que, en definitiva, implica que muchas veces el comprador es el que paga la comisión englobada en el precio.

---

603 Sin embargo, no hay que descartar supuestos en la forma de establecimiento de la retribución pueda constituir un supuesto de fraude o un incumplimiento por parte del agente de su deber de información, como estimó la SAP Zaragoza, 30 de marzo de 2005, al considerar abusiva la cláusula cuando a los pocos días se encuentra un mayor precio, lo que suponía que la agencia tenía una estimación del mercado que ocultó al vendedor.

604 Ello permite que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1154 CC y 10 bis de la LGDCU, en ocasiones tenga cabida la moderación judicial de las cláusulas contractuales abusivas cuando por ejemplo, son contrarias al justo equilibrio de las prestaciones. No obstante, la posibilidad del vendedor de acudir a una amplia oferta de posibles agentes y de negociar con ellos las condiciones en los términos que resulten más convenientes a sus intereses hace muchas veces difícil la impugnación de la cuantía de la comisión. En este sentido ver SAP Zaragoza, 11 de abril de 2000.

Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de noviembre de 2005, para resolver si se puede imponer la obligación al beneficiario de un contrato de mediación, ajeno al vínculo del propio corretaje (de asumir la remuneración del mediador), deberíamos acudir al artículo 1257 CC cuando afirma que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, que no respecto de terceros no vinculados por los pactos recogidos en el contrato de mediación. En el mismo sentido se ha expresado las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid, 7 de septiembre de 2006, Zaragoza, 4 de julio de 2006, Las Palmas, 15 de octubre de 2005 y Madrid de 13 de septiembre de 2005.

Esta doctrina, sin embargo, no es unánime pues tiene una importante excepción en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1991, que entiende que ello sólo es aplicable si la otra parte se limita a aceptar la oferta, pero no cuando el agente realiza una mediación entre ambas partes que lo aceptan para conseguir el perfeccionamiento del contrato, entendiendo el Tribunal que ambas partes se han beneficiado de la mediación[605]. No obstante, debería prevalecer la doctrina de que el obligado a pagar la comisión derivada del contrato de mediación es aquel que es parte en el contrato y quien contrata al agente inmobiliario, especialmente, cuando el comprador se limita a aceptar la oferta o las negociaciones se limitan a una reducción del precio. Como dice la sentencia de la Audiencia Provincial Valencia de 3 de mayo de 2005, el comprador sólo paga la comisión si se ha obligado a ello, no pudiendo aceptarse los argumentos de la parte apelante de que como la gestión mediadora lo es para ambas partes, vendedor y comprador, éstas deben retribuir al agente mediador, por cuanto el comprador es un tercero en el contrato de agencia y mientras no se pacte expresamente entre agente y comprador que éste deba pagar cualquier tipo de comisión o premio no puede aquél exigirlo al comprador con el que no se contrató[606].

---

605 Se puede ver la misma doctrina en SAP Sevilla, 15 de diciembre de 2005, SAP Málaga, 24 de noviembre de 2003.

606 La misma doctrina en la sentencia del Tribunal Suprerior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 8 de abril de 2005, que afirma que "el hecho que la intermediación satisfaga los intereses de las dos partes contratantes puestas en relación por la actividad del agente no convierte a ambas en deudoras de la comisión; es el comitente de la gestión mediadora y no el tercero que, por efecto de la gestión desplegada, termina contratando con aquél, el obligado al pago de los honorarios devengados por ella. Y tal iniciativa puede proceder, según los casos, tanto del vendedor, como del comprador. También puede surgir de ambos, sea mediante un encargo conjunto, sea mediante encargos independientes, para la

C. El plazo de la exclusividad

La exclusividad se debe pactar por plazo determinado. Será el tiempo en el que el oferente no podrá acudir a otro profesional inmobiliario con el mismo encargo, por ello y dado que se trata de una limitaciónd e carácter voluntario, el plazo es importante.

El Reglamento de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de 1969, establece en su artículo 31, el carácter de exclusiva que pueden revestir los encargos, sin embargo nda dice sobre el plazo. Para encontrar tal referencia se ha de acudir al artículo 30 que habla del encargo en general, y cuando falta el plazo, se entiende que tiene la duración de tres meses (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1986). No hay inconveniente en que el plazo se pueda prorrogar, e incluso someter tal prórroga a determinadas condiciones, como lo refleja la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1994, donde la agencia de propiedad inmobiliaria y la sociedad cooperativa, promotora de 69 viviendas unifamiliares, pactaron un contrato de corretaje en orden a la captación de nuevos socios; la mediación se estipuló con el carácter de exclusiva y se refería a 33 viviendas, fijándose la duración contractual de 9 meses, plazo prorrogable por otros 6 meses adicionales si al finalizar aquel periodo se hubiera captado socios para 17 viviendas.

Si el contrato principal se ha realizado una vez expirado el término por el que se pactó la exclusiva, pero lo ha sido con la parte que propuso el corredor, del mismo modo se adeudará la comisión. Si no fuese así, solo habría que esperar a que el término expirase, y contratar después con la persona captada por el corredor, y de esta manera se evitaría abonar los honorarios del agente. Así lo afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 2 de noviembre de 2001.

El plazo de la exclusiva no se refiere a la duración del contrato, sino a la exclusividad frente a terceros mediadores, de tal manera que puede expirar dicho término y continuar el corredor con sus gestiones tendentes al mismo fin

venta y la compra respectivamente, que, concentrados en un mismo agente mediador, terminan confluyendo en una común operación. En este último caso, a la duplicidad de encargos y gestiones puede también corresponder el cobro de comisión de ambos". Nótese que la sentencia admite la posibilidad de cobrar una doble comisión cuando el encargo viene de las dos partes con independencia una de la otra y el agente los pone en contacto. Así lo admite la SAP Cádiz, 15 de febrero de 2005, negando que la comisión se cobre dos veces sino un 3% y un 2% que el agente había pactado con cada una de las partes.

que cuando estaba vinculado por el apcto de excluiva; seguirá existiendo entre corredor y oferente un nexo contractual de corretaje, pero no una prórroga tácita de dicha exclusiva[607].

D. Consecuencias del incumplimiento del pacto de exclusiva

El incumplimiento del contrato de exclusiva por parte del propietario vendedor presenta siempre el problema de las consecuencias económicas que ello tiene respecto del mediador, referido a si ha de percibir íntegramente los honorarios o comisión pactada, o sólo los daños y perjuicios debidamente acreditados y cuál puede ser la validez y eficacia de las previsiones contractuales que se hayan podido realizar, normalmente a través de una cláusula penal incluida en el contrato que cifra las consecuencias, casi siempre, en el abono íntegro de la comisión.

Si se vende a tercero sin intermediación, sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en el contrato, no cabría reclamar la comisión y sí una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual derivada de los artículos 1101 1124 CC, dado que vendida la vivienda sólo cabe la resolución contractual. Algunas resoluciones establecen de manera automática y objetiva los daños y perjuicios como lucro cesante dejado de percibir (sentencia de la Audiencia Provincial Sevilla, 13 de junio de 2005). Sin embargo, considero que dado que la existencia del pacto de exclusiva no altera la naturaleza del contrato de corretaje, solo tendrá derecho el mediador a percibir remuneración cuando su actividad sea efectiva o se hayan aprovechado sus gestiones, dejando el derecho de indemnización a salvo en los casos en los que se le haya irrogado algún perjuicio.

VI. CLÁUSULAS PENALES EN CONTRATOS DE EXCLUSIVA

Las cláusulas penales presentan como ventajas principales la disminución de los costes de transacción[608] y la distribución óptima del riesgo de incumplimiento. Sin embargo, este remedio puede revelarse dañino para la competencia desde la perspectiva que en los contratos con exclusiva, la suma

---

607 Cfr. CREMADES GARCÍA, Purificación, ob. cit., p. 240.

608 En cuanto a la comunicación de la información, mayor o menor sensibilidad de los contratantes frente al incumplimiento y la determinación del daño en sede judicial.

pactada por una cláusula penal[609] impone a los nuevos competidores un coste de entrada en el mercado que se enfrenta de dos maneras, esperar el transcurso del plazo necesario para la terminación del contrato suscrito entre las partes o, sin mediar espera, abonar al beneficiario de la exclusiva (a través del deudor) la indemnización pactada[610].

Como señala la doctrina económica, el acreedor de la exclusiva se apropia de la totalidad del excedente (que el potencial competidor obtendría si contratara con su cliente). Por lo cual, el coste social derivado de la utilización de la exclusiva se eleva porque cada contrato con exclusiva de larga duración tiene una externalidad negativa sobre el resto al bloquear la competencia y fuerza a asumir precios más elevados[611]. Es interesante analizar en este sentido la Resolución de 19 de mayo de 2009 de la Consejo Nacional de Competencia sobre el caso *Abertis.* Axion (Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A) empresa dedicada a la difusión de señales audiovisuales y a la explotación de servicios de telecomunicaciones tiene como principal competidora en este sector a Abertis Telecom, S.A.U, sociedad integrada en el mayor grupo de infraestructuras de transporte y comunicaciones de Europa. El día 18 de octubre de 2005, Axion denunció a Abertis ante la Consejo Nacional de Competencia por abuso de posición dominante, en particular, por impedirle la entrada en el mercado nacional de servicios portadores de señales audiovisuales. Como resultado del proceso, la Consejo Nacional de Competencia acordó imponer una sanción de 22.658.863 euros a Abertis.

En este caso, la Comisión Nacional de Competencia reconoce el legítimo derecho que tiene cualquier parte contractual para protegerse de los incumplimientos introduciendo cláusulas penales. La penalización prevista por Abertis en los diferentes contratos tenía por objeto garantizar las inversiones

---

609 Al amparo de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC, una cláusula penal supracompensatoria que garantice el cumplimiento de un contrato de exclusiva constituiría una conducta prohibida, salvo que le sea aplicable la excepción contenida en el artículo 101.3 TFUE, reproducida asimismo por el artículo 1.3 LDC. Para la aplicación de dicha excepción legal han de satisfacerse de manera cumulativa cuatro requisitos: la mejora de la eficiencia, el beneficio equitativo para los consumidores, el carácter indispensable de las restricciones y la no eliminación total de la competencia.

610 Cfr. POSNER, Richard, ob. cit., p. 128.

611 El coste de oportunidad de estos contratos suele ser muy elevado porque impiden a entrada en el mercado de nuevos competidores. Cfr. AGHION, Philippe y BOLTON, Patrick, ob. cit. p. 396.

específicas realizadas para prestar de forma efectiva y satisfactoria los servicios contratados. Sin embargo, y sin perjuicio de lo anterior, la Consejo Nacional de Competencia también considera que la defensa de sus legítimos intereses económicos debe desplegarse dentro de los límites que resultan de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia, extremo que Abertis, a juicio de la Comisión Nacional de Competencia, no respetó al imponer cláusulas penales desproporcionadas (supracompensatorias). Desproporción que, en todo caso, debe medirse respecto de los daños previsibles derivados del incumplimiento contractual, los cuales comprenden, cuando menos, las inversiones específicas y los costes de contratación. Ahora bien, a pesar de que los hechos relatados en la resolución de la Comisión Nacional de Competencia no permitan extraer motivos de eficiencia o mejora en el bienestar social que justifiquen este tipo de acuerdos, el balance competitivo final no es necesariamente negativo. En la propia resolución se reconoce que las inversiones de Abertis fueron por una suma considerable pero que por ser posible su reutilización no las considera específicas[612]. Básicamente por estos motivos, Abertis fue sancionada y las cláusulas penales consideradas anticompetitivas.

La objeción tradicional ha sido que la cláusula de liquidación anticipada del daño genera problemas de creación de monopolio bilateral[613]. Ello exigiría que ambos contratantes contrajeran la prohibición recíproca de no competir y que el incumplimiento de las exclusivas (o de las obligaciones pactadas en general) esté sujeto a pactos de liquidación. Aunque en ocasiones es así, con frecuencia en contratos de exclusividad (de distribución comercial, de colaboración o cualquier otro) tan solo una de las partes se obliga a no contratar con terceros. Por tanto, para que realmente la inclusión de una cláusula de liquidación del daño afecte a la competencia la obligación garantizada debe ser la de no competir contra un contratante con poder de mercado. La estipulación que garantice otra obligación, o que lo haga respecto un sujeto sin poder de mercado, difícilmente supondría una afectación de la competencia, pues no

612 El concepto de inversiones específicas empleado por la CNC es más que dudoso, pues una inversión específica pierde valor fuera del contexto en que se ha realizado, como es el caso, y no deja de serlo porque pueda recibir usos alternativos, ya que dichos usos alternativos no excluyen la pérdida de valor.

613 Se conoce como monopolio bilateral a aquella estructura de mercado en la que hay un único vendedor y un único comprador.

impide la entrada de nuevos competidores[614].

Uno de los casos pioneros se presentó en el Derecho norteamericano con el emblemático asunto *United States vs. United Shoes Machinery Corp.* (U.S. 341/ 1954) sobre cláusulas de liquidación anticipada del daño en contratos con pactos de exclusiva lesivos de la competencia. Desde su posición de dominio (con el 75% de la cuota de mercado), la compañía United Shoes Machinery arrendaba su maquinaria a productores de calzado durante diez años sin posibilidad de compra ni tampoco de arrendamiento más corto. Si el arrendatario devolvía la máquina porque contrataba una de la competencia, éste debía indemnizar a la arrendadora con el 50% de los cánones mensuales restantes hasta completar el plazo de duración pactado. Esta penalidad (*switching penalty*) se agravaba con la pérdida de otros derechos, la cual no tenía lugar si el motivo de la devolución era otro. El Tribunal Supremo estadounidense declaró la ilicitud de las prácticas al amparo del artículo 2 de la *Sherman Act*[615].

No obstante, aunque no se refleje en el caso plasmado, las cláusulas penales en virtud de las cuales el deudor obtendría una cuantía superior al daño previsible, producen, como contrapartida, el efecto positivo de promover la realización de inversiones específicas eficientes[616]. De hecho, la doctrina las juzga de necesarias para alcanzar este objetivo si ambos contratantes llevan a cabo inversiones como sucede generalmente en los contratos con exclusiva. Se pone de relieve que en la renegociación de un contrato con pacto de exclusividad susceptible de ser incumplido a causa de una contingencia no prevista y tras cuya celebración las partes realizaron gastos en infraestructura, una cláusula penal compensatoria fomenta que el contratante obligado a indemnizar procure un acuerdo con el otro contratante a fin de percibir al menos una porción del excedente derivado de la ejecución del contrato bajo las nuevas circunstancias. De este modo, las inversiones que el negocio jurídico

614 Afirma MOTTA que las restricciones verticales sólo son anticompetitivas si involucran a partes con un poder de mercado que sea significativo, pues el daño a la competencia decrece con el aumento del número de competidores (cfr. ob. cit. p. 377).

615 El Tribunal Supremo norteamericano se pronunció dos veces respecto al caso *United Shoe Machinery Corp. v. United States,* la primera en 1954 y la segunda en 1968. Con fundamento en la creación de un mercado competitivo, la primera vez el Tribunal declaró la ilicitud de determinadas prácticas (entre otras, de los pactos de exclusiva), en la segunda de sus resoluciones acordó la venta forzosa de activos de la sociedad.

616 Sobre este tema, *vid*. Punto F.2 del Capítulo Segundo.

precise serán realizadas por una y otra parte, y por tanto, rentabilizadas[617].

La evaluación final dependerá fundamentalmente del sector de actividad concreto en que se desenvuelven los contratantes, el mercado relevante en términos de Derecho de la competencia. Ahora bien, cuanto mayor sea el desequilibrio entre el poder de mercado de una y otra parte, las estipulaciones de liquidación anticipada, casi con toda probabilidad, responderán a la voluntad de una de las partes de excluir a los potenciales competidores, pero su determinación como cláusula abusiva deberá realizarse en el caso concreto. Esto es así porque la cláusula penal es una medida eminentemente privada, en la que las partes, en uso de la libertad contractual aseguran el cumplimiento de las obligaciones mediante la estipulación de penas o multas de contenido pecuniario. La intención propia es la de compeler al deudor al cumplimiento bajo amenaza de agravar su responsabilidad si incumple. Entonces, se puede afirmar que se pretende que el coste excesivo que acarrea el incumplimiento de la obligación disuada al deudor de no cumplir[618].

Por otro lado, la cláusula penal y la resolución poseen en común el que ambas instituciones tienen al incumplimiento de una obligación como su causa, pero son diferentes. Es posible que un acreedor pida la ejecución de la cláusula penal y no demande la resolución, de esta manera el contrato se mantendrá vigente y serán ejecutables el resto de sus obligaciones. Así, en un caso resuelto por la justicia arbitral norteamericana, en el que un contrato de arrendamiento de un local ubicado en un centro comercial se convino una cláusula de exclusividad por la cual se le reservaba a la arrendataria el derecho a vender cierto tipo de bienes en el centro comercial estipulándose que el incumplimiento daría derecho a la arrendataria para suspender el pago de la renta pactada. El juez arbitral estimó que era una cláusula penal y que no

617 Cfr. EDLIN, Aaron y SCHWARTZ, Alan; "Optimal penalties in contracts", en *Chicago-Kent Law Review,* Chicago-Kent College of Law, Chicago, 2002, pp. 33 y ss.

618 Son básicamente dos las funciones que desempeña la cláusula penal, por un lado un papel coercitivo o de garantía y, de otro, la función liquidatoria, en tanto se fija por adelantado el valor del daño que se podría irrogar al acreedor con el incumplimiento, quedando, además, exonerado el acreedor de toda prueba de perjuicios sufridos. Lo interesante de la cláusula penal es que su contenido pecuniario es muy superior al valor de los daños que efectivamente se han producido, es más, la razón última de su inserción en la relación obligatoria es precisamente el hecho de que sea más gravosa su aplicación que los efectos propios que anudan al incumplimiento, es entonces cuando adquiere relieve su naturaleza propia.

implicaba el término del contrato (la resolución)[619].

El concepto de cláusula penal se construye a través de la determinación de sus funciones respecto de lo que ha de significar que su naturaleza y caracteres serán variables, dependiendo de la previsión y configuración contractual, y que el fin menos frecuente es precisamente el de pena o sanción. En relación a su función ha de mencionarse que constituye una preventiva liquidación del perjuicio o anticipada fijación del importe de los daños, de modo que se dispense al acreedor de su acreditación, lo cual va a ser especialmente importante en las obligaciones de no hacer dada la dificultad probatoria del hecho negativo. Además, se puede agravar la responsabilidad del obligado, bien acumulando la pena al cumplimiento coactivo de la obligación y/o a la reparación de los eventuales daños que puedan producirse, incluso obligando a responder del caso fortuito[620]. Sin embargo, no es una garantía completamente segura y eficiente por cuanto no contribuye a evitar la insolvencia del deudor, ni concede crédito preferente o privilegio alguno[621].

Puede conectarse con el incumplimiento propio o definitivo, pero también con el cumplimiento inexacto. Si se entendiera que en las obligaciones negativas no son aceptables hipótesis de cumplimiento parcial (integridad), no plenamente ajustado al programa (identidad), o tardío (mora), sólo cabría el establecimiento de cláusulas penales para el incumplimiento definitivo. Puesto que hemos admitido la factibilidad del cumplimiento parcial de una obligación

---

619 El pacto de una cláusula penal, sea sustitutiva, indemnizatoria o moratoria, no implica la renuncia a la acción resolutoria. Por muy enfática que sea la redacción en el sentido de que en casi de incumplimiento procederá tal o cual pena, no puede deducirse de ello que el acreedor ha renunciado a la resolución para solo quedarse con el derecho a pedir la pena. Cfr. CORRAL TALCINI, Hernán, ob. cit., pp. 340 y ss., MIGLIASSO, Davide, *La clausola penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 243.

620 Cfr. MAS ABADÍA, María Dolores, *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, cataloga la asunción del caso fortuito más como un pacto de agravación de responsabilidad que como una cláusula penal *stricto sensu.* Lo que queda claro es que la configuración de la pena con ésta función requiere otorgamiento expreso, como puede leerse en el párrafo segundo del artículo 1153 CC "Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido expresamente otorgada".

621 La cláusula penal salva la complejidad, indeterminación y subsiguiente controversia respecto de la cuantificación de los perjuicios causados por las obligaciones no pecuniarias, especialmente las negativas. Cfr. MONTÉS PENADÉS, Vicente, "Las garantías del crédito", en *Derecho de obligaciones y contratos*, AAVV, coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 238 y ss.

con pacto de exclusiva y, más concretamente, la posibilidad de individualizar el momento omisivo en que se produce la contravención, podrá fijarse la pena respecto de la totalidad de la obligación o en relación a cada particular contravención, periodo de tiempo o cualquier otro parámetro singularizador. Queda claro que esta opción procede respecto de prestaciones diferidas o duraderas, por lo que en las obligaciones dirigidas a una única omisión no podrá verificarse más que en la primera hipótesis (pena por la totalidad de la obligación), aunque podrán en este caso establecerse convencionalmente consecuencias o importes distintos en función a la gravedad de la contravención o de sus efectos[622].

De otro lado, si la pena ha sido establecida con parámetros que permita individualizar el importe de cada fracción singular, cuando ésta no suponga un incumplimiento definitivo no habrá inconveniente ninguno para que, aun pagado su importe, el acreedor pueda seguir exigiendo, y el deudor cumpliendo, las prestaciones sucesivas. Lo mismo ha de decirse en el supuesto de que la pena se establezca y reclame, por ejemplo, por los daños producidos por el retraso, lo cual no impide solicitar el cumplimiento[623].

En el régimen general para que el deudor pueda exonerarse de la pena, deberá probar la concurrencia de causa extraña a él no imputable (salvo que haya asumido riesgos del caso fortuito). Por su parte, el acreedor sólo debe probar el incumplimiento de lo pactado, más no el daño producido ni su cuantía, de lo que ha quedado eximido en virtud de la fijación de la pena. No obstante, cabe que el demandado solicite moderación judicial del *quatum* bajo criterios de equidad cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor y la pena estuviera establecida por contravención de toda la prestación debida tal como lo permite el artículo 1154 CC.

---

622 Conviene recordar que si la pena ha sido establecida de modo global por la contravención absoluta y no por retraso o inexactitud, en valoración de la prestación no obtenida (respecto de toda la obligación, no a propósito de cada singular infracción singularizada), y el acreedor la recibe, no podrá reclamar también el cumplimiento, so pena de incidir en enriquecimiento injusto. Ello con carácter general, salvo pacto en contrario o que se deduzca que el importe se ha fijado por el mismo hecho de la contravención y no por valoración de la prestación no conseguida. Es decir, se trata de una cuestión de configuración e interpretación del contenido del pacto, y de examinar qué conceptos y con qué alcance se incluyen en la pena.

623 Cfr. COVIELLO, Leonardo, ob. cit., p. 136.

Mayor complejidad presenta la determinación de las consecuencias que se derivan del incumplimiento de una obligación negativa garantizada con cláusula penal, cuyo contenido omisivo debe desarrollarse durante un lapso de tiempo concreto (obligaciones de tracto duradero). En estos supuestos ha de tenerse en cuenta si el incumplimiento de la prestación comporta la inutilidad de la prestación negativa, incluso de lo hasta entonces realizado, por no reportar al creedor beneficio alguno, o bien si el comportamiento omisivo desarrollado le proporcionó un efectivo provecho.

En el primer caso nos encontramos ante un indudable incumplimiento total de la obligación, que deberá ser apreciado por el juez, y que implicará la entrega íntegra de la cantidad fijada en la obligación en concepto de pena, y cuando proceda (pena cumulativa), además, el cumplimiento por equivalente de la prestación negativa. Un dato revelador del concreto interés del acreedor será la fijación de una cantidad global y única o fraccionada para el supuesto del incumplimiento de la obligación. En todo caso, incumbirá al prudente arbitrio del juez la evaluación de la intención real de las partes. Ahora bien, si a pesar del establecimiento de una cantidad única y global para el supuesto del incumplimiento en este tipo de obligaciones, al acreedor le fueron efectivamente útiles los comportamientos llevados a cabo hasta entonces por el deudor, la aplicación del pleno rigor de la pena será excesiva. En tal sentido, el artículo 1154 CC señala que el juez podrá modificar equitativamente la pena si la obligación principal hubiere sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. Cuestión fundamental para aplicar este artículo es que la obligación en cuestión sea susceptible de cumplimiento irregular, o de cumplimiento parcial. En todo caso, presupuesto necesario es que el incumplimiento de la obligación no haya sido total[624], puesto que el juez solamente es dueño de rebajar la pena por razones de equidad[625].

[624] Si el incumplimiento es debido a caso fortuito o fuerza mayor, la pena será inexigible de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1152.2 CC, salvo pacto en contrario.

[625] Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, ob. cit., pp. 379 y ss.

VII. INTERFERENCIA DE UN TERCERO EN UN CONTRATO CON PACTO DE EXCLUSIVA

Es frecuente que en el incumplimiento de obligaciones negativas intervengan terceras personas, ajenas por completo al contrato, que con su cooperación coadyuvan, a veces de manera decisivamente importante, en la vulneración de una relación jurídica. Cuando un tercero interviene en el incumplimiento de un contrato, no por ello adquiere condición de parte. Sigue siendo un extraño respecto de la misma, aunque conviene cuestionarse si su intervención le genera o no alguna responsabilidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1921 nos plantea el problema de la interferencia de un tercero. Determinada cantante, muy conocida, celebra un contrato con una sociedad por el que se obliga a impresionar discos para ella en exclusiva durante cinco años. La artista incumple la exclusiva al grabar con otra casa discográfica determinadas canciones, con lo que nos encontramos con que la celebración y ejecución de este segundo contrato produce daños al primer contratante que comprueba cómo se ve vulnerada la exclusiva que en su día pactó. El deudor (el cantante concedente de la exclusiva) ha incumplido su obligación de no hacer y responde ante su acreedor por incumplimiento contractual, esto no genera gran discusión. El debate doctrinal se presenta cuando se plantea si el tercero ajeno al contrato tiene alguna responsabilidad frente al acreedor, tanto si tenía conocimiento del contrato previo o no.

Esta figura ha sido calificada como un contrato en daño de tercero. Alude a aquellos supuestos en que, al celebrar un negocio jurídico, los contratantes ocasionan un daño a una tercera persona y ello tanto si el contrato se realiza precisamente con este específico propósito, como si sólo es una de las partes contratantes la que busca la producción del daño[626]. Las hipótesis a las que la categoría descrita puede aplicarse son muy amplias, sin embargo para que exista se requiere de tres elementos esenciales. Primero, la existencia de un segundo contrato que será la causa directa e inmediata del daño. Esta afirmación establece una discriminación importante. Implica que se excluyen aquellos casos en los que el daño deriva de un incumplimiento contractual

[626] Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, "En torno a los llamados contratos en daño de terceros", *RDN*, núm. 20, 1959, pp.130 y ss.

provocado directamente por la intervención de un tercero, pero no mediante la conclusión de otro contrato, sino por medio de un acto dañoso negligente.

Segundo, el daño debe ser entendido en términos rigurosos, de manera que debe distinguirse entre los derechos y los simples intereses no protegidos específicamente por el ordenamiento jurídico. Este elemento requiere la transgresión de un derecho subjetivo concreto, de manera que no hay contrato en daño a terceros si sólo son colocados en una situación desfavorable de intereses pero que no son especialmente protegidos. De ahí que deban distinguirse los meros perjuicios "de hecho", de las situaciones de abuso del derecho de la contratación[627].

El último elemento requerido es la existencia de un tercero. Es preciso aclarar que no es suficiente aplicar la noción de tercero civil a los contratos de daño a tercero, pues si así fuera, bastaría que cualquier persona ajena al contrato que sufriere un perjuicio de hecho estaría legitimada para pedir un resarcimiento. Tercero, para la mayoría de la doctrina, es aquel que se encuentra vinculado a las partes, o a una de ellas por una relación jurídica que es dañada mediante el segundo contrato, o bien que se halla en situación de dependencia con el contrato dañoso de causa a efecto[628].

La doctrina menciona numerosos contratos en daño a tercero, algunos recogidos en la legislación positiva[629] y, otros, sin regulación legal, como el tema que nos ocupa. En los casos regulados, la ley concede determinadas acciones, variables dependiendo del caso y que tienden a compensar el daño sufrido. No hay necesidad de alegar en ellos esta figura, ya que el resarcimiento surge de la norma legal específica.

En el caso del pacto de exclusiva, GULLÓN BALLESTEROS afirma que estamos frente a un problema sumamente complicado, que es el de la tutela aquiliana de los créditos o derechos personales. Este término engloba las lesiones que pueden sufrir los derechos subjetivos del acreedor a causa de un tercero, y

627 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…,* cit., p. 420.

628 Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, ob. cit., p. 117.

629 Así, la venta realizada por los herederos del depositario, ignorantes de la calidad en que se encontraba la cosa en el patrimonio del difunto (artículo 1178 CC), la pérdida de la propiedad de cosas muebles impuesta por el artículo 464 CC cuando haya sido producida por un contrato, siempre que se acepte la teoría a *non domino*, pago indebido de una cosa que haya sido vendida por el *accipiens* que la ha recibido de buena fe (artículo 1897 CC). Cfr. RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma Rosa, "Eficacia de los pactos de exclusiva", *ADC,* núm. 51, 1998, pp. 1870 y ss.

encuentra reacción en el ordenamiento en la llamada responsabilidad extracontractual, recogida en el artículo 1902 CC[630]. Es importante señalar que el punto de coincidencia entre la tutela aquiliana del crédito y los contratos de daño a tercero se limita a aquellos supuestos en que la actividad negocial entre deudor y tercero es el medio que conduce al incumplimiento de la relación contractual previa. Se han citado como ejemplos de esta hipótesis la infracción de un contrato de opción cuando el concedente de la opción no inscrita no la respeta y contrata con un tercero lesionándose así el derecho del optante; la trasgresión de un pacto de exclusiva cuando el obligado por la misma vulnera la cláusula contratando con un tercero en perjuicio del que resulta favorecido con la exclusiva, o la inobservancia de un pacto de no competencia. De todos ellos, es precisamente el tema de la vulneración de la exclusiva el que, según opinión doctrinal, ha venido a realzar en la actualidad la cuestión de la responsabilidad extracontractual y ha pasado a configurarse como un contrato en daño a tercero[631]. El artículo 1902 CC debe, asimismo, entrar en conjunción con el artículo 7.1 CC que señala que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, estableciendo en el apartado 2 que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión, continua el legislador, que por la intención de su autor, por su objeto o las circunstancias en las que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para un tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso[632].

Conflictos entre cesionario y terceros: Los terceros pueden entrar en conflicto con los titulares de algún derecho incompatible, total o parcialmente, con los de los contratantes. Estos terceros pueden ser de dos tipos: por un lado, aquellos

630 Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, ob. cit., p. 117.

631 La responsabilidad extracontractual y el contrato en daño a tercero no son categorías coincidentes, pero convergen en el caso de la lesión del pacto de exclusiva. Sobre este punto, *vid.* VATTIER FUENZALIDA, Carlos, "La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos", en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Secretariado de publicaciones, Murcia, 1989, pp. 845 y ss.

632 Cfr. BONET, FRANCISCO, *Código civil comentado con sus apéndices forales*, Aguilar, Madrid, 1964, pp. 817 y ss. Opina RUÍZ VADILLO que el principio aplicado es el respeto que toda persona ha de tener, con su abstención, a todas las relaciones jurídicas ajenas, sea cual sea la naturaleza de estas, pero la responsabilidad sólo será exigible en casos de dolo directo, dolo eventual y, si acaso, en los de grave culpabilidad dolosa, en cuyo caso el juez discrecionalmente graduará la responsabilidad de acuerdo a los artículos 1104 y 1103 CC (cfr. ob. cit., p. 387).

que adquieren una facultad del autor de la obra colisionando con el exclusivista; otros, que adquieren un derecho del cesionario y se topan con el autor de la obra a la extinción del contrato de cesión en exclusiva. Nos interesa centrarnos en el primero de los supuestos. Los problemas a plantearse son, si el tercero puede seguir ejercitando su derecho pese a ser incompatible con el del exclusivista; si debe indemnizar al cesionario por los daños causados mientras ejercitó su derecho; y, si el autor cedente incurre también en responsabilidad y en qué términos se añade a la del tercero.

El primer supuesto, imaginemos que el autor cede a una persona los derechos de explotación de su obra y, posteriormente, lo hace también en exclusiva, a otro empresario. Como primera opción, el cesionario exclusivista cuenta con la posibilidad de ejercitar la acción de nulidad de su contrato con el cedente[633], por dolo e incluso por error si, por ejemplo, el heredero desconocía que su causante había cedido sus derechos a un tercero. No obstante, puede ocurrir que al exclusivista le interese más mantener la vigencia de su contrato aún privado de la exclusividad, en ese sentido, corresponderá ejercitar las acciones propias del incumplimiento contractual[634].

El asunto neurálgico radica en determinar si el cesionario en exclusiva podrá oponer su derecho al anterior cesionario, obligándole a abstenerse de toda competencia. El Tribunal Supremo, a través de distinta jurisprudencia, ha señalado que quien adquiere un derecho o recibe un servicio del concedente de la exclusiva, infringiéndola con ello, incurre, con la probable condición de haber conocido la existencia de la exclusiva, en responsabilidad extracontractual, debiendo abstenerse de concurrir, en lo sucesivo, con el exclusivista e indemnizar los daños causados (Sentencia del Tribunal Supremo 23 de marzo de 1921). Aunque esta sentencia del Supremo entiende que, en tal caso, concurrirá mancomunadamente con el contratante incumplidor a la reparación del daño, el giro que la jurisprudencia ha dado en este punto, conduciría hoy a una condena solidaria[635].

---

633 El carácter esencial de la exclusiva conduce a la consideración de que la no competencia por terceros es una de las condiciones del contrato que ha llevado principalmente a concretar su celebración (cfr. artículo 1266 CC).

634 Podría exigir que se reduzca proporcionalmente la remuneración del autor, manteniéndose la cesión aunque privada del carácter de exclusiva en aplicación de los artículos 1460.2 y 1486.1 CC. Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, ob. cit., p. 737.

635 Además, para el supuesto análogo recogido en el artículo 49.2 LPI, la propia Ley de Propiedad intelectual se inclina por la solidaridad.

Puede ocurrir que la adquisición de mercancías suministradas o derechos otorgados por el concedente no perjudiquen la exclusiva, por realizarse el suministro fuera de la zona pactada, o dicho otorgamiento sobre derechos compatibles con la exclusiva. Para que el adquirente quede obligado a respetar la exclusiva en sus reventas o en el ejercicio de sus derechos, es preciso que ello se haya acordado en su contrato con el concedente de la exclusiva, a modo de estipulación a favor del exclusivista; si así fuera, el exclusivista podría reclamar contra dicho adquirente mediante acción directa, tal como lo señaló el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 marzo 1962.

Finalmente, ya desde la Sentencia del Tribunal Supremo 9 de febrero 1965 se estableció que quien recibe en arrendamiento los negocios del concedente queda obligado a respetar la exclusiva otorgada por éste, siempre que la haya podido conocer la existencia del pacto al tiempo de concertarse el arrendamiento.

A. Las vulneraciones indirectas del pacto de exclusiva

El Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de octubre de 1955 dejó asentada como doctrina que el tercero responde ante el acreedor siempre que conozca la existencia de la exclusiva, calificándolo como una vulneración indirecta. Cuando la escasa doctrina aborda la cuestión, se limita a esta conclusión, sin embargo, se hace preciso un acercamiento más detallado puesto que las vulneraciones pueden ser directas o indirectas.

Las infracciones indirectas suelen presentarse sobre todo en los contratos de distribución, concesión o suministro en exclusiva. La hipótesis es la de un concedente que vende a terceros fuera de la zona de exclusiva y éstos, a su vez, revenden dentro del mismo territorio. La sentencia del 29 de octubre de 1955 se refiere precisamente a este supuesto. Se trata, como se ha narrado previamente, de un contrato de suministro (aunque el contrato se denomina de compraventa) de cemento en Barcelona, con una exclusiva bilateral. El suministrante vende el mismo bien a terceros dentro de la provincia e incumple con el pacto, siendo denunciado por su contraparte.

La Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda condenando a las demandadas a pagar al actor 30.000 pesetas. El Tribunal Supremo rechaza el recurso en los siguientes términos: “El pacto de exclusiva despliega su eficacia sólo en las relaciones de los contratantes, no pudiendo ser opuesto a los terceros respecto a los cuales son válidas las ventas concluidas violando el pacto. Corresponde, indudablemente, al comprador, una acción de

indemnización de daños y perjuicios contra el vendedor, si éste, vendiendo a otros, ha descuidado dar a conocer la prohibición consiguiente a la precedente venta con exclusiva de revender las mercaderías en una determinada zona; o contra el tercer adquirente, que, a pesar de que le ha sido manifestada la prohibición, ha revendido las mercaderías en la zona reservada al primer comprador, no pudiendo estimarse que el vendedor que ha cumplido la obligación de comunicar a los sucesivos adquirentes sobre el pacto de exclusiva contenido en una venta precedente, asuma la responsabilidad de la transgresión de la prohibición por el tercero, puesto que ha hecho cuanto podía".

Dos apreciaciones sobre esta resolución. La primera, los hechos del caso refieren a una vulneración "directa" del pacto de exclusiva, pues el vendedor incumple al vender a terceros dentro de una zona reservada al comprador (las ventas se producen dentro de Barcelona). Hay una clara infracción y por ello el Tribunal confirma la sentencia de la Audiencia. La segunda anotación resulta llamativa. Los hechos del caso refieren a una lesión directa pero, el importante considerando de la sentencia correspondiente al tema de la eficacia del pacto se refiere al supuesto de una transgresión indirecta de la exclusiva. El Supremo plantea el supuesto de una venta a terceros fuera de la zona de exclusiva y éstos, conociéndola o no, revenden posteriormente en dicho territorio.

La obligación esencial que supone una cláusula de exclusiva obliga únicamente al vendedor obligado por la exclusiva, a que no venda a personas distintas del comprador beneficiario de la exclusiva dentro de la zona otorgada en privilegio por el pacto. Por consiguiente, la exclusiva por sí sola no impide que pueda venderse a terceros fuera de la zona, ni que estos terceros, que compran fuera de tal espacio geográfico, vendan a su vez dentro de ella. Puede concluirse entonces que el pacto de exclusiva en el que no se acuerda más que la obligación propia, ni responde el deudor ante el acreedor por vender fuera de la zona a terceros, ni responden tampoco los terceros que compran fuera pero revenden dentro del espacio asignado al exclusivista, pues, no estarían colaborando ni induciendo a un acto ilícito cometido por el deudor. Éste no infringe su obligación por vender en un territorio libre de los privilegios que otorga el pacto.

Es distinto el escenario cuando el deudor al pactar la exclusiva, se obliga frente al acreedor a que los terceros con los que contrate posteriormente respeten la zona reservada al exclusivista, es decir, se obliga a que los terceros no revendan en ese espacio protegido. Parece bastante claro que para que el

deudor responda por la conducta de los terceros en estos casos, debe haber asumido convencionalmente la obligación. Para el Tribunal, se entiende cumplido cuando se comunica a los sucesivos adquirentes de la existencia del pacto. Sin embargo, la doctrina opina de manera distinta. DIEZ-PICAZO sostiene que el deudor quedará liberado de su obligación si impone como condición al tercero el respeto de la exclusiva, y que en caso de no aceptarlo, no contrate con él[636]. Es difícil sostener la irresponsabilidad del deudor por el mero hecho de notificar la existencia de la obligación de respetar la zona. La doctrina no es unánime. La primera solución brindada se considera excesiva, en el sentido que teniendo en cuenta la naturaleza de ciertas mercaderías cuya venta depende de la coyuntura del mercado, obliga a contratar con el comprador aunque no se atenga después a respetar la exclusiva, o que el comprador no acepte vincularse con tal prohibición en atención sus posibles necesidades de reventa. Por otra parte, señala PUENTE MUÑOZ, la negativa a obligarse a cumplir la prohibición no significa, necesariamente, la intención del tercero de violarla[637].

Sin duda, la liberación del deudor con la simple comunicación al tercero, es más acorde con la fluidez del tráfico jurídico. No obstante, de esta forma no hay jurídicamente ninguna posibilidad de que el vendedor que contrata con el tercero pueda forzar a éste a respetar la exclusiva.

Lo dicho hasta ahora responde a la responsabilidad del deudor. Conviene ahora acercarnos a la responsabilidad del tercero. El Tribunal Supremo entiende que el acreedor tiene una acción de indemnización de daños y perjuicios contra el tercero al que le ha sido comunicada la prohibición y aún así la ha infringido con su conducta activa en determinada zona. Es claro que si el deudor y el tercero pactan de modo expreso en el segundo contrato el deber de respetar la zona del primer contratante, hay una responsabilidad contractual, ya que en el segundo negocio se estableció una estipulación a favor de tercero. Bajo esta óptica, el acreedor podrá dirigirse contra el tercero directamente, exigiéndole responsabilidad por el incumplimiento contractual. Ahora bien, el Tribunal refiere a la puesta en conocimiento, sin embargo tal situación no implica una estipulación contractual a favor de tercero.

636 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, "Comentario…" cit., p. 397.

637 Cfr. PUENTE MUÑOZ, Teresa, ob. cit., p. 126.

B. Las vulneraciones directas del pacto de exclusiva

Por vulneración directa se entienden los supuestos en los que un tercero, ajeno al negocio jurídico celebrado entre acreedor y deudor, concurre con este último en la producción de un daño que lesiona al acreedor a través de la celebración de un segundo contrato (posterior a la exclusiva). Esta situación puede generarse tanto si el tercero induce al deudor, como si se limita a celebrar con él un contrato. En cuanto a la responsabilidad del deudor no suele haber problemas. Es claramente un infractor contractual porque lesiona, mediante la celebración de un segundo contrato, la obligación negativa que encierra la exclusiva e incurre en un incumplimiento. Únicamente a él puede dirigirle la demanda de cumplimiento específico (si es posible todavía de acuerdo con el fin del contrato), o la resolución, y en ambos casos, la indemnización de daños y perjuicios.

La regla general en estos supuestos es que la actividad del deudor siempre será dolosa, que no debe entenderse tanto como voluntario incumplimiento (infracción cometida libre y voluntaria) como que el deudor es consciente que su comportamiento provoca un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo. Así, la economía moderna ha puesto de manifiesto casos en los cuales el deudor decide incumplir su obligación no tanto para dañar al acreedor sino porque ello le permite estar en situación de emprender un negocio diferente y más lucrativo[638].

A diferencia de lo que ocurre con las vulneraciones indirectas, en las directas no hay exoneración de responsabilidad del deudor frente al acreedor por la notificación de la exclusiva al tercero. Por ejemplo, no tiene sentido plantearse que un cantante alegue que ha notificado a la segunda casa discográfica la existencia de una exclusiva anterior con otra casa de grabación, pues, en realidad, ha incumplido porque le resulta más rentable este segundo negocio. Cuestión distinta es plantearnos si tal notificación pueda alegarla el deudor frente al tercero en sus relaciones internas para que sea sólo éste quien finalmente pague al acreedor la indemnización. Así lo planteó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de marzo de 1962. El Ayuntamiento de Palma

638 El dolo del deudor no debe equipararse a un especial ánimo de perjudicar o dañar al acreedor, sino que es suficiente el propósito de obtener para sí mismo una ventaja. El dolo es un criterio de agravación de la responsabilidad y no un presupuesto de la facultad del acreedor para reclamar el resarcimiento de los daños, ni un elemento integrante del incumplimiento Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis*, Fundamentos*…, cit., pp. 611 y ss.

de Mallorca otorga la exclusiva de explotación en un mercado de dicha población a favor del dueño de cierto restaurante. Tiempo después se establecen otros bares en esa zona que ofrecían bocadillos y platos de comida, objeto del pacto. Como el Ayuntamiento no lo impide, el dueño del restaurante le demanda pidiendo que se declare su derecho a la exclusiva y que se le pague una indemnización por daños y perjuicios sufridos. El Juzgado estima íntegramente la demanda. La Audiencia la revoca en parte y entiende que el Ayuntamiento queda liberado de la obligación de indemnizar al haber sido notificado por éste la exclusiva a los dueños de bares instalados en el propio mercado y que al beneficiario le queda una acción directa contra los terceros puesto que existe una estipulación a su favor[639]. El Tribunal Supremo, en cambio, mantiene que el hecho de notificar la exclusiva no libera al Ayuntamiento puesto que debe tener un comportamiento activo y positivo en cada momento que permita obtener un respeto para el concedente de la exclusiva.

En cuanto a la responsabilidad del tercero, existe acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia en considerar que responde sólo en caso de dolo (entendido como el conocimiento que se tiene de la existencia de un pacto de exclusiva anterior)[640]. En las pocas resoluciones referidas a las vulneraciones de estos pactos por deudor y tercero en que se demanda a ambos, el factor decisivo para estimar la responsabilidad del tercero frente al acreedor es el conocimiento de la existencia de la exclusiva, tal como lo afirmó el Tribunal en la Sentencia de 23 de marzo de 1921. En la misma línea se desarrolla la Sentencia de 4 de mayo de 1973. Se trata de un contrato de edición y distribución en exclusiva celebrado entre la Editorial Bruguera y Doña María del Socorro, por el cual ésta se compromete a ofrecer a la casa editora todas las obras literarias que produzca durante la vigencia del contrato para que se publiquen o se gestione su publicación. Posteriormente, la obligada celebra un segundo contrato con la Editorial Rollán, cediendo el conjunto de su producción literaria. El Supremo declara el deber de indemnizar solidariamente los daños y perjuicios al acreedor del primer contrato. Fundamenta que los contratantes del segundo negocio conocían de la existencia de la exclusiva y "han realizado actos de

639 Es dudoso que pueda afirmarse que de la notificación surja la estipulación a favor de tercero.

640 Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, "En torno…", cit., p. 151, DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…,* cit., p. 5.

trasgresión del deber de respeto a sabiendas de que dicha señora tenía limitados sus derechos".

Por su parte, siguiendo con el criterio marcado basado en el conocimiento, la Sentencia de 20 de marzo de 1995 libera de responsabilidad al tercero por desconocer el pacto anterior. El hecho es que se firmó un contrato privado de prestación de servicios artísticos en exclusiva entre la compañía Blanco y Negro Music y el cantante Raúl O. G., por el que el intérprete además de comprometerse a ejecutar para el productor en exclusiva las obras musicales que éste le indicara a los fines de grabación, concedía a la compañía el derecho exclusivo de producción sonora y audiovisual de sus interpretaciones artísticas, así como el poner a la venta las obras fonográficas y audiovisuales resultantes. Con posterioridad, el cantante celebra un segundo contrato con Promoción y Marketing Discográfico, figurando no ya como intérprete sino como productor, declarando bajo su responsabilidad estar libre de todo compromiso que pudiese impedir la realización del nuevo acuerdo. Por este último contrato, la segunda casa discográfica lanza al mercado tres discos con interpretaciones del cantante. Blanco y Negro los demanda conjuntamente puesto que su contrato (el primero) estaba aún vigente siendo por tanto plenamente válido y eficaz. El Supremo, a pesar de reconocer que ambos contratos tenían el mismo objeto, exonera a la segunda discográfica por no haberse acreditado el conocimiento del pacto.

Es importante admitir que el conocimiento de la exclusiva habrá de analizarse en el caso concreto. Estos pactos suelen estar insertos en contratos mercantiles celebrados entre empresarios conocedores de las reglas y usos comerciales existentes en cada negocio; o bien en contratos relativos a derechos de propiedad intelectual que igualmente son conocedores de la figura. Además, muchas exclusivas son de notoria y pública noticia debido a la fama de las partes contratantes (o al menos de una de ellas), por tanto la probabilidad que el tercero conozca o haya podido conocer la existencia de la cláusula es bastante grande. La doctrina establece que será el demandante quien en juicio demuestre que era imposible para el tercero desconocer la exclusiva dadas las circunstancias del caso. Además, el modelo de conducta exigido para exonerarse de responsabilidad es el de perito o artífice; aquel que no tiene justa causa para ignorar determinados conocimientos propios de la

profesión que ejerce[641].

C. Discutido fundamento de la responsabilidad del tercero

En el punto anterior se ha recogido la doctrina del Supremo sobre la responsabilidad del tercero cuando se viola el pacto de exclusiva directa o indirectamente. Conviene ahora encontrar el fundamento de tal responsabilidad, anotando como primera idea, que la doctrina no es unánime, no sólo en el fundamento, sino en que realmente exista responsabilidad del tercero.

Los argumentos más importantes que alega un sector de la doctrina en contra de la responsabilidad del tercero son, fundamentalmente, la eficacia relativa de los contratos (artículo 1257 CC) y el artículo 1186 CC, en cuanto que, para algunas voces, tal precepto postula la irresponsabilidad contractual del tercero en todos los supuestos de lesión de derechos personales frente al titular de los mismos. Sin embargo, respecto de este último argumento, parece que únicamente se circunscribe a los casos en que deba cumplirse con una obligación de entregar una cosa determinada, y aquí nos encontramos ante una obligación de no hacer[642].

El artículo 1257.1 CC establece la norma general de que los contratos sólo producen efectos entre las partes que lo celebran y sus herederos, debiendo entender por partes contractuales a las personas que han emitido las declaraciones de voluntad o han realizado los comportamientos constitutivos del negocio y son además, titulares de los intereses reglamentados por él[643]. Éste es el asidero legal de los detractores de la responsabilidad del tercero que colabora con el deudor en el incumplimiento del contrato que lo vincula con el acreedor, basándose en la total separación entre la relación obligatoria y la esfera de los terceros. Sin embargo, se debe destacar que las partes no sólo se obligan a lo expresamente pactado (efectos voluntarios del contrato), sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, según establece el artículo 1258 CC (efectos necesarios del contrato), tal como lo señala el Tribunal Supremo en la

641 Cfr. RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, ob. cit., pp. 1893 y ss.

642 Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, "En torno a…", cit., p. 149.

643 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…,* cit., p. 420.

Sentencia de 17 de enero de1986, nos encontramos ante complementos necesarios para la total realización del convenio.

Está claro que un contrato no puede convertirse en fuente de derechos y obligaciones para terceros sin su consentimiento. Pero esto no implica desconocer el deber genérico de respeto a las relaciones contractuales de otros por ser conforme a la buena fe. Por ello, una vez perfeccionado el contrato, éste penetra en la realidad jurídica instalándose en su seno. El tercero no pasa a convertirse en parte del negocio, pero debe tener una actuación basada en el principio *neminen laedere*[644]*.* Por consiguiente, existe la obligación general de no celebrar con alguna de las partes un nuevo contrato incompatible con el anterior con el fin de impedir su cumplimiento o frustrar el interés del otro contratante. Se debe contar con los negocios ya realizados, fundarse en ellos y no vulnerarlos, sin perjuicio de la responsabilidad por incumplimiento contractual en que pueda incurrir el contratante que no cumple con las obligaciones contraídas[645].Así, un acercamiento adecuado hace ver que no es incompatible el principio de la eficacia relativa de los contratos con la idea de que el tercero tenga una dosis de responsabilidad frente al acreedor. Lo que quiere decir el artículo 1257 CC es que los derechos y obligaciones que derivan de los contratos sólo pueden exigirse al deudor, es únicamente él quien puede prestar el contenido de la obligación.

La celebración de un contrato de exclusiva entre dos sujetos genera, evidentemente, un derecho a favor del acreedor, derecho de crédito que debe ser respetado por todos. Por tanto, un tercero será responsable si causa un daño al colaborar con el deudor en el incumplimiento de las obligaciones pactadas con el acreedor, siempre que concurran las circunstancias previamente descritas. Es más, se establece que el derecho subjetivo no aparece únicamente como una posibilidad de obtener la prestación jurídica del deudor, sino que es un valor patrimonial generador de intereses, susceptible de entrar en un ciclo de negociabilidad[646].

---

644 "Las disposiciones del derecho positivo y los principios generales conducen como necesidad práctica al reconocimiento de un deber general de respetar los derechos subjetivos, tanto reales como personales". Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, ob. cit., p. 149.

645 Cfr. VATTIER FUENZALIDA, Carlos, ob. cit., p. 851; DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…,* cit., p. 399.

646 El crédito no es sólo una situación de poder jurídico que le pertenece al acreedor pues desde un punto de vista económico constituyen un bien valioso no solo desde la realidad jurídica sino dentro del tráfico jurídico en general donde existe un notorio comercio de

D. Las críticas sobre la responsabilidad del tercero desde el análisis económico del Derecho

Los que realizan un análisis económico del derecho emplean la teoría económica para examinar las situaciones jurídicas, partiendo de la premisa que las transacciones en el mercado no son gratuitas y que, de un modo u otro, siempre se está aplicando la teoría de los precios para maximizar las eficiencias. Con ello no se refiere únicamente al dinero, sino al precio en su sentido más amplio. Se señala como ejemplo que los seres humanos pueden o no ser racionales al decidir atravesar una calle muy peligrosa para ir a un restaurante. Sin embargo, estarán menos dispuestos a cruzar si el riesgo se incrementa. En cambio, si surge una alternativa menos temible, como un paso peatonal, disminuirá el número de los que se arriesguen a caminar por cualquier sitio y aumentarán los que decidan usar el paso de cebra, pues esta opción permite un beneficio mayor. La generalización de este conocimiento constituye la teoría de los precios[647].

En determinadas circunstancias, la lesión de una exclusiva será ineficiente y en otras circunstancias óptima, siempre valorado desde el punto de vista económico. No resulta conveniente, entonces, que la norma declare la responsabilidad del tercero, puesto que se puede originar un perjuicio a la libre circulación de bienes, la celeridad del tráfico, la racionalidad del mercado en el reparto de costos, beneficios y riesgos en la contratación. Este planteamiento puede expresarse de la siguiente manera. Una parte se ha comprometido a proveer a otro de una cierta cantidad de mercancías al precio de cien. Antes de la ejecución del contrato, un tercero pide una análoga provisión a un precio de ciento cincuenta. El proveedor no puede cumplir ambos requerimientos y calcula que no cumpliendo puntualmente con el que paga cien, incurre en una responsabilidad de quince. Ante ello, decide ejecutar el contrato del precio mayor. El análisis se enfoca en que las mercancías obtienen su mayor productividad en manos de quien paga más, pues de otro modo no estaría dispuesto a aumentar el valor de los bienes. Por consiguiente, el

---

créditos. Se puede disponer del crédito como de cualquier otro objeto patrimonial. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos…,* cit., p. 114.

647 Cfr. COASE, Ronald*, La empresa, el mercado y la ley*, Trad. CONCOME Y BOREL, Guillermo, Alianza editorial, Madrid, 1994, p. 139, COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Law and Economics*, Addison Wesley Educational Publishers Inc., 2003, pp. 23 y ss.

incumplimiento del primer compromiso hace que la mercadería sea más útil, con un resultado de mayor eficiencia del sistema económico considerado en su conjunto. Además, el primer acreedor obtendrá un resarcimiento del daño por parte del deudor en la cantidad estipulada ante un posible incumplimiento, de manera que quedará indemne.

Los promotores de este análisis consideran que una regla que establezca la responsabilidad extracontractual del tercero por el daño al acreedor, frenaría el sistema de eficiencias y el mejor funcionamiento del mercado. Si el acreedor ha establecido que el daño asciende a quince por el incumplimiento y esta indemnización es cubierta por el deudor, mal se haría en obstaculizar el libre tráfico de mercancías.

Lo primero por anotar es que mediante este tipo de análisis se reemplaza y olvida la buena fe y la ética en los negocios por la simple utilidad, y se concibe como finalidad de los contratos la facilitación del mercado únicamente a través de la minimización de los costes de transacción. Los bienes deben asignarse a quien les de mayor rendimiento. Esta teoría olvida la esencia del Derecho y permite, a su vez, un incontrolado poder de las empresas más grandes mediante argumentos de estructuras de mercado, precios y productividad[648].

Con todo, cabe cuestionar la veracidad de la eficiencia planteada (todos quedan indemnes y los bienes han sido asignados a quien más productividad genera en el mercado) en los casos en que el deudor sea insolvente, ya que al declararse la irresponsabilidad del tercero, el acreedor se quedaría sin indemnización. Además, es necesario observar que cuando el tercero conoce el límite al que esta sometido su potencial contraparte a causa del pacto de exclusiva, asume la obligación de respeto en virtud del principio de la buena fe que ilumina todo el ordenamiento y es fundamento de toda relación jurídica, por ello considero que este argumento es aplicable a los detractores de la responsabilidad del tercero.

En general, la doctrina es favorable a la responsabilidad extracontractual del tercero que colabora con el deudor en el incumplimiento del pacto de

---

[648] Cfr. DE CASTRO, Federico, "Las limitaciones intrínsecas… ", cit., p. 988. Por otra parte, se considera que la supuesta racionalidad que propugna el análisis económico sólo es compatible con un particular tipo de organización económica (el impuesto por el artículo 38 CE), pero que en ningún caso es jurídicamente relevante. Cfr. VATTIER FUENZALIDA, Carlos, ob. cit., p. 857.

exclusiva[649]. La jurisprudencia coincide en esta apreciación[650].

E. El contrato de daño a tercero y la Ley de Competencia Desleal en la vulneración del pacto de exclusiva

En líneas previas se ha argumentado la responsabilidad del tercero frente al acreedor del derecho de exclusiva. La doctrina ha desarrollado la figura del contrato de daño a tercero y la jurisprudencia se decanta en el mismo sentido. Sin embargo, algunos la encuentran innecesaria bajo el argumento de la suficiencia de normas en materia de competencia desleal. Es decir, para resolver estos casos no habría que acudir al artículo 1902 CC, sino a la Ley 3/1991 de 10 de enero[651].

Tal como lo señala el Preámbulo de la Ley, el fin primario de la defensa no es la posición adquirida por los empresarios, sino la protección de la competencia como tal. Los intereses tutelados no son sólo los privados de los empresarios, sino también los de los consumidores y el interés público del funcionamiento del mercado.

Para su aplicación, la propia norma señala que basta con que se cumplan las dos condiciones previstas en el párrafo primero del artículo 2: Que el acto se realice en el mercado dotado de trascendencia externa y; que se lleve a cabo con fines concurrenciales, esto es, que tenga por finalidad promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Si surgen tales circunstancias, el acto podrá ser perseguido. No es necesario que los sujetos sean empresarios, ni se exige que entre ellos medie una relación de competencia. El apartado tercero, añadido por el artículo 12 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, establece que será de aplicación a cualesquiera actos de

---

649 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, "Comentario…", cit., p. 392, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, "En torno a…", cit., p. 154, VATTIER FUENZALIDA, Carlos, ob. cit., p. 848.

650 En cuanto a la doctrina jurisprudencial, entre otras: SSTS de 23 de marzo de 1921, 4 de mayo de 1973 y 24 de octubre de 1990.

651 Con la promulgación de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen de competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, el legislador español transpone al ordenamiento jurídico, de un lado, la Directiva CE 2005/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y, de otro, la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y Consejo , de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que codifica las modificaciones de la Directiva 84/450/CE.

competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrase o no.

Las conductas se encuentran tipificadas en el Capítulo II. El catálogo incluye actos de engaño (artículo 5), prácticas de confusión (artículo 6), omisiones engañosas (artículo 7), prácticas agresivas (artículo 8), actos de denigración (artículo 9), actos de comparación (artículo 10), explotación de la reputación ajena (artículo 12), violación de secretos (artículo 13), inducción a la infracción contractual (artículo 14), violación de normas (artículo 15), discriminación de proveedores (artículo 16) y la venta a pérdida (artículo 17). En lo que corresponde al tema objeto de desarrollo (interferencia del tercero en el incumplimiento de un contrato con pacto de exclusiva), puede incluirse parcialmente en el artículo 14 de la Ley.

El artículo en cuestión engloba tres conductas: la inducción a la infracción de un deber contractual básico (párrafo 1), la inducción a la terminación regular de un contrato y, el aprovechamiento de la infracción contractual no inducida (párrafo 2). El común denominador de los dos párrafos es la irrupción de un tercero en una esfera de relaciones contractuales de la que no es parte. Se trata en concreto de una interferencia que provoca o que aprovecha una ruptura contractual. Las violaciones del pacto de exclusiva por parte del sujeto ajeno al negocio sólo tendrán cabida en el primer párrafo. La hipótesis es que un tercero ajeno al negocio jurídico induce al deudor al incumplimiento de la obligación negativa de no hacer en que consiste la exclusiva[652]. Por consiguiente, no se induce a la terminación regular de la relación, ni el tercero se aprovecha del quebrantamiento del obligado. El objeto de la infracción son los "deberes contractuales básicos" de un negocio jurídico realizado entre el competidor perjudicado (acreedor) y el deudor. Da igual si la obligación es de tracto único o sucesivo, lo que resulta imprescindible es que la relación contractual sea válida y eficaz[653].

---

652 La inducción podría concretarse o no en un nuevo contrato, de acuerdo a la modificación introducida por el artículo 12 de la Ley 29/2009.

653 El artículo 14 LCD utiliza el término "deber" para designar lo que en realidad constituyen auténticas obligaciones con fuerza de ley entre las partes. No se refiere a obligaciones de índole menor. Esto es importante porque si la infracción inducida es respecto de prestaciones contractuales secundarias, no puede ser calificada de desleal si la prestación principal ha sido satisfecha. Cfr. RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma Rosa, ob. cit., p. 1904. Se sostiene en este trabajo que el incumplimiento del pacto de exclusiva frustra el fin del negocio, por tanto se entiende como obligación principal.

Se requiere la intervención de tres sujetos para que surja la figura. En primer lugar, el inductor a la infracción contractual; el vinculado por la relación jurídica y, finalmente, el propio perjudicado que es el acreedor del negocio jurídico incumplido. Al inductor se le exige que participe en el mercado y que las actuaciones le sean propias en su condición de oferente o demandante de productos o servicios. Ello quiere decir que no están incluidos los supuestos en los que la inducción responde no a motivos competitivos sino personales (artículo 2.2 LDC).

Sin embargo, lo importante para la aplicación de la Ley, radica en el comportamiento exigido al tercero frente al negocio jurídico que será incumplido. El artículo 14.1 LDC establece que la actuación del sujeto agente consiste en la inducción. Esta conducta presupone una acción en el ejercicio de una influencia sobre otra persona conscientemente encaminada y objetivamente adecuada para moverla a infringir deberes básicos derivados de una relación contractual previa. La Ley fija su atención únicamente en la conducta del inductor y no menciona el comportamiento del obligado, es decir, pone el peso en la actuación del sujeto agente que toma la iniciativa y logra que el otro infrinja. La inducción debe ser la causa primera y principal de la violación contractual[654].

Por lo expuesto se deduce que la normativa de la competencia desleal es muy específica y sólo es de aplicación en casos muy concretos de vulneración de derechos. Quedaría fuera del ámbito del artículo 14 LDC los supuestos en que no es el tercero el inductor sino el propio obligado el que ofrece sus servicios al empresario competidor. En este caso, si el obligado por la exclusiva ofrece sus servicios (ya comprometidos) y el tercero tiene conocimiento de la relación contractual previa, pero no indujo la acción, deberá responder frente al acreedor por el artículo 1902 CC y no por la Ley de Competencia Desleal al no contemplar este supuesto. Del mismo modo, quedarían fuera aquellas situaciones en las que el tercero no conoce la existencia de la exclusiva previa, puesto que la inducción presupone una actitud consciente y, por tanto, dolosa.

654 *Idem,* p. 1097.

CONCLUSIONES

I. El pacto de exclusiva en cuanto cláusula, consiste en una obligación y, como tal, participa de las características propias de esta relación jurídica. Cuenta con un acreedor y un deudor determinados y vinculados voluntariamente. Dentro del universo de las obligaciones, su naturaleza es la de ser de carácter negativo, que se traduce en un *non facere* del deudor. En cuanto exclusiva, supone una relación monopolística, privativa. Cuando se acuerda esta cláusula, se tiene la facultad de excluir a todos los demás, porque el deudor se compromete a no realizar con un tercero el tipo de prestación objeto del contrato. En virtud del artículo 1255 CC, la doctrina y la jurisprudencia no han tenido reparo en admitir la licitud del pacto de exclusiva.

II. El pacto de exclusiva es un instrumento inocuo *per se* que puede utilizarse de manera positiva o negativa. Debe ser examinado desde dos ángulos distintos: el mercado y las partes. Para éstas, el hecho de poder contar con un régimen de exclusividad permite preservar la utilidad económica del contrato, evitando los inconvenientes que la participación en el juego del mercado competitivo supone y protegiendo las inversiones que se realizan en beneficio del proyecto contractual. El pacto de exclusiva les otorga una situación de privilegio. No es lo mismo una compraventa, una mediación inmobiliaria, un contrato de distribución comercial simple que realizado en exclusiva. Asimismo, la exclusividad les compromete a realizar una o varias prestaciones en beneficio de la contraparte contractual; de esta manera, sus intereses van en la misma dirección.

III. Para el mercado, el efecto que crea el pacto presenta una mayor complejidad. Puede fortalecer el intercambio de bienes y servicios al evitarse los parasitismos, solucionar el problema de las cautividades contractuales, promocionar la innovación y promover la penetración de productos en nuevas zonas geográficas. Es un instrumento de eficiencia. Entre la obligación de exclusividad y el juego del mercado no existe de suyo un conflicto, sino una complementariedad, una reciprocidad funcional. No obstante puede generar consecuencias negativas, como crear barreras de acceso a terceros competidores, elevación de precios, depreciación de productos o posiciones de dominio. En general, cuando la demanda es inelástica, la situación es más grave, propiciando un desequilibrio en el sistema, al incurrir en los supuestos contemplados en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

IV. En algunas circunstancias los pactos restrictivos pueden favorecer el desarrollo y generar más efectos beneficiosos que anticompetitivos, por ello los criterios de evaluación de las autoridades en la materia han evolucionado en las últimas décadas. La interpretación tradicional se apoyó únicamente en el análisis del contenido de los acuerdos, sin examinar las consecuencias económicas en el mercado. Era suficiente probar la existencia de cualquier limitación de la libertad de actuación de las empresas para sancionar el negocio jurídico. En la actualidad, la jurisprudencia ha adoptado un enfoque económico, de manera que analiza, junto a la naturaleza del convenio, el poder relativo de las empresas y el grado de concentración del mercado antes que las restricciones a las conductas de las partes. Esta nueva perspectiva convive con el análisis del contenido del acuerdo, pues el primer paso es cerciorarse que el objeto y los efectos no sean contrarios a la competencia en ninguno de los niveles económicos *(intrabrand e interbrand*).

V. Existen cuatro condiciones objetivas que deben aplicarse a los acuerdos restrictivos para su permisibilidad en cada caso concreto: las mejoras en la eficiencia, la indispensabilidad de las restricciones, el beneficio para los consumidores y la no eliminación de la competencia.

VI. El pacto de exclusiva es una cláusula accesoria de los contratos. Sin embargo, una vez integrada en el negocio jurídico, se sitúa en la misma línea de trascendencia que la obligación principal, al dotar todo el acuerdo de una finalidad económica específica. Surge una excepción en los contratos de distribución comercial. En la franquicia adopta el rango de elemento natural,

por ser típicas las cláusulas de exclusividad territorial y de fuentes de aprovisionamiento, convirtiéndose en esencial cuando las partes deciden que forma parte del acuerdo. En el contrato de concesión comercial, la exclusiva es un elemento esencial. Su presencia ha generado la creación de este negocio jurídico.

VII. El pacto de exclusiva es calificable como un acuerdo de confianza, pero no siempre es personalísimo, porque puede no incidir sobre las cualidades personales de las partes. Normalmente las características del individuo habrán sido tomadas en consideración para la perfección del contrato, pero de ello no puede deducirse automáticamente la presencia del *intuitu personae*. Esta nota se impondrá si así lo establecen las partes o surge de la naturaleza del contrato.

VIII. La cesión de la exclusiva puede ser operada de manera independiente o ir incluida dentro de un contrato por el que se traspasa una empresa. En general, aunque no de manera unánime, se afirma que si el deudor es quien transfiere su empresa, será necesario que el contrato haya previsto la obligación de transmitir la cláusula a todo nuevo adquirente; a falta de previsión, se puede solucionar a través de una estipulación a favor de tercero. Si quien transmite la empresa es el beneficiario, se considera excesivo que el obligado siga vinculado a ella, porque puede no inspirar la misma confianza. Con todo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce abiertamente la posibilidad de transmitir la exclusiva, tanto como derecho independiente, como a través de una transferencia de empresa, con la única limitación si el contrato esté pactado *intuitu personae.*

IX. El pacto de exclusiva puede ser introducido en relaciones obligatorias duraderas e instantáneas. Presenta independencia en cuanto a su duración temporal frente a la relación fundamental en la que es introducida, de manera que podrá ser eventualmente distinta. Por este motivo, se proclama una relativa autonomía del pacto de exclusiva, que se fundamenta en que esta cláusula tiene su propia finalidad, que es la de restringir la libertad de contratar de las partes con la intención de limitar la competencia, otorgándole un mayor valor a la prestación.

X. El pacto de exclusiva debe estar delimitado en el tiempo. Si la duración es determinada, el pacto finaliza en la fecha establecida, si es de duración indeterminada y el negocio jurídico es de tracto sucesivo, el pacto tendrá la misma duración que la relación principal, salvo que se desprenda otra cosa de su propia naturaleza o resulte excesivamente gravosa para el obligado. En los

contratos de ejecución instantánea, se entenderá que se ha pactado por un tiempo indefinido, concediéndose a las partes la facultad del desistimiento unilateral siempre que no implique el abuso en el ejercicio del derecho, ni traspase los límites de la equidad y la buena fe.

El Tratado de la Comunidad Europea no hace referencia específica al límite temporal del pacto de exclusiva, pero el artículo 5 del Reglamento CE 330/2010, de 20 de abril, establece que las exenciones previstas en el artículo 101.3 TFUE, no se aplicará a las cláusulas de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años. Aunque no se establezca qué sucede con los pactos que superen el máximo legal, por el principio de la conservación de los contratos, la solución debe ser la reducción al tiempo indicado en la norma, y no la exclusión del pacto, que puede frustrar la finalidad del negocio.

XI. El pacto de exclusiva debe tener una delimitación territorial. Si el parámetro espacial es indeterminado y no puede interpretarse la voluntad de las partes, ni de los términos del contrato, se recurre a la concreción indirecta. El criterio de determinación más racional es el de circunscribir dicha zona al ámbito en el que el beneficiario desarrolla su actividad económica. El principio general es el rechazo a la protección territorial absoluta. No obstante, se admite excepcionalmente al conceder licencias de nuevas tecnologías o comercializar nuevos productos para permitir su entrada en el mercado. Su fijación puede modificarse por los movimientos del mercado, de manera que lo que hoy es justificado, mañana puede considerarse abusivo y monopolístico.

XII. En virtud de la libertad de pactos otorgada por el artículo 1255 CC, las partes pueden establecer si la exclusiva contiene la exclusión de la propia actividad del deudor del pacto en la zona o con los clientes asignados al beneficiario. La jurisprudencia ha resuelto de distinta forma dependiendo del tipo de contrato bajo examen. No obstante, existe una limitación que proviene del Derecho comunitario que establece la prohibición del acuerdo por el que no se permiten ventas pasivas en la zona otorgada en exclusiva.

XIII. Los acuerdos contrarios a lo estipulado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia, no sólo son objeto de los correspondientes procedimientos administrativos sancionadores, sino, además, de las consecuencia de carácter civil de ser considerados nulos de pleno derecho. Aunque el Tratado establece la nulidad *ipso iure* (*automatically void*), en reiterada jurisprudencia se ha establecido que opera desde el momento en que se ha declarado expresamente. Asimismo, el Tribunal de

Justicia ha precisado que la sanción se atribuye únicamente a los elementos que vulneran la norma salvo que no sean disociables resto del contrato. Ante la inexistencia de una normativa comunitaria en materia de nulidades, corresponde resolver a cada Estado miembro de acuerdo a su ordenamiento jurídico interno.

XIV. En materia de incumplimiento, la vulneración del pacto de exclusiva puede producir la frustración del fin del negocio que genera la resolución del contrato. En este caso, la contravención debe ser elevada al rango de incumplimiento definitivo, y el acreedor puede poner en marcha todas las consecuencias legales y convencionales que deriven a su favor.

XV. La contravención del pacto de exclusiva no siempre conduce a un incumplimiento definitivo. Cuando la cláusula integra un negocio jurídico de tracto sucesivo, su cumplimiento debe analizarse teniendo en cuenta cuatro elementos: el dato cierto de haber ejecutado la prestación conforme a lo estipulado durante algún tiempo, el interés del otorgante de la exclusiva en el cumplimiento de la obligación restante, la voluntad del deudor de cumplirla y la frustración del fin del negocio. Como consecuencia del análisis de estas variables se puede admitir un cumplimiento defectuoso. Si la obligación principal es instantánea o de tracto único, la contravención será, salvo excepciones, total, y su incumplimiento definitivo.

XVI. La indivisibilidad del pacto de exclusiva como la obligación negativa no puede confirmarse sin matices. Dependerá de la susceptibilidad de ser descompuesta en inactividades cualitativamente iguales y cuantitativamente proporcionales, siempre que conserve su valor económico. Si la actividad al cual se está obligado es un acto complejo, o de desarrollo sucesivo, la omisión puede ser descompuesta en tantos elementos como corresponden a ese hecho, y así la divisibilidad de la obligación determinará el posible cumplimiento parcial de la prestación.

XVII. Es difícil encajar al pacto de exclusiva bajo la categoría de la mora, mas el problema de su existencia no ha de tener otro condicionamiento que el de la naturaleza y circunstancias de cada una de las obligaciones objeto de examen. Habrá mora en la ejecución del pacto cuando el retraso no impida un posterior cumplimiento de la obligación, cuestión que quedará excluida si el tiempo cumple un factor esencial. Si en las obligaciones positivas de dar o hacer hay mora cuando el deudor retrasa el cumplimiento, en las negativas no tendría por qué funcionar de otra manera.

Cabe la posibilidad de mora cuando pese al retardo en el cumplimiento no se ha determinado la frustración del fin del negocio y es todavía útil para el acreedor de la obligación principal que ésta se realice de manera íntegra. El criterio será, como en las obligaciones positivas, discernir si el cumplimiento aún es posible y beneficioso en un momento posterior, o si lo es la prolongación de la obligación de carácter continuado durante un periodo de tiempo similar a aquél en que el compromiso fue inobservado.

XVIII. Si el acto contra la exclusiva es tan grave que frustra definitivamente las expectativas del beneficiario, la calificación de la mora será rechazada, no por entender su inadmisión para las obligaciones negativas sino, porque en cualquier modalidad de prestación, la quiebra de la función económica del contrato produce una lesión como incumplimiento propio.

XIX. El incumplimiento del pacto de exclusiva no siempre es definitivo, por ello cabe la posibilidad de que pese al no cumplimiento de la exclusiva, el acreedor aún mantenga el interés en su ejecución por no frustrarse totalmente el fin económico del contrato. Preferido el cumplimiento, sin perjuicio de la reparación del daño, ha de entenderse que se está ejecutando el negocio jurídico original y no que ha ocurrido una novación contractual.

BIBLIOGRAFÍA

AGHION, Philippe; BOLTON, Patrick, "Contracts as a barrier to entry", *American Economic Review,* 1987, vol. 77, nº 3, pp. 388 y ss.

AGRAWAL, Deepak, LAL, Rajiv, "Contractual arrangements in Franchising. An empirical investigation", *JMR*, 1995, vol. 32, pp. 213 y ss.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Compendio de Derecho civil,* t. 6, Bosch, Barcelona, 1987.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, "Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma de 2002 del BGB", *ADC*, 2002, pp. 1131 y ss.

— "Mercado interior, contrato y Derecho de la competencia", en *Revista de Derecho constitucional europeo,* num. 5, Universidad de Granada y Junta de Andalucía , 2006, pp. 101 y ss.

ALFARO ÁGUILA–REAL, Jesús, "La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia", *InDret*, Barcelona, núm. 4, Noviembre 2004.

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del trabajo*, Universidad de Madrid – Sección de publicaciones, Madrid, 1991.

ALONSO SOTO, Ricardo, "Tipología de los contratos de distribución comercial", en VVAA*, Los contratos de distribución,* La Ley, Madrid, 2010.

ÁLVAREZ DE BENITO, Pedro, *Obligaciones del autor en el contrato de edición*, Reus, Madrid, 2003.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento,* Comares, Granada, 1986.

ALZAGA RUÍZ, Iciar, *La relación laboral de los artistas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001.

ANDERSON, Erin, DAY, George, "Strategic channel design", *Sloan Management Review,* 1997.

ANDERSON Erin, WEITZ, Barton, "The use of pledges to build and sustain commitment in distribution channels", *JMR*, vol. 29, 1992, pp. 18 y ss.

ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, Editorial Porrúa, México D.F., 1998.

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual,* Montecorvo, Madrid, 1978.

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Dykinson, Madrid, 1998.

BARASSI, Ludovico*, Teoria generale delle obbligazioni,* Milano, 1963.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl, "El contrato de suministro", en *Contratos mercantiles*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Apuntes de Derecho mercantil: Derecho mercantil, derecho de la competencia y Propiedad industrial,* Aranzadi, Pamplona, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, Tercera edición, Tecnos, Madrid, 2007.

— *Manual de Propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

BERENGUER FUSTER, Luis, "La distribución comercial en España ante la Directiva de Servicios: última oportunidad", en *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, La Ley grupo Wolters Kluwer, año 5, 2009, pp. 15 y ss.

BONDÍA ROMÁN, FERNANDO, "Comentario al artículo 17 LPI", en *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.

BONELL, Michael Joachim, "Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?", *Uniform Law Review*, 2007.

BONET RAMÓN, Francisco, *Código civil comentado con sus apéndices forales*, Aguilar, Madrid, 1964.

BRENNAN, Timothy, "Exclusive dealing, Limiting outside activity and conflict of interest", *Southern Economic Journal*, vol. 56, pp. 323 y ss.

BROSETA PONT, Manuel, *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil,* Tecnos, Madrid, 1965.

BLANCO GÓMEZ, Juan José, *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño,* Dykinson, Madrid, 1996.

CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho usual*, tomo II, Heliasta, Buenos Aires, 1981.

CATALÁ COMÁS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer y de no hacer,* Bosch, Barcelona, 1998,

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral,* t. III, Reus, Madrid, 1989*.*

CASTILLO FERNÁNDEZ, Marta, *La prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo: el pacto de exclusividad o de plena dedicación*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

CALVO CARACAVA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea,* Colex, Madrid, 2001.

CAVANILLAS MUGICA, Santiago, "Comentario al artículo 48", en *Código de Derecho del consumo*, Madrid, 2009.

CECCHINI ROSELL, Xavier, "El incumplimiento de la prestación personalísima por imposibilidad sobrevenida consistente en la muerte del deudor" en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia y Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, Murcia, 2004, pp. 1035 y ss.

CHULIÁ VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa, *Los aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, t. II, Bosch, Barcelona, 2005.

CLEMENTE MEORO, Mario, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

COASE, Ronald, "The problem of social cost", *JLE*, vol. 3, Chicago, 1960. (www.journals.uchicago.edu)

— *La empresa, el mercado y la ley*, Traducción CONCOME Y BOREL, Guillermo, Alianza editorial, Madrid, 1994.

COHEN, Michael, "Reconstructing breach of the implied covenant of good faith and fair dealing as a tort", en *California Law Review*, num. 73, 1985.

COLLINS, Hugh, *The Law of Contract*, Butterworths, London, 1993.

CORRAL TALCIANI, Hernán, "La cláusula penal en la resolución del contrato", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Pablo Rodríguez Grez*, ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile, 2009.

COVIELLO, Leonardo, *L'obbligazzione negativa (Contributo alla teoria delle obbligazioni),* Stabilimento Industrie Editoriali Meridionali, Napoli, 1931.

CREMADES GARCÍA, Purificación, *Contrato de mediación o corretaje y estaturo del agente de la propiedad inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2009.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *Estudios de Derecho de obligaciones*, Librería General, Zaragoza, 1985.

— *La mora del deudor en los contratos bilaterales,* Civitas, Madrid, 1984.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La cláusula rebus sic stantibus,* Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *ADC*, núm. 2, 1982, pp. 987 y ss.

— *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.

DE LA CUESTA RUTE, José María, "Ensayo sobre tipos de empresa y tipos de sociedades mercantiles a la luz de la «*Laborem Exercens*»", en *Estudios sobre la Encíclica "Laborem Exercens"*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1987.

DE LA HAZA DÍAZ, Pilar, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

DE VAL TENA, Ángel Luis, "El incumplimiento del deber de no concurrencia como justa causa de despido disciplinario", en *Aranzadi social*, Pamplona, 2000.

DEGNI, Francesco, *La Compraventa,* trad. BONET RAMÓN, Francisco, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1957.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, "El contrato de distribución exclusiva o de concesión", en *Contratos mercantiles,* Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 706 y ss.

DÍEZ ESTELLA, Fernando, "¿Qué queda del nuevo enfoque de la prohibición del abuso de posición dominante en la UE? Comentario a la Decisión Intel, de 13 de mayo de 2009", *RDCD*, La Ley grupo Wolters Kluwer núm. 7, 2010, pp. 285 y ss.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Tecnos, Madrid, 1966.

— "Los llamados contratos forzosos", *ADC*, num. 1, 1956, pp. 85 y ss.

— "El contenido de la relación obligatoria", *ADC,* num. 2, 1964, pp. 349 y ss.

— *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2005.

— *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Introducción teoría del contrato*, Civitas, Madrid, ediciones de 1996 y 2010.

DIRECCIÓN GENERAL IV – NOMPETENCIA, COMISIÓN EUROPEA, *Aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE por las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros,* Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1998.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, Manuel Antonio, "Los contratos de distribución. Propuesta de construcción unitaria", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 3, Universidad de Extremadura, 1982.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

DURÁN LÓPEZ, Federico, "Organización y prestación del trabajo. Régimen disciplinario", en *La relación laboral especial de los abogados en despachos individuales y colectivos. Comentarios al Real Decreto 1331/2006*, La Ley, 2007.

DURÁN RIVACOBA, Ramón, "Condiciones generales puras o simples en la contratación", en *Hacia un código del consumidor*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

ECHEBARRÍA SÁNCHEZ, Aitor, "Acuerdos verticales", en *Derecho de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas,* VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 105 y ss.

EDLIN, Aaron y SCHWARTZ, Alan; "Optimal penalties in contracts", *Chicago Law Review*, Chicago-Kent College of Law, Chicago, 2002.

EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, *La obligación negativa*, Bosch, Barcelona, 1990.

— "Obligaciones negativas incluidas en la Ley de Propiedad Intelectual", en *Revista jurídica de Navarra*, Gobierno de Navarra, Departamento de la Presidencia e Interior, núm. 9, 1990, pp. 151 y ss.

ESPERT SANZ, Vicente, *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, Madrid, 1968.

ESPIAU ESPIAU, Santiago, "La resolución unilateral del contrato", en Aranzadi civil, vol. I., Aranzadi, Pamplona, 1998.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español, Obligaciones y contratos*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1954.

— "La cláusula penal en las obligaciones contractuales", *RDP*, Madrid, 1946, pp. 145 y ss.

ESTRADA ALONSO, EDUARDO, "El crédito civil al consumo en la Ley 7/1995, de 23 de marzo", en *Cuadernos de derecho y comercio*, num. 22, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1997, pp. 101 y ss.

ESTRADA ALONSO, Eduardo, VÁZQUEZ CASIELLES, Rodolfo y otros, *Distribución comercial y comportamiento del deudor,* Cátedra Fundación Ramón Areces de Distribución Comercial, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2010.

FEDERICO PACE, Lorenzo, *Derecho europeo de la competencia. Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación,* Marcial Pons, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela, "Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo acerca de la lesión del crédito causada conjuntamente por el deudor y un tercero", *RDP*, Mayo, 2000, pp. 501 y ss.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, "Contratos vinculados a la obtención de un crédito", en *Crédito al consumo y transparencia bancaria,* Civitas, Madrid, 1998.

FERRER DE SAN–SEGUNDO, María José, *La obligación negativa*, Tirant lo Blanch Monografías, Valencia, 2001

FERRI, Luigi, "La autonomía privada", traducción SANCHO MENDIZÁBAL, Luis, *RDP*, Madrid, 1969, pp. 241 y ss.

FLEMING, John G., *An introduction to the Law of Torts*, Clarendon Press, Oxford, 1985.

FRANCESCHELLI, Remo, "Natura giuridica delle compraventita con esclusiva", en *Rivista del Diritto Commerciale*, I, Padova, 1939, pp. 236 y ss.

FRASCO, Gregg, *Exclusive Dealing,* University Press of America, Boston, 1957.

GARCÍA AMIGO, Manuel, *Las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Tecnos, Madrid, 1965.

GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando, "El giro norteamericano del Derecho *antitrust* comunitario: el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 1 de la *Sherman Act*", *RDM,* núm. 256, Madrid, 2005, pp. 607 y ss.

GARCÍA HERRERA, Alicia, *La duración del contrato de distribución exclusiva,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

— *El impacto del tiempo en los contratos de franquicia y distribución exclusiva,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis, *El contrato de compraventa de marca*, Ed. Comares, Granada, 2008

GARCÍA MARTÍN, José Lorenzo, "La noción de la explotación en las creaciones intelectuales", *RDP,* nro. 76, Madrid, 1992, pp. 907 y ss.

GARRIGUES DÍAZ–CAÑABATE, Joaquín, *Tratado de Derecho mercantil*, III, Editorial Revista de Derecho mercantil, Madrid, 1963.

GETE–ALONSO Y CALERA, María del Carmen, "Comentario al artículo 43", en *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual,* BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, Rodrigo (coord.), Tercera edición, Tecnos, Madrid, 2007.

— "Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria" en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, VVAA, Universidad de Murcia, Secretariado de publicaciones, Murcia, 1989.

GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno,* Reus, Madrid, 1978.

GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, Marian, "Cuestiones de formación del Contrato en la Propuesta de anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución", *InDret*, enero, 2010, p. 4. www.indret.com

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén, "El intercambio de información entre empresas y la libre competencia", en FONT GALÁN, Juan Ignacio y PINO ABAD, Manuel, *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 363 y ss.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Aurora, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales,* Bosch, Barcelona, 1987.

GONZÁLEZ HERNANDO, Santiago, *Marketing de las relaciones y restricciones verticales en el canal de distribución, pro manuscripto*, Tesis doctoral, Departamento de administración de empresas y contabilidad, Universidad de Oviedo, 2001.

GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, "Distribución por Internet y derecho de Defensa de la competencia", *AnC,* 2002, pp. 473 y ss.

GRANADOS JARQUÉ, Enrique, "El Pacto de exclusiva y su protección cautelar", en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, I, Bosch, Barcelona, 1983.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial*, Tecnos, Madrid, 1980.

— "En torno a los llamados contratos en daño de terceros", *RDN,* núm. 20, 1958, pp. 111 y ss.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *La novación extintiva por cambio de objeto*, Editorial Comares, Granada, 1999.

GUYENOT, Jean, *Les contrats de concession comérciale*, Sirey, Paris, 1968,

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de Obligaciones*, Espasa Calpe, Madrid, 1988.

— "El ámbito de la novación objetiva", *RDP,* Madrid, 1961, pp. 797 y ss.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis, *El contrato de compraventa de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora, *El contrato de franquicia de empresa,* Civitas, Madrid, 2000.

HEIDE, Jan, DUTTA, Shantanu, BERGEN, Mark, "Exclusive dealing and business efficency: evidence from industry practice", *JLE,* num. 41, 1998, pp. 387 y ss.

HESS, David, "The Iowa Franchise Act: Towards protecting reasonable expectations of franchisees and franchisor", en *Iowa Law Review*, Iowa, 1995, pp. 333 y ss.

HILDEBRAND, Doris, *The role of economic analysis in the EC competition rules*, Kluwer Law Internacional, La Haya, 1998.

IGLESIAS ARGÜELLES, Víctor, GONZÁLEZ HERNANDO, Santiago, y, TRESPALACIOS GUTIÉRREZ, Juan Antonio, "Exclusividad territorial y satisfacción en los canales de distribución", en *Revista española de investigación de marketing,* vol. 7, nro. 2, Esic, Madrid, 2003, pp. 7 y ss.

JORDANO BAREA, Juan, "Contratos mixtos y unión de contratos. Comentario a la Sentencia de 27 de febrero de 1950", *ADC,* num. 51, 1957, pp. 331, y ss.

JORDANO FRAGA, Francisco, "Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código civil español", *ADC*, num. 38, Madrid, 1985, pp. 275 y ss.

KRASILOVSKY, William, *This is Business,* Watson Guptill Publications, Nueva York, 2007.

KLEIN, Benjamin; LERNER, Andres y otros, "Competition in two-sided markets: the Antitrust economics of payment card interchange fees", en *Antitrust Law Journal*, 76, American Bar Association, Chicago, 2006.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, *Elementos de Derecho civil, Derecho de obligaciones contratos y cuasi contratos. Delito y cuasidelito,* Barcelona, 1985.

— "Comentario al artículo 2", en *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Tercera edición, Tecnos, Madrid, 2007.

LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1956.

LEONE, Guglielmo, *L'esclusiva contrattuale in diritto europeo comunitario*, Confederazione generale italiana del commercio e del turismo, Roma, 1961.

LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal,* Bosch, Barcelona, 1994.

LÓPEZ JACOISTE, José Javier, "La idea de la explotación en el Derecho civil actual*", RDP,* Madrid, num. 44, 1960, pp. 351 y ss.

LUCAS, Neil, *Law of Contract*, Blackstone Press Limited, London, 1996.

LUNA SERRANO, Agustín, "Comentario al artículo 1088", en *Comentarios al Código civil*, VVAA, Ministerio de justicia, II, Madrid, 1991.

LUQUE PARRA, Manuel, "Pactos típicos, nuevas tecnologías y relación laboral", en *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005.

MACNEIL, Ian, *The new social contract. An inquiry into modern contractual relations,* Yale University Press, Nueva York, 1980.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español,* t. VIII, Reus, Madrid, 1968.

MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, GARCÍA MURCIA, Joaquín y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, *Derecho del Trabajo*, séptima edición, Tecnos, Madrid, 2008.

— *Tratado práctico de Derecho del trabajo,* Vol. II, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.

MARTÍNEZ FONS, Daniel, *Libre competencia y Derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2006.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "Interpretación y prueba del acuerdo previo, concertado en exclusiva, entre prestamista y proveedor (art. 15.1.b) de la ley de Crédito al consumo. Doctrina de las audiencias provinciales", en *Aranzadi civil*, num. 3, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 2759 y ss.

MARTÍNEZ–CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, "Cumplimiento defectuoso de la prestación", *RCDI*, num. 517, Madrid, 1976, pp. 1335 y ss.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, "La vinculación contractual en la Ley 7/1995, de Crédito al consumo", en *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez,* La Ley, t. II, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María, *La alteración de las circunstancias*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

MAS ABADÍA, María Dolores, *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

MCGREGOR, Harvey, *On damages*, Sweet & Maxwell (Thomson Reuters), London, 2009.

MIGLIASSO, Davide, *La clausola penale*, Giuffrè, Milano, 2007.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer", *RGLJ,* núm. 238, v. I, 1975, pp. 345 y ss.

MONEREO PÉREZ, José Luis y MORENO VIDA, María Nieves, *El contenido de la negociación colectiva de la empresa en la era de la constitución flexible del trabajo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MONTANGIE, Yves, "La imposición de precio de reventa: ¿Hacia un replanteamiento?", en *Boletín Latinoamericano de competencia, Unión Europea*, (www.europa.eu).

MONTÉS PENADÉS, Vicente, "Las garantías del crédito", VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario (coordinadora), en *Derecho de obligaciones y contratos*, , Tirant lo Blanch, 2001.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Pluriempleo pese al pacto de dedicación exclusiva y libertad de expresión (Comentario a la STC 125/2007, de 21 de mayo)", en *Revista española de Derecho del trabajo,* 137, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, pp. 183 y ss.

MOSCO, Luigi, *La risoluzione del contratto per inadempimento,* Jovene, Nápoles, 1950.

MOTTA, Massimo, *Competition policy. Theory and practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

OLLERO TASSARA, Andrés, "Los llamados derechos morales del autor en los debates parlamentarios", en *Propiedad Intelectual: Aspectos civiles y penales,* Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 29 y ss.

PELLISÉ CAPELL, Jaumé, *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC,* Aranzadi, Navarra, 2002.

— *La explotación abusiva de una posición dominante,* Civitas, Madrid, 2000.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004.

PINTOS AGER, Jesús, "La remisión a los reglamentos comunitarios de exención en bloque", *InDret,* núm. 3, 2001, www.indret.com.

POSNER, Richard, *Antitrust Law. An economic perspective,* The University of Chicago Press, Chicago, 1976.

— *El análisis económico del Derecho*, Trad. SUÁREZ, Eduardo, Fondo de cultura económica, México, 1998.

PUENTE MUÑOZ, Teresa, "El Pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro", *RDM,* núm. 103, 1967, pp. 75 y ss.

— *El contrato de Concesión mercantil,* Montecorvo, Madrid, 1976.

PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho civil*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1997.

PUIG PEÑA, Fernando, *Tratado de Derecho civil español,* Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1974.

RAYSMAN, Richard, PISACRETA Edward y ADLER Kenneth, *Intellectual Property Licensing: Forms and Analysis,* Law Journal Press, Nueva York, 2008.

REBOLLEDO VARELA, Luis Ángel, "La compraventa a través del agente inmobiliario", en *Aranzadi civil*, nro. 3, Pamplona, 2006, pp. 2497 y ss.

REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Traité de Droit Civil D'après le Traité de Planiol*, I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956.

ROGEL VIDE, Carlos, "La copia privada de las obras audiovisuales", en *Estudios sobre la Propiedad intelectual,* Reus, Barcelona, 1995.

— *Estudios completos de Propiedad intelectual*, Colección de Propiedad intelectual, Reus, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma Rosa, "Eficacia de los pactos de exclusiva", *ADC,* núm. 51, 1998, pp. 1865 y ss.

RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

— "Comentario al artículo 49", en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (coordinador), *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual,* Thomson Civitas, Pamplona, 2007.

— "Comentario al artículo 51", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, Tercera edición, Tecnos, Madrid, 2007.

RUIZ PERIS, Juan Ignacio, *La intromisión en la clientela ajena y redes de distribución,* Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.

RUÍZ-RICO RUIZ, Catalina, *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RUÍZ VADILLO, Enrique, "Las obligaciones negativas en el Derecho español", en *Pretor*, núm. 238, Madrid, 1976.

SAINZ MORENO, Fernando, "El Principio de libre competencia como manifestación del orden público económico", *REDA,* núm. 24, 1980, pp. 134 y ss.

SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William, *Economía*, Trad. TOHARIA CORTÉS, Luis, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Colección de estudios de Derecho Privado, Comares, Granada 1999.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Estudios de Derecho civil,* t. I, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1978.

— *La novación de las obligaciones*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1964.

SANCIÑENA ASURMENDI, Camino, *La opción de compra*, Dykinson, Madrid, 2003.

SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho civil, Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1960.

SERQUEIRA MARTÍN, Adolfo, "Consideraciones sobre la cláusula de exclusiva y los contratos de distribución con ocasión de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución", en *Contratos de Distribución*, La Ley, Madrid, 2010.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2000.

STEUER, Richard, "Exclusive dealing in Distribution", en *Cornell Law Review*, vol. 69, 1983, pp. 101 y ss.

THE ECONOMIST, *Will the computer industry ever scape its antitrust problems?, www.economist.com*

TOBIO RIVAS, Ana María, *La autorización de medidas limitativas de la competencia en el Derecho comunitario,* Bosch, Barcelona, 1994.

URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, "Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie", *RDM*, num. 62, 1956, pp. 221 y ss.

VAN MIERT, Karel, "EU competition policy in the banking sector", en la *Conferencia de la Asociación Belga de bancos.* www.ec.europa.eu

VAQUERO LÓPEZ, Carmen, "La mora en los contratos", en *Derecho contractual comparado*, Aranzadi, Navarra, 2009.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, "La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos", en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, VVAA, Universidad de Murcia, Secretariado de publicaciones, Murcia, 1989, pp. 845 y ss.

— "La Propiedad intelectual. Estudio sistemático de la Ley 22/1987", *ADC*, num. 3, 1993, pp. 1041 y ss.

VÁZQUEZ, Luis y PINA, Ana Branca, *Territorial Exclusivity in Franchisee Systems*, www.ssrn.com/abstract=1630427, consultado el 6 de julio de 2010.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, "El Derecho Europeo de la competencia", en *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2005.

— "Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia", en *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, num. 6, La Ley, Madrid, 2010, pp. 13 y ss.

VILLEGAS CAYÓN, Jaime, *Monopolio y competencia. Las leyes antitrust de los Estados Unidos base de la libertad económica*, Editorial jurídica Villegas, Madrid, 1970.

VVAA, *Apuntes de Derecho de la competencia comunitario y español*, Dykinson, Madrid, 2002.

VVAA, *Aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE por las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros,* Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1998.

VVAA, *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid, 2006.

VVAA, *Comentarios al Código civil*, Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, Ministerio de justicia, II, Madrid, 1991.

VVAA, *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009.

VVAA, *Estudios en Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Bosch, Barcelona, 1993.

WAELBROECK, Michael y FRIGNANI, Aldo, *Derecho Europeo de la Competencia*, Trad. SÁENZ-CORTABARRÍA, Ignacio y MORALES ISASI, Marta, Barcelona, Bosch, 1998.

ZURIMENDI ISLA, Aitor, *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Thomson Civitas, Pamplona, 2006.

DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN

Comunicación de la Comisión sobre Directrices de la aplicabilidad del artículo 81 TCE a los acuerdos de cooperación horizontal, 6 de enero de 2001.

Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis), 22 de diciembre de 2001.

Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, 27 de abril de 2004.

Comunicación sobre la competencia en las profesiones liberales, 9 de Febrero 2004.

Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado que surjan en los asuntos concretos (cartas de orientación), 27 de abril de 2004.

Comunicación de la Comisión relativa al asunto Repsol CPP S.A., 20 de octubre de 2004.

Comunicación de la Comisión sobre la Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia de 19 de diciembre de 2005.

Directrices de la Comisión sobre Cooperación horizontal, 6 de enero de 2001.

Directrices relativas a las restricciones verticales, 11 de octubre de 2000.

Directrices sobre la Evaluación de concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el Control de las concentraciones de empresas, 5 de febrero de 2004.

Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 de artículo 81 del Tratado de l y la segunda en a Comunidad Europea, 27 de abril de 2004.

Documento de trabajo de la Comisión sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado a la exclusión abusiva, Diciembre de 2005.

IX Informe sobre la Política de competencia, 1979.

Libro Verde de la Comisión Europea de 26 de noviembre de 1998, sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria,

Libro Verde de la Comisión Europea, de 27 de julio de 1995, sobre los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA*

STJCE de 4 de abril de 1962

STJCE de 6 de abril de 1962

STJCE de 13 de julio de 1966

STJCE de 30 de junio de 1966

STJCE de 13 de febrero de 1969

STJCE de 30 de junio de 1970

STJCE de 18 de febrero de 1971

STJCE de 8 de junio de 1971

STJCE de 31 de octubre de 1971

STJCE de 14 de julio de 1972

STJCE de 6 de febrero de 1973

STJCE de 15 de mayo de 1975

STJCE de 14 de febrero de 1976

STJCE de 25 de octubre de 1977

STJCE de 20 de diciembre de 1977

STJCE de 25 de octubre de 1979

STJCE de 6 de octubre de 1982

STJCE de 8 de junio de 1982

STJCE de 21 de febrero de 1984

* El Tratado de Lisboa de 2009 ha modificado la denominación a Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STJCE de 28 de marzo de 1984

STJCE de 12 de julio de 1984

STJCE de 17 de septiembre de 1985

STJCE de 28 de enero de 1986

STJCE de 18 de diciembre de 1987

STJCE de 26 de julio de 1988

STJCE de 21 de septiembre de 1988

STJCE de 11 de abril de 1989

STJCE de 11 de enero de 1990

STJCE de 8 de febrero de 1990

STJCE de 28 de febrero de 1991

STJCE de 23 de abril de 1991

STJCE de 17 de diciembre de 1991

STJCE de 17 de febrero de 1993

STJCE de 31 de marzo de 1993

STJCE de 16 de noviembre de 1995

STJCE de 30 de abril de 1998

STJCE de 18 de junio de 1998

STJCE de 21 de septiembre de 1999

STJCE de 3 de octubre de 2000

STJCE de 20 de septiembre de 2001

STJCE de 19 de febrero de 2002

STJCE 11 de julio de 2006

STJCE 13 de julio de 2006

STJCE de 14 de diciembre de 2006

STJCE de 16 de marzo de 2007

STJCE de 11 de septiembre de 2008

STJCE de 30 de abril de 2009

STJCE de 2 de junio de 2009

STJCE de 8 de septiembre de 2009

STJCE de 10 de septiembre de 2009

STJUE de 3 de junio de 2010
STJUE de 1 de julio de 2010

DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA

Decisión de 9 de diciembre de 1971
Decisión de 19 de diciembre de 1984
Decisión de 12 de julio de 1985
Decisión de 4 de diciembre de 1986
Decisión de 17 de diciembre de 1986
Decisión de 18 de diciembre de 1987
Decisión de 13 de diciembre de 1989
Decisión de 17 de septiembre de 2001
Decisión de 13 de mayo de 2009

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 2 de julio de 1981
STC de 17 de mayo de 1982
STC de 4 de junio de 2001

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS de 23 de marzo de 1921
STS de 29 de enero de 1955
STS de 30 de junio de 1948
STS de 14 de octubre de 1963
STS de 9 de febrero de 1965
STS de 9 de octubre de 1965

STS de 18 de marzo de 1966

STS de 28 de mayo de 1966

STS de 29 de mayo de 1972

STS de 14 de febrero de 1973

STS de 21 de abril de 1979

STS de 12 de junio de 1980

STS de 16 de noviembre de 1981

STS de 3 de diciembre de 1982

STS de 4 de octubre de 1983

STS de 18 de noviembre de 1983

STS de 7 de febrero de 1984

STS de 11 de febrero de 1984

STS de 14 de febrero de 1984

STS de 3 de marzo de 1984

STS de 20 de diciembre de 1984

STS de 28 de noviembre de 1985

STS de 9 de diciembre de 1985

STS de 19 de diciembre de 1985

STS de 14 de junio de 1985

STS de 12 de marzo de 1986

STS de 17 de marzo de 1986

STS de 3 de julio 1986

STS de 17 de diciembre de 1986

STS de 6 de junio 1987

STS de 30 de junio de 1987

STS de 1 de marzo de 1988

STS de 22 de marzo de 1988

STS de 22 de marzo de 1988

STS de 29 de abril de 1988

STS de 16 de septiembre 1988

STS de 27 de febrero 1989

STS de 28 de febrero de 1989

STS de 10 de mayo de 1989

STS de 5 de junio de 1989

STS de 5 de febrero de 1990

STS de 16 febrero 1990

STS de 6 de octubre de 1990

STS de 1 de diciembre de 1990

STS de 25 de enero de 1991

STS de 11 de febrero de 1991

STS de 26 de marzo de 1991

STS de 8 de abril de 1991

STS de 10 de julio de 1991

STS de 15 octubre de 1992

STS de 3 diciembre de 1992

STS de 10 de marzo de 1992

STS de 22 de diciembre de 1992

STS de 9 de febrero de 1993

STS de 24 de febrero de 1993

STS de 21 de abril de 1993

STS de 17 de marzo de 1993

STS de 27 de mayo de 1993

STS de 6 de octubre de 1993

STS de 8 de marzo de 1994

STS de 21 de marzo de 1994

STS de 2 de abril de 1994

STS de 4 de abril de 1994

STS de 4 de julio de 1994

STS de 19 de junio de 1995

STS de 16 de octubre de 1995

STS de 17 de octubre de 1995

STS de 26 de enero de 1996

STS de 6 de febrero de 1996

STS de 11 de marzo de 1996

STS de 14 de noviembre de 1996
STS de 14 de febrero de 1997
STS de 9 de octubre de 1997
STS de 9 de diciembre de 1997
STS de 26 de octubre de 1998
STS de 17 de mayo de 1999
STS de 30 de septiembre de 1999
STS de 2 de octubre de 1999
STS de 4 de octubre de 1999
STS de 30 de octubre de 1999
STS de 25 de febrero de 2000
STS de 23 de mayo de 2000
STS de 8 de noviembre de 2000
STS de 16 de noviembre de 2000
STS de 21 de diciembre de 2000
STS de 28 de enero de 2001
STS de 1 de febrero de 2001
STS de 2 de febrero de 2001
STS de 10 de abril de 2001
STS de 14 de mayo de 2001
STS de 19 de septiembre de 2002
STS de 11 de diciembre de 2002
STS de 9 de febrero de 2004
STS de 10 de febrero de 2004
STS de 30 de septiembre de 2004
STS de 22 de noviembre de 2004
STS de 25 de noviembre de 2004
STS de 9 de marzo de 2005
STS de 15 de marzo de 2005
STS de 2 de diciembre de 2005
STS de 16 de diciembre de 2005
STS de 29 de diciembre de 2005

STS de 25 de enero de 2006
STS de 5 de abril de 2006
STS de 21 de julio de 2006
STS de 26 de septiembre de 2006
STS de 29 de septiembre de 2006
STS de 6 de noviembre de 2006
STS de 23 de mayo de 2007
STS de 25 de octubre de 2007
STS de 15 de enero de 2008
STS de 19 de mayo de 2008
STS de 26 de junio de 2008
STS de 15 de enero de 2009
STS de 21 de enero de 2009
STS de 13 de febrero de 2009
STS de 9 de marzo de 2009
STS de 30 de junio de 2009
STS de 6 de septiembre de 2009
STS de 25 de noviembre de 2009
STS de 8 de febrero de 2010
STS de 16 de febrero de 2010
STS de 19 de febrero de 2010
STS de 24 de febrero de 2010
STS de 25 de marzo de 2010
STS de 8 de abril de 2010
STS de 5 de mayo de 2010
STS de 12 de julio de 2010
STS de 16 de julio de 2010
STS de 6 de septiembre de 2010
STS de 4 de octubre de 2010
STS de 8 de octubre de 2010
STS de 15 de noviembre de 2010

STS de 8 de febrero de 2011

STS de 28 de febrero de 2011

SENTENCIAS DE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA*

STDC de 16 de diciembre de 1996

STDC de 16 de marzo de 2001

STDC de 30 de mayo de 2001

STDC de 1 de marzo de 2002

STDC de 5 de noviembre de 2003

STDC de 30 de marzo de 2004

STDC de 25 de junio de 2004

STDC de 24 de noviembre de 2005

RCNC de 19 de mayo de 2009

RCNC de 15 de septiembre de 2009

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Zaragoza de 29 de septiembre de 1999

SAP Cádiz de 28 de junio de 2000

SAP Guipúzcoa de 2 de febrero de 2001

SAP Girona de 17 de abril de 2001

SAP Barcelona de 4 de julio de 2001

SAP Madrid de 4 de junio de 2002

SAP Asturias de 16 de julio de 2002

SAP Barcelona de 10 de septiembre de 2002

SAP Cantabria, de 20 de septiembre de 2002

SAP Gerona de 7 de octubre de 2002

* La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, integra el antiguo Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia en la actual Comisión Nacional de Competencia.

SAP Zaragoza de 14 de junio de 2003
SAP Madrid de 23 de diciembre de 2003
SAP Cantabria de 16 de marzo de 2004
SAP Valencia de 5 de junio de 2004
SAP Madrid de 30 de julio de 2004
SAP Castellón de 27 de septiembre de 2004
SAP Asturias de 30 de septiembre de 2004
SAP Barcelona 14 de diciembre de 2004
SAP Alicante de 8 de febrero de 2005
SAP Valencia de 3 de mayo de 2005
SAP Madrid, de 24 de junio de 2005
SAP Madrid de 13 de septiembre de 2005
SAP Las Palmas de 15 de octubre de 2005
SAP Madrid de 4 de noviembre de 2005
SAP Madrid de 15 de noviembre de 2005
SAP Huesca de 17 de enero de 2006
SAP Málaga, de 31 de enero de 2006
SAP La Coruña de 3 de marzo de 2006
SAP Zaragoza de 4 de julio de 2006
SAP Madrid 7 de septiembre de 2006
SAP Burgos de 11 de septiembre de 2006
SAP La Coruña de 29 de enero de 2007
SAP La Coruña de 8 de marzo de 2007
SAP Barcelona de 13 de febrero de 2007
SAP Asturias de 18 de enero de 2008
SAP Burgos de 5 de octubre de 2009
SAP Madrid de 18 de febrero de 2010
SAP Lugo de 8 de septiembre de 2010