



Universidad de Palermo

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho (LL.M.) Orientación en Derecho
Empresarial

Título: Los pactos de exclusividad en el contrato de
distribución y el Derecho de la Competencia

Autor: José Antonio Burneo

Tutor: Sergio Zigelbaum

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020

CERTIFICADO DE APROBACION DE TESIS

En mi calidad de tutor de esta Investigación CERTIFICO que, luego de la revisión y análisis, apruebo en su totalidad la investigación presentada por el abogado JOSÉ ANTONIO BURNEO, como requisito previo para obtener el grado académico de “MAGISTER EN DERECHO” Orientación Derecho Empresarial.

El tema de la investigación es: “LOS PACTOS DE EXCLUSIVIDAD EN EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA”

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020

Abg. SERGIO ZIGELBAUM Msc.

Tutor

CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN

Yo, José Antonio Burneo Carrera, autor de la tesis intitulada “LOS PACTOS DE EXCLUSIVIDAD EN EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA”, mediante el presente documento dejo constancia que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir como requisito previo para la obtención del título de Magister en Derecho en la Universidad de Palermo.

Firma:

DEDICATORIA

A mis padres, por su infinita ayuda, cariño y paciencia.

RECONOCIMIENTOS

Siempre agradecido por esos grandes colegas que compartieron conmigo ideas, discusiones, teorías y sueños. Víctor, con tu fuerte carácter y direccionada determinación; Juan Manuel, por tus idealismos emparentados con sueños compartidos. A mi tutor, Sergio, quien supo dar dirección a lo que comenzó como un bosquejo y se convirtió en esta tesis. A la universidad de Palermo por permitirme vivir la experiencia de la investigación, la cual espero seguir cultivando con mi inquebrantable curiosidad. A Micaela, por tu amistad incondicional.

RESUMEN

Las redes de comercialización son un pilar esencial del comercio y el mercado de intercambio de bienes y servicios, mediante las cuales los productores hacen llegar sus productos a los consumidores; en el campo del derecho mercantil, estas redes de comercialización toman el nombre de distribución comercial. Los contratos de distribución comercial, según Perrota y Couso, son:

Aquellos contratos por el cual el productor o fabricante convienen el suministro de un bien final al distribuidor, quien adquiere el producto para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona determinada, y a cambio de un porcentaje que puede consistir en un descuento sobre el precio de venta del producto¹

Por otro lado, los pactos de exclusividad son utilizados para reforzar las relaciones comerciales tras la celebración de contratos de distribución. De modo que: *“Son acuerdos donde una de las partes, o ambas, se comprometen a otorgar a la otra parte un derecho inherente a la relación comercial de distribución, de manera exclusiva o semi exclusiva”*². Los pactos de exclusividad son acuerdos que pueden ser principales o accesorios de las relaciones comerciales creadas a partir de un contrato de distribución.

En base a lo mencionado, para el tratadista español José Cano, los pactos de exclusividad tienen como objeto hacer que una -o ambas- de las partes se abstenga o tolere determinada actividad³. La utilización de estos pactos no es ilegítima, debido a que la normativa no la prohíbe; no obstante, es posible que, en ciertos casos, una utilización desmedida de dichos acuerdos afecte a la estructura comercial de las partes o de terceros competidores, produciendo a su vez una falla en el mercado⁴. En tal suceso, será

¹ Perrota, Salvador; Juan Carlos, Couso, Contratos de Empresa, II Jornadas Rioplatenses de Derecho, n.f., p 173.

² Marzorati, Osvaldo, (1995), *Sistemas de Distribución Comercial*, Buenos Aires: ASTREA, 1995, p. 25-28.

³ Cano, José, Manual práctico de contratación mercantil. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p 734.

⁴ Según Hardwick (1995) en economía, una falla del mercado se refiere a las distorsiones de información entre los agentes económicos que tiene como consecuencia la deformación de las relaciones de mercado entre oferta y demanda. Es así como en el caso de que un pacto de exclusividad sea extremadamente alto, esta limitación producirá que el empresario reduzca su participación en el mercado y que, por ende, sufra daños económicos debido a aquella reducción, además de alterar el

necesaria la participación del derecho de la competencia, para analizar de forma restrictiva si los pactos de exclusividad utilizados ponen en riesgo el sistema concurrencial⁵.

status quo del mercado en el cual juegan libremente la oferta y la demanda para la determinación de precios; es esto a lo que llamamos economía de mercado.

⁵ Arce, Javier, (1984), *El pacto de exclusiva en algunos contratos mercantiles*. México D.F., Biblioteca jurídica UNAM, 47-56

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I	13
LA RELACIÓN CONTRACTUAL: DISTRIBUCIÓN Y EXCLUSIVIDAD	13
1.1. La contratación comercial	13
1.2. Análisis económico del derecho de los contratos comerciales	14
1.3. Antecedentes históricos del Contrato de Distribución	15
1.4. Delimitación y aplicación.....	16
1.5. Características del Contrato de Distribución	18
1.6. Elementos particulares aplicables.....	19
1.7. Obligaciones y derechos de las partes	21
1.7.1. Obligaciones del Distribuidor.....	21
1.7.2. Derechos de Distribuidor.....	22
1.7.3. Obligaciones del Empresario (cedente)	22
1.7.4. Derechos del Empresario (cedente)	23
1.8. Cláusulas de Exclusividad en el Contrato de Distribución	23
1.8.1. Vínculo obligacional	23
1.8.2. Requisitos de la exclusividad para ser obligación exigible	24
1.8.2.1. Posibilidad jurídica y material	24
1.8.2.2. Lícita	25
1.8.2.3. Determinada o determinable.....	26
1.8.2.4. Valoración económica y patrimonial	26
1.8.3. La exclusividad como obligación de no hacer	27
1.8.4. Fuentes de la obligación de exclusividad en la distribución	28
1.8.5. Las partes en los acuerdos de exclusividad en contratos de distribución	29
1.8.5.1. Generalidades	29
1.8.5.2. Beneficiario de la exclusividad.....	30
1.8.5.3. Obligado en la exclusividad	30
1.8.6. Caracteres de validez de los pactos de exclusividad en la distribución.....	31
1.8.6.1. Naturaleza contractual	31
1.8.6.2. Limitación voluntaria de libertades	31
1.8.6.3. Identificación de las obligaciones adquiridas	32
1.8.7. Extensión temporal de las cláusulas de exclusividad.....	34
1.9. Extensión territorial del pacto de exclusividad en la distribución.....	36
1.9.1. Generalidades	36
1.9.2. Cláusulas de exclusividad territorial absoluta.....	37

1.9.3. Cláusulas de exclusividad territorial relativa	40
1.10. Exclusividad en el contrato de distribución propiamente dicha.....	41
CAPITULO II.....	45
DERECHO DE COMPETENCIA	45
2.1. La competencia: Antecedentes normativos	45
2.1.1. Estados Unidos de Norteamérica.....	45
2.1.1.1. Ley Sherman	45
2.1.1.2. Ley Clayton.....	46
2.1.1.3. Ley Robinson Patman	47
2.1.1.4. Ley de desarrollo antimonopólico Hart-Scott-Rodino	47
2.1.2. Comunidad Económica Europea	48
2.1.3. Unión Europea	49
2.2. Conceptos.....	50
2.2.1. La Competencia	50
2.2.2. Competencia perfecta e imperfecta	51
2.2.3. Posición dominante	52
2.2.4. Mercado relevante	55
2.3. Importancia	56
2.4. Competencia en la distribución: determinante de precios y calidad	57
2.4.1. Alteración del precio	57
2.4.2. Factor determinante de calidad.....	58
2.5. Defensa de la Competencia	58
2.5.1. La regla de la razón y la regla <i>Per se</i> en la Defensa de la Competencia	59
2.5.2. Sobre las restricciones verticales	63
2.5.3. La regla del <i>Minimis</i>	66
2.6. Competencia desleal	69
2.6.1. Tendencia normativa actual.....	71
2.6.2. La competencia desleal en la Argentina	73
2.6.3. Elementos de la competencia desleal	74
2.6.3.1. Acto de competencia	74
2.6.3.2. Deslealtad.....	77
CAPÍTULO III.....	80
LOS PACTOS DE EXCLUSIVIDAD Y EL DERECHO DE COMPETENCIA.....	80
3.1. Defensa de la competencia y la exclusividad contractual	84
CONCLUSIONES	90
Bibliografía	94

CURRICULUM VITAE 98

INTRODUCCIÓN

La presente tesis se enfocará al ámbito de aplicación del derecho de la competencia en relación con los pactos de exclusividad en contratos de distribución y cómo su utilización puede afectar a la normativa de la competencia. Los posibles efectos negativos en el otorgamiento de derechos de exclusividad; ya sea: en el mercado, en la sociedad o en otros actores del mercado o el Orden Público Económico, en el Derecho, son catalogados como daño⁶.

La errónea utilización de pactos de exclusividad en contratos de distribución comercial puede ocasionar efectos distorsivos en el mercado. Debido a que, si el otorgamiento de derechos de exclusividad en favor de una o varias partes produce un daño representativo al mercado, podrá convertirse en una actuación anticompetitiva, situación en la que el Derecho de la Competencia será el llamado a sancionarlo.

No obstante, si los contratos de distribución y la exclusividad insertos en ellos son realizados de forma racional, armónica y eficiente, esto producirá una ventaja competitiva que favorecerá al mercado y al sistema concurrencial, pues obligará a los demás operadores económicos a mejorar para poder competir contra las nuevas redes de distribución. El problema esencial de ello es el pobre desarrollo de la materia de competencia a nivel generalizado en Latinoamérica, particularmente en naciones como Argentina o Ecuador, países en los que será enfocada la presente investigación; debido a que no existe un análisis administrativo previo de contratos de distribución en ninguno de los mencionados países; a pesar de representar un enorme interés para la economía⁷.

De tal manera, el presente estudio tiene como objetivo entender la aplicación de los pactos de exclusividad en contratos de distribución, como medio de desarrollo comercial integral, sin abuso del derecho, para evitar la configuración de supuestos antijurídicos entre las partes y en el Régimen de Competencia; mediante elementos como: la igualdad contractual, la libertad de contratación y la discriminación legítima

⁶ Márquez, José Fernando; Calderón Maximiliano, *Contrato de distribución*, Buenos Aires: Editorial Heliasta, p. 22.

⁷ En ambas legislaciones, existe una obligatoriedad de las empresas que realizan concentraciones o fusiones para informar a la autoridad de la competencia con el fin de que dicha institución realice un análisis de su repercusión en el mercado. Esto no sucede con los Contratos de Distribución, que no tienen ningún requisito legal de informar a una determinada institución estatal.

de precios, todo esto englobados en obligaciones libremente adquiridas a través de instrumentos específicos catalogados como contratos de distribución.

A partir de ese análisis buscaremos criticar y clarificar en qué punto un comerciante incurre en una conducta restrictiva de la competencia con este tipo de pactos y específicamente cuándo una actuación puede determinarse como abusiva. Además, comprender su repercusión en el funcionamiento del Régimen de la Competencia, en forma general y particular, con respecto a la utilización de medios ilegítimos para la obtención de beneficios desleales o la generación de un perjuicio al sistema competitivo; con la consecuencia inmediata de la distorsión del mercado.

Entonces, de eso se deduce las siguientes interrogantes: ¿Cómo debe actuar el derecho de la competencia ante un abuso de derecho derivado de un comportamiento anticompetitivo relacionado con un pacto de exclusividad en un contrato de distribución?; y, por otro lado, ¿es necesario un control previo de este tipo de contratos, por ser de alto interés para una economía?

Para contestar las incógnitas planteadas en el párrafo anterior, la presente tesis se dividirá en tres capítulos: el primero explicará de forma general la contratación comercial a manera de inserción en el tema. Seguidamente, contendrá el análisis correspondiente al contrato de distribución, sus principales características y elementos sustanciales que servirán de guía para entender cómo son construidos. Además, en el mismo capítulo se revisarán las cuestiones de la exclusividad en el contrato de distribución, ahondando en los puntos esenciales que deben considerarse para que un pacto de exclusiva pueda ser eficiente, válido y no violatorio del derecho de la competencia.

Por otro lado, en el segundo capítulo serán revisados los fundamentos del derecho de la competencia, su finalidad, campo de estudio y base normativa; con el fin de verificar cómo debe actuar esta rama del derecho ante un incumplimiento de los principios del Orden Público Económico por la cimentación de un acuerdo de exclusiva defectuoso dentro de un contrato de distribución. Finalmente, en el tercer capítulo serán entrelazados las dos temáticas en cuestión, los pactos de exclusividad y el Derecho de Competencia, de manera crítica y abstractiva; con el objetivo de entender cuál es su

punto de cruce y cómo la normativa especializada de la competencia funciona ante una violación de esta.

CAPÍTULO I

LA RELACIÓN CONTRACTUAL: DISTRIBUCIÓN Y EXCLUSIVIDAD

1.1. La contratación comercial

El derecho comercial está estrechamente relacionado con el concepto de la empresa y el empresario. La actividad económica -lo que antes era catalogado como actos de comercio- es su principal y más claro fundamento. El derecho comercial es definido como: “*El Derecho ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios en el mercado*”⁸. Entendido que la actividad mercantil es extremadamente progresiva y que la costumbre mercantil no es estática, la contratación comercial descansa sobre la noción básica del concurso de voluntades que tiene fuerza de ley para las partes.⁹

Como base del ejercicio del comercio y de las relaciones de mercado encontramos a la contratación, la cual es -aisladamente- una mera concurrencia de intereses. Según el tratadista argentino Osvaldo Marzoratti, llevar a cabo un negocio jurídico implica la creación, modificación y extinción de obligaciones de carácter patrimonial, en la medida en la que se contrata con miras a la obtención de beneficios económicos, como en el caso de redes comerciales¹⁰. La regulación de los contratos comerciales se encuentra en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Si un contrato mercantil se describe como un instrumento para la realización de actos económicos empresariales ¹¹, será necesaria una amplia gama de contratos que puedan sustentar toda la actividad empresarial; en tanto estos no violen intereses de terceros ni perjudiquen al Orden Público Económico.

⁸ Fernández, José Luís, (1991) *Fundamentos de Derecho Mercantil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, Vol. I n° I p. 112.

⁹ Sánchez Jiménez, Gonzalo (2003), *Derecho Mercantil*, Barcelona - España: Editorial Ariel S.A., p.13.

¹⁰ Marzoratti, Osvaldo, (1995), *Sistemas de Distribución Comercial*. Buenos Aires: ASTREA, p. 45-55.

¹¹ Sánchez Jiménez, Gonzalo (2003) ...

1.2. Análisis económico del derecho de los contratos comerciales

La economía ha sabido dar pautas a la ciencia jurídica para delimitar su ejercicio y evitar la ambigüedad y abstracción innecesaria, es así como disciplinas como el Análisis Económico del Derecho se han mostrado como un fuerte direccionamiento de solución de controversias y conflictos jurídicos. Esto, mediante la reducción de soluciones de dichos problemas a ecuaciones numéricas prácticas de cuánto se gana y cuánto se pierde en esas actuaciones; todo esto con respecto a evitar el desperdicio de recursos.

Así, en el caso de que exista un incumplimiento de contrato, la reparación pecuniaria al afectado comprenderá no solo el lucro cesante y el daño emergente; sino también los demás aspectos de su vida que se vieron afectados por ese incumplimiento y la cantidad justa de un valor monetario que repare, en la mayor medida posible, ese perjuicio.¹²

En el campo de los contratos, los tratadistas estadounidenses Robert Cooter y Thomas Ulen propusieron una teoría de la negociación. Las relaciones jurídicas cuyo fruto son los contratos han sido consecuencia de un ejercicio negocial de promesas exigibles mutuamente, las cuales son producto de una negociación entre potenciales partes contratantes que tienen intereses, ya sean opuestos, paralelos o combinados. Ergo, Según los autores mencionados: *“la teoría económica de los contratos se basa en una relación fundamentada en la negociación de promesas voluntarias que obligan a las futuras partes contratantes, con la capacidad de ser exigibles”*.¹³

Ahora, el punto a preocuparse es la determinación de cuándo esas promesas, dadas en una negociación, son exigibles y sean categorizadas como ofertas. Inicialmente, la exigibilidad de una promesa parte de que esta sea hecha voluntariamente dentro de una negociación racional y real; en la cual se conjuguen las voluntades contrapuestas exteriorizadas por los negociadores y potenciales contratantes. A ello cabe mencionar lo dicho por la tratadista colombiana Lidia Garrido Cordobera: *“Es una negociación ideal aquella en la que observaremos la presencia de*

¹² Véase, Arjona, Ana María y Mauricio Rubio (2002). *Análisis Económico de Derecho*. Bogotá, p. 14.

¹³ Cooter, Robert y Thomas Ulen, (2016). *Derecho y Economía* (sexta edición ed., Vol. 1). (E. d. México, Trad.) México D.F.: Pearson Education Inc., p. 379.

interacción o intercambio entre diferentes partes que presentan un fin común que es el de lograr un acuerdo”¹⁴

Si se dice que dentro de la negociación se da un concurso de voluntades con un fin común, es entendible entonces que el resultado final sea un contrato. Esta negociación inicia con una oferta, para después transcurrir por un proceso de consideración y que finalmente llegará al estadio de la aceptación; con todo este proceso se dice que se ha llegado a formar un contrato¹⁵.

De tal manera, se abstrae que la oferta hecha en una negociación inducirá a ser aceptada por la otra parte cuando implique promesas futuras, reales, posibles y exigibles. Como consecuencia de esto surgirá la fase de considerarlas por la otra parte contratante, para luego determinar su asentamiento voluntario exteriorizado, es decir, la aceptación¹⁶. Toda esta explicación está encaminada a explicar que las promesas exigibles de otorgar una exclusividad que se incluyen dentro de los contratos de distribución van a ser entendidas en el sentido más general y apegado a la intención de las partes; conjugado también esto con las prácticas mercantiles usuales en ese tipo de negocios. De tal manera que la imposición u oferta de acuerdos de exclusiva que no respeten dichos requisitos, no podrán ser exigibles a la luz del análisis económico de los contratos.

1.3. Antecedentes históricos del Contrato de Distribución

Como tal, el contrato de distribución no tiene una fecha o época exacta de aparición; no obstante, doctrinarios como Arce o Marzoratti mencionan que sus inicios se dieron a mediados del siglo XIX en Alemania. Su gran utilización inició con la celebración de algunos contratos de distribución entre los diferentes productores de cerveza alemanes, quienes tenían un producto de alta calidad, pero muy poca publicidad; más allá de ciertos lugares específicos. De tal manera, al aprovechar que este producto es altamente consumido en todo su territorio, dichos manufactureros delegaron el cargo de la distribución de su producto a aquellos comerciantes que tenían

¹⁴ Garrido Cordobera, Lidia María, (2008). *La negociación contractual y el análisis económico*. (UNIFOR, Ed.) Revista Pensar Fortaleza vol.13, n1, p.21-28. Recuperado el 15 de mayo de 2018, de http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/2512.pdf

¹⁵ Cooter, Robert y Thomas Ulen, (2016). *Derecho y Economía...*, p. 384

¹⁶ *Ídem*.

la posibilidad de llegar a grandes masas, haciendo que su producto sea conocido y, por supuesto, vendido de mejor manera¹⁷

A breves rasgos, por un lado, se encuentra el fabricante, quien es el que se encarga de la creación y producción del bien a ser distribuido. Por otro, se encuentra el mayorista o distribuidor, quien es un profesional independiente que pone su estructura, aptitud técnica, capital y red comercial a disposición de otro empresario para continuar con la cadena de distribución. Finalmente se encuentra el expendedor, quien es el punto más cercano al consumidor, lo que implica que este finaliza con la distribución de los bienes producidos, que son aprovechados por los consumidores; a todo esto, se lo llamó redes de distribución¹⁸

En aquel escenario, las relaciones que implica la cadena de distribución no necesariamente deben ser homogéneas, es así como mientras el fabricante y el mayorista puedan tener una relación contractual definida, el primero puede, como no, tenerla también con el expendedor minoritario. Todo esto, depende específicamente de cómo se redacte el contrato y las condiciones que aplique el fabricante. De tal modo, esta parte contractual podrá decidir sobre la posibilidad de un pacto de exclusividad, o en su defecto, la apertura a más distribuidores para sus productos.

1.4. Delimitación y aplicación

La distribución se basa en la necesidad social de la propagación de bienes y servicios para que sean consumidos por diferentes agentes económicos en territorios distintos mediante la ampliación de mercados¹⁹. Esta actividad comercial está matizada en sentido de diferentes variables, estrechamente relacionadas con la ciencia de la administración en su forma más general; estas variables son: producto, distribución, precio, comunicación y fuerza de venta²⁰. Asimismo, la actividad comercial se ve impulsada por una necesidad social, con lo que el empresario buscará medios para

¹⁷ Arce, Javier, (2002). *Contratos Mercantiles Atípicos*. México D.F.: Editorial Porrúa, p. 55.

¹⁸ Véase en: Hoczman, Heriberto Simón, (2007), *Contratos modernos de Distribución Comercial*, Buenos Aires: Lexis Nexis, p. 120-130-

¹⁹ Márquez, José Fernando; Calderón Maximiliano, *Contrato de distribución*, en *Contratos de distribución*, Heliasta, Buenos Aires, 2010, p 14.

²⁰ Nazar Espeche, Félix, (2016). *Defensa de la Competencia*. Buenos Aires, Argentina, Euro Editores S.R.L., p. 61.

“atacar” a un mercado y hacerse una posición que le permita maximizar sus beneficios²¹.

La distribución de un producto es realizada con miras enteramente comerciales, tras la búsqueda de beneficios económicos. Es por lo cual que para hacer posible la distribución de un producto en específico, el empresario o proveedor, ha tenido que buscar distintos modelos contractuales y figuras jurídicas que satisfagan esa necesidad, por todo ello sale a flote la figura del contacto de distribución²².

Este contrato parte de la necesidad de un productor de distribuir sus productos en un territorio ajeno al que él se encuentra o que estando en el mismo territorio, el productor no quiere, o no puede, distribuir por sí mismo sus productos, manteniendo ciertas condiciones que le permitan tener un control sobre la distribución de este; mientras que el comerciante es aquel ente especializado que se encarga de la distribución de dichos productos a los diferentes mercados.²³

El fabricante, en base a su posición en el mercado, tiene la posibilidad de limitar el contrato, mediante la imposición de las condiciones bajo las cuales este quiere que sean comercializados sus productos. Las condiciones impuestas por el productor es lo que caracteriza a este tipo de contratos; debido a que, según Arce: “*El fabricante busca una fórmula que facilite la distribución y venta de sus productos en el mercado como si los hiciese por sí mismo, pero reduciendo su actividad y gastos*”²⁴. En otras palabras, el fabricante utiliza a los comerciantes independientes para penetrar en distintos mercados.

El fabricante, mediante este contrato, busca una intermediación eficiente bajo nociones técnicas especializadas que él no tiene; o puede que las tenga pero que prefiere delegar a otro agente económico para que se encargue de la distribución del producto. Ahora bien, sale a flote la inquietud de saber qué beneficio obtiene este último con la

²¹ Ídem, p. 36.

²² Arce, Javier, (2002). *Contratos Mercantiles Atípicos.*, p. 61., el autor menciona que: “*Este contrato se constituye en la relación existente entre productor y comerciante, creado a partir del dinamismo comercial y de las exigencias de eficiencia que requiere la distribución de bienes y servicios, para lograr su fin económico*”.

²³ Sobre la aptitud profesional del distribuidor véase: Sánchez, Guillermo, (2003). *Derecho Mercantil*. Barcelona, Editorial Ariel S.A., p. 11-35.

²⁴ Arce, Javier, (2002). *Contratos Mercantiles Atípicos.*, p. 353.

tercerización del proceso distributivo. La respuesta a esa interrogante es que el fabricante ya posee su marca, pero es el distribuidor quien la puede explotar de manera tal que implique un prestigio mayor, y por lo tanto mayores ventas y réditos que benefician en conjunto, tanto a distribuidor como al productor; a sabiendas que es facultativo de este último la imposición de barreras mínimas de cuotas de venta u otros derechos como la exclusividad.

1.5. Características del Contrato de Distribución

Para tener una noción clara de lo que se trata el contrato de distribución es necesario determinar sus distintas características:

- Es un contrato de asociación comercial, en la medida en la que es celebrada entre comerciantes independientes.
- Es consensual, pues al referirse a una compraventa inicialmente, el perfeccionamiento del contrato no está regido sobre la entrega de la mercancía, sino por el concurso de voluntades que las partes han llevado a cabo en tanto de cosa y precio y las condiciones que circunscribe la distribución²⁵
- Es bilateral, se trata de un concurso de voluntades entre los contratantes. Además, las obligaciones emanadas son recíprocas entre las partes, en este caso el cedente es quien se obliga a entregar la mercancía acordada y el concesionario a la reventa y distribución de estas bajo las condiciones dispuestas por el cedente²⁶.
- Es oneroso porque nace a partir de una asociación comercial que busca la obtención de lucro. La distribución tiene una esencia económica pues su objeto es el dinamismo del mercado y el comercio.
- Es traslativo de dominio, en la medida de que nace, en su forma más primitiva, de una compraventa de mercancía objeto del contrato y esta habrá de cambiar

²⁵ Esta distinción entre contrato real y consensual cayó en el anacronismo, por lo que fue acertado la eliminación de la categoría de contrato real dentro del Código Civil y Comercial de la Nación.

²⁶ Si bien es posible que el contrato de distribución tenga efectos para toda una cadena de comerciantes que se incluyan en una red de distribución, esto no implica que el contrato es plurilateral; de modo que en todo caso será un contrato sinalagmático, es decir bilateral. Véase Sánchez, Manuel, (2011). *Obligaciones y Contratos*. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, p. 115.

de dueño, no solo de poseedor. Así, la mercancía pasa a formar parte del patrimonio del distribuidor, quien además adquiere el riesgo de la cosa.

- Se trata de un contrato principal porque subsiste por sí mismo sin necesidad de otro contrato o convención. Además, los contratantes pueden recurrir a herramientas accesorias que sí influyan en la ejecución eficaz del contrato mediante la utilización de pactos de exclusividad o de no competencia.
- Como condición necesaria en los contratos de colaboración empresarial, la distribución también se funda en la confianza existente entre el empresario o cedente y el distribuidor. Es por lo que se determina su naturaleza en un carácter *intuitu personae*.

El contrato de distribución tiene una concepción general, en la cual, según Hocsman, contiene a todos aquellos contratos en los que exista una relación comercial entre un proveedor de un producto y un comerciante independiente que se encargará de su intermediación en el mercado, estos contratos están regulados en la normativa²⁷.

Por otro lado, la concepción particular de la distribución propiamente dicha se refiere a la relación comercial entre proveedor y distribuidor que no se encuadra dentro de las demás figuras contractuales, o sea es un contrato atípico, pero podrá tomar como supletorias las regulaciones correspondientes a los otros contratos asociativos especializados como: la concesión, agencia y franquicia; en lo que fuese pertinente a su naturaleza según lo dispuesto en el artículo 962 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “*Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible*”.

1.6. Elementos particulares aplicables

Las partes intervinientes del contrato de distribución son: el cedente, principal, fabricante o distribuido, quien es el que pone su producto a disposición de otro empresario que se encargará de insertarlo en el mercado, es decir el distribuidor. La distribución se dará en un territorio determinado y bajo las condiciones que el cedente

²⁷ Hocsman, Heriberto, (2007), *Contratos modernos de Distribución Comercial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, p. 34-41.

provea al distribuidor. A esta condición también se le puede agregar otras como la exclusividad, matizada por una temporalidad o de un producto²⁸. A pesar de que la distribución propiamente dicha es un contrato atípico en la legislación, sí existe un concepto de esta en diferentes legislaciones; tal cual es el ejemplo de Bélgica que en su artículo 1 de la Ley de 27 de julio de 1961 sobre el contrato de distribución dispone: *“El contrato de distribución es toda convención en virtud de la cual el principal, reserva en favor de uno o varios distribuidores el derecho de vender, en su propio nombre y su propia cuenta, productos que él fábrica o produce”*.

La particularidad de este contrato se atañe al hecho de que la distribución del producto fabricado por el cedente deberá entregarse en las condiciones que este estipule. Además, las directrices dadas y previamente convenidas serán acatadas por el distribuidor debido a que la intención del fabricante es que su producto llegue a los consumidores tal cual como este lo ha pensado, es decir, sin perder su carácter original. De la misma forma, el distribuidor, al adquirir los productos, está celebrando un contrato de compraventa que implica una transferencia de dominio sobre los mismos. Por lo tanto, el riesgo de la mercadería adquirida va entera por parte del distribuidor²⁹.

Es imprescindible resaltar que las condiciones que el productor aplica al contrato están pensadas en la manera en la que este quiera que sus productos sean distribuidos y vendidos a los consumidores, esto no quiere decir que se traten de contratos de adhesión. Porque la fuerza de negociación de cada una de las partes y la demanda del producto a ser distribuido serán las variables a considerarse para conocer quien posee una mejor posición en la negociación ante una exclusividad³⁰. Esta, puede ser de dos tipos: uno en la cual el propio distribuidor solicita al principal la venta exclusiva de productos en un territorio determinado; o, otra en la que el principal le

²⁸ La exclusividad, si bien es atentatoria al mercado en ciertos casos, en la normativa civil es tratada como un derecho del agente, como lo menciona el artículo 1480 del Código Civil y Comercial. Así como también para el concesionario en el artículo 1503 ibidem.

²⁹ Borda, Alejandro, (2016), *Derecho Civil Contratos*, Buenos Aires: Editorial La Ley, p. 95.

³⁰ Para Vintimilla Saldaña, Jaime, (2016), “El Contrato de distribución: de la atipicidad a la formalización” en *Juris dictio* Universidad San Francisco de Quito, vol. 1, n° 17, p. 207-230, el contrato de distribución tiende a ser de adhesión, pero esto no lo limita a que pueda darse por libre negociación. Dependerá del tipo de relación comercial que quieran entablar las partes.

prohíbe al distribuidor vender productor de determinadas características, que no sean producidos por él.³¹

1.7. Obligaciones y derechos de las partes

1.7.1. Obligaciones del Distribuidor

- Fundamentalmente, la obligación primordial del distribuidor es la comercialización del producto. Ahora bien, este acto de distribución no es del todo libre, pues se encuentra matizado por el cedente; quien entrega al distribuidor las indicaciones, prerrogativas y condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la comercialización del producto.
- La adquisición de los productos a ser comercializados implica una obligación. En la medida en la que el concesionario debe recibir la mercancía entregada por el cedente en los plazos y lugar estipulados por ellos en el contrato.
- Una vez entregada la mercadería, el concesionario se encuentra en la obligación de pagar el precio; todo esto como una obligación genérica dispuesta también en la compraventa común; no obstante, el precio debe estar regulado mediante una lista de precios que es entregada por el cedente, sin perjuicio de que esta varíe durante la vigencia del contrato, pues la fluctuación de precios en el mercado es algo totalmente indistinto para las partes. Hay que apuntar que en ocasiones los precios varían según diferentes circunstancias ajenas a las partes o simplemente por el propio mercado debido a la oferta y la demanda³².
- Como carácter esencial del contrato de distribución se encuentra el matiz entregado por el cedente. Es decir, el distribuidor tiene la obligación de responder a las condiciones bajo las cuales se ha estipulado la reventa. Aunque no existe subordinación alguna, sí existe una relación contractual que obliga uno

³¹ No obstante, la existencia de un pacto de exclusividad no implica especie de sumisión alguna, sin olvidar que se trata de una situación de dependencia económica Véase: Zaldívar, Enrique, (2010), *Contratos de Colaboración Empresaria*. Santiago de Chile: Editorial Abellido-Perrot, p. 97. La dependencia económica es una situación jurídica-económica en la cual una empresa tiene capacidad de influir en las decisiones comerciales, societarias, etc.... sobre otra, debido a su importancia y poder de mercado y negociación. Por ejemplo, en el caso de una compañía de plásticos que provea de este material a la Coca-Cola, tendrá una situación de dependencia a esta última, porque ser su proveedora le garantiza cierto nivel de ingresos, que no los podría obtener con otras compañías del medio.

³² Montaña, César, (2002). *Temas Especiales de Derecho Económico*, p. 18.

con otro. Aquellas condiciones son estipuladas expresa y taxativamente en el contrato, en la medida en la que el empresario productor quiere comercializar su producto sin alterarlo, o que esta alteración sea por demás, mínima. Bajo esta premisa, se dice que el empresario fabricante utiliza al distribuidor como un intermediario, una herramienta de colaboración en el ámbito comercial.

1.7.2. Derechos de Distribuidor

- El principal derecho del distribuidor será el beneficiarse de la reventa realizada. En la medida en la que este pueda comercializar el bien, sus ganancias serán mayores, por ende, tendrá derecho a solicitar al cedente una comisión mayor en el caso que su manejo del negocio tenga una eficiencia tal que repercuta directamente en la industria del cedente.
- Por otro lado, el distribuidor puede solicitar al cedente que se le otorgue un pacto de exclusiva en cualquier momento de la vigencia del contrato, lo cual está subordinado a la voluntad del principal, puesto que no existe derecho legal a la exclusividad del distribuidor. Es notorio que el comercio necesita estar activo y cambiante a cada momento por el simple hecho de su avance a la par con la sociedad, pero esto no obstaculiza a que un empresario distribuidor pueda referir un plan de negocio tal que convenga tanto a él como al cedente, por lo tanto, será facultativo de este último si lo aplica o no ³³.

1.7.3. Obligaciones del Empresario (cedente)

- La principal obligación que el cedente adquiere a raíz del contrato de distribución es la de entregar la mercadería a ser distribuida o comercializada. Partiendo de ello, la entrega de la mercadería no repercute sobre el perfeccionamiento del contrato, pues este ya ha sido perfeccionado por el acuerdo de las partes sobre cosa, precio y condiciones. No obstante, en el caso que no se entregue la mercadería o esta se haga de una manera distinta a la pactada, si implica una falta de eficacia del contrato y por ende un incumplimiento de este que puede acarrear su resolución, sumado los daños y perjuicios respectivos. Todo esto a partir de que, si no se estipula

³³ Fernández, José (1991). *Fundamentos del Derecho Mercantil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado vol. 1 n. 2, p. 14-29.

específicamente en el contrato la cantidad, precio, plazo o lugar de la entrega, serán aplicables las reglas de la concesión.

- Además de la entrega de la mercancía, el cedente está obligado a garantizar la calidad del producto. Partiendo del hecho de que el contrato es celebrado debido a la confianza vertida uno con otro, el productor debe garantizar que la calidad de los productos que está poniendo a disposición del distribuidor son como este la ha ofertado inicialmente.

1.7.4. Derechos del Empresario (cedente)

- La relación contractual bilateral del contrato de distribución implica que las obligaciones de una parte, generalmente se convierten en los derechos del otro. Es así como en este caso el cedente tiene derecho a exigir que las condiciones dispuestas en el contrato sean acatadas de manera como él las ha estipulado. Para el cumplimiento de ello, el cedente tiene derecho a realizar diferentes métodos de revisión o supervisión, en tanto su derecho le permita, pues hay que tener en cuenta que no existe relación de subordinación entre las partes del contrato de distribución³⁴.

1.8. Cláusulas de Exclusividad en el Contrato de Distribución

1.8.1. Vínculo obligacional

Bajo el presupuesto de imposibilidad de división total del derecho comercial del civil, hay que entender las relaciones comerciales que se llevan a cabo en una red de distribución van a tener una reducción casi obligatoria a la teoría general tanto de las obligaciones como de los contratos. Por ello, la exclusividad también se encuentra incluida en esa condensación de inseparabilidad. Así, la implantación de una obligación de exclusividad implica la admisión de una obligación de no hacer que puede provenir de diferentes fuentes; ya sea: la ley, el contrato y la naturaleza misma de la obligación principal contraída.

Acordar una exclusividad -de manera general en la distribución- implica la creación de todo vínculo que importe una relación jurídica en virtud de la cual una persona (distribuidor) se obliga a cumplir una prestación determinada y de forma

³⁴ Arce, Javier, *Contrato...*p. 274.

exclusiva para con otro (principal o cedente)³⁵. Al partir de dicho concepto, la idea del vínculo es la esencia misma de la obligación; en la medida de que aquel produce efectos jurídicos binarios, los cuales son: por un lado, la limitación de la libertad del distribuidor debido a una acción convencional y legítima, y por otra la otorgación de un derecho subjetivo al proveedor o principal para hacer posible su ejercicio, de forma facultativa.

Con respecto a la obligación propiamente dicha, el Código Civil y Comercial de la Nación la define en su artículo 724 que dice: “*La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés*”. Mientras que en el Ecuador está tipificado en el artículo 1453 del Código Civil. Sobre aquella definición hay que distinguir que no cualquier vínculo de exclusividad puede tomarse como una obligación legalmente exigible. Debido a que existen requisitos de validez de las obligaciones, los cuales se componen de forma imperativa para que el acreedor pueda efectivamente ejercer la facultad concedida.

1.8.2. Requisitos de la exclusividad para ser obligación exigible

Al continuar con la lectura del artículo 725 *ibidem*, aquellos requisitos se especifican que la obligación sea: material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y representar un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor. De tal manera, para que un pacto de exclusividad sea una obligación exigible dentro de un contrato de distribución tendrá que cumplir también con esos requisitos.

1.8.2.1. Posibilidad jurídica y material

Sobre el primer requisito, la posibilidad de la obligación versa sobre la efectiva probabilidad de que esta pueda ser cumplida y que solamente será nula cuando el objeto de esta sea imposible de forma absoluta, tal cual como lo es una relacionada a cosas extra-comercio³⁶. Además, esta posibilidad no se limita al momento actual de la

³⁵ Márquez, José Fernando; Calderón Maximiliano, *Contrato de distribución*, Buenos Aires, 2010, p 14-15.

³⁶ Véase Martínez, Joaquín, (1991), *Teoría de las Obligaciones*, México D.F., Editorial Porrúa S.A.

adquisición de la obligación, sino que existe la posibilidad de referirse sobre cosas que se espera que existan, como en los contratos de distribución de producciones futuras.

Al partir del principio básico: nadie puede ser obligado a lo imposible; “*Impossibilium nulla obligatio est*”, es entendido que aun si el instrumento de distribución que da origen a aquella obligación de exclusividad haya sido celebrado, si la obligación adquirida es imposible de cumplir, no podrá ser exigible. En el campo de la exclusividad, aquella no podrá ser pactada si es referida a hechos completamente imposibles porque son catalogado nulos absolutos; por ejemplo, si una sociedad se comprometa a producir, suministrar o distribuir elementos que son extraterrestres. Por otro lado, si la imposibilidad es tan solo transitoria, menciónese, la producción de un determinado producto agrícola por cambio de temporada, la obligación podrá subsistir, teniendo en cuenta la naturaleza misma de la obligación y determinando si el tiempo transcurrido, en sí, impide la consecución de la obligación, aclarándose que la exclusividad bajo ningún concepto podrá ser perpetua.

1.8.2.2. Lícita

Evidentemente, para que el principal quiera hacer exigible una prestación esta deberá ser lícita; es decir, tiene que ser acorde a la ley, la moral y las buenas costumbres. Por otro lado, la licitud se relaciona directamente con que las prestaciones que sean parte de la obligación no incumplan el ordenamiento jurídico, tanto en el objeto como en su causa. En el caso de la exclusividad, si se dijo que la ley impone normativa que prohíba la limitación exagerada de la libertad, es totalmente coherente que el pacto de una exclusividad comercial también se rija por dicha normativa obligatoria.

Ahora, toda limitación en el campo comercial con lo que respecta a una exclusividad en un contrato de distribución deberá tener un ámbito determinado de aplicación, tanto temporal como territorial, y en el caso de que no sean dispuestos de manera expresa, será el Juez quien los determinará. Pues, no es posible restringir de forma absoluta la actividad de un comerciante, siendo ello ilícito porque sería una violación a un conjunto de libertades y derechos garantizados constitucionalmente; como lo es el derecho de empresa. En conclusión, el incumplimiento de principios del Orden Público Económico detona una ilicitud.

1.8.2.3. Determinada o determinable

Sobre la determinación o determinabilidad de la exclusividad en el contrato de distribución, hay que entender que radica en entregar, tanto al deudor como acreedor, las pautas necesarias para comprender de manera inequívoca sobre lo que trata la obligación y cómo esta podrá ser satisfecha. De tal manera, no es posible una obligación absolutamente indeterminada ya que ello confundiría al distribuidor sobre el comportamiento que supone la satisfacción de la prestación. Aunque sea posible que la obligación no sea determinada al momento de adquirirla, la ley impone que esta determinación objetiva sea cumplida antes de ejecutarse la obligación o en cualquier momento de su cumplimiento.

Con respecto de la exclusividad como obligación de no hacer, a sabiendas que no es un cumplimiento continuado, sino que solo se evidencia ante su incumplimiento, es necesaria la identificación expresa y certera de las actuaciones que sean pretendidas a no realizarse y los hechos a los cuales habrá de abstenerse el distribuidor, como por ejemplo no vender a un determinado grupo territorial. Debido a que sin aquella determinación será imposible cumplir la obligación a cabalidad, porque no se puede no hacer algo que se desconoce³⁷.

En la misma línea, para hacer determinable una obligación exigible con respecto a una exclusividad en este tipo de contratos será necesario analizar aspectos que comprenden: la rama de negocios de lo que se trate; más aún si es que en la exclusividad está inserta otra cláusula de no competencia, el territorio que tendrá efecto dicha exclusiva y las respectivas conductas que ello comprende, tanto activas como pasivas; finalmente, el plazo, el cual no es obligatorio, pues podrá ser idéntico al del contrato de distribución principal que fundamenta la exclusividad o simplemente categorizarse como indefinido³⁸.

1.8.2.4. Valoración económica y patrimonial

La valoración económica está relacionada a la posibilidad de incumplimiento de la obligación, que por ende deberá ser resarcida de una forma pecuniaria³⁹. El

³⁷ Lorenzetti, Ricardo, (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, p. 55-62.

³⁸ Véase: Remaggi, Luís Alberto, (2017), *Cláusulas de exclusividad*, Buenos Aires, ASTREA, p. 21; sobre el anacronismo de los acuerdos de exclusividad.

³⁹ Martínez, Joaquín, (1991), *Teoría de las Obligaciones...*

carácter patrimonial de la obligación de exclusividad en contratos de distribución trata de la apreciación pecuniaria del principal en el negocio jurídico. Bajo ese entender, Según Remaggi, no puede existir este tipo de exclusividad en cuestiones sin contenido patrimonial; y más profundamente no podrá existir esa exclusividad sin fines económicos, como por ejemplo el mantenimiento de una posición en un mercado mediante su utilización como una ventaja competitiva.⁴⁰

1.8.3. La exclusividad como obligación de no hacer

La exclusividad dentro del contrato de distribución efectivamente constituye una obligación de no hacer⁴¹. Sobre esto el artículo 778 del mencionado cuerpo legal argentino, entiende que la obligación de no hacer tiene por objeto la abstención del deudor sobre algo, o bien su tolerancia hacia ello y que, ante un incumplimiento, la parte afectada puede solicitar la destrucción de lo hecho⁴². No obstante, esta última afirmación tendría poco sentido en la exclusividad, entendida como una práctica comercial de abstención, pero con fines didácticos hemos entendido aquello como parte del principio de retroactividad que implica el resarcimiento de un daño derivado por un incumplimiento mediante el retorno de sus efectos al estado anterior al daño⁴³.

La idea de obligación como conducta negativa se centra en no verificar un determinado acto o comportamiento comercial que sí podría efectuarse si no existiese tal obligación. A pesar de ello, esta obligación de abstenerse, o bien de tolerar, no se trata de una obligación continua *per se*, en el sentido de que su incumplimiento solo podrá ser verificado en caso de la realización de las actuaciones vedadas, por lo que no puede existir un tracto sucesivo inserto dentro de sí.

Por otro lado, si bien la obligación de no hacer tiene la esencia de acciones negativas, esto no imposibilita a que el proveedor o principal también deba realizar obligaciones positivas, en contraposición de la obligación negativa del distribuidor.

⁴⁰ Remaggi, Luís Alberto, (2017), *Cláusulas de exclusividad*, Buenos Aires, ASTREA, p. 21.

⁴¹ Por ello, es prudente separar los conceptos de las obligaciones que la constituye, tanto positivas como negativas. La primera de ellas se refiere a la acción de dar o de hacer algo en específico como comprar a un solo proveedor; mientras que son las negativas las de no hacer como por ejemplo abstenerse de actuar en un determinado territorio.

⁴² Lo cual es totalmente aplicable a redes de distribución hechas de forma maliciosa y con intenciones de distorsionar el mercado. La destrucción de redes de distribución construidas a partir de intenciones de distorsión del mercado o de afectar directamente a un competidor puede ser una de las medidas de corrección económica tomadas por el contralor del régimen de competencia.

⁴³ Martínez, Joaquín, (1991), *Teoría de las Obligaciones*, México D.F.: Editorial Porrúa S.A., p. 70-76.

Pues, a pesar de que esas actividades positivas sí representen ejercicio continuado, por ningún motivo habrá de desnaturalizar las obligaciones originarias de no hacer⁴⁴. En la distribución es muy habitual la combinación de obligaciones tanto negativas y positivas porque el dinamismo del comercio hace que el comportamiento del distribuidor sea volátil, al igual que el del proveedor. Entonces, dependerá del negocio jurídico en específico para pactar las diferentes obligaciones, según la necesidad comercial de las partes.

1.8.4. Fuentes de la obligación de exclusividad en la distribución

En forma general, las fuentes de las obligaciones por exclusividad son: el propio contrato, como fuente principal derivada del principio de Libertad de Contratación y Autonomía de la Voluntad de las Partes, y la ley, de forma subsidiaria a esta voluntad. Si se conoce que la fuente principal es el contrato, la conclusión es que la exclusividad tiene carácter dispositivo.

Son las mismas partes del contrato de distribución, atendiendo a su voluntad y necesidad económica, las que imponen la limitación a la libertad de la otra, y también suya en el caso de que sea una obligación bilateral. De tal manera, la ley tan solo participa de forma subsidiaria, auxiliando a las partes, por si ellas no hayan pactado nada sobre sus alcances o su propia existencia, excepto en los casos que la propia ley determine una exclusividad legal como lo es en la propiedad intelectual, donde se le entrega al titular una especie de “monopolio legal” sobre un bien intangible, sin que eso lo exima de responsabilidad por incumplir la normativa de competencia⁴⁵.

La subsidiariedad de la ley en las obligaciones de exclusividad en este tipo de contratos está enfocada a reparar un ejercicio defectuoso de la libertad contractual, es decir, aquel que se refiere a la facultad de integrar un contrato y sus cláusulas según el fin real que las partes tengan. De tal modo, esta subsidiariedad tan solo podrá darse para llevar a cabo una interpretación completamente restrictiva, dirigida a cada caso concreto según la real intención de los contratantes y la necesidad económica que

⁴⁴ *Íbid*, p. 77.

⁴⁵ En el caso ecuatoriano, no existe disposición legal mediante la cual se imponga una exclusividad a alguna de las partes de un contrato de distribución. No así en la Argentina, donde el propio código Civil y Comercial otorga el beneficio de la exclusividad como un elemento accidental del contrato de agencia, concesión y franquicia.

quisieron superar con la celebración de ese instrumento jurídico y que sirvió de causa al pacto accesorio de exclusividad.⁴⁶

La fuente convencional de la exclusividad nace de la libertad de determinación de las partes con fuerza obligatoria para quienes se han obligado, entendido que el contrato es ley para las partes⁴⁷. Lo contratado, sin mediar vicios del consentimiento en la etapa de consideración, se presume lícito; y a ojos del Análisis Económico del Derecho, eficiente⁴⁸

Ahora, esta libertad que se les otorga a los contratantes de una distribución se refiere en varios sentidos, tanto en libertad de contratar o de conclusión, referido a cómo y con quién contratar; como en libertad contractual o de configuración, es decir elegir los términos y condiciones que conforman el contrato de distribución según su arbitrio. No obstante, esta libertad no es absoluta porque tiene la limitación de la libertad de los demás por encima de los intereses privados; menciónese: el Orden Público Económico⁴⁹.

1.8.5. Las partes en los acuerdos de exclusividad en contratos de distribución

1.8.5.1. Generalidades

A pesar de su carácter accesorio, la exclusividad es también un contrato. Por ende, le serán aplicadas las mismas reglas que el Código Civil y Comercial de la Nación dispone para la generalidad de los contratos. Inicialmente, en el artículo 957 del mencionado cuerpo legal se conceptualiza a la institución jurídico del contrato, determinándolo como: “*el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales*”.

De la misma manera, en los artículos siguientes se describen los efectos que tendrá el contrato válidamente celebrado. Al partir del principio de obligatoriedad

⁴⁶ En el derecho, todo análisis restrictivo de una situación se la hace en la óptica de un sistema normativo donde diferentes regímenes jurídicos se complementan, por ello el cumplimiento o sanción de una actividad de distribución exclusiva por la vía administrativa de defensa de la competencia no obsta a las partes afectadas a ejercer resarcimiento por la vía del derecho común; sin perjuicio de que exista otro tipo de responsabilidad a la par de ello, como sería la responsabilidad penal.

⁴⁷ La obligatoriedad del contrato válidamente celebrado se desarrolla ampliamente en: Borda, Alejandro (2016), *Derecho Civil Contratos*, Buenos Aires, Editorial La Ley, p. 15-61.

⁴⁸ Cooter, Robert y Thomas Ulen (2016), *Derecho y Economía*, p. 141.

⁴⁹ Remaggi, Luís Alberto, (2017), *Pactos de exclusividad*, p. 46.

contractual, se entiende que lo dispuesto dentro de un contrato es obligatorio para las partes. Entonces, con respecto a los pactos de exclusividad en contratos de distribución ¿quién realmente se obliga?, esa es una cuestión primordial por responder, pues al ser una obligación de no hacer que implica la abstención de una actividad o la de tolerar alguna otra, su cumplimiento no podrá ser vigilado, sino que solo podrá verificarse que la otra parte no ha cumplido con la obligación asumida, en el momento en que surja el incumplimiento.

Por tanto, la identificación de la parte obligada es condición necesaria para saber además quién será el beneficiario de la exclusividad, en la medida de que, según Hoczman, nada impide que el acreedor de una de las prestaciones sea el deudor de otras con la misma parte contratante; algo completamente acorde al ejercicio comercial de contratos de distribución⁵⁰

1.8.5.2. Beneficiario de la exclusividad

Sobre el beneficiario de una exclusividad en un contrato de distribución la cuestión a ser respondida es: ¿quién tiene el derecho de reclamar un incumplimiento?, ante aquella interrogante, la respuesta inherente será: la persona que así se haya dispuesto en el contrato. Generalmente, en los contratos de distribución comercial donde le es aplicada una exclusividad lo que se busca es dotar a la otra parte de un privilegio o una limitación y, a la par, que el principal se beneficie con la minimización de los riesgos competitivos. De tal manera, los pactos de exclusividad se dan a partir de concesiones recíprocas de una y otra parte. Entonces se concluye que ambas partes son a la vez acreedores y deudores de la obligación de no hacer, tanto en cuanto lo hayan pactado en el contrato y según el grado y las condiciones que este disponga⁵¹

1.8.5.3. Obligado en la exclusividad

El hecho de que ambas partes pueden ser las obligadas a la vez insta a verificar bajo qué modalidad aquellas se obligan. En ese sentido, las obligaciones comerciales adquiridas a través de contratos de colaboración empresarial, como el de distribución, tienen un carácter preponderantemente personalista. Porque al empresario o principal lo que le interesa es lograr una expansión comercial, por lo que le va a interesar

⁵⁰ Véase Hoczman, Heriberto, (2007), *Contratos modernos de Distribución Comercial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, p. 120-130.

⁵¹ Arce, Javier, (2002), *Contratos Mercantiles Atípico*, México D.F., Editorial Porrúa.

contratar con quienes tengan a su alcance los medios necesarios para llevar a cabo la distribución, y lograr el objeto fin del principal.

Su interés recae sobre la calidad de la persona con quien va a contratar y que la obligación de no hacer que será adquirida no puede ser satisfecha por un tercero. Por ello, cabe concluir que la exclusividad es una obligación *intuito personae*, aunque no de una forma concreta y total, pues la figura del comerciante como persona física está muy alejada de la realidad comercial -de modo que los dependientes de un empresario serán quienes tengan a su cargo la ejecución y cumplimiento del contrato-, pero sí que la persona obligada únicamente será a quien se disponga en el contrato y que sólo excepcionalmente, podrá afectar a terceros⁵².

1.8.6. Caracteres de validez de los pactos de exclusividad en la distribución

1.8.6.1. Naturaleza contractual

Las obligaciones, en general, tienen como fuentes fundamentales la ley y los contratos. Particularmente, la obligación de no hacer por exclusividad es eminentemente convencional. En la medida de que son las partes quienes deciden limitar sus propias facultades a través de este tipo de pactos y que la ley no otorga ninguna protección específica y solo deberá ser aplicada de manera subsidiaria a lo convenido por las partes. Es así como lo determina el artículo 962 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en el cual se dispone que las normas relativas a los contratos son supletorias a la voluntad de las partes.

1.8.6.2. Limitación voluntaria de libertades

El otorgamiento de una exclusividad implica una obligación negativa; es decir, abstenerse de contratar con otros sobre el mismo giro del negocio o mismo producto suministrado por el principal. Es decir, la prohibición voluntaria de un derecho disponible, que, si bien puede ser limitado en mayor o menor medida según las intenciones de su titular, esta limitación bajo ningún concepto podrá ser absoluta, por lo que deberá ser matizada mediante criterios ya sea de temporalidad, territorialidad o ambas; que puedan favorecer a la determinación inequívoca de cuándo la obligación de distribuir puede considerarse como satisfecha⁵³.

⁵² Borda Alejandro, (2016), *Derecho Civil Contratos*, p. 55.

⁵³ Marzorati, Oswaldo, (1995), *Sistemas de Distribución Comercial*, Buenos Aires, ASTREA, p. 25-41.

Debido al tráfico mercantil, la exclusividad suele ser una cláusula predispuesta, en el sentido de que los contratos de red empresaria o de colaboración tienen una enorme influencia de sistemas de adhesión. A pesar de ello, esta cualidad práctica no distorsiona la naturaleza del contrato porque sigue siendo de mutuo acuerdo a pesar de que sea una de las partes quien proponga las cláusulas en un sentido determinado y estricto, pero la otra parte siempre estará facultada a realizar contraofertas.

En algunos contratos, la modalidad es casi en su totalidad de adhesión, ello conlleva una imposición de una voluntad sobre otra, es este el ejemplo claro de distribución comercial especializada donde el titular de la marca es quien impone condiciones preestablecidas para mantener un predominio sobre ella⁵⁴. La imposición que hace el titular del derecho lo realiza con la intención de precautelar sus fines exploratorios y económicos; y además de forma derivada como medio de disminuir los riesgos de la competencia⁵⁵

Ahora, las condiciones predispuestas no podrán ser absolutas, exageradas ni abusivas. Debido a que las condiciones establecidas de forma unilateral deben ser claras, completas en sí y de fácil entendimiento, todo ello con la intención de evitar, en la medida de lo posible, cualquier tipo de ambigüedades que den cabida a confusiones. En caso de ambigüedad, será necesario realizar un ejercicio de comprensión e interpretación del contrato en el sentido contrario al de la parte proponente⁵⁶. La utilización de cláusulas abusivas desnaturaliza la exclusividad y pone en riesgo la efectividad del contrato de distribución; por ende, implicaría un abuso del derecho

1.8.6.3. Identificación de las obligaciones adquiridas

Para entender en qué radica la exclusividad es primordial considerar también en qué se diferencian las obligaciones de medios de las obligaciones de resultados. De tal manera se consideran las siguientes distinciones:

⁵⁴ Remaggi, Luís Alberto, (2017), *Cláusulas de exclusividad*, p. 84.

⁵⁵ Evitar los riesgos concurrenciales del mercado mediante herramientas contractuales como los pactos de exclusividad en contratos de distribución pueden ser contrarias al régimen de la competencia dependiendo de diferentes elementos relativos al mercado en su generalidad y con otros operadores económicos determinados. Esa actividad podrá determinarse como contraria el Orden Público Económico solamente tras un análisis restrictivo de esos elementos; los cuales serán revisados en los siguientes apartados de este estudio.

⁵⁶ Marzorati, Oswaldo, (1995). *Sistemas de Distribución Comercial*, Buenos Aires, ASTREA. P.22.

- En las obligaciones de resultado el deudor se compromete a lograr el objeto de la prestación en sí, por el hecho de que lo único que satisface el interés del acreedor será el resultado final y completo de dicho objeto; por otro lado, las obligaciones de medios se describen mediante un comportamiento diligente que no supone un logro determinado sino por la predisposición de medios necesarios y apropiados con la intención de lograr, en la medida de lo posible, el resultado de la obligación.
- En el caso de las obligaciones de resultados, el incumplimiento se da en el momento mismo en el que el acreedor no recibe el resultado esperado, por lo cual se presupone que no fue diligente en su actuación; es decir, es una obligación de naturaleza eminentemente objetiva. Por su parte, en las obligaciones de medios el incumplimiento estará subordinado a su propia configuración, por tanto, será efectivo en el momento en que se actuó de manera negligente; por todo eso, se trata de una obligación de criterio subjetivo relacionada a actuaciones culposas.
- En las obligaciones de resultado el contenido esencial e irreductible de la prestación será el satisfacer al acreedor, sin tomar en cuenta la actividad realizada para su consecución. En opuesto a ello, las obligaciones de medios implican solamente la operación diligente del deudor, sin generar responsabilidad en circunstancias de terceros.

Ante lo dicho se puede inferir que las obligaciones de no hacer tratan esencialmente por prestaciones de resultado, puesto que representan una abstención o tolerancia de determinadas actividades. Ahora, en el caso de los pactos de exclusividad se da una mezcla de prestaciones. Debido a que, si bien la exclusividad implica compromisos negativos de no contratar con terceros en actividades específicas dentro de un territorio determinado, también se conjugan otras actividades positivas como las que el concedente de la exclusividad adquiere con el beneficiario respecto de evitar que terceros ejerzan esas actividades dentro del territorio concedido. En conclusión, las obligaciones derivadas de un pacto de exclusiva podrán ser tanto de resultados como de medios y dependerá de las voluntades y necesidades de los contratantes para imponerse limitaciones ya sea de uno u otro tipo con relación al tipo de red de distribución que se quiera construir con el contrato.

La exclusividad en contratos de distribución impone dos obligaciones esenciales, por un lado, el de abstenerse de contratar con terceros, es decir una obligación negativa y de resultado cuyo incumplimiento habrá de imputarse en el momento mismo en que el obligado celebre el contrato que sí mismo se ha prohibido. Por otro lado, la obligación de garantizar a la otra parte la exclusividad de un determinado territorio, la cual es positiva y de medios porque implica un ejercicio diligente, pero sin una seguridad final. Sobre esta última obligación hay que entender que no suele ser tan habitual en los contratos de distribución comercial no especializada, pues lo que les interesa a las partes es ganar cuota de mercado y más no, evitar competencia dentro de él.

Finalmente, si bien la exclusividad es una herramienta accesoria muy útil en los contratos de red empresaria, estos tipos de pacto no se presumen bajo ningún concepto más que en los contratos en los cuales la propia ley así lo determina. Por ello, se deberá interpretar de manera restrictiva en cada caso particular y en el sentido real de la intención de los contratantes, de manera que serán ellos quienes deban determinar expresamente a qué se obligan y cuáles serán los alcances de la prestación; pues, como menciona Remaggi (2017): *“la exclusividad suele ser habitual en algunos negocios empresarios, pero aun así se rige por realidades contingentes”* (pág. 89).

1.8.7. Extensión temporal de las cláusulas de exclusividad

Las obligaciones en general deben ser determinadas o determinables para que las partes que se obligan conozcan con seguridad cuáles serán las actividades que deberán ser realizadas; y con eso poder imputarse como satisfecha dicha relación, además de las distintas condiciones y plazos. Por ello, a sabiendas que no puede haber una obligación no determinada al momento de ejecutarse las prestaciones que la componen, esto será idéntico en las obligaciones de no hacer, especialmente en la exclusividad que deberá tener un ámbito determinado de temporalidad y territorialidad o al menos una de ella.

Con relación a la permanencia en el tiempo, en el que tendrá validez y existencia jurídica la obligación de exclusiva, las obligaciones inherentes a la asociación empresaria tienen un fin de continuidad, por lo que se las cataloga como obligaciones

de duración ⁵⁷. Esta prevalencia en el tiempo implica que la exclusividad puede darse ya sea durante la vigencia del contrato, antes del fin de la prestación objeto de este o incluso después de haberse extinguido el contrato principal mediante la figura de la ultraactividad. La ultraactividad es la prevalencia posterior de la obligación de no hacer, con una particularidad, la exclusividad se transforma en otra obligación, llamada de no competencia. Esa mutación se da en los casos en los que se espere su permanencia que, según la normativa, no podrá ser superior a un año en los contratos de agencia; siendo esta norma supletoria a los contratos de concesión y a su vez de la distribución. Aquella norma imperativa que regula la extensión de la ultraactividad se dispone en el artículo 1499 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina.

El carácter accesorio de los pactos de exclusividad no significa que estos estarán subordinados en cuanto a su duración. En la medida de que aquellos pactos pueden no tener un plazo cierto, lo que supondría que durarán lo mismo que el contrato principal. No obstante, si es que las partes no tienen interés de aquello, tienen la facultad de disponer un plazo totalmente autónomo al contrato principal; sin olvidar que las partes no pueden estar vinculadas de forma perpetua mediante una exclusiva. Así pues, la vinculación limitada evita problemáticas de mayor amplitud, entre las que se incluyen la distorsión al sistema competitivo y violación del Orden Público Económico.

El carácter restrictivo que tienen los pactos de exclusividad, si se dan dentro del contrato principal -y habitualmente de no competencia-, en los casos de ultraactividad no tienen que guardar coherencia con la duración ni la ejecución del contrato de distribución principal. Este fundamentado es una excepción a las obligaciones de no hacer que implican limitaciones de libertades, aquella excepción es catalogada como anacronismo de pactos de exclusiva⁵⁸.

La ultraactividad, al igual que la exclusividad, no podrá ser presumida porque no se trata del objeto del contrato ni de la relación jurídica; sino por el contrario, se trata de una institución eminentemente accesorio y convencional. De manera que la ultraactividad, para que cumpla los efectos jurídicos deseados, deberá pactarse de forma expresa, ya sea que esta se represente mediante una prórroga o una renovación;

⁵⁷ Lorenzetti, Ricardo, (2015), Código Civil y Comercial de la Nación, p. 32.

⁵⁸ Remaggi, Luis Alberto, (2017), *Pactos de exclusividad*, p. 95.

diferenciándose una con otra. La prórroga es la institución jurídica que refiere a una obligación que está a punto de extinguirse, pero se evita que eso suceda de forma convencional; mientras que la renovación hace que retorne a la vida jurídica un pacto ya fenecido⁵⁹.

1.9. Extensión territorial del pacto de exclusividad en la distribución

1.9.1. Generalidades

El territorio de una obligación de exclusividad se refiere a la delimitación espacial específica para el desempeño de las prestaciones acordadas entre las partes del contrato de distribución⁶⁰. Es decir, implica que el concedente o proveedor se limite a no ejercer los derechos dados en una exclusiva en el territorio acordado dentro del contrato, el cual ha sido concedido al distribuidor. Este último a su vez se compromete a no ejercer los derechos que se le han entregado en exclusiva, fuera del territorio asignado por el proveedor.

El régimen de territorialidad tiene mucho sentido en las redes de comercialización. En la medida de que un proveedor tiene como intención final llegar a los consumidores, para lo cual la exclusividad posee un carácter usual y común dentro de las prácticas asociativas empresariales; sin importar jamás un elemento esencial de aquellos. Así pues, tomando la idea de Hocsman, la exclusividad se trata de un medio jurídico que dota de mayor probabilidad para el cumplimiento del objeto del contrato, mas no es en sí el objeto de aquel.

La exclusividad se trata de un elemento natural⁶¹ de los contratos de distribución, ya sea especializada o no. De modo que los contratantes pueden desprenderse de esa obligación subsidiaria o bien pactarla con distintos comerciantes, en varias modalidades y por innumerables territorios, basando todo esto en el principio de libertad contractual⁶². Por tanto, al no tratarse de un elemento esencial del contrato

⁵⁹ Hocsman, Heriberto, (2007), *Contratos modernos de Distribución Comercial*, p. 130.

⁶⁰ Remaggi, Luís Alberto, p. 106.

⁶¹ El elemento natural de un contrato es aquel que no es a su esencia como tal, por ende, no repercute en su perfeccionamiento. No obstante, las partes voluntariamente pueden pactar una exclusividad debido a sus necesidades con respecto al negocio jurídico (Borda, 2016, pág. 35).

⁶² Marzorati, Oswaldo, (1995). *Sistemas de Distribución Comercial*, Buenos Aires, ASTREA. P. 25-28

que pueda influir en su validez, las partes serán quienes decidan si utilizar o no la institución de la exclusividad.

Ahora, el punto de asignar diferentes territorios a determinados comerciantes tiene la intención de fijar un alcance entre las exclusividades de unos y otros, por lo que la territorialidad en redes de comercialización es casi necesaria, primordialmente por la intención económica de los contratantes y como ellos quieren beneficiarse del monopolio relativo de determinados productos o servicios en una zona acotada, como ventaja competitiva.

La ventaja competitiva que representa poseer la exclusiva de un producto o servicio en una zona específica implica un beneficio para quien lo adquiere o concede. El beneficiario de ella poseerá una utilidad, ya sea económica o técnica, que lo haga sobresalir de los demás comerciantes de la zona o del mercado relevante en cuestión, debido a la utilización de una “novedad” que nadie más posee por un lapso corto pero muy significativo para el aventajado⁶³.

Al igual que en el aspecto temporal de la exclusividad, la territorialidad tampoco se presume. A pesar de que se tenga muy en cuenta la exclusiva en contratos de distribución y asociación empresaria, no existe un derecho de exclusividad tácito por prácticas usuales. Por lo que, si no se expresa de manera manifiesta dentro del contrato, puede llegar al punto de ser inválida por no ser una obligación exigible según los requisitos esenciales de la obligación en sí, que versa sobre ser determinada o determinable. No obstante, esta posibilidad de una exclusiva a ser determinable puede tornarse posible con respecto a una exclusividad basada en la buena fe y la costumbre comercial; conjugada con conceptos económicos de mercado relevante, tanto de producto como de territorio, para la delimitación de un territorio aplicable al pacto de la exclusividad en el caso de que las partes hayan omitido tal elemento.

1.9.2. Cláusulas de exclusividad territorial absoluta

En el derecho no existe ningún derecho absoluto. Debido a que las libertades de los demás individuos, así como la ley, son limitaciones del ejercicio de los derechos propios. Por ende, no es posible un ejercicio desmedido de ningún derecho legítimo,

⁶³ Profundamente revisado por: Buendía, Edgar, (septiembre - diciembre de 2013). *El papel de la ventaja competitiva en el desarrollo de los países*. *Revista Análisis Económico*, XXVIII (69), 56-78.

pues esto constituiría un abuso del derecho y a su vez crearía una obligación de reparar a quien se le haya provocado un daño, todo esto bajo el principio de la responsabilidad.

64

Este grado -erróneamente llamado- absoluto que se le ha entregado al campo de la territorialidad con respecto a las conductas de la obligación de exclusividad; mismas que pueden ser activas o pasivas, se atañe en obligaciones de tolerar y abstenerse en un territorio específico, mas no en la universalidad de la actividad que, como se mencionó, no es posible limitar en su totalidad. Lo que sí es posible es limitar la libertad de un comerciante de ciertos comportamientos activos o pasivos en una zona determinada si este así lo consiente y que, en el caso de que se limite a sí mismo la realización de ambos o alguno tipo de conducta, se llamará absoluta o relativa respectivamente.

En ese sentido, las conductas activas son aquellas en las cuales existe una invasión de una zona concedida a terceros, fuera de la otorgada por el empresario, con la intención de atraer clientes del territorio exclusivo de otro beneficiario. Es decir, trata sobre las actuaciones en las cuales es el propio empresario quien ansía y busca captar clientela de la zona territorial ajena a la que se le ha entregado en exclusiva.

Por otro lado, en consideración de lo dicho por Remaggi, las conductas pasivas se entienden como una respuesta o solución que hace un beneficiario de una determinada exclusiva territorial a los pedidos o solicitudes de clientes que se encuentran en otro territorio donde la exclusividad se asignó a un comerciante ajeno; de manera que son los consumidores los que recurren o buscan los servicios del comerciante.

La exclusividad territorial absoluta es aquella discriminación de terceros, tanto en conductas activas como pasivas, en un territorio determinado que ha sido otorgado en exclusiva por el concedente con respecto a un establecido producto o servicio⁶⁵. Esta discriminación permite que los terceros que contratan con el proveedor se abstengan de actuar en ese territorio. Además, el concedente de la exclusividad también deberá

⁶⁴ Bernal, Carlos y Jorge Zamora, (2013). *La Filosofía de la Responsabilidad Civil*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 15-38.

⁶⁵ Romero, Karen, (2012). *El pacto de exclusiva*, Pamplona, Aranzadi, p. 123.

abstenerse de actuar en dicho territorio signado en el pacto de exclusiva y por su parte el beneficiario se compromete a sólo actuar dentro de él.

En la exclusividad territorial absoluta existe un concurso de obligaciones dentro de sí. El concedente de la exclusividad asume obligaciones tanto de hacer, para evitar que los terceros ajenos con los que contrate no actúen dentro de aquel territorio, como de no hacer, a no actuar por sí mismo o por terceros dentro del mismo territorio que fue dotado en exclusiva⁶⁶. Por su parte, el beneficiario de la relación de exclusividad deberá abstenerse de contratar o ejercer actividades comerciales del mismo ámbito competitivo en territorios fuera de los que se le dieron en exclusiva, es decir se trata de una obligación de no hacer de resultado.

La principal crítica que se le hace a este tipo de exclusividad territorial es la grave afectación que produce al sistema competitivo comercial. A partir de la regla general de la defensa de la competencia, en la que se prohíbe y son nulos los acuerdos entre empresas que tengan como objeto impedir, restringir o falsear la competencia⁶⁷, se infiere que ese tipo de asociaciones pueden llegar a afectar a la normativa de la competencia por la inestabilidad que, en situaciones muy específicas, podrían producir al mercado competitivo. No obstante, es posible excepcionarse de esa regla.

La excepción a lo estipulado por la normativa de competencia se da cuando este tipo de acuerdos se dirigen a beneficiar al propio mercado mediante la mejora de la producción o distribución de bienes y servicios y que, con ello, fomenten el desarrollo. Así, se debe volver a incluir el carácter restrictivo al que se subordinan los acuerdos empresariales y de redes de distribución, pues en cada caso concreto deberán analizarse los aspectos que puedan catalogarse como ilegítimos capaces de afectar la competencia o los posibles efectos pro competitivos derivados de esos acuerdos.

⁶⁶ Nótese que la primera obligación adquirida trata sobre medios y la segunda netamente de resultados.

⁶⁷ Esta prohibición legal es prácticamente homogénea en la legislación latinoamericana. Así lo dispone el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina, por su parte, la legislación peruana lo menciona en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 030-2019.PCM que reforma la ley de la libre competencia. En Ecuador, esta prohibición se consagra en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder de Mercado.

1.9.3. Cláusulas de exclusividad territorial relativa

La exclusividad relativa es el ejercicio de un monopolio comercial convencional determinado para un territorio específico⁶⁸. Implica la obligación del beneficiario de dicha exclusividad, de abstenerse de contratar con terceros fuera de ese territorio. De igual manera, implica una obligación de no hacer que versa sobre inhibirse de actuar en el mismo giro del negocio fuera del territorio asignado. Por lo tanto, la exclusividad relativa es la limitación de la voluntad contractual y comercial de un agente económico que ha sido beneficiario de ella.

El matiz que tiene la abstención fuera del territorio asignado habrá de darse dentro del mismo giro del negocio. Por ello se entiende que, si el beneficiario de la exclusividad incursiona en operaciones no idénticas, aunque sí sean similares, no estaría incumpliendo con la obligación que adquirió. Respecto a ello, Fischer y Mailhos mencionan que el beneficiario puede emprender libremente dentro y fuera del territorio asignado cualquier actividad comercial que no se exprese como competencia del concedente de la exclusividad, indistintamente de lo pactado por las partes⁶⁹.

Al no haber un derecho absoluto, tampoco es válido acuerdo alguno en el cual una persona se abstenga de una actividad comercial de forma absoluta. Debido a que existen normas legales de carácter imperativo que prohíben la exagerada limitación a la libertad de las personas, aun si este fuera bajo su consentimiento⁷⁰. Por lo tanto, toda abstención a la que se comprometa el beneficiario de una exclusividad únicamente será con respecto al mismo giro del negocio del concedente.

Con lo que respecta a las actividades que debe abstenerse el beneficiario exclusivo territorial relativo se encuentran únicamente las conductas activas, es decir aquellas que impliquen una invasión directa y premeditada del comerciante con miras al acopio de clientela que se encuentra fuera de su territorio de acción permitido⁷¹. No obstante, las actividades pasivas se encuentran permitidas y deberán ser imputadas

⁶⁸ Romero, Karen, (2012). *El pacto de exclusiva*, Pamplona...

⁶⁹ Fischer Castells, Federico y Juan María Mailhos Gallo, "Una aproximación a los pactos de exclusividad como elemento de los contratos de distribución" en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, vol. 1, n° 3, 2014, Montevideo, p. 231-242.

⁷⁰ Hocsman, Heriberto, (2007), *Contratos modernos de Distribución Comercial*, p. 139.

⁷¹ Montoya, Aurora, (2012), *Los acuerdos verticales y la defensa de la competencia*, Madrid, España, p.12

como válidas, en el caso de que no existiese pacto en contrario por parte de los contratantes al respecto de determinadas conductas pasivas; sin llegar en ningún momento a una universalidad.

De tal manera, la prohibición conlleva que el beneficiario se limite a no “atacar” la clientela de otro comerciante en un territorio distinto al que se le fue asignado como exclusivo, pero siempre teniendo claro que, si son los propios consumidores, atendiendo a sus gustos y preferencias, los que recurren al beneficiario en cuestión, aunque esté en un territorio completamente distinto al de ellos, no es incumplimiento. Pues se trata de una respuesta a solicitudes que tienen enorme importancia para la creación de la red comercial y el fin del mercado serán siempre los consumidores⁷².

Un aspecto clave sobre la determinación de estas conductas es la publicidad. Esta actividad, generalmente, se encuentra dentro de las acciones pasivas. En el caso de que se haya pactado que el distribuidor pueda incursionar en publicidad de la marca, se deberá entender que es una oferta generalizada e indistinta, porque es expuesta de forma abierta a la comunidad en su totalidad con la intención de poder impactar al mercado y al mayor número de consumidores.

Por tanto, el beneficio de la exclusividad puede incluir la obligación, o el derecho, de emitir publicidad sobre la marca, los productos o promociones que se relacionen con la actividad comercial y deberá reputarse, como regla general, como una conducta pasiva⁷³. Como óbice de ello, si es el principal únicamente el que puede emitir publicidad, deberá entenderse que la clientela que el beneficiario de la exclusiva adquiera por ella, aún si se encuentra fuera de su territorio, es válidamente adquirida y no es un incumplimiento del pacto de exclusiva.

1.10. Exclusividad en el contrato de distribución propiamente dicha

El contrato de distribución es aquel que posibilita la intermediación comercial, mediante la relación contractual entre un proveedor que entrega bienes o servicios (llamado distribuido) a un comerciante independiente para que se encargue de introducir esos bienes o servicios dentro del mercado y cree una red de distribución

⁷² Cooter, Robert y Thomas Ulen, (2016), *Derecho y Economía*, México D.F., Pearson Inc., p. 90.

⁷³ Remaggi, Luís Alberto, (2017), *Pactos de exclusividad*, Buenos aires, p. 112.

(llamado distribuidor) quien realizará esa actividad bajo su propia cuenta y riesgo, pero con las instrucciones dispuestas por el distribuido⁷⁴.

Al ser una distribución no especializada, es decir de bienes o servicios que no necesariamente poseen un monopolio legal sobre ellos y que su grado de competencia con otros productos es bastante abierto, la relación se basa en diferentes contratos que posibilitan, como corolario, la distribución del bien o servicio. Por ello, la exclusividad habrá de responder a diferentes circunstancias como: necesidad de los contratantes, dureza del mercado a penetrar, bienes o servicios de los que se trate y capacidad comercial de los distribuidores⁷⁵.

Suele conocerse al contrato de distribución como un contrato paraguas, debido a que contiene dentro de sí diferentes tipologías contractuales que coadyuvan para lograr el fin común del posicionamiento de un bien en el mercado. En el caso de la distribución no especializada, o distribución propiamente dicha, esta no es la excepción. Esto implica consigo diferentes contratos como el de distribución, compraventa y de consignación, los cuales pueden ser secuenciales unos con otros o intermitentes según las operaciones y los bienes que sean necesarias para un determinado mercado relevante.

La función económica del contrato de distribución propiamente dicha versa sobre la comercialización en sí; es decir que el productor no puede, o no quiere, incursionar en proceso de expendio y distribución de los bienes que produce pero que sí le interesa que estos lleguen al consumidor final. Aquellos productos, por no ser del todo únicos ni tener un modelo distintivo de enorme relevancia, se encuentran dentro de una gama de productos altamente competitivos, a diferencia de la distribución especializada donde los productos aparecen protegidos por monopolios legales como patentes o marcas⁷⁶, por lo que se comercializan como si el propio producto lo estuviese

⁷⁴ Marzorati, Osvaldo, p. 91.

⁷⁵ Remaggi, Luis Alberto, p. 51.

⁷⁶ En el caso de monopolios legales, como las patentes que representan derechos reales de dominio por parte de sus titulares, algunos operadores económicos buscan beneficiarse mediante la creación de escasez de un producto al limitar su producción. Ese es un ejemplo claro de infracción al Derecho de Competencia, pues está distorsionando el mercado en su favor para aumentar artificialmente el precio. Por ello, las legislaciones de propiedad intelectual estipulan la obligación de explotación de las patentes, lo cual si no se cumple dará cabida a una expropiación suspendida de dicha patente para que otro operador la explote.

realizando, pero por medio de distribuidores con indicaciones rígidas de procedimientos y operaciones.

En tal sentido la exclusividad en el contrato de distribución especializada no hace a la esencia misma del contrato. Es muy común que existan varios distribuidores en la misma zona y que compitan entre sí; y que a su vez cada uno ejerza un beneficio de exclusividad bastante relativa por sobre otro. La esencia misma del objeto de este contrato es el consumo de los bienes o servicios. Así, las cláusulas de exclusividad en la distribución no especializada deberán interpretarse de manera restrictiva y únicamente por conductas activas expresamente determinadas; por lo que será ineludible en ese tipo de contratos la competencia con otros distribuidores dentro de un mismo territorio.

Las reglas de la concesión se aplicarán igual a la distribución solo en lo que sea pertinente. Por la estructura económica y comercial de la distribución, se entiende que lo dispuesto en el artículo 1511 inciso b) del Código Civil y Comercial de la Nación, en relación con la exclusividad no sería pertinente a la distribución no especializada. Pues, la concesión implica gastos referentes a la actividad y ciertos parámetros de unificación de prácticas con miras a la preservación de la marca, por lo que las inversiones estarán direccionadas a la distribución de aquellos bienes específicos, más aún recordado que la concesión tiene consigo la obligación de asesoramiento técnico a los consumidores⁷⁷.

La distribución no especializada tiene como único fin el de llevar los productos al mercado que coexisten bajo una modalidad de un menor grado, o casi nulo, de monopolio legal. De tal modo, la exclusividad no podría presumirse en ningún sentido. En el caso de que los contratantes pactaran la exclusividad esta deberá ser entendida como las obligaciones del distribuidor de comprar los productos a un determinado proveedor y que no pueda vender los mismos fuera del territorio que se le ha otorgado bajo modalidad de conductas directas o activas, sin incluir en ellas las conductas pasivas que podrán ser disminuidas en ciertos puntos, pero jamás de forma absoluta.

El fabricante tendrá beneficios diferenciados en lo que respecta a la exclusividad. Si bien puede darse la posibilidad de que se abstenga de contratar con

⁷⁷ Marzorati, Oswaldo, P. 92.

terceros en un determinado territorio, esto carecería de funcionalidad económica debido a los productos que comprenden esta clase de distribución. En el sentido de que deben competir con una enorme gama de productos sustitutos dentro del mismo territorio; por ejemplo, los productos de primera necesidad. Entonces, limitar a solo un distribuidor podría afectar la creación de una red de distribución eficiente, sin tener en cuenta que lo usual es tener varios distribuidores en el mismo territorio y que ellos si sean exclusivos únicos con respecto al distribuido.

Ahora, generalmente se suele pactar exclusividad temporal. Esto permite que varios distribuidores ofrezcan su capacidad comercial para obtener tales beneficios, obligándoles a la mejora continua y estimulándose estructuralmente; es decir, a ser mejores competidores. Además, la opción de concursar para obtener una exclusividad de un proveedor permite que los nuevos ingresantes del mercado puedan ofrecer sus servicios directamente con el fabricante, por lo que las barreras de entrada al mercado serían menores.

La existencia de una mayoría de distribuidores en un mismo territorio, obligados a un mismo distribuido tiene una repercusión enorme en el sistema competitivo. En la medida de que entre mayores sean las barreras de entrada, menos competitivo se convertirá el mercado. Por tanto, los distribuidores, en su ansia del desarrollo económico, buscarán maneras de diferenciar sus modelos de distribución y captar una mayor clientela mediante conductas pasivas, pues la activas se les encuentran vedadas debido a la exclusividad pactada.

Lo dicho puede dar traspié a la utilización de hábitos contrarios a la costumbre comercial y la buena fe, afectando de esta manera al sistema competitivo en un mercado relevante e incurriendo en actividades anticompetitivas. Esas prácticas desleales pueden ser evitadas mediante un correcto diseño y utilización de los contratos de distribución, donde a más de los intereses de los operadores, se conciba a los consumidores como objeto fin del mercado y que la red de distribución debe estar en función de otorgar mejores prestaciones a menores precios.

CAPITULO II

DERECHO DE COMPETENCIA

2.1. La competencia: Antecedentes normativos

La competencia entre comerciantes data de la creación del comercio mismo. No obstante, su defensa y regulación ha ido avanzando de a poco hasta que logró su consecución formal mediante leyes expedidas a finales del siglo XIX inicialmente en Norteamérica, que tuvieron como principal objetivo la defensa y tutela de una competencia legítima; además de evitar el ejercicio comercial monopólico. Para llegar a ese punto, una serie de normativas se fueron forjando desde su más básica concepción de monopolio a finales del siglo XIX con la Standard Oil, hasta lo que hoy, en casi todas las normativas nacionales del mundo, son consideradas como prácticas anticompetitivas⁷⁸.

2.1.1. Estados Unidos de Norteamérica

2.1.1.1. Ley Sherman

Como punto de inicio de la regulación en defensa de la competencia se encuentra la Ley Sherman. La cual fue promulgada en 1890 con el interés fundamental de prohibir acuerdos que puedan restringir la competencia, es decir, la primera prohibición expresa del monopolio⁷⁹.

La ley Sherman estaba dirigida al ejercicio monopólico del comercio. De manera que restringe las actuaciones de tal sentido con respecto de convenios, concentraciones y maquinaciones que puedan llegar a afectar a un mercado competitivo. Es direccionada hacia las asociaciones industriales ilegales o abusivas; es decir, toda actuación que implique la fijación unilateral de precios, así como también la exclusión deliberada de competidores en un mercado común. Manipulaciones artificiales que solo pueden ser posibles mediante el ostento de una posición determinante en dicho mercado; es decir, un monopolio.

⁷⁸ Alvear, Patricia, (2012), *Derecho de Corrección Económica: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal*. Quito - Ecuador: Corporación ecuatoriana de publicaciones, p. 18-25.

⁷⁹ A lo largo de la historia fue forjándose la idea de que esta ley tenía un nombre y apellido específicos; John D. Rockefeller. Véase Nazar Espeche, Félix...p.19.

El ejercicio de acciones legales contra estas actuaciones ilegítimas de particulares estaba regido inicialmente por el Estado. Ahora, el Estado no era el único llamado a ejercer esta acción, puesto que los particulares tenían la facultad de activarla judicialmente, en el caso de sentirse afectados por las actuaciones de los agentes económicos que incurran en las prohibiciones dispuestas por la norma. Así, como lo dice la autora ecuatoriana Patricia Alvear, ante la falta de una regulación administrativa en la época, todas las aplicaciones de la Ley Sherman fueron accionadas por vía judicial, siendo la escisión de la Standard Oil la más conocida⁸⁰.

2.1.1.2. Ley Clayton

Esta fue la ley que siguió en la línea cronológica a la Ley Sherman, por consiguiente, la reformó de forma sustancial. La reforma se encargó específicamente en lo que respecta a las actuaciones anticompetitivas, sin limitarse a lo que ya era catalogado como monopolio, sino las demás actuaciones de otros agentes económicos que también afectan al ejercicio de la competencia.

De tal modo, regulaba la discriminación de precios en un mercado relevante. No obstante, no la declaró como ilegítima *per sé*, sino por el contrario desarrolla ciertos requisitos con los cuales estas fluctuaciones artificiales de precios pueden ser consideradas como legítimas entre los competidores; un ejemplo de ello es cuando los agentes económicos en conflicto sean considerados distintos, es decir que no sea uno proveedores de otro y por ende se trate de compradores diferentes⁸¹

La Ley Clayton concentró su regulación en delimitadas prohibiciones, las cuales son: la fijación de precios discriminatorios, celebración de contratos con cláusulas restrictivas y actuaciones de holding y aglomeraciones económicas. Estas proscripciones están direccionadas hacia la comunidad de agentes económicos en general y no tan solo aquellos que ejerzan un monopolio; pues a pesar de existir empresas de ese tipo, existen diferentes grados de poder en un mercado, relacionado estrechamente con la posición de la empresa dentro del mismo.

⁸⁰ Alvear, Patricia, Derecho de corrección económica...p, 31.

⁸¹ Nazar Espeche, Félix, (2016), *Defensa de la Competencia*, p.22.

2.1.1.3. Ley Robinson Patman

La Ley Clayton fue reformada a su vez por una ley posterior, debido a que, esencialmente, creó una confusión con respecto al trato de la discriminación de precios. En la medida de que, al no considerarlas como ilegales desde un inicio, da la posibilidad de una interpretación de cuándo puede considerarse así una ilegitimidad o cuando una mera fluctuación del mercado. Por ello, la Ley Robinson Patman se encargó de diseminar estas confusiones con respecto a las actuaciones anticompetitivas; específicamente, sobre la discriminación de precios entre competidores.

Esta confusión se instauró a partir de la acción de los mayoristas en la compra de sus productos, con respecto de los minoristas acerca de los mismos productos. El objetivo de esta ley fue prohibir que las grandes empresas mayoristas utilicen su poder dentro del mercado para beneficiarse de la discriminación de precios y así adquirir exorbitantes cantidades de producto a un mínimo precio, lo que era totalmente ilegítimo pues estos precios no podían competir contra el de los minoristas, quienes tenían un margen de compra mucho menor de la mitad de las grandes empresas.

2.1.1.4. Ley de desarrollo antimonopólico Hart-Scott-Rodino

A pesar de que ya habían pasado varios años desde que se inició con la regulación formal para la protección de la competencia y prohibir el monopolio, en los Estados Unidos no existía un control administrativo previo; por ende, todas las actuaciones debían ser evacuadas bajo la vía judicial, pero sin ningún rango de prevención, simplemente de sanción. Por ello, en 1976 se implementó las disposiciones de la Ley Hart-Scott-Rodino, que dotaba de obligaciones a las empresas ante un ente administrativo para que las afectaciones a la libre competencia pueden ser prevenidas administrativamente antes de la existencia de un daño al mercado.

Consecuentemente, estas obligaciones administrativas impuestas a los agentes económicos, específicamente empresas, incluían la negativa de completar un negocio; ya sea: fusión, transferencia o adquisición, cualquiera fuere su naturaleza, sin que esta operación haya sido presentada y justificada ante el ente regulador federal, el mismo que verifica y analiza el negocio que el operador busca concretar y determina si afecta o no en gran medida al comercio y al mercado; y que, además, no contraviene las leyes *antitrust*.

Con estos antecedentes es creada la Federal Trade Commission, la cual es una agencia gubernamental federal que tiene como misión la protección y defensa de la libre competencia y la prohibición de actos anticompetitivos que perjudiquen al mercado, con el ejercicio de medidas ya sean preventivas o sancionatorias⁸². Esa tendencia marcó la actuación de la mayoría de las legislaciones donde un ente regulador administrativo se encarga de hacer control previo de posibles afectaciones al mercado; en el caso de la Argentina lo hace la Comisión de Defensa de la Competencia y en el Ecuador es la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

2.1.2. Comunidad Económica Europea

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, Europa se encontraba devastada, pues casi todas las grandes ciudades estaban prácticamente en cimientos y la escasez de alimentos e insumos era evidente, todo esto sumada a la baja producción industrial. Por tal motivo, los países en los que se concentraba el mayor grado de producción firmaron el acuerdo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (C.E.C.A.), constituido en 1951 entre los que se encontraban como firmantes: Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo⁸³.

De la enumeración anterior, los dos primeros países eran los principales actores de la reconstrucción europea, a pesar de las diferencias suscitadas con respecto a la guerra y los juicios posteriores. A pesar de estas divergencias, la comunidad en general sabía que era necesaria la libertad de circulación tanto del carbón como del acero, al ser fuentes necesarias e indispensables en la época, para la producción industrial.

Con posterioridad, en el Tratado de Roma, firmado en 1957, es cuando entra en escena la defensa de la competencia en Europa. En el sentido de que su regulación distingue entre empresas y colaboración de estados, una diferencia circunstancial, debido a que se trata de un ente comunitario. Ahora, sobre esas bases en relación con la competencia, toma como fundamento a la normativa estadounidense; pero además agrega:

Artículo 81.- Serán incompatibles con el mercado común las siguientes:
subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros

⁸² Nazar Espeche, Félix, (2016), *Defensa de la Competencia*.... P. 25-32.

⁸³ Thermes, Rafael, *La Unión Europea. Historia y perspectivas*. Revista Escorial, v. I n° 1, p. 1 - 21.

contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos⁸⁴.

Por otro lado, la novedad de la Comunidad Europea también se evidencia en la prohibición del llamado “*dumping*”, modalidad bajo la cual los estados entregaban medidas contrarias a la normativa de defensa de la competencia a determinadas empresas, ya sean estas públicas o privadas, irrumpiendo así en un desfavorecimiento del libre comercio, esencia misma del tratado de la comunidad. A esto, parece prudente agregar lo descrito por el artículo 86 numeral 1 *ibidem*, que a letra reza: “*Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado (...)*”

2.1.3. Unión Europea

Creada el 1 de noviembre de 1993, la Unión Europea nace como un organismo comunitario *sui generis*, fundado a partir de las diferentes comunidades que se manejaban ya con anterioridad en Europa, entre las que se encontraban la Comunidad Económica Europea descrita ya en pasados renglones. Con esta unión, se llega a una esquematización de la defensa de la competencia, pues a pesar de que toma la misma normativa de su predecesora, agrega que los países miembros tienen la posibilidad de mantener sus propias normativas internas con respecto a la competencia.

Por tanto, el ente comunitario deberá tomar parte únicamente en conflictos en los cuales las afectaciones sean extraterritoriales, es decir, afecten a dos o más estados de la comunidad. Para ello, se crearon diferentes instituciones comunitarias como el Tribunal Europeo, el cual decide en cuestiones donde la composición del conflicto de competencia sea de un grado considerable y supranacional.

Así, en breves rasgos se puede describir ciertas particularidades de diferentes regulaciones. Primero, la regulación alemana, que ha enfocado mayoritariamente su regulación a la prevención y erradicación de los “cárteles”, aquellos vínculos asociativos ilegítimos que buscan repartir mercados y fijar precios de forma artificial.

⁸⁴ Tratado de constitución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero o CECA, 23 de julio de 1952.

Por otro lado, se encuentra España, país que ha sido el camino a seguir por la mayoría de la regulación latinoamericana, dotando una distinción específica en lo que respecta al monopolio, pues considera como tal no solo a una empresa con exagerada posición de poder en el mercado, sino también a la asociación de empresas que buscan el mismo fin ⁸⁵

2.2. Conceptos

2.2.1. La Competencia

La competencia puede sintetizarse como; “...*aquella pugna en la cual dos o más sujetos, llamados agentes económicos, luchan por una posición ante un bien escaso...*”⁸⁶. Sobre este aproximamiento es prudente desmenuzar cada uno de sus contenidos para llegar a una comprensión más completa y acertada. Toda vez que esta competencia o pugna no es desmedida, sino que tiene distintos objetivos fundantes, entre los cuales se encuentra la participación de la sociedad en un mercado competitivo donde su acceso no esté limitado por agentes con posición dominante, exagerada y abusiva.

Las empresas son aquellos agentes económicos ligados estrechamente con el ánimo de lucro –aunque no de forma obligatoria- y de captación del mercado. No obstante, esto último es prácticamente imposible; en la medida en la que la masa del mercado total se compone de diferentes empresas de tamaños, extensiones y campos variados; por lo que la posibilidad de eliminar completamente la competencia en un mercado determinado e individualizado es imposible⁸⁷.

La competencia está concatenada con el concepto de libertad. Inicialmente porque cuando existe libertad, los agentes económicos pueden ofertar sus productos en un determinado mercado sin tener que ser menoscabados o limitados por el ejercicio desmedido de las libertades de otros productores. De tal manera, la competencia es una construcción de libertades en las que se conjugan no solo los productores; sino también

⁸⁵ Nazar Espeche, Félix, (2016) Defensa de la Competencia, p. 26.

⁸⁶ Hargain, Carlos, y Daniel Espulgres, (2005). *Derecho de Comercio Internacional*. Buenos Aires, Editorial REUS, p. 141.

⁸⁷ *Íbid.*

las libertades de elección de los consumidores, quienes determinan qué producto o servicio consumir y el precio que están dispuestos a pagar por ellos⁸⁸.

Si la meta de competir es la captación de clientela, el empresario tendrá a su merced diversos medios competitivos que le permitan captar el mayor número de clientes y hacerse campo dentro del mercado. Ahora, como consecuencia de esta pugna, otro empresario deberá, necesariamente, sufrir un desmedro en su clientela. Debido a que las posibilidades de compra de los consumidores son limitadas y todos no pueden adquirir todos los productos y servicios ofertados; de esta manera el ejercicio de competir bajo la idea de cumplir todas las pretensiones de los productores y ofertantes no es posible al mismo tiempo. Ergo, la consecuencia inevitable de competir es que mientras un competidor gana terreno en el mercado, otro lo pierde; es decir sufre un daño, mismo que puede ser legítimo o no, según la normativa de la competencia.

Es con respecto a ese daño que actúa el derecho de la competencia. En la medida de que, a pesar de ser un daño inminente, puede convertirse en una ilegitimidad ya sea por los medios utilizados para esa afectación o por la propia actuación del competidor que provocó ese daño. Por lo tanto, las actuaciones que están prohibidas por la normativa de manera previa causarán un perjuicio ilegal a un competidor, en el caso que sean utilizadas por otro; esto ha de llamarse defensa de la competencia. Mientras que, por otra parte, la utilización de medios ilegítimos para la consecución de clientela deberá llamarse competencia desleal, la cual no nace *per sé* ilegal, sino que se vicia conforme se utilizan uno u otro medio ilegítimo.

2.2.2. Competencia perfecta e imperfecta

Bajo el principio de la defensa de la competencia, en la cual el objetivo es masificar eficiencia y lograr que los intercambios de bienes y servicios se den a precios equitativos, la competencia perfecta es cuando la acción de los factores competitivos es la máxima posible⁸⁹. Es decir que el precio por el cual se adquieren los bienes y servicios llegue a un punto de equilibrio en el que concurren oferta y demanda. Esta situación de equidad dota de poder a los consumidores, en la medida de que les otorga

⁸⁸ Nazar Espeche, Félix, p. 91.

⁸⁹ Hardwick, Phillip Khan y John Langmead, (1995), *Economía Moderna*. Madrid - España: Minerva ediciones, p. 126-136.

la posibilidad de elegir libremente sin más variables que sus propias necesidades, gustos y posibilidades⁹⁰.

En un mercado con tal nivel de competitividad, las empresas carecen de poder sobre el mismo para controlar el precio de un determinado bien. Mientras que cuando un cliente puede reconocer diferencias entre los productos y las empresas, estas adquieren poder sobre los consumidores, desencadenando posibles manipulaciones artificiales en el precio. Es por lo que, para que exista una competencia perfecta, habrán de suscitarse determinados requisitos, los cuales según Espeche son⁹¹:

- Muchos productores y consumidores
- Varios ofertantes en un mismo mercado con el objetivo de crear una “indiferencia” al comprar un bien a una u otra empresa, pues la decisión de los productores resulta ser irrelevante.
- La inexistencia de barreras comerciales, tanto de entrada como de salida.
- Inexistencia de costos de transición de mercados más que los de la propia operación.

Como opuesto de una competencia perfecta se encuentra la figura del monopolio. Misma que se describe como el ejercicio único de la oferta en un mercado relevante; ya sea por circunstancias normativas como las patentes de invención, o por hechos realizados por empresas que antes no ostentaban esta calidad de monopólicas. En el caso de existir un solo ofertante, se da cabida a prácticas restrictivas de la competencia, estipuladas como prohibidas expresamente en la normativa legal, que limitan la libertad de elección de los consumidores, como lo son: el ejercicio de precios discriminatorios, pactos colusorios y abuso de posición dominante en el mercado.

2.2.3. Posición dominante

Según Ibáñez, se entiende como posición dominante a la manifestación de una fuerza económica de un determinado agente económico para, potencialmente, ejercer

⁹⁰ Ibáñez, Ana María, (2011). *La competencia perfecta*. Bogotá, UNIANDES, p. 12.

⁹¹ Nazar Espeche, Félix, (2016) *Defensa de la competencia....* p. 42.

un abuso de dicha posición y a su vez impedir una competencia efectiva⁹². Esta posición de poder no es ilegal, pues si una posición de esta envergadura ha sido obtenida mediante herramientas y usos comerciales honestos y legítimos, no tiene interés alguno en distorsionar el mercado en perjuicio de los demás competidores.

El tratadista peruano Pinkas Flint Blanck, por su parte, menciona que la conceptualización de la posición dominante de un operador económico deberá variar según la legislación bajo la cual se aborde⁹³. En la normativa europea, la posición de dominio es: “(...) *Una posición económica que disfruta un empresario, la cual lo habilita para evitar la competencia efectiva, el poder para comportarse en un grado independiente de sus competidores, clientes y, por último, consumidores.*”

Por otro lado, en base a la idea de Flint, la legislación norteamericana tiene un análisis completamente distinto con respecto a la posición dominante. Inicialmente porque las cortes del país anglosajón no hablan de posición de dominio, sino de poder monopólico, es decir no comprenden el rango variado de poder que tenga un empresario u operador, sino que de lleno prohíben el ejercicio monopólico. Mismo que es definido como: “*el poder para controlar los precios del mercado (...) excluyendo a la competencia*”⁹⁴

Al tratarse de un agente económico con una considerable cuota del mercado, el peligro latente de incursionar en prácticas restrictivas de la competencia no puede ser ignorada, en la medida de que su posición le puede abrir las posibilidades de ganar aún más clientela y orillar a los demás competidores a rendirse ante su capacidad comercial. A pesar de que el ostento de una posición dominante no sea ilegal, el abuso que un agente económico ejerce mediante ella sí lo es y, por ende, habrá de ser regulada y prevenida; al tratarse de un grave peligro al interés económico general. A esto agrego que:

El punto al abuso de la posición dominante, se tiene establecido por la doctrina que se trata de un asunto de concentración de la riqueza, por

⁹² Bustos Romero, Michel, “El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español”, en *Revista CES de derecho de la Universidad de Sevilla*, vol. 6, n° 1, enero-junio, 2015, p. 112-125.

⁹³ Flint, Pinkas, (2002), *Tratado de defensa de la Libre Competencia*, Pontificia Universidad Católica de Perú, Fondo Edición 2002, p. 70-471.

⁹⁴ Ídem.

ende, de la propiedad y de los propios mercados de productos y servicios. Este hecho constituye un factor de vital importancia en la creación y formación de las empresas con posiciones privilegiadas en el mercado, el cual les posibilita incurrir en prácticas unilaterales abusivas, en grave detrimento de la estabilidad económica, social y hasta política del país⁹⁵

En aspectos prácticos, la definición de posición dominante, o de poder de mercado como se lo cataloga en la normativa ecuatoriana, está ligada con el grado de independencia que otorga una cuota de mercado sustancial a un determinado operador económico, lo que le permite manejarse dentro de sus operaciones comerciales con un grado de autonomía en la toma decisiones y comportamientos; con respecto de los consumidores de un mercado como también de sus competidores.

En el artículo 4 de la ley 15.156 de Defensa de la Competencia en la República Argentina el poder de mercado lo ostenta un operador que es la única oferente o demandante dentro de un mercado relevante o que sin ser la única, no esté expuesta a una competencia sustancial (...). Si bien es cierto que este artículo no menciona literalmente nada acerca de esa independencia que le dota el poder de mercado, es infalible entender que actúa sin importarle las diligencias de los otros competidores, pues aquellos no tienen capacidad de hacerle frente, debido a su posición en el mercado⁹⁶.

Cuando existe una posición dominante, el grupo más afectado, evidentemente, serán los consumidores o usuarios. Por eso, la formación de los precios debe ser independiente de cualquier privilegio legal o comercial. En la práctica, las empresas aprovechan una situación dominante, como lo es el monopolio legal de las patentes y

⁹⁵ Díaz Botache, Nicolás, (2016), *Abuso de la posición dominante en el derecho de la competencia en Colombia: Una percepción penal de sus conductas*. Bogotá, Pensamiento Penal, p. 20. Citando a Miranda, Arturo, (1993), *Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado*. Superintendencia de Industria y Comercio.

⁹⁶ En la normativa ecuatoriana, por su parte, se cataloga a la posición dominante como poder de mercado. Un argumento factible para el cambio en la denominación de tal concepto puede referirse a lo restrictivo que puede representar una situación de dominio, lo cual, en conjunto con las tendencias actuales del derecho anglosajón y continental, se entiende que los abusos en el mercado pueden devenir de operadores que no necesariamente tienen un dominio real sino una posición fuerte. Pero que tampoco llega al nivel de ser un dominio, el cual implica la inexistencia de competencia efectiva; algo que es bastante improbable en la actualidad si se interpreta de manera correcta al mundo globalizado en sus diferentes perspectivas.

demás derechos de propiedad industrial, para influir en la formulación de precios, que no responden a situaciones de mercado efectivas, sino la única intención de proteger sus creaciones registradas.

El hecho de que las empresas basen su política comercial exclusivamente en decisiones propias es una clara muestra de poder de mercado. El sistema concurrencial se da por medio de la relación existente entre los operadores del mercado en una situación competitiva, donde el precio deba estar subordinado únicamente a las elecciones del consumidor como grupo de atención prioritaria. Entonces, si se entiende que cuando un vendedor u operador oferente puede prescindir de un modo absoluto o determinante de tales factores variables y unilateralmente decidir qué y cómo producir y distribuir sus productos o servicios sin el riesgo concurrencial natural y bajo precios fijados artificialmente, decimos que ostenta una posición dominante o poder de mercado⁹⁷.

2.2.4. Mercado relevante

Los actos anticompetitivos y demás actuaciones que limiten o restrinjan la competencia no pueden ser entendidos en un mercado general. Para que una acción pueda afectar la competencia será necesaria la especificación de un campo de acción en el cual sea determinable y cuantificable el daño y a quienes ha sido direccionado. Además, este campo de acción deberá estar dispuesto en función de los productos y servicios ofertados en un mercado y el rango geográfico en los cuales dichos productos serán comercializados; la ecuación que contenga ambas disposiciones se llamará un mercado relevante de un determinado producto o servicio⁹⁸.

El mercado relevante no solo está basado en la similitud o versatilidad de un producto sino también en cómo este producto puede ser sustituido dentro de dicho mercado. En tanto que, como principio general, los bienes sustitutos conforman un mismo mercado, pero no necesariamente este será el mercado relevante con respecto al análisis de afectaciones a la competencia. Es así como Nazar Espeche menciona que: *“La responsabilidad de un abuso en el mercado relevante se mide con respecto a la*

⁹⁷ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, (2005), *Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia*, Tomo 1, Editorial Heliasta, Buenos Aires, p. 213.

⁹⁸ Cañizares Pacheco, Enrique y Fernando Jiménez, (2014), *Dificultades para la definición del mercado relevante*, Madrid, Fundación Francisco del Pino, P. 5-12.

*capacidad de un comerciante en influir en el precio de un producto y la capacidad de sus competidores para superar u contrarrestar esa situación en ese mercado”.*⁹⁹

La doctrina ha sabido dotar de diferentes herramientas para la identificación del mercado relevante bajo conceptos que son medibles y reales con respecto a una situación coyuntural. Así, Espeche propone como criterio para identificar el mercado relevante el “Test del monopolista hipotético”. Este *test* se basa en el análisis de si en un grupo de ofertantes, a uno de ellos (el monopolista hipotético) le resulta rentable el aumento artificial pequeño, significativo y no transitorio del precio de un determinado bien.

El mercado relevante geográfico, a pesar de que también utiliza el mismo test del monopolista hipotético, se centra al respecto del área en el cual se pueda dar un potencial abuso. Consecuentemente, este mercado relevante será entendido como la menor región dentro de la cual le resulta rentable a un único ofertante el imponer un precio; de igual manera: pequeño, significativo y no transitorio. Por lo tanto, si el consumidor puede adquirir el mismo bien o uno sustituto en la misma área o en una cercana, se entiende que ambos productos comprenden el mismo mercado relevante¹⁰⁰.

2.3. Importancia

Las empresas, también llamados productores, son los agentes económicos encargados de ofrecer a los consumidores diferentes productos y servicios para satisfacer necesidades. Estas -necesidades- dependen de los consumidores, quienes están conformados por grupos y sectores variados de la sociedad; a saber: las familias, individuos, empresas más pequeñas, etc.... Aquella dependencia se la formula a raíz de ser los consumidores quienes eligen un producto de entre toda la gama de ofrecimiento en un mercado, que son productos o servicios parecidos o prácticamente idénticos pero dados por otros ofertantes, influidos por diferentes variables tales como: precio, calidad, garantía e historia; sin despreciar el factor de la necesidad, aunque este notoriamente desvirtuaría algunas otras variables como la de los propios gustos de los consumidores, proceso conocido como segmentación¹⁰¹.

⁹⁹ Nazar Espeche, Félix, (2016), *Defensa de la competencia*.... p. 36.

¹⁰⁰ Ídem.

¹⁰¹ Véase en Monferrer, Diego, (2013), *Fundamentos del Marketing*. Castellón de la Plana, Publicaciones de la Universitat Jaume I., p. 52-54.

Toda esta composición de elementos bajo los cuales las empresas ofertantes se encuentran enfrentados es lo que constituye la real pugna a encaran con miras a avanzar en el mercado, más aún si es que se quiere acaparar un mercado determinado o mayor. De manera que la competencia es la herramienta por la cual las empresas compiten “sanamente” con el objetivo de ofertar más y mejores productos a sus consumidores para que ellos sean quienes escojan un producto por sus propias determinaciones y mas no por que se encuentren orillados a ello, como sucede en la oferta monopólica u oligopólica. Ante ese examen parecería ser que: *“La competencia es el principal mecanismo económico para la organización equilibrada de recursos”*¹⁰²

2.4. Competencia en la distribución: determinante de precios y calidad

2.4.1. Alteración del precio

En la ciencia económica, las variables de oferta y demanda son los causantes directos de diferentes fluctuaciones en el mercado, en tanto de distintos aspectos en los productos y servicios escasos. Sobre ello, el precio final de un producto en una red de distribución está completamente relacionado con estas variables, las cuales determinan su viabilidad como oferta, sobre la cual podrá obtenerse una rentabilidad tras el ejercicio económico¹⁰³.

Los productores (ofertantes) buscan acaparar la mayor demanda posible, de modo que se preparan e impulsan integralmente para poder competir con los demás productores -siendo la creación de redes de distribución una ventaja competitiva para “tolerar” la arremetida de sus competidores-; lo que a la par las convierte en empresas más eficientes. Ahora, al lograr este objeto final de abarcar un mayor grado de demanda mediante el alcance de nuevos espacios geográficos por el poblamiento de diversos distribuidores, esto modificará la oferta indiscutiblemente; influenciada por el grado de control que ejerce el principal o productor ante sus distribuidores. Esto repercutirá en el precio, porque la oferta del mismo productor a través de sus distribuidores le permitirá fabricar una economía de escara y, por ende, la baja del precio.

¹⁰² Hargain, Carlos, y Daniel Espulgres, (2005). *Derecho de Comercio Internacional*. p. 142.

¹⁰³ Marshal, Alfredo, (1931), *Principios de Economía* octava edición ed., Vol. 1, Barcelona, Editorial El Consultor Bibliográfico, p. 7-21.

2.4.2. Factor determinante de calidad

Sobre el aspecto de calidad, si en un mercado de productos con una gama parecida o del mismo segmento no existe competencia que obligue a los productores a implementar innovaciones, ya sea en su línea de producción o en su manejo de distribución, estos agentes económicos se “relajan” ante un inminente estado de quietud comercial. Esto trasciende de forma negativa en la calidad de los productos, debido a que los consumidores no poseen opciones que le permitan abrir su abanico de elección, sino tan solo limitarse a lo que poseen al alcance de su consumo¹⁰⁴.

Ante la acción pasiva de los productores sale a flote la problemática de ceder terreno ante otro, pues su producto es obsoleto y ha sido superado con una mínima innovación, que, según Marshal, no asegura un grado de calidad considerable¹⁰⁵. Esta teoría del conformismo suele compartirse con los consumidores, quienes encuentran un determinismo viciado porque no toman una elección real y racional, sino por el contrario son limitados o cegados a un específico grupo de productos¹⁰⁶. Lo anterior tiene como consecuencia directa la creación de un mercado “desprogramado”, lo mismo que sucede con las concentraciones económicas y que puede ocasionar una red de distribución ineficiente. En conclusión, las redes de distribución que tienen como objetivo la innovación permanente de productos y servicios, provocarán una mejora generalizada en la calidad de estos -productos- porque ampliarán su oferta y los consumidores tendrán a su elección un variado catálogo, donde inexorablemente, elegirán los de mejor calidad, en razón del precio que están dispuestos a pagar.

2.5. Defensa de la Competencia

Existe una prohibición legal expresa de todo acto que, en general, limite, restrinja o distorsione la competencia; así lo determina la República Argentina en el artículo 1 de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia. Estas actividades evidentemente no se demarcan como taxativas, porque las formas de atentar contra la competencia son tan variadas como las propias prácticas comerciales, un ejemplo de

¹⁰⁴ Hargain, Carlos y Daniel Espulgres, (2005), *Derecho de Comercio Internacional*, Buenos Aires, Editorial REUS, p. 66-69.

¹⁰⁵ Marshal, Alfredo, (1931), *Principios de Economía* (octava edición ed., Vol. 1). (Eduardo Hazera, Trad.) Barcelona, España: Editorial El Consultor, p. 68-69.

¹⁰⁶ Husban Mustafa, Al, (2011), *Desarrollo del Derecho de la Competencia: Unión Europea, España y Jordania*, Granada, Universidad de Granada, p. 16.

ello es el abuso de posición dominante que se encuentra muy bien desarrollada en la norma. Estas actividades restrictivas atentan y limitan la intensidad concurrencial del mercado, produciendo deformaciones en el mismo y, a su vez, deteriorándolo hasta el punto de convertirlo en un campo cerrado donde son destruidas las posibilidades de los demás individuos para ejercer su derecho de libertad de industria y tener injerencia y participación en un mercado¹⁰⁷.

Existen varias restricciones agrupadas en la ley referente a la transgresión de la competencia. No obstante, para el interés del presente trabajo serán mencionadas las relacionadas a la actividad de fijar, anular o determinar precios de una manera directa o indirecta con lo cual un productor se beneficie de forma ilegítima. En suma, encontramos la subordinación de celebrar contratos u operaciones que alteran la competencia mediante condiciones discriminatorias que, si bien no son necesariamente afines a la naturaleza del contrato de distribución, son agregados como medios, a veces abusivos, de limitar o disminuir una posible competencia como, por ejemplo: los pactos de exclusiva desproporcionados o abusivos.

2.5.1. La regla de la razón y la regla *Per se* en la Defensa de la Competencia

En el ámbito del derecho de la competencia existen medios que la disciplina jurídica utiliza para realizar diferentes análisis de fondo. Esos medios se elaboran a partir de herramientas de muy variada índole. Así, diferentes procesos económicos que corresponden al campo del análisis económico son utilizados por el derecho para corresponder situaciones que en su lógica normativa no son posibles, o si lo son es de muy complejo entendimiento y generalización por la variedad de conceptos que se analizan en una misma situación; sin mencionar las infinidad de interpretaciones que los abogados nos tienen acostumbrados a brindar sobre una misma situación. Es por lo que el derecho de la competencia ha optado por la creación de un sistema de interpretación de la normativa especial relacionada con el comportamiento de los operadores económicos entre sí y con relación a la generalidad social; ese sistema es el de la regla de la razón y la regla *Per se*.

- **La regla *Per se***

¹⁰⁷ De Leo, Walter, (1999), *Derecho de los negocios en el comercio*, Buenos Aires, Editorial Universidad, p. 556.

Es el medio de interpretación, sistematización y aplicación de la norma basado en los fundamentos del principio de legalidad¹⁰⁸. Es decir, cuando existe coincidencia entre una actividad, situación o comportamiento con la de un tipo legal identificado y reconocido por la normativa como ilegítimo y antijurídico, ese comportamiento será sancionado conforme a la norma debido a que fue infringida; sin hacer mayor análisis del trasfondo del comportamiento que conllevase a tal infracción. A modo de ejemplo, la regla *Per se* con respecto a los pactos de exclusividad en la normativa ecuatoriana, si aquella normativa siguiera esa línea, sería de su nulidad absoluta, aún si esta no llegase a ser aplicada sino simplemente propuesta.

Ahora, la aplicación sistemática y directa de una norma sancionadora sin el mayor examen de otros factores, tanto internos como externos, se ha visto muchas veces criticada, poniendo en riesgo a la seguridad jurídica, pues el sujeto investigado por estas conductas no tiene mayor nivel de defensa. Al tratarse de una visión objetiva de la norma, no es necesario probar nada más que la existencia de la antijuridicidad del comportamiento¹⁰⁹.

La regla *Per se* o de la ilegalidad nace a partir de la *Sherman Act*, publicada en 1890 en los Estados Unidos. Esa normativa tenía específicos objetivos sociales encaminados a prohibir y eliminar a los monopolios que operaban en el país en esa época. De manera tajante, la mencionada ley prohibió todos los actos anticompetitivos derivados de monopolios. El régimen de la competencia aplica la norma *Per se* cuando los actos anticompetitivos son ilegales (objetivamente) por sí mismos; o que en doctrina se denomina competencia prohibida, aquella que nace ilegítima y su utilización es de nulidad absoluta.

Este sistema, llamado también como modelo de decisión estructuralista, nace a partir de la primera mitad del siglo XX. Para esos años, el estructuralismo era el modelo casi por excelencia en la normativa de competencia, así como en las decisiones de los jueces norteamericanos que eran los encargados de velar por su cumplimiento y la solución de las controversias derivadas de ello. Por tanto, el aspecto económico era el

¹⁰⁸ Miranda Londoño, Alfonso, (2017), *La regla de la razón y la regla Per se en el Derecho Colombiano*, Bogotá, p. 14.

¹⁰⁹ Ídem.

de primer orden en el sistema judicial de la competencia; en el sentido de que los jueces aplicaban el estructuralismo, o modelo económico, para la toma de decisiones.

El modelo económico aportaba razonamientos lógicos y objetivos en base al análisis preliminar del comportamiento de las empresas que constituían el modelo económico estadounidense, el cual ya había sido realizado de manera anterior en los primeros años del siglo en cuestión. Si a más de eso se le suma el sistema de aplicación jurisprudencial análogo que utiliza el mundo jurídico anglosajón, da como resultado que los jueces no tomaban en cuenta nuevos aspectos relacionados a las prohibiciones de la normativa de competencia, sino que replicaban lo decidido en fallos anteriores que presentaban una situación similar o equivalente.

El modelo económico analizaba esencialmente el comportamiento de los precios, la producción y la calidad de los bienes producidos en una economía determinada.¹¹⁰ A partir de eso y de la construcción de fallos jurisprudenciales es que se creó un sistema aplicativo “directo” de las prohibiciones normativas de la competencia cuyo resultado consecuente era que la defensa del implicado o imputado se reduzca a si la conducta fue realizada o no. De modo que la intención final de esta aplicación objetiva era evitar el desperdicio mediante análisis de casos análogos y así redirigir esfuerzos¹¹¹.

Una crítica que se le puede plantear a la aplicabilidad de la regla *Per se* es que dota al juzgador de un grado de presunción de ilegalidad mediante la mero empate del comportamiento con el tipo antijurídico, sin necesidad de estudiar sus causas y mucho menos sus efectos; aún si estos fuesen positivos. Por ello, su planteamiento como aplicación, en el campo de la presente investigación sobre pactos de exclusividad en relaciones verticales no sería nada recomendable por aspectos que sobrepasan el simple incumplimiento de la normativa. Por todo ello; y como se mencionó, es necesaria la aplicación de la regla de la razón para lograr un análisis restrictivo, correcto y motivado

¹¹⁰ Es correcto recordar que para aquella época los servicios aún no eran considerados como susceptibles de la aplicación del régimen de Derecho de Competencia, debido a la existencia del sistema fordista de producción en masa, por lo cual el 90% de la producción se daba por bienes bajo la modalidad de banda transportadora y los servicios que se ofrecían en el otro porcentaje estaban estrechamente ligados al de la producción, por lo cual no existían una diferenciación considerable.

¹¹¹ *Íbid.*

sobre si es factible y aceptable un pacto de exclusiva en un contrato de distribución o si es negativo con relación al mercado y el Orden Público Económico.

- **La regla de la razón**

Al igual que la regla *Per se*, esta también es un sistema de interpretación jurídico-económico¹¹². No obstante, la regla de la razón es un medio de análisis de conductas que engloban: el mercado relevante en el que acontece una práctica restrictiva, la naturaleza de la actividad, el propósito y sus efectos. Todos estos aspectos en relación con una conducta determinada en su sentido más general. Por ese ejercicio sintético y argumentativo es que esta herramienta es catalogada como un análisis restrictivo de razonabilidad. Es decir, un *test* de balanceo interpretativo entre dos puntos esenciales de una conducta presuntamente anticompetitiva: por un lado, los efectos procompetitivos que puede tener la conducta y por otro, los efectos anticompetitivos.

La idea de recurrir a este *test* de razonabilidad nace cuando el acto anticompetitivo en cuestión no es tan “evidente” o, en su defecto, este no se encuadra dentro de los tipos específicos que la norma, de manera no taxativa, menciona. Por ello, será necesario recurrir al análisis antedicho, pero del tipo general, mismo que prohíbe toda práctica que distorsione, afecte o falsee la competencia; dispuesto en el artículo primero de la ley 25.156 argentina. La regla de la razón es un análisis exhaustivo que permite la conclusión racional de actos antijurídicos que tienen efectos pro-competitivos, lo cual está totalmente desentendido en la regla *Per se*, pues a ella no le interesa sus efectos, sino que el acto típico y antijurídico fue realizado por el operador económico investigado. Es evidente que se trata de medios opuestos de interpretación de la norma de la competencia.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, la tendencia del consumerismo replicó en diferentes materias del derecho, principalmente en la propiedad industrial y el Derecho de Competencia¹¹³. El grado de satisfacción de los consumidores se convirtió en un aspecto para tener en cuenta en el análisis de los actos anticompetitivos, llegando

¹¹² Miranda Londoño, A. (2017), *La regla de la razón y la regla Per se en el Derecho Colombiano*, Bogotá, Colombia, p. 12.

¹¹³ Ramírez Pérez, Antonia., Clemente Navarro, y Manuel Trujillo, (2002), *Consumerismo y movimiento de los consumidores: Valores, actitudes y comportamiento de los consumeristas de la población andaluza*. *Revista REIS*, 145 - 176.

al punto de catalogarse normativamente como una exención de la imputabilidad. Como mencionamos en apartados anteriores, fue el propio Convenio de Paris quien se preocupó por incorporar las tendencias consumeristas de la época en la normativa de la competencia; así en su artículo 17 dispone excepciones legales a las prácticas prohibidas de la competencia; aquellas que esencialmente están ligadas a efectos procompetitivos; es decir cuando favorecen a los consumidores.

En conclusión, los efectos de un acto anticompetitivo de un operador de mercado podrán favorecer a los consumidores, aún si este fuese el caso de convenios verticales como lo son los contratos de distribución, sumándole el hecho de una exclusividad. No son pocos los casos en que se han realizado ese tipo de análisis, uno de ellos es el practicado en el caso *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States* de 1899 a 1911, en donde, si bien las tendencias consumeristas estaban bastante incipientes dentro de la sociedad, ya se analizaron los aspectos procompetitivos de una práctica antijurídica, en este caso la disminución de los precios a los consumidores por el mejoramiento de procesos productivos en las fábricas de acero por la implementación de acuerdos verticales; proceso que después sería copiado por los demás competidores hasta llegar a ser un estándar dentro de la industria del acero y, seguidamente, de la automotriz.

2.5.2. Sobre las restricciones verticales

Cuando se habla de concentraciones verticales es referido a aquellos acuerdos en los cuales un productor establece una dependencia sobre los demás comerciantes que se encuentran en otra línea de producción, ya sea delante o detrás de la del productor que ejerce esa posición de dominio. En palabras de Montoya:

Son acuerdos o prácticas concentradas de forma vertical los suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concentrada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes puedan adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios¹¹⁴.

El reglamento 330/2010 de la Unión Europea norma los diferentes comportamientos sobre la cooperación empresarial y los acuerdos, tanto horizontales como verticales, entre competidores dentro del mercado. Los casos en los que se

¹¹⁴ Montoya, Aurora, (2012), *Los acuerdos verticales y la defensa de la competencia*, Madrid, p. 23.

presentan acuerdos verticales y horizontales deberían analizarse por la regla *Per se*, debido a que son acuerdos tendientes a limitar a la competencia de los demás operadores con el objetivo de prevalecer en un determinado nicho de mercado. Ahora, limitarse a ese análisis sería una aberración jurídica, pues toma en cuenta simplemente aspecto de los análisis económicos que no tienen peso normativo y que además no van más allá de herramientas de ayuda para fines analíticos. El análisis económico no puede tenerse como objeto fin de la revisión de controversias que versen sobre aspectos de competencia, sino que es necesario una técnica jurídica racional y restrictiva que permita entender el fondo de los acuerdos celebrados entre distintos operadores en relación a otros aspectos que, si bien no se encuentran alejados del análisis económico, no pueden desentenderse de otros conceptos jurídicos y sociales como lo son los consumidores y los avances tecnológicos en relación a la propiedad industrial e intelectual y las prácticas comerciales.

La labor de analizar todo el sistema jurídico en su conjunto para emitir un dictamen que responda a la técnica jurídica, más que del análisis económico, será de la jurisprudencia. Es así como el objeto del presente estudio sobre la exclusividad no podrá entenderse como ilícita por su simple existencia porque eso atentaría con otros derechos garantizados a los operadores económicos como el derecho de industria, de libre contratación y la autonomía de la voluntad.

Al partir del análisis de la función de las cláusulas de exclusividad se entiende que buscan mejorar la eficiencia productiva a un menor costo. Si como consecuencia de ello es obtenido un precio inferior, que los consumidores deberán pagar para acceder a ese bien o servicio, sin sacrificar su nivel de calidad, entonces no es contraproducente inferir, de eso, un beneficio general. A estos beneficios relacionados con calidad y precio se los llama efectos procompetitivos¹¹⁵. No obstante, como toda ventaja competitiva, esto será pasajero porque la aplicación de ciertos procesos de mejoramiento ejercidos por un competidor, inexorablemente habrán de ser imitados por los demás operadores de ese mercado.

El mejoramiento en razón de calidad y precio de productos y servicios mediante la utilización de acuerdos verticales de dependencia económica no es nuevo, pues su

¹¹⁵ *Ídem*.

utilización es tenida como “ideal” en la costumbre empresarial y comercial donde todo empresario busca abaratar costos mediante las economías de escala -donde los pactos de exclusiva tienen un papel fundamental- pues tener varios proveedores en ningún caso puede resultar más barato que producir uno mismo la materia prima que posteriormente será transformada y distribuida por el mismo operador o tener un proveedor y distribuidores fijos con los cuales se puede acordar beneficios atados a la exclusividad; todo esto visto desde la óptica de beneficios y costos marginales. Un ejemplo de lo antedicho es el caso de *White Motor Co. v. United States* debido a lo siguiente:

La División Antitrust del Departamento de Justicia de los E.U.A. demandó el sistema distribución implementado por *White Motor*, un fabricante de camiones que establecía exclusividades territoriales para sus distribuidores y se reservaba algunos clientes, los cuales solamente podían ser atendidos directamente por él. Aunque el caso fue ganado por el Estado en las cortes inferiores, la Corte Suprema de Justicia consideró que la División Vertical de Mercados no podía ser considerada ilegal *Per se*, ya que se conocía muy poco acerca de las consecuencias económicas de la práctica. El Juez Douglas, quien era el ponente de la decisión, sugirió que las limitaciones territoriales de tipo vertical podrían ser “*protecciones permisibles contra competidores agresivos, o la única forma en que en la práctica una firma pequeña podría ingresar o permanecer en un mercado*”. Por estas razones, el Juez Douglas estableció que a este tipo de casos le debía ser aplicada la Regla de la Razón¹¹⁶.

En el ejemplo propuesto es notable que todas las empresas participantes del acuerdo vertical se beneficiaban de la exclusividad. *White Motor Co.* abarataba costos en aspectos de bodegaje, publicidad y distribución y, a la par, las empresas distribuidoras que poseían los beneficios de la exclusividad territorial tenían mayores posibilidades de incrustarse en el mercado automotriz, el cual para la época estaba bastante dominado por gigantes como Ford y Chrysler. A toda esta conjugación de resultados se los llama efectos procompetitivos, los cuales mediante su combinación resultaron en uno de los aspectos de interés más representativo para el estado; -como

¹¹⁶ Miranda Londoño, Alfonso, (2017), *La regla de la razón y la regla Per se en el Derecho Colombiano*, Bogotá, p. 15.

garante de derechos- es decir, la oferta de productos de calidad a mejores precios para los consumidores.

2.5.3. La regla del *Minimis*

La regla del *minimis* tiene una función paralelamente direccionada a un mercado más eficiente. Inicialmente se aplica esta regla -lo que algunos autores suelen llamarle principio- como dique de contención contra la abrupta aplicación de la normativa de la competencia, debido a que aquella no debe ser interpretada de una manera directa y estrictamente literal. Ese error importaría una severa exageración en el ejercicio restrictivo de la autonomía de la voluntad de los operadores económicos y de su derecho a la libre contratación y empresa. Así pues, la regla del *minimis* es visto desde la arista de la defensa de la competencia como una herramienta para la aplicación armónica y coherente de las disposiciones regulatorias del mercado.

El objetivo preponderante de la regla en cuestión es la racionalización en la aplicación de la norma concurrencial, cuya función es la utilización restrictiva de tipos antijurídicos. Ahora, si se parte de que la razonabilidad de aquella aplicación debe estar dada en el sentido de la mayor eficiencia en el mercado, ya sea como oferente o como consumidor, entonces es entendible que el punto clave a exaltar es el equilibrio. Es decir, aplicar una norma de competencia debe considerar *a posteriori* todas las causas, medios y efectos que derivan de la conducta investigada. Entonces, lo ideal en la aplicación de la regla del *minimis* es que el juzgamiento deberá realizarse tan solo en las materias, situaciones, actos o prácticas que afecten de forma significativa a la competencia.

No todas las conductas de un contrato de distribución deben ser sancionadas. El derecho de la competencia busca mercados más eficientes y participativos donde sus distorsiones sean cada vez al mínimo posible y que, consecuentemente, los operadores económicos puedan beneficiarse de él; o en su defecto salir de él sin mediar barrera alguna. Entonces, la locución "*minimis lex non curat*" (la ley no se ocupa de los asuntos triviales) tiene un enorme sentido en los contratos de distribución que crean dependencia económica porque no es únicamente la conducta o práctica de lo que se trata, es también el escenario en su totalidad, el cual está englobado en un mercado relevante determinado y en el que el proveedor infractor posea una cuota de mercado y volumen de negocios considerable como para afectarlo de forma significativa; pues si no fuese

así la propia ley estaría siendo contraproducente con sus considerandos al mermar el crecimiento económico.

La falta de sanción de prácticas atentatorias contra la competencia que no sean aptas para distorsionar, impedir o falsear la misma tiene un sentido ulterior al de evitar un gasto desmedido de recursos. Es conocido que las pequeñas y medianas empresas, reducidas a PYMES, son un sector voluminoso en la economía. Por tanto, al ingresar en un mercado lo primero que buscarán será expandirse o extenderse dentro del negocio. El mercado, no es constante ni mucho menos estático, está en persistente cambio y evolución y los empresarios deben acostumbrarse a ello para poder afrontar no solo las nuevas preferencias de los consumidores sino también las ventajas competitivas que puedan obtener sus competidores en una determinada época. Por ello han utilizado los pactos de exclusividad dentro de los contratos de distribución para tener un “colchón” que les asegure cierto grado de firmeza ante cualquier adversidad en su comercio; por lo que es un medio bastante habitual. Bajo ese examen; ¿es racional juzgar una práctica como la descrita en líneas anteriores, bajo la óptica de la regla del *mínimis*?

La normativa argentina no posee, de manera expresa, la consagración legal de la regla del *mínimis*. Aun así, la homogeneidad de la legislación de la competencia en diferentes países hace entender que se maneja bajo la misma lógica. La utilización de la regla de la razón es un prefacio para la regla en cuestión de este apartado; por lo cual es entendible la inferencia de que la ley 25.156 solo se encargará de aquellas prácticas concurrenciales que sean capaces de afectar al Orden Público Económico, haciendo el análisis correspondiente a través de su órgano contralor, es decir la Comisión de Defensa de la Competencia. En los casos en que la exclusividad, aún si objetivamente pueda violar una norma, tenga efectos procompetitivos, la excepción; es decir no juzgar el susodicho comportamiento, es la elección más racional.

Por otro lado, la normativa comunitaria, particularmente española, ha sabido clarificar la situación en la que es necesaria la actuación de la reglamentación de la competencia y en cuales casos es mejor obviar esas situaciones en pro de efectos más beneficiosos para el mercado. Sobre ese sentido han propuesto la identificación de diversos elementos que solo en su conjugación mal intencionada y completamente restrictiva, podrán ser juzgados como atentatorios contra la competencia. Es así como

la ley española de defensa de la competencia en su artículo primero menciona que solo serán objeto de esa ley aquellos actos o prácticas que tengan por objeto la afectación de la competencia (elemento objetivo) de manera concertada y paralela (elemento subjetivo).

En el artículo 5 *ibidem* menciona “*Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia*” siendo este último el elemento especial de la competencia, la repercusión susceptible de activación de la defensa de la competencia; lo que en la doctrina suele llamarse principio de trascendencia económica¹¹⁷ Por lo dicho, es válido inferir la idea de que el foco de análisis de la aplicabilidad racional de la norma concurrencial está atada necesariamente al volumen de negocios de un operador económico, mas no a la red de distribución que ha construido.

La regla del *mínimis* se configura, aunque no de forma exclusiva, en el sentido de las conductas atípicas donde el grado de análisis del órgano contralor debe ser más exhaustivo en relación con el tipo general prohibitivo de una restricción o distorsión del mercado. Si bien el término juzgar no es del todo válido porque el contralor será una institución perteneciente al derecho administrativo, se entendería que hablamos de un organismo especializado que tiene los medios necesarios para afrontar los casos de alta complejidad; pues si no fuese así entonces la búsqueda de la eficiencia del mercado estaría en grave peligro por una inoperante institución de contralor.

Otro concepto que hay que tener en cuenta, a más de la eficiencia del mercado, es la sensibilidad de la práctica anti concurrencial. Aquella sensibilidad es medida de forma preventiva, es decir, en base a su capacidad potencial de dañar efectivamente a la competencia. Si bien la Ley de Defensa de la Competencia de la Argentina no menciona textualmente su capacidad preventiva, en su artículo 1 determina que la prohibición abarca a toda práctica que tenga por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia (...) de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general. Entonces es válido concluir que podrá actuar de forma

¹¹⁷ Ortiz Baquero, Ingrid, (2009). La regla del Mínimis en el ámbito de acuerdos restrictivos de la libre competencia. *Revista Mercatoria*, Vol. 8 n°2, p. 17-34.

preventiva para precautelar el bien jurídico tutelado, en este caso el Orden Público Económico.

En la normativa ecuatoriana, al igual que la ley española; de la cual la primera se basó mayoritariamente, la regla del *mínimis* sí se encuentra positivizada. El artículo 13 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado enuncia que: “*Las prohibiciones establecidas en el artículo 11 no se aplicarán a aquellas conductas de operadores económicos que por su pequeña escala de operación y /o por su escasa significación, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia*”

Algunos comportamientos restrictivos que efectivamente atenten contra lo tipificado dentro de la ley regulatoria de la defensa de la competencia no deben ser sancionados y por ende ser excluidos de cualquier tipo de medida correctiva o preventiva por ser más favorables al desarrollo económico general, es decir por representar efectos pro competitivos o ser insignificantes en relación con el mercado. Ahora, la regla del *mínimis* no es aplicable a la competencia desleal, la cual tiene un tratamiento distinto a la defensa de la competencia. De tal modo, es posible que una práctica restrinja la competencia y que el Régimen de Defensa de la Competencia no lo investigue ni sancione, bajo la aplicación de las reglas y principios mencionados en las líneas anteriores de este apartado; sin perjuicio de que el Régimen de Competencia Desleal investigue dicha práctica y que consecuentemente la sancione.

A pesar de tener un objeto común de preservación de la eficiencia de los mercados, la competencia desleal es una disciplina cuyo enfoque y tratamiento es definido por otras variables; por lo cual podrá juzgar aquella práctica, aún si esa fue obviada inicialmente por la defensa de la competencia¹¹⁸, si sus elementos y efectos, reales o potenciales, son aptos para afectar a los fines de protección de esta rama jurídica. Sin olvidar que los pactos de exclusividad no guardan relación directa con la competencia desleal, sino con la defensa de la competencia.

2.6. Competencia desleal

Como tal, la competencia desleal es una actuación concreta de uno de los agentes económicos que participan dentro de un mercado determinado; no obstante,

¹¹⁸ Massaguer, José y Manuel Monteagudo (1996), *La confusión en el Derecho contra la competencia desleal*. Revista General del Derecho v.1 n° 2, 11-15.

conceptualizarlo en ese marco taxativo sería un errado destino, en la medida de que el concepto general de competencia desleal abarca un gran número de actividades diversas que pueden ser realizadas en una infinidad de escenarios económicos¹¹⁹. En ese contexto, es preferible simplificar la conceptualización de la competencia desleal como actuaciones concretas que distorsionan el mercado, realizadas por actores económicos.

Esencialmente, la competencia desleal implica un abuso del derecho, es decir, una desviación de un derecho legítimo que ha sido ejercicio de una manera determinada. En sintonía con esa idea vale agregar que el artículo 3 de la CUP (Convenio Unión de París para la protección de la Propiedad Industrial de 1883) individualiza a la competencia desleal como: “*1. Cualquier acto de tal naturaleza [comercial] que crea una confusión, por cualquier medio, que sea con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor*”. Esta desviación de la competencia es regida por el Convenio de París, el cual busca la protección general a nivel macro de la propiedad industrial, como primer plano, y además que agrega a la competencia desleal como una posibilidad latente de violación a este derecho de propiedad.

Los estados firmantes de este convenio se comprometen a la protección de marcas y de nombres comercial, los cuales constituyen un derecho de propiedad de bienes intangibles. De ese modo, es evidenciable que el principal objetivo es evitar la vulneración de derechos en un conjunto; por un lado, el derecho de propiedad que los comerciantes tiene por sobre sus creaciones y objetos de comercialización y ejercicio de profesión. Por otro lado, se encuentra la protección al derecho fundamental del buen nombre, como estadio final de un reconocimiento amplio que buscan a través de la comercialización de los productos que llevan impregnados su marca distintiva; que, intencionalmente o no, puede ser distorsionada por actuaciones ilícitas catalogadas como desleales en el ámbito comercial.

Con respecto al concepto de confusión sobre cualquier producto, nombre, establecimiento o procedimiento de producción, se entiende aquello como el verbo rector de la competencia desleal, pues brinda una realidad distorsionada sobre el

¹¹⁹ Véase Otamendi, Jorge, (1998), *La competencia desleal*, (R. J. Derecho, Recopilador) Buenos Aires, p. 21-34.

determinado bien o procedimiento sobre el cual recae. De tal modo, no es erróneo exclamar la existencia de daño bipartito en este tipo de actos. Por un lado, al competidor de forma directa, quien se ve afectado no solo en su patrimonio sino también en su nombre e imagen ante la colectividad general, ya sea comercial o común. Por el lado del daño, en una forma más indirecta, se encuentra el consumidor, como beneficiario final de los productos a ser consumidos, quienes han sido manipulados por esta realidad distorsionada y equívoca, a quien les son vulnerados sus derechos de libertad de elección de consumo, información real del mercado y libre desarrollo de su personalidad, debido a que fueron manipulados para elegir determinado producto o servicio¹²⁰.

Entonces, por todo lo dicho se puede deducir que la competencia desleal se constituye como todo acto de competencia contraria a los usos honestos en materia industrial y comercial¹²¹, basado en crear una confusión, ya sea a la marca o la empresa; así como también denigrar a la patente de un producto o a su nombre comercial, que pertenecen a una empresa competidora. Los cuales son producto del ejercicio de un derecho de propiedad y libertad de la industria, que en su conjunto determinan un derecho fundamental tanto de libertad general como de libre desarrollo de la personalidad.

2.6.1. Tendencia normativa actual

Debido a los múltiples argumentos expuestos anteriormente en diferentes apartados, la tendencia actual de la legislación, en materia de competencia desleal, es la de una descripción amplia de la figura general y a punto seguido una indicación no taxativa de tipos específicos de prácticas que son consideradas como desleales. Esta estructuración tiene como objeto ampliar el campo de acción del juzgador en el caso concreto a partir de un análisis misceláneo, aún si la práctica en cuestión no está tipificada de manera expresa, pues aquellos tipos que se mencionan son de manera ejemplificativa.

Ahora, esta tendencia no es acoplada por todas las legislaciones, pues existen diferentes circunstancias que provocan que no exista una figura general de competencia

¹²⁰ Gómez, Oswaldo, (1996), *Derecho Empresario actual*. Buenos Aires, Editorial De Palma, p. 12-16.

¹²¹ *Ídem*. P. 17.

desleal; así a modo de ejemplo se puede presentarse a la legislación argentina, debido a sus múltiples problemas de desorganización legislativa; por lo que no se ha podido lograr una agrupación codificada en un solo cuerpo legal, sino que es necesario recurrir a diferentes leyes de la muy variada índole para resolver cualquier conflicto. Por otro lado, se encuentra los Estados Unidos, país en el cual el sistema legal que es aplicado conduce a que la jurisprudencia sea la fuente principal para la resolución de controversias relativas a los falseamientos de la competencia.

La legislación ecuatoriana, por su parte, sí entrega una articulación basada en la tendencia actual de la figura general de la competencia desleal. De tal modo, la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en su artículo 25 dota de una definición sobre lo que será catalogado como práctica desleal, misma que se determina como toda práctica que sea contraria a los usos y costumbres honestos. Esta definición a su vez se encuentra derivada de la legislación comunitaria, pues el artículo 258 de la decisión 486 de la Comunidad Andina hace también referencia a esos usos y costumbres honestos. Más allá de la dificultad que presenta la estigmatización de honestidad que puedan tener puntualmente aquellas prácticas, esta observación sirve como piedra angular de análisis a partir del comercio en general, enfocado en el lugar y la época en que se realice el estudio; haciendo así referencia a la utilización del principio de Primacía de la Realidad Mercantil; dispuesto en el artículo 3 *ibidem*.

Como estadio paralelo, otras legislaciones como la de Francia y Bélgica han optado por diseminar el régimen de la competencia desleal bajo la óptica del derecho común¹²². Es decir, toda práctica desleal que opere en el mercado habrá de ser analizada desde el punto de vista de la obligación civil de reparar. Así, la reparación civil que se condene en un determinado caso estará inmersa en una obligación pecuniaria por parte del infractor. Ahora, la crítica que le ha sabido dar la doctrina actual a este tipo de régimen se enfoca netamente en la reparación, pues no contempla otras medidas reparativas o preventivas como sí lo hacen los países en donde la competencia desleal posee un aspecto de prejudicialidad, en la medida de que existe una etapa administrativa en la cual la protección es integral al sistema económico y el orden público; es decir

¹²² Cabanellas De las Cuevas, Guillermo, Pablo Palazzi, Andrés Sánchez Herrero y Diego Serebrinsky, (2014). *Derecho de la Competencia Desleal* (Primera Edición ed., Vol. III). Buenos Aires, Argentina: Heliasta, p. 123-129.

actúa como un modelo social de competencia desleal y no únicamente como un reparador del comerciante afectado, como lo hace el modelo profesional.

Ante esos argumentos, nos preguntamos si es necesaria la existencia de una figura general de competencia desleal; y la respuesta a ello será que dependerá del tipo de sistema legal y su avance normativo y jurisprudencial. No obstante, por motivos didácticos y mnemotécnicos es bastante aconsejable, pues si la jurisprudencia no se encuentra debidamente desarrollada, no existen puntos referenciales en donde el juzgador pueda basar sus razonamientos más que la propia ley. Así, la figura general será preponderante para el análisis de las prácticas que distorsionan o falsean la competencia en países donde exista un pobre desarrollo jurisprudencial en la materia¹²³.

2.6.2. La competencia desleal en la Argentina

En la legislación argentina no existe una norma especial que regule las relaciones concernientes al régimen de competencia desleal. Es por eso por lo que diferentes normas regulan de forma parcial cada uno de los distintos aspectos vinculados a ella. De manera que la tipología dispersa de competencia desleal se compone de leyes penales, ley especial para denominaciones de origen de productos agrícolas, ley 24.766 sobre confidencialidad, ley de defensa al consumidor, ley de buenas prácticas comerciales, entre otras. Es notorio entonces que la amplísima regulación no posee puntos referenciales de cruce, pues cada ley trata un aspecto distinto de la actividad comercial, sin necesidad de que una se sume a otra para constituir una infracción capaz de ser catalogada como desleal.

En el sentido más estricto, la figura penal de competencia desleal es lo que más interesa a fines de esta investigación. En el artículo 159 del Código Penal argentino se estipula:

Será reprimido con multa de dos mil quinientos a pesos treinta mil pesos, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

¹²³ McManis, Charles, (1993). *Unfare Trade Practicase (prácticas comerciales injustas)*. Saint Paul, p. 93.

Muy aparte de lo dificultoso que puede implicar el análisis de cuándo una práctica es malévola o una maquinación fraudulenta, el punto de enlace es con respecto a la clientela. El artículo en cuestión sanciona la desviación de la clientela de un competidor; ante eso podemos identificar dos falencias preocupantes. La primera con respecto a la calidad de competidor, pues si bien el mercado se compone de operadores que pueden en algún punto llegar a ser competidores uno de otro, esto no puede constituirse bajo ningún punto el argumento esencial de la competencia desleal, pues lo que se busca es la protección del Orden Público Económico en su generalidad, mas no una relación concurrencial específica.

Por otro lado, encontramos a la idea de la clientela. No hay duda de que todo operador económico busca la captación de una mayor clientela para poder masificar beneficios. No obstante, esto no denota la existencia de un derecho subjetivo a la clientela ni mucho menos, pues se trata de un resultado de un comportamiento concurrencial provechoso mediante la combinación ideal y adecuada de lo que llamamos “llave de la empresa”, lo cual constituye los distintos elementos que un operador económico utiliza para insertarse y mantenerse dentro de un mercado. Por todo esto es que una tipología penal de este tipo es muy limitada, motivo por lo cual las legislaciones que poseen leyes de competencia nuevas han decidido no incluir tipos penales tan específicos; sino por el contrario apelan a una figura general.

2.6.3. Elementos de la competencia desleal

Para calificar una determinada práctica como de competencia desleal es necesario que coadyuben diversos elementos que son inherentes al concepto mismo de su esencia. En el sentido de que no toda actuación puede catalogarse como desleal a miras del derecho porque la normativa posee como bien tutelado el Orden Público Económico y el sistema concurrencial del mercado. Por todo esto, desperdiciar recursos en la investigación de prácticas impertinentes sería un error. Así, los elementos de una práctica catalogada como desleal son: que sea un acto de competencia y que sea contraria a los usos y costumbres honestos; es decir la deslealtad.

2.6.3.1. Acto de competencia

El concepto de acto tiene bastante recorrido en el derecho. En el campo del derecho común, un acto es aquel bajo el cual las partes, voluntariamente o no, realizan

una determinada situación con la que se espera, se produzcan efectos jurídicos¹²⁴. En el Derecho de Competencia, un acto de competencia versa sobre aquel que ocurre dentro de un mercado y con fines concurrenciales; así lo determina el artículo 2 de la ley española de competencia desleal.

La identificación del acto de competencia es vital al momento de analizar si una práctica puede ser catalogada como desleal. Debido a que las operaciones que se realizan en el mercado son muy diversas y la acumulación de información excesiva no ayuda a los fines analíticos. Cierta doctrina, hoy descartada, mencionaba que el acto de competencia era aquel ejercido por un operador económico en relación con un competidor directo. Esa posición doctrinaria ha sido dejada atrás, pues la normativa de competencia ha entendido que no es necesario que el operador afectado y el realizador de la práctica, presuntamente desleal, sean competidores directos. Esto es totalmente comprensible en las redes de distribución, donde pueden coexistir distintos distribuidores contratando a la par con el mismo proveedor; por ende, una actuación desleal de un distribuidor puede afectar a toda la red o a una parte de ella¹²⁵.

El acto de competencia -también comúnmente llamado acto de mercado- agrupa un sinnúmero de actividades correlacionadas con el ejercicio del comercio. En el caso de los contratos de distribución, el acto de competencia será el de distribuir, sin limitarse a ello. Por lo cual, los actos realizados por: proveedores, distribuidores e intermediarios dentro de un mercado con fines concurrenciales; ya sea para mejorar su posición en el mercado o para entrar en uno nuevo, serán susceptibles de ser catalogados como actos de competencia. El estado, en calidad de veedor, solo participa como garante de la existencia de unas reglas claras dentro del mercado, no es un participante activo de él; pues su participación excesiva y desproporcionada tiene efectos nocivos dentro del mercado¹²⁶.

El acto de competencia es un elemento determinante de la competencia desleal. Debido a que se basa en elementos objetivos y medibles bajo los cuales el órgano contralor -o el juzgador- puede tomar como base de análisis. El primer elemento

¹²⁴ Borda Alejandro, (2016) Derecho Civil Contratos, p. 5.

¹²⁵ Cabanellas De las Cuevas, Guillermo, Pablo Palazzi, Sánchez Herrero Andrés y otros, (2014), *Derecho de la Competencia Desleal* Primera Edición ed., Vol. III, Buenos Aires, Heliasta, p. 125.

¹²⁶ Krause, Martín, (2007), *La Tragedia de los Comunes en la competencia vertical entre jurisdicciones*, Buenos Aires, p. 6.

medible es las conductas que se dan dentro del mercado, conjugadas para la producción de bienes y servicios¹²⁷. La puesta en disposición de esos bienes y servicios que los productores hagan hacia los consumidores se regirá bajo las fuerzas de la oferta y la demanda, por lo cual se entiende que están dentro de un mercado.

Por otro lado, la finalidad competitiva es otro elemento del acto de competencia. Competir es inherente al mercado. Porque sin una competencia eficiente y activa es muy poco probable que un operador económico pueda mantenerse dentro de las operaciones comerciales, pues al ser una institución cambiante, el mercado avanzará y se transformará según diferentes factores, los cuales deben ser previstos y manejados por los operadores que en él participan. De modo que la finalidad competitiva debe ceñirse en la mejora de posición del operador en el mercado y a la captación de una mayor clientela mediante herramientas idóneas como los contratos de distribución, cuando son realizados de manera responsable.

La actividad concurrencial puede ser presumida, según la legislación comparada. En ese sentido la norma española de competencia desleal menciona: “*se presume la finalidad concurrencial cuando sea idónea para promover o asegurar la difusión de una oferta de bienes y servicios*”. La normativa latinoamericana ha seguido esa misma línea, derivada del derecho comunitario dispuesto en el Tratado de Roma. Los dos elementos antes mencionados son tomados como elementos objetivos – la actividad concurrencial y la finalidad competitiva- del acto de competencia porque tienen una idoneidad específica, para ser medibles mediante diversas herramientas económicas que el derecho ha hecho parte para normativizar el mercado.

Sobre la existencia de elementos subjetivos del acto de competencia la idea inicial es que no existen como tal, de manera restrictiva, elementos de la composición del operador, sino sobre su comportamiento. La calidad de los operadores económicos no tiene relación con su aptitud para cometer prácticas de competencia desleal. Si bien en la normativa argentina no hay una codificación específica de la competencia desleal,

¹²⁷ El artículo 25 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado hace alusión a “actividades económicas” como un medio de generalización para incluir dentro de las actividades productivas; las de comercio, profesionales, de servicio (...) entre otras. Se entiende que esta caracterización busca difuminar cualquier posible duda y plasmarla bajo el concepto de cualquier actividad de la cual se obtenga un beneficio económico, pues la competencia está presente en su totalidad.

se entiende que cualquier operador económico que participe en el mercado puede incurrir en ella; ya sea persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera.

La normativa ecuatoriana, por su parte, sí menciona esta generalización en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Regulación Y control de Poder de Mercado donde determina: “Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas (...)”

Otro factor para tener en cuenta dentro de los actos de competencia es que no es necesaria la competencia directa ni relación cercana entre el sujeto activo y pasivo de la infracción¹²⁸. No obstante, existe tipos específicos donde es necesaria esa relación para que la situación pueda adecuarse al tipo. Por ejemplo, en casos de divulgación de información por abuso de confianza será necesaria esa relación de cercanía que le permita al sujeto activo poder actuar deslealmente.

Las infracciones de competencia desleal no necesitan de una relación entre competidores debido a que su intención es la de precautelar el Orden Público Económico, como se indicó anteriormente. Así, la protección va encaminada a resguardar el proceso competitivo en función del modelo de mercado; mismo que en la actualidad es aquel que se basa en la calidad y el precio de los bienes y servicios. La ley española en su artículo 3 determina que el factor desencadenante de la competencia desleal será una conducta objetivamente adecuada para afectar a procesos del mercado y no únicamente el agravio a un competidor.

2.6.3.2. Deslealtad

La contrariedad de los usos y costumbres honestos en el ámbito comercial es tomada como la medida de asociación para reglamentar en el Derecho de Competencia

¹²⁸ En las redes de distribución la relación de los distribuidores con el principal no crea relaciones jurídicas entre esos distribuidores, pues son terceros que comparten un mismo proveedor. No obstante, la actuación de un operador económico que tenga como fin la afectación de su propia red puede considerarse como competencia desleal si su actuación fue ilegítima; como por ejemplo en instigar a los trabajadores de los demás distribuidores a actuar de forma negativa para con su empleador para afectar su desempeño comercial y que el distribuidor gane más terreno dentro de ese mercado.

el acto desleal, en conjunto con el acto de competencia. Estos usos y costumbres de acuerdo es un parámetro ideal de honestidad y en base al standard del buen hombre de negocios, está visto no solo desde la óptica de la protección hacia el comerciante, proveedor o empresario -como pregona el modelo profesional de competencia desleal-; sino con relación a un deber social de comportamiento en el cual se busca no atentar contra el sistema concurrencial.

La categorización de los usos y costumbres se encuentra basada en un conjunto de valores y reglas socialmente aceptada y generalmente conocidas entre los individuos y grupos que conforman una sociedad. De tal modo, la distinción de las prácticas que serán catalogadas como desleales varían según el tipo de mercado, el lugar y el momento en el que se produzcan. No obstante, los valores no necesariamente representan un símil de la costumbre; un ejemplo de ellos son los pactos de exclusividad que son costumbres mercantiles muy arraigadas y que en ciertos casos atentan contra las reglas sociales y jurídicas.

La deslealtad es el establecimiento de la antijuridicidad de un acto de competencia determinado. Inicialmente -en la primera mitad del siglo XX- solo era analizada la deslealtad desde la óptica del modelo profesional de la competencia desleal. Es decir, en búsqueda de la protección de los empresarios; de manera que la deslealtad era catalogada según criterios comunes entre los propios profesionales y empresarios. Actualmente el foco de análisis es totalmente distinto, mediante el sistema aplicable, el modelo social de competencia desleal.

Este análisis a partir del modelo social de competencia desleal tiene un objeto de protección que va más allá de la relación entre comerciantes. Las afectaciones posteriores que pudieran causarse a los consumidores que también forman parte de esa sociedad por comportamientos desleales deben ser reprimidas en pro del sistema competitivo y el modelo económico. Así pues, no se debe olvidar que los consumidores son el objeto y fin del sistema económico¹²⁹.

¹²⁹ Buchanan, James. M. (1994). *El triunfo de la ciencia económica: ¿Quimera o realidad?*, en R. R. Ureña, *Economía y dinámica social: reflexiones acerca de la acción humana ante un nuevo ciclo histórico* (págs. 25 - 42). Madrid: Unión Editorial S.A.

Cada sección de la economía tiene su propio modelo competitivo. Al no poder ser homogeneizados, el Derecho de Competencia Desleal formula una figura general, basada en la categorización de determinadas prácticas como desleales, aplicable a casos específicos a través de matices que serán analizados de forma restrictiva para cada caso concreto¹³⁰. Por tanto, el modelo competitivo que sea aplicable en una sociedad no necesariamente lo será en otra; por ello es preponderante recurrir al análisis económico del derecho como herramienta de examen.

Los usos y costumbres honestos tienen algunos problemas de sistematización debido a su ambigüedad. Porque las costumbres son un conjunto de reglas extrajurídicas, devenidas de la moral de una sociedad en un tiempo determinado. Por ello, la volatilidad que presentan las costumbres deriva en problemas a la hora de encuadrar a la deslealtad bajo un marco estricto -lo cual tampoco sería del todo correcto por su mínimo alcance analítico-.

Ante esta volatilidad, el Derecho de Competencia ha estimado que la deslealtad de una práctica debe determinarse con un carácter económico -de rango constitucional-; es decir, a partir del derecho de empresa que se le es concedido a los ciudadanos de una nación, por el cual todos somos empresarios potenciales y las tasaciones que realicemos deberán tomarse en cuenta como valores sociales generalmente aceptados.

De ahí es posible determinar a la deslealtad como el incumplimiento del deber social de actuar en operaciones económicas sin atentar al sistema concurrencial mediante el abuso de libertades concedidas en la constitución y la ley¹³¹. Ese deber social se refiere a una obligación generalmente aceptada por una colectividad con respecto a una determinada actividad o práctica, la cual en este caso es las operaciones comerciales dentro de un mercado, todo esto fundamentado en el derecho de empresa¹³². A raíz de este deber social, el Derecho de Competencia Desleal presume que el operador económico conoce aquellos usos y costumbres que su sociedad cataloga

¹³⁰ Aracama Zorraquin, Ernesto. (1989). *Medidas distintivos y publicidad comparativa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 67.

¹³¹ Cabanellas De las Cuevas, Guillermo y Pablo Palazzi (...) (2007), *La Tragedia de los Comunes en la competencia vertical entre jurisdicciones*, Buenos Aires, p. 256.

¹³² Cabanellas de las Cuevas, G. (1992). "La competencia desleal" en *Derecho de los negocios* (20), 1 - 65.

como honestos; por lo que evitará incumplirlos. Si no fuese así, sus prácticas serán etiquetadas como desleales, siempre bajo el principio de irretroactividad¹³³.

CAPÍTULO III

LOS PACTOS DE EXCLUSIVIDAD Y EL DERECHO DE COMPETENCIA

La exclusividad deber ser vista desde la óptica de la costumbre mercantil. Debido a que esta rama del derecho la ha hecho parte del uso repetido en los comerciantes. La normativa respondió de forma muy tardía a su utilización y aun cuando ya la incluyó dentro de la ley, se limitó únicamente a mencionarla; especialmente en las legislaciones latinoamericanas.

Los contratos de distribución son figuras jurídicas que tienen por objeto el lucro¹³⁴, por ello los comerciantes deben dinamizar sus operaciones con miras a generar cada vez una mayor ganancia a través de sus negocios jurídicos. El comerciante que es productor de un determinado producto o servicio, al administrar su negocio, va a tener la intención de acaparar el mayor terreno dentro de un mercado, por ello necesita de otros comerciantes para construir una red de distribución que le permita incrementar el poder de su industria. De tal modo, desde el ámbito netamente comercial, no debe verse de una forma negativa a la utilización de pactos de exclusividad, ya que no necesariamente atentan contra la competencia de manera directa (en la mayoría de los casos la cláusula de exclusividad de distribución no tiene efectos adversos en el mercado donde se concede tal exclusividad), sino que es necesario la concurrencia de ciertos supuesto para que este ámbito del derecho interfiera, corrija o sancione¹³⁵.

La determinante ventaja competitiva que otorga un contrato de distribución que tiene inserto un pacto de exclusividad en un mercado altamente competitivo tiene beneficios maravillosos, tanto para los comerciantes como para el mercado en su conjunto. Ahora, estos beneficios solo serán comprendidos como tal cuando los comerciantes que utilizan estas herramientas jurídicas entiendan la consecuencia directa de aceptar esas limitaciones de libertades. La exclusividad es una limitación auto impuesta a la libertad de un comerciante por medio de obligaciones adquiridas voluntariamente, de modo que no son negativas en tanto no tengan un grado de nocividad para el Orden Público Económico, de modo que si son negativas

¹³³ El principio de irretroactividad determina que las actividades y prácticas desleales serán juzgadas en base a la moral actual, aún si fueron realizadas en tiempos pasados y en la época en que iniciaron esas prácticas no eran catalogadas como desleales.

¹³⁴ Márquez, José Fernando; Calderón Maximiliano, *Contratos de distribución*, Heliasta, Buenos Aires, 2010, p 15-21.

¹³⁵ Nazar Espeche, Félix, (2016), *Defensa de la Competencia (...)*, p. 120-132.

únicamente para ese comerciante en particular debe tomarse como un mal manejo comercial y mas no como una amenaza al sistema económico. Entonces, la real afectación al mercado sucede cuando las limitaciones de libertades que imponen las exclusividades dentro de un contrato de distribución superan la esfera personal, empresarial o corporativa y tienen un efecto de “contagio” para la colectividad en general, afectando a los demás comerciantes, competidores o no, y a los consumidores.

La afectación a la colectividad se representa mediante la limitación, restricción, distorsión o menoscabo de la libre competencia dentro de un mercado relevante claramente definido, mas no en su generalidad. Aquello al incurrir en los varios supuestos que se han explicado a lo largo de esta tesis. La libre competencia, como bien jurídico tutelado, se trata de un derecho constitucionalmente reconocido, así lo aclara el artículo 284 de la constitución del Ecuador, que en su numeral segundo menciona como obligación del estado: “*Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional*” y seguidamente en el numeral 7 menciona: “[Es obligación del estado] *mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo*”.

Las obligaciones que se autoimpone el Estado mediante los mandatos constitucionales tienen efectos más allá de la pura formalidad. Debido a que se convierte en garante de los derechos de los comerciantes que participan en su territorio -puesto que su labor no puede limitarse a cobrar impuestos- dotándole de los medios necesarios para el normal desenvolvimiento de su ejercicio económico, asegurándoles un sistema competitivo transparente donde los éxitos y fracasos de los comerciantes sean producto de su propio ingenio y perseverancia o torpeza comercial; y mas no de las actividades dolosas de aquellos comerciantes que poseen cuotas de mercado significativas que le otorgan poder sobre el mismo u otros que sin tener cuantiosas participaciones de mercado, realizan prácticas atentatorias a la buena fe, como por ejemplo la utilización de pactos de exclusividad abusivos que limitan de forma ilegal y exagerad la libertad de los distribuidores.

Ahora, no toda exclusividad en un contrato de distribución es nociva para el sistema competitivo. Primero porque se trata de una ventaja competitiva que favorece a ambas partes contratantes debido a ese hermetismo que poseerán sus relaciones comerciales. Segundo porque puede representar también una medida de crecimiento económico para varios sectores económicos y de la producción; por ejemplo, en el *retail* donde coparticipan diversos sectores dígame: primario o de explotación, secundario o de comercialización y el sector terciario o de

servicios mediante la puesta a disposición de los consumidores los productos por medio de la comercialización minorista; porque permite que comerciantes de diferentes niveles de producción coadyuben a un mismo objetivo para abaratar sus costos al llevar sus productos o servicios al consumidor, con el efecto subsiguiente de la baja en el precio de dicho producto o servicio. De tal modo, la utilización de los pactos de exclusividad no es negativa, es la forma y el contexto en la que es utilizada lo que determina si es apta para afectar al mercado hasta el punto de distorsionarlo y obligue al derecho de la competencia a ejercer su potestad correctiva.

La utilización de este tipo de pactos es netamente comercial. Por regla general, las transacciones y negocios jurídicos que realicen los comerciantes se tratan de actividades dentro de la esfera privada; donde el principio rector es que ellos pueden pactar y hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley. Ahora, la prohibición de no utilizar pactos de exclusividad no existe en ninguna normativa, ya que sería una camisa de fuerza que llevaría al inminente fracaso a muchas industrias si no se les permitiese fabricar cláusulas de este tipo cuando el negocio jurídico y el escenario donde este es desarrollado lo permite y, en cierto sentido, lo propicia. Así por ejemplo en mercados tecnológicos donde la innovación es el pan de cada día, en nada podría afectar la utilización de exclusividades para la comercialización de licencias de *softwares* porque su horizonte productivo es altamente volátil y de muy corta duración, de modo que, sin pactos de exclusividad en la distribución de esos *softwares*, no producirían ninguna rentabilidad representativa que atraiga a otros para comercializarla¹³⁶.

El Estado, como también garante de los derechos de los comerciantes menos expertos o económicamente débiles, no confía en la honestidad de quienes ostentan una posición fuerte en el mercado. De modo que elige anticiparse a comportamientos egoístas del ser humano y precautelar la protección de esos “débiles” ante el mal actuar de unos pocos aprovechados. Así, cuando los pactos de exclusividad entre empresarios -que inicialmente son libres de negociar y fabricar cuantas instituciones quieran para satisfacer sus necesidades de lucro- crean barreras exageradas, injustificadas y tóxicas para el mercado y que son capaces de distorsionarlo como en el caso de los pactos atados deducidos a través del abuso de poder de mercado, el Estado tiene que equilibrar las fuerzas mediante una participación prudente y medida para proteger a los potenciales comerciantes que quieran ingresar a ese mercado o a los agentes económicos que ya participen en él. A este proceso de participación se lo llama “Derecho de Corrección

¹³⁶ Véase Lutheral, Patricio, (2016), *La Transferencia Internacional de Tecnología Desafíos, tratamiento tributario internacional y propuestas para la redacción de contratos*, Barcelona, Universidad de Barcelona, p. 100-103-

Económica”, herramienta jurídica mediante el cual el Estado puede incentivar o desalentar determinadas actividades de los comerciantes, en razón de su plan económico¹³⁷.

La protección del derecho de la competencia debe tender siempre al débil. En el caso de los contratos de distribución con pactos de exclusividad, el débil será quien ostente un menor poder de negociación ante la otra parte, sin discriminar entre productor o principal y distribuidor; aunque en la generalidad es el productor quien determina las reglas de la contratación. El Estado comprende que este tipo de negociaciones no son entre pares, sino que son de forma desigual e inequitativa, donde uno de los comerciantes impondrá todo su poderío empresarial para poder beneficiarse en mayor medida de la limitación de las libertades del otro contratante. Es por lo que, en estos casos, la esfera de acción privada se ve limitada por la intervención del Estado para evitar que negociaciones inequitativas tengan como repercusión la afectación al mercado; ya sea creando barreras de entrada en él o produciendo subidas de precio de forma artificial. Así pues, el Estado utiliza normas imperativas que no puede obviarse al ejercer el comercio dentro de un mercado, que en el caso de la Argentina es a través de un análisis de la regulación dispersa que ofrece su legislación, pues no tiene una regla expresa; a diferencia de la regulación ecuatoriana, la cual prohíbe pactos de distribución exclusiva que resulten injustificados¹³⁸.

El ideal a seguir por el derecho de la competencia es evitar que los pactos de exclusividad en este tipo de contratos de colaboración afecten a la generalidad. Para ello, utiliza una especie de sistema de discriminación positiva. En el sentido de que, cuando la negociación de un contrato de distribución entre dos comerciantes con cuota de mercado parecida o equivalente y cuyos fines no se contraponen, la utilización de pactos de exclusividad es beneficiosa porque les dará cierta fortaleza para afrontar la dureza del mercado. No así cuando la negociación de ese tipo de pactos se da en una contratación desigual donde una de las partes ejerce cierta poder de mercado y además puede crear una concentración económica, ya sea por vía societaria, económica, de control vinculado o simplemente por un volumen de negocio

¹³⁷ La autora Patricia Alvear desarrolla ampliamente sobre las atribuciones del estado sobre los comportamientos económicos mediante herramientas jurídicas. Véase: Alvear, Patricia, (2012). *Derecho de Corrección Económica: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal*. Quito - Ecuador: Corporación ecuatoriana de publicaciones, p. 89-102.

¹³⁸ La justificación de la utilización de esos pactos es tomada en razón del giro del negocio y de la magnitud de los operadores económicos; debido a que solo quienes ostentan un poder de mercado considerable pueden incurrir en esa tipología dispuesta en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para que sea sancionable la distribución exclusiva injustificada, será necesario que ese contrato de distribución haya sido producto de una negociación defectuosa por un operador que ejerció un abuso a partir de su poder de mercado al limitar unilateralmente y de forma exagerada al otro operador negociante que no ostenta una cuota de mercado comparable con el operador que formuló la cláusula de exclusividad.

exagerado en relación al otro operador; debido a que eso le permitiría realizar una concentración vertical, una institución completamente negativa cuando los beneficios no son equiparables para ambas partes.

3.1. Defensa de la competencia y la exclusividad contractual

El abuso de poder de mercado puede constituirse a partir de acuerdos restrictivos que se corresponden al término de competencia prohibida, porque nace de sí mismo su sentido de ilegitimidad por la distorsión que provocan al mercado; aún si eso se trata de una mera posibilidad. En la normativa comparada encontramos un cierto grado de homogenización, especialmente en lo que se refiere a países como España, Argentina o Ecuador¹³⁹. En el caso de la República Argentina, en el artículo 1 de la ley de Defensa de la Competencia se prohíbe cualquier restricción de la competencia en tanto afecten al Interés Económico General. Tras esa misma línea, las otras legislaciones mencionadas realizan prácticamente lo mismo mediante una definición general de la prohibición que será objeto de la materia, a lo cual le sigue una descripción o enumeración no taxativa de las situaciones que representan esa prohibición. Como punto a aclarar, ninguna de estas legislaciones impone un control administrativo previo para analizar los posibles efectos negativos de contratos de distribución con pactos de exclusividad.

La no taxatividad tiene su correspondiente fundamento. Al utilizarse en casi todas las legislaciones de la competencia la regla de la razón¹⁴⁰, sería un error normativizar ejemplos únicos de distorsiones del mercado, pues este es cambiante al igual que los medios bajo los cuales se pueden ejercer abusos sobre él. De tal modo, la enumeración tiene una función de dirección, es decir encuentran su cometido a partir de la orientación que debe tener cada análisis restrictivo de una situación en particular, basado en los lineamientos que la prohibición general entrega y que las enumeraciones ejemplifican.

¹³⁹ Esencialmente porque su normativa deriva de las *Trust Act* de los Estados Unidos como nación pionera en la materia; de quien han tomado como ejemplo la gran mayoría de países alrededor del globo.

¹⁴⁰ Análisis restrictivo de un caso concreto con relación a una actividad o situación determinada como un tipo legal de infracción de la normativa de competencia para entender su viabilidad de aplicación y otras situaciones relevantes; y mas no aplicar la norma per se y de forma objetiva sin una revisión del trasfondo de la actividad.

La defensa de la competencia se enfoca en dos aristas esenciales: Por un lado, el abuso de poder de mercado y los acuerdos y prácticas restrictivas; y por otro las concentraciones económicas que sean capaz de afectar la competencia. Ahora, con respecto al poder de mercado han existido diversas conceptualizaciones, tal cual como se lo mencionó en los apartados correspondientes del segundo capítulo de esta tesis. La defensa de la competencia se centra en su abuso, es decir que si la obtención de un poder de mercado tal que le otorgue a un operador económico una posición dominante en un mercado relevante se ha dado por medio de herramientas, caminos o prácticas leales no es punible. Porque sería contraproducente castigar a un comerciante que ha luchado por mantenerse en el mercado y que gracias a esa lucha y conflagración propia ha logrado una situación de privilegio.

Ahora, es el abuso de ese poder de mercado lo que infringe la normativa y activa el campo de acción de la defensa de la competencia. La posición dominante se ha tornado bastante homogénea, al igual que la normativa regional e internacional de la competencia, en el sentido de entender como posición dominante cuando un operador es el único oferente o demandante de un producto o un servicio; o, por otro lado, posee cierta independencia de actuación con respecto a las estrategias corporativas de otros competidores¹⁴¹.

Los pactos de exclusividad pueden ser analizados a partir de la lectura del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, el cual al incluir en su normativa a ciertos contratos de distribución que un día fueron atípicos, inherentemente debía incluir también a la exclusividad. Así, al sacar aquellos contratos de la atipicidad, la legislación de la competencia debe entender este hecho a pesar de que gran parte de las situaciones que dan cabida a la existencia de un abuso de poder dominante son exactamente ese tipo de pactos.

En la práctica es común que los principales (proveedores) tengan u ostenten una situación de poder de mercado relativo, debido al dominio económico que implica encontrarse como principal de una relación comercial y donde el distribuidor se encuentra a merced de sus requerimientos, porque él no produce los bienes o servicios

¹⁴¹ No hay que olvidar que en el derecho norteamericano es manejada la figura del operador monopólico, posición que sí se encuentra vetada, sin importar los medios bajo los cuales se obtuvo esa posición.

que distribuye ni tampoco es el dueño de la marca -bienes, *know how*, etc.- a distribuirse. La ley argentina de defensa de la competencia no menciona de forma expresa a los pactos de exclusividad como prácticas o acuerdos restrictivos de la competencia. No obstante, ello no se puede desentender de su propia naturaleza, pues si tiene efectos negativos sobre el mercado que impliquen una afectación al Orden Público Económico deberán, necesariamente, estar bajo la lupa del órgano contralor de la defensa de la competencia, de modo que la propia normativa entrega otras tipologías que por inferencia podrían tomarse para el caso de los pactos de exclusividad.

Siguiendo esa idea, el artículo 2 inciso b) de la ley 25.156 menciona que, en la medida que configuren una distorsión a la competencia, se entenderán como prácticas restrictivas: “*b) Establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, o prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios*”. En la lectura del artículo mencionado se denota un claro abuso de posición dominante correspondiente con lo que el Código Civil y Comercial indica como abuso del derecho, porque si bien todo operador económico tiene el derecho legítimo de participar en el mercado, no puede imponer barreras de ingreso a otros operadores. Esto sucede cuando un empresario con cierto poder de mercado, dolosamente, impone a todos sus distribuidores limitar su distribución de productos con el afán de crear escasez artificialmente y así subir el precio; esto es un claro ejemplo de abuso de poder mercado por medio de acuerdos de exclusividad.

Además, tener la capacidad de restringir la cantidad de lo que se distribuya en un mercado relevante donde confluyen varios productos sustitutos, demuestra que se ostenta un poder o control en el precio¹⁴², el cual también modifica de forma negativa el mercado si ese precio no ha sido resultado de la normal interacción de fuerzas de la oferta y la demanda; sino de la decisión o imposición unilateral de un operador económico¹⁴³.

¹⁴² Ese es el resultado de un ejercicio general del test del monopolista hipotético por parte de producto.

¹⁴³ La tipología indicada no hace referencia a precios predatorios. En la medida de que los precios predatorios tienen un objetivo y función distinta de la imposición de precios pues implican una modalidad de exigencia de precios por debajo de los costos de producción con el objetivo de eliminar competidores, siendo esta medida pasajera y temporal pues cuando el objetivo de eliminar la

Por otro lado, en el mismo artículo 2 *ibídem*, inciso k) la normativa argentina agrega la tipología siguiente: *"Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales"*. El punto clave para la actuación de la Defensa de la Competencia será lo mencionado al final del inciso con respecto a los usos y costumbres comerciales. En el sentido de que los usos y costumbres mercantiles son fuente del derecho en caso de que así lo mencionase la propia normativa.

Los contratos de distribución efectivamente son una constatación de dependencia económica externa, entendidos aquellos como acuerdos verticales. Sobre ello, ni la ley 25.156 (Ley de Defensa de la Competencia) ni el Código Civil y Comercial de la Nación menciona nada más, por lo cual para su análisis será necesario recurrir a legislación comparada que puede clarificar ciertas confusiones con respecto a este tipo de contratos.

La normativa latinoamericana, especialmente la argentina, tomó como fuente orientadora más cercana a la legislación comunitaria europea y centralmente a la española. El artículo 85 numeral 1 del Convenio de Paris, menciona que la exclusividad atenta contra la competencia cuando se le prohíbe al vendedor (distribuidor) la venta directa o la designación de otro distribuidor. La idealización de si ambas situaciones deben darse de forma simultánea o si, por otro lado, es necesario la existencia de una sola de esas situaciones ha sido tema de análisis por la doctrina, la cual ha concluido que, en sí, no interesa cuál de las dos obligaciones sea impuesta, en tanto lo haga la parte que ostente un poder de mercado o volumen de negocios considerable y que sea capaz de limitar de forma exagerada las libertades del otro operador¹⁴⁴.

Ya sea de manera independiente o concatenada, la situación deberá implicar una restricción significativa en los objetivos del distribuidor; por ejemplo, si se le impone que solo distribuya a ciertos comerciantes mayoristas sin posibilidad de vender

competencia haya sido realizado, el operador infractor ha de volver a subir los precios por sobre los que se hubiese podido imponer bajo las reglas de competencia. Este tipo de prácticas, por lo general, se tratan de una pre-fase a las concentraciones económicas, pero nos sirven a modo de análisis por su representación análoga pues los contratos de distribución son acuerdos verticales que pueden ser consustanciales de una concentración que, de nuevo, deberá ser analizada restrictivamente.

¹⁴⁴ Husban Mustafa, Al, (2011). *Desarrollo del Derecho de la Competencia: Unión Europea, España y Jordania*. Granada, España: Universidad de Granada, 2018, p. 55-63.

directamente al consumidor. Ante una situación como la descrita, es entendible que el principal no quiere que su producto sea distribuido, sino que complique el ingreso de competidores dentro de ese mercado mediante la limitación de *stock*, más aún si se trata de bienes derivados de patentes o derechos industriales, los cuales tienen la obligación paralela de ser explotados para mantener su derecho activo; incurriendo el principal en ambas infracciones.

En la normativa ecuatoriana sí se encuentra tipificada la prohibición de imponer o sugerir distribución exclusiva de forma injustificada en el artículo 9 numeral 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Aunque sigue la misma línea de la razón, restringe el análisis de la justificación porque al realizar un análisis de la tipología general se desprende que está prohibida la exclusividad en tanto no se justifique, el punto de incertidumbre será en base a qué se dará esa justificación. En el mismo artículo, de forma general, es tipificado el abuso de poder de mercado, siendo un sinónimo al concepto de abuso de posición dominante, y menciona que se constituirá como tal todo acto que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia. En base a eso, la justificación será debido a la calidad de los sujetos que participan en el acuerdo, más allá del negocio jurídico del que se trate. Ahora, en la misma ley ecuatoriana se especifica que no se podrá alegar la costumbre mercantil como eximente para las restricciones provocadas por los operadores económicos; a este principio se lo llama en la doctrina como Primacía de la Realidad Mercantil¹⁴⁵.

Más adelante en la propia ley ecuatoriana, en su artículo 11 con respecto a los acuerdos y prácticas restrictivas se vuelve a mencionar textualmente lo referido en el artículo 9 numeral 19 con respecto a la exclusividad de la distribución. Los acuerdos y prácticas restrictivas, bajo un análisis concatenado, se comprenden como situaciones donde es preponderante la posición de mercado para producir una afectación al mismo, pues aquellas circunstancias de por sí se tratan de competencia prohibida, es decir que nacen con nulidad absoluta. Esta prohibición es una aplicación objetiva, la cual en el

¹⁴⁵ Sobre ese punto, la normativa argentina discrepa, pues condena como práctica restrictiva a lo ajeno a las prácticas y costumbres mercantiles, donde la exclusividad es bastante difundida. Bajo esa óptica, la severidad de condena de un pacto de exclusividad en contratos de distribución es más laxa en la ley argentina que la ley ecuatoriana.

momento en que una situación fáctica se adecúa a lo tipificada en la norma, esta deberá sancionarla.

Por otro lado, el Convenio de Paris, en su artículo 17, dispone excepciones legales a las prácticas prohibidas de la competencia; aquellas que esencialmente están ligadas a efectos procompetitivos; es decir cuando favorecen a los consumidores aún si se tratase de una situación de distorsión o falseamiento del mercado. Aquellas excepciones, huelga aclarar, fueron recogidas por la normativa regional latinoamericana casi textualmente. Por ejemplo, en el artículo 12 de la L.O.R.C.P.M. (normativa ecuatoriana) especifica que no serán aplicables las prohibiciones dispuesta en esa norma cuando:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas;
- b. No impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y,
- c. No otorguen a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Como resultado de la existencia de esas excepciones es posible presentar la idea de pactos de exclusiva, que, si bien pueden atentar contra la normativa de defensa de la competencia, puede ser tomados a modo de excepción. Su justificación deberá girar en torno a los efectos que ese tipo de convenios habrán de producir en el mercado relevante en el que actúen, pero, evidentemente, jamás podrán ser objeto de presunción como susceptibles de excepcionarse de su ilegalidad. Así, en el caso de que un operador con poder de mercado considerable utilice pactos de exclusividad con sus distribuidores para llegar a más consumidores sea más beneficioso para el mercado; o en su defecto sea insignificante para él, entonces puede deducirse que su aplicación no está prohibida y no impulsa la activación de la normativa de defensa de la competencia. Pero, para que eso sea posible es necesario una intervención administrativa que participe de forma activa dentro del mercado, lo cual no lo hace más allá de regular las notificaciones de concentraciones económicas, sin considerar a los contratos de distribución con pactos

de exclusiva, por ejemplo, como armas potencialmente dañinas para el mercado si son utilizados de forma inequitativa.

En conclusión, la utilización de pactos de exclusiva en contratos de distribución será válido o ilegítimo según un análisis de fondo que se realice en relación a la situación en su complejidad y composición general, no solo en base a aspectos de abuso del derecho con respecto a la libre contratación y la autonomía de la voluntad, sino también con relación al mercado y al Orden Público Económico; siendo posible analizarse como una perspectiva separada una de otra, pero paralelas y correspondientes entre sí; muy aparte de su normativa especial y general.

Los intereses que prevalecerán, y que por ende serán protegidos con más rigor, serán los relacionados con la competencia, debido a su influencia pública y social; porque se trata de normas de carácter imperativo cuyo cumplimiento no podrá ser obviado y peor aún facultativo; de modo que una exclusividad puede ser válidamente celebrada por las partes mediante una perfecta expresión de su voluntad y demás requisitos de la Teoría General de los Contratos y de las Obligaciones y aun así ser susceptibles de ser declarada nula de puro derecho por atender a intereses únicamente del operador que ostenta el poder dominante en el mercado; aclarando que esto se da en el sentido de Defensa de Competencia, más no de Derecho de Competencia Desleal, pues tienen aplicaciones distintas.

CONCLUSIONES

- El Derecho de Competencia es la rama que se ocupa de estudiar a los operadores económicos y su comportamiento con respecto al mercado, a los consumidores y entre ellos mismos. Su preocupación y campo de estudio estará ligado según a quien se encuentre dirigido, lo cual puede dividirse en las dos ramas que la conforman: defensa de la competencia y derecho de competencia desleal. La defensa de la competencia trata esencialmente sobre el nivel macroeconómico para evitar las concentraciones económicas y posibles monopolios que restrinjan la competencia, por lo cual también es llamado derecho antimonopólico¹⁴⁶. Por su parte el derecho de la competencia desleal no busca

¹⁴⁶ *Antitrust Law* en el Derecho Norteamericano

explicar ni corregir las distorsiones¹⁴⁷ del mercado que simplemente restrinja la competencia de forma objetiva, sino con respecto de aquellas distorsiones en las cuales los comerciantes o empresarios hayan utilizados medios catalogados como ilegítimos para conseguirlo. Los pactos de exclusividad tienen entera relación con la defensa de la competencia, por las dependencias económicas y jurídicas que producen al utilizarse en contratos de distribución; no así la competencia desleal, la cual no tiene relación directa con dichos pactos.

- Si bien que en la gran mayoría de países es necesario llevar a cabo una notificación y solicitud de autorización previa para realizar concentraciones, esta figura de control administrativo previo no existe para la formulación de contratos de distribución con pactos de exclusividad, por lo cual la participación del Derecho de Competencia con respecto a los pactos de exclusividad en contratos de distribución es netamente sancionadora. La participación administrativa del ente contralor de la competencia debe ser preventivo. Lastimosamente, la normativa argentina no prevé ningún mandato legal que faculte para realizar el análisis previo de contratos de distribución con acuerdos de exclusividad, por ende, estos quedan en la esfera privada, donde el manejo de la configuración de cada contrato estará en manos de los contratantes y a su libre arbitrio. Será entonces cuando exista una afectación al sistema económico en que podrá participar el ente administrativo, acción que sí tiene facultado legalmente. Entonces se concluye que los contratos de distribución con pactos atados son expresiones máximas de la libertad contractual y que la normativa del derecho de la competencia tiene una aplicabilidad netamente sancionadora, no fiscalizadora ni preventiva, en estos tipos de contratos.
- La normativa sanciona aquellos pactos de exclusividad en contratos de distribución que fuese propuestos o impuestos en una negociación desigual entre un operador económico débil y otro que ostenta poder de mercado. Por ende, si lo que buscan ambos operadores económicos es beneficiarse de la ventaja competitiva que les otorga esa exclusividad de forma equitativa, justa y

¹⁴⁷ Las distorsiones de mercado se refieren a aquellas actuaciones que pueden limitar, restringir, disminuir, menoscabar o alterar negativamente la competencia en un mercado relevante, el cual deberá ser catalogado según diferentes variables, pues no toda actuación puede catalogarse de la misma manera en diferentes mercados.

equilibrada en razón del mercado donde participan, el control previo solo deba ser realizado cuando un operador ostente un poder de mercado o que su volumen de negocio sea de interés para el Estado y de gran peso para el mercado, siendo el órgano contralor el encargado de verificar y calcular el volumen de negocio de cada operador y de sus empresas vinculadas. Las actuaciones o negociaciones entre operadores de ínfima participación en el mercado quedan excluidos de dicha revisión por parte del órgano contralor, debido a la regla del Mínimis.

- La propuesta que ofrece esta tesis es la formulación de un control previo administrativo de contratos de interés público para la economía, siendo uno de ellos los contratos de distribución de carácter nacional, aquellos cuyo principal tenga una cuota de mercado considerable u ostente una situación de dominio en el mercado o, por otro lado, los contratos que versen sobre bienes o servicios que ostenten una protección de propiedad industrial y que puedan ser utilizados para provocar escasez o subidas de precio de forma artificial. La participación del Estado como ente de control previo es debido al interés superior que debe ser precautelado por este, es decir el bienestar de los consumidores, la estabilidad económica en el mercado y el aseguramiento de la libre competencia. De tal manera, es necesario que exista una regulación administrativa que obligue a quienes ostentan una cuota de mercado cercana al monopolio u oligopolio o que su volumen de negocios supere un mínimo previamente establecido por el ente regulador correspondiente, a solicitar una autorización previa de los contratos bajo los cuales se ejercerá la exclusividad; a manera de notificación precautelatoria de los derechos de los demás comerciantes, tal como lo es en las concentraciones económicas actualmente.
- Las concentraciones económicas son producto de diferentes actos jurídicos que no necesariamente impliquen fusión societaria. De modo que mediante contratos asociativos o de colaboración, es posible crear una concentración. Dentro de la legislación argentina no existe un porcentaje medible bajo el cual se pueda considerar una operación como concentración económica. No así en el Ecuador, donde el artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de mercado obliga a notificar cualquier concentración de dos operadores que ejerzan en el mismo mercado relevante o giro de negocio y que tenga como

resultado la obtención de una cuota de mercado igual o mayor al 30% del mercado relevante en cuestión. El contrato de distribución es un contrato de asociación empresaria, así que es factible pensar en una concentración entablada únicamente mediante esta figura jurídica en suma de un pacto de exclusiva. No obstante, los entes contralores de los países latinoamericanos analizados no lo consideran como tal, pues únicamente consideran la toma de control o de propiedad de uno de los operadores por otro como una concentración; sin analizar que los contratos asociativos también producen subordinación, aunque en ese caso sea autoimpuesta por el propio comerciante que aceptó la exclusividad bajo el tenor de obligaciones negativas.

Bibliografía

- Alvear, P. (2012). *Derecho de Corrección Económica: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal*. Quito - Ecuador: Corporación ecuatoriana de publicaciones .
- Aracama Zorraquín , E. (1989). *Medidos distintivos y publicidad comparativa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Arce, J. (1984). El pacto de exclusiva en algunos contratos mercantiles. *Biblioteca jurídica UNAM*, 47-56. Obtenido de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-notarial/article/view/6523/5834>
- Arce, J. (2002). *Contratos Mercantiles Atípicos*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- Arjona , A. M., & Rubio, M. (2002). *Análisis Económico de Derecho*. Bogotá, Colombia. Obtenido de <https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2002/5AnaArjonaMauricioRubio.pdf>
- Bernal , C., & Zamora , J. (2013). *La Filosofía de la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Borda, A. (2016). *Derecho Civil Contratos* . Buenos Aires : Editorial La Ley .
- Buchanan, J. M. (1994). El triunfo de la ciencia económica: ¿Quimera o realidad? En R. R. Ureña, *Economía y dinámica social: reflexiones acerca de la acción humana ante un nuevo ciclo histórico* (págs. 25 - 42). Madrid: Unión Editorial S.A.
- Buendía, E. (septiembre - diciembre de 2013). El papel de la ventaja competitiva en el desarrollo de los países. *Revista Análisis Económico*, XXVIII(69), 56-78. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/413/41331033004.pdf>
- Bustos Romero, M. F. (2015). El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español. *Revista CES Derecho de la Universidad de Sevilla* , 112-125.
- Cabanellas De las Cuevas , G., Palazzi , P., Sánchez Herrero , A., & Serebrinsky, D. (2014). *Derecho de la Competencia Desleal* (Primera Edición ed., Vol. III). Buenos Aires, Argentina : Heliasta.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (1992). La competencia desleal. *Derecho de los negocios*(20), 1 - 65.
- Cano, J. (2010). *Manual práctico de contratación mercantil*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Cañizares Pacheco , E., & Jiménez Latorre, F. (octubre de 2014). Dificultades para la definición del mercado relevante. (F. R. Pino, Recopilador) Madrid, España. Obtenido de https://www.frdelpino.es/wp-content/uploads/2014/10/es_02-JIMENEZ-CA%C3%91IZARES.pdf
- Cevallos Vásquez, V. (2011). *Manual de Derecho Mercantil*. Quito - Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Colegio de Abogados de Medellín. (1992). *La Contratación Mercantil*. Medellín - Colombia: Biblioteca jurídica DIKÉ.
- Comunidad Europea. (1957). Tratado Constitutivo de Roma. Roma, Italia. Obtenido de https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_EC_consol.pdf

- Cooter , R., & Ulen , T. (2016). *Derecho y Economía* (sexta edición ed., Vol. 1). (E. d. México, Trad.) México D.F.: Pearson Education Inc. Recuperado el 14 de mayo de 2018
- De Leo, W. (1999). *Derecho de los negocios en el comercio*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Díaz Botache , N. (noviembre de 2016). *Abuso de la posición dominante en el derecho de la competencia en Colombia: Una percepción penal de sus conductas*. Obtenido de Pensamiento Penal: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/11/doctrina44376.pdf>
- Díaz, A. (2008). *Contratos Mercantiles Novena Edición*. México D.F.: Editorial IURE.
- Equera, H. (2006). *Cámara de Apelaciones en lo Comercial* . Obtenido de <https://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00005/00062926.Pdf>
- Fernández, C. (septiembre de 2015). *Cuota de mercado y poder de mercado* . Obtenido de https://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE006-03_Cuota_mercado_poder_mercado-Fernandez.pdf
- Fernandez, J. (1991). Fundamentos del Derecho Mercantil. *1*(2), 14-29.
- Fischer Castells, F., & Mailhos Gallo, J. M. (2014). Una aproximación de los pactos de exclusividad como elementos de los contratos de distribución. *Revista de Derecho de la Univerisdad de Montevideo* , 231-243.
- García Menéndez , S. (2004). *Competencia Desleal*. Buenos Aires: IAE Universidad Austral.
- Garrido Cordobera, L. M. (2008). La negociación contractual y el análisis economico. (UNIFOR, Ed.) *Pensar Fortaleza*(1), 21 - 28. Recuperado el 15 de mayo de 2018, de http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/2512.pdf
- Gómez, O. (1996). *Derecho Empresario actual*. Buenos Aires: Editorial De Palma.
- Hardwick, P. k. (1995). *Economía Moderna*. Madrid - España: Minerva ediciones.
- Hargain, C., & Espulgres, D. (2005). *Derecho de Comercio Internacional*. Buenos Aires: Editorial REUS.
- Hocsman, H. S. (2007). *Contratos modernos de Distribución Comercial*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Husban Mustafa, A. (2011). Desarrollo del Derecho de la Competencia: Unión Europea, España y Jordania. Granada, España: Universidad de Granada . Recuperado el 20 de abril de 2018, de <https://hera.ugr.es/tesisugr/19885465.pdf>
- Ibañez, A. M. (2011). *La competencia perfecta*. Recuperado el 17 de julio de 2018, de UNIANDÉS: https://economia.uniandes.edu.co/files/profesores/ana_maria_ibanez/docs/Microeconom%C3%ADa%20II/notas%20de%20clase/Competencia_perfecta.pdf
- Krause, M. (2007). La Tragedia de los Comunes en la competencia vertical entre jurisdicciones. Buenos Aires, Argentina. Obtenido de <https://aaep.org.ar/anales/works/works2007/krause.pdf>

- Lázaro López, G. (2008). En torno al régimen jurídico del mercado. Reflexiones a la "competencia desleal". *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 253-256. Obtenido de <http://revistas.ucm.es/index.php/CESE/article/viewFile/CESE9292110253A/11208>
- Lema Devesa, C., & Fernández Carballo-Caler, P. (2013). La represión de la competencia desleal. En A. D. Guillermo J. Jiménez Sánchez, *Derecho Mercantil: vol. 2* (págs. 235 - 256). La Rioja, España .
- Lizama, G. A. (2016). Comportamiento corporativo y contratos de adhesión. Santiago de Chile, Chile. Recuperado el septiembre de 2018, de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/140464/Comportamiento-cooperativo-y-contratos-de-adhesi%C3%B3n.pdf?sequence=1>
- Lorenzetti, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fe : Rubinzal - Culzoni.
- Lutteral, P. (diciembre de 2016). La Transferencia Internacional de Tecnología Desafíos, tratamiento tributario internacional y propuestas para la redacción de contratos. 100-105. Barcelona, España: Universidad de Barcelona.
- Mankiw, G. (2004). *Principios de Economía 3 edición* . Madrid - España : Editorial Arevaca.
- Márquez, J. F., & Maximiliano, C. (2010). *Contrato de distribución*. Buenos Aires : Heliasta.
- Marshal, A. (1931). *Principios de Economía* (octava edición ed., Vol. 1). (E. Hazera, Trad.) Barcelona, España: Editorial El Consultor Bibliográfico. Recuperado el 20 de abril de 2018, de <https://eet.pixel-online.org/files/etranslation/traduzioni/spagna/Marshall,%20Principios%20de%20economia.pdf>
- Martínez, J. (1991). *Teoría de las Obligaciones* . México D.F.: Editorial Porrúa S.A.
- Martínez, M. (2007). Hobbes y la moral egoísta en. Bogotá - Colombia.
- Marzorati, O. (1995). *Sistemas de Distribución Comercial* . Buenos Aires : ASTREA.
- Massaguer , J., & Monteagudo, M. (1996). La confusión en el Derecho contra la competencia desleal. *Revista General del Derecho*(625), 11 - 615.
- Massaguer, J. (1999). *Comentario a la ley de Competencia Desleal*. Madrid.
- McManis, C. R. (1993). *Unfare Trade Practicase (prácticas comerciales injustas)*. Saint Paul.
- Ménendez , A. (1988). *Competencia desleal*. Valencia: CIVITAS Ediciones.
- Miranda Londoño , A. (marzo de 2017). La regla de la razón y la regla Per se en el Derecho Colombiano. Bogotá, Colombia.
- Mokate, K. (junio de 1999). Eficacia, eficiencia, equidad y sostenibilidad. (CEPAL, Recopilador) Santiago de Chile, Chile. Recuperado el 20 de abril de 2018, de https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/9/37779/gover_2006_03_eficacia_eficiencia.pdf
- Monferrer, D. (2013). *Fundamentos del Marketing*. Castellón de la Plana, España: Publicacions de la Universitat Jaume I. Recuperado el 20 de abril de 2018, de <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/49394/s74.pdf>

- Montaño, C. (2002). *Temas Especiales de Derecho Económico*. Quito - Ecuador : Universidad Andina Simón Bolívar .
- Montoya, A. (2012). Los acuerdos verticales y la defensa de la competencia. Madrid, España.
- Musse, A. H. (1990). *Lecturas de Derecho Económico*. Quito - Ecuador: Editorial del Banco Central del Ecuador.
- Nazar Espeche, F. (2016). *Defensa de la Competencia*. Buenos Aires, Argentina : Euro Editores S.R.L.
- Neira, L. C. (abril de 2013). *scielo.cl*. Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372013000100012&script=sci_arttext&tlng=pt
- Ortiz Baquero, I. (2009). La regla del Mínimis en el ámbito de acuerdos restrictivos de la libre competencia. *Revista Mercatoria*, Vol 8(2), 17-34.
- Otalora, H. G. (1991). *Derecho y Desarrollo*. Bogotá - Colombia.
- Otamendi, J. (octubre de 1998). La competencia desleal. (R. J. Derecho, Recopilador) Buenos Aires, Argentina. Recuperado el 09 de mayo de 2018, de http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-October1998/032Juridica01.pdf
- Ramírez Pérez, A., Navarro , C., & Trujillo, M. (2002). Consumerismo y movimiento de los consumidores: Valores, actitudes y comportamiento de los consumeristas de la población andaluza. *Revista REIS*, 145 - 176.
- Remaggi, L. A. (2017). *Cláusulas de exclusividad*. Buenos Aires, Argentina: ASTREA.
- Riaño, E. (2011). El derecho de competencia en nuestro estado social de derecho. Bogotá, Colombia. Obtenido de <http://revistas.ut.edu.co/index.php/rmee/article/viewFile/588/482>
- Rodríguez, A. B. (2014). *Apuntes de Derecho Mercantil*. Pamplona - España: Editorial Aranzadi S.A.
- Rodríguez, P. (2008). *Extinción no convencional de las Obligaciones*. Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile .
- Romero Peña, K. (2012). *El pacto de exclusiva*. Pamplona: Aranzadi.
- Rosa, G. V. (agosto de 2008). Teoría de la Elección Racional en las ciencias sociales. México D.F., México. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/soc/v23n67/v23n67a9.pdf>
- Sánchez Jiménez , G. (2003). *Derecho Mercantil*. Barcelona - España: Editorial Ariel S.A.
- Sánchez, F. (1985). *Instituciones del Derecho Mercantil*. Madrid - España: Editorial Sever-Cuesta.
- Sánchez, M. (2011). *Obligaciones y Contrato*. Quito - Ecuador : Editorial Jurídica del Ecuador .
- Thermes, R. (s.f.). La Unión Europea. Historia y perspectivas. *Escorial*, I(1), 1 - 21.
- Vintimilla Saldaña, J. (2016). El Contrato de distribución: de la atipicidad a la formalización. *Jurisdictio, Universidad San Francisco de Quito*, I(17), 207-230. Obtenido de

https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_17/iurisdictio_017_008.pdf

Vítolo, D. R. (05 de octubre de 2016). Apuntes sobre la regulación del contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación. *El Derecho*(14.054), págs. 1-08. Recuperado el 26 de septiembre de 2018, de <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2016/10/05102016.pdf>

Zaldivar, E. (2010). *Contratos de Colaboración Empresaria*. Santiago de Chile: Editorial Abelleo-Perrot.

CURRICULUM VITAE

Nombre: José Antonio Burneo Carrera

Edad: 25 años

Estado civil: Soltero

Teléfonos: 0995198837

E-mail: jburneo_94@outlook.es

FORMACIÓN ACADÉMICA

Estudios secundarios: Bachiller en la especialización “ciencias sociales” en el Colegio “de la Inmaculada Concepción” año 2013

Estudios universitarios: Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador por la Universidad de las Américas (UDLA) año 2018

Estudios de Postgrado: Máster (L.L.M.) Orientación Derecho Empresarial por la Universidad de Palermo año 2020.

Diplomado Superior en Arbitraje Comercial y Negociación por Universidad Austral año 2018.

Especialista Superior en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros por la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, año 2020.