

315009
1



UNIVERSIDAD SALESIANA

DERECHO

EL CONTRATO DE EXCLUSIVIDAD

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

LUIS GERARDO CASTELAN RAMOS

ASESOR: LIC. SALVADOR LLAMAS ARBIDE-IBARRA

MEXICO, D. F.

2002



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

PAGINACION

DISCONTINUA

A Dios,
para quien es, mi más infinita fe.

Con devoción.

A mis padres
por su apoyo incondicional.

En especial a mi madre,
por quien mi vida tiene sentido,
por que sin ella jamás habría sabido,
como dar un paso en este mundo.

Con admiración.

A Paty e Isaac,
por estar a mi lado,
por sus risas.

Los amo.

A todos los que hicieron posible
concluir esto.

Mi eterno agradecimiento.

A los que están hoy, en mi vida ausentes,
los hecho de menos.

Ciudad de México, Diciembre, 2001.

INDICE

Introducción.....	VI
Principales Abreviaturas.....	VIII

CAPITULO I

EL CONTRATO

1	El contrato	1
2	NORMAS QUE RIGEN AL CONTRATO.....	4
2.1	Las normas taxativas.....	4
2.2	Las normas individuales.....	4
2.3	Las normas supletorias.....	4
3	ELEMENTOS DEL CONTRATO.....	4
3.1	Elementos de existencia.....	5
A)	Consentimiento.....	5
B)	Objeto.....	6
a)	Objetos jurídicos del contrato.....	6
b)	Objeto material del contrato.....	6
b.1	Existir en la naturaleza.....	6
b.2	Ser determinados o determinables en cuanto a su especie y calidad.....	7
b.3	Estar dentro del comercio.....	7
C)	Solemnidad.....	7
3.2	Elementos de validez.....	7
A)	Capacidad.....	7
B)	Ausencia de vicios de Consentimiento.....	8
	Error.....	9
	Dolo.....	9
	Mala Fe.....	9
	Violencia.....	9
	La lesión.....	10
C)	Que el objeto motivo o fin del contrato sean lícitos.....	10
D)	Que la voluntad de las partes se haya exteriorizado con las formalidades establecidas por la ley.....	10
	Solemnes.....	11
	Reales.....	11
	Con libertad de formalismos.....	11
	Con formalismos restringidos.....	11

4	CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.....	12
4.1	Código Civil.....	12
4.2	División de Contratos.....	12
A)	Unilaterales y bilaterales.....	12
B)	Onerosos y gratuitos.....	13
C)	Conmutativos y aleatorios.....	14
4.3	Otras Clasificaciones que se desprenden del Código civil.....	14
	Solemnes.....	14
	Reales.....	14
	Con formalidades restringidas.....	14
	Con libertad de formalidades.....	14
	Contratos principales y accesorios.....	15
	Contratos típicos y atípicos.....	15
	Contratos instantáneos, de tracto sucesivo, de ejecución escalonada y de ejecución diferida.....	15
	Riesgos.....	15
	Contratos de libre discusión y contratos por adhesión, incluyendo las condiciones generales de contratación.....	16
	Contratos civiles y mercantiles.....	16
1º	Plazo para el cumplimiento de las obligaciones.....	17
2º	Procedimiento.....	17
3º	Impuestos.....	17
4º	La lesión.....	17
	Contrato de cambio y de organización.....	17
	Contratos procesales.....	18
	Contratos internacionales.....	18

CAPITULO II

LOS CONTRATOS MERCANTILES

1	Ideas Generales.....	19
2	FUENTES DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES.....	19
2.1	El Contrato como Fuente de Obligaciones Mercantiles.....	19
2.2	La ley como Fuente Especifica de Obligaciones.....	20
2.3	La Declaración Unilateral de Voluntad como Fuente de Obligaciones Mercantiles....	20
2.4	Diferencias entre Declaración Unilateral de voluntad y Promesa de Contratar.....	20
2.5	La responsabilidad Objetiva como Fuente de Obligaciones Mercantiles.....	21
2.6	Los Actos Ilícitos como Fuente de Obligaciones Mercantiles.....	21
2.7	El enriquecimiento ilegítimo.....	22
2.8	La gestión de negocios ajenos.....	22
2.9	La aceptación.....	22

2.10	El plazo.....	22
2.11	Capacidad Mercantil.....	23
2.12	Cumplimiento: lugar.....	23
2.13	Incumplimiento: consecuencias.....	23

CAPTULO III

EL CONTRATO ATÍPICO

1	CONCEPTO.....	25
a)	Concepto.....	25
b)	Tipicidad y atipicidad.....	25
2	EVOLUCIÓN.....	25
3	TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.....	26
a)	Tipicidad y Atipicidad.....	26
b)	Elasticidad del tipo legal.....	27
c)	La tipicidad social.....	27
4	LA EXPANSIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS.....	27
5	CONVERSIÓN DE FIGURAS ATÍPICAS EN TÍPICAS.....	28
6	CLASIFICACIÓN.....	29
a)	Los contratos atípicos puros.....	29
b)	Los contratos mixtos o complejos.....	29
7	PROBLEMÁTICA BÁSICA DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS.....	29
8	INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS.....	30
a)	Teoría de la absorción o de la observación.....	30
b)	Teoría de la combinación.....	30
c)	Teoría de la analogía.....	31
d)	Teoría del interés dominante.....	31
9	NUESTRA LEGISLACIÓN.....	31
a)	Interpretación.....	31
b)	La forma de los contratos atípicos.....	32
10	LOS CONTRATOS COALIGADOS.....	33
a)	Concepto.....	33
b)	Requisitos.....	33
c)	Clasificación.....	34
11	EL SUBCONTRATO.....	35
A)	Características.....	36

CAPITULO IV

REGULACIÓN DE LAS FUSIONES Y REPRESIÓN DE LAS PRÁCTICAS
MONOPÓLICAS EN MÉXICO

1	ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	37
2	ASPECTOS CONSTITUCIONALES.....	39
2.1	La regulación de la actividad monopolica de las empresas.....	39
2.2	Las restricciones a la libre competencia realizada por entidades federativas.....	40
3	LA PROHIBICIÓN DE LOS MONOPOLIOS Y LA PROHIBICIÓN DE LAS PRACTICAS MONOPÓLICAS; DIFERENCIAS.....	41
4	LA DEFINICIÓN JURÍDICA DE MONOPOLIO.....	43

CAPITULO V

EL CONTRATO DE EXCLUSIVIDAD

1	INTRODUCCIÓN.....	45
2	CONCEPTO.....	45
3	ACCESORIEDAD DEL PACTO.....	46
4	REQUISITOS.....	47
5	CLASES.....	48
6	EFFECTOS.....	49
7	INCUMPLIMIENTO.....	50
8	NATURALEZA JURÍDICA.....	50
9	LA EXCLUSIVIDAD Y LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA	51
10	LA EXCLUSIVIDAD Y EL REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA.....	53
11	PRACTICAS MONOPOLICAS ABSOLUTAS.....	55
12	PRACTICAS MONOPOLICAS RELATIVAS.....	56
	Conclusiones.....	60
	Bibliografía.....	IX

INTRODUCCIÓN

En un mundo cada día más globalizado, donde se ha abandonado por completo el proteccionismo y se ha abrogado la ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en materia de monopolios publicada en el diario Oficial de la federación de 31 de agosto de 1934 y sustituida por la Ley Federal de Competencia Económica publicada el 24 de diciembre de 1992 en el Diario Oficial de la Federación, han surgido diversas disposiciones mercantiles en México y en otras naciones.

En la práctica de los negocios, una importante cantidad de los contratos que se celebran cotidianamente son atípicos y, muchos de ellos, mercantiles. Y todo esto, que es normal en el Derecho, tiene muchas razones que lo explican. Algunas de estas causas son: la aparición de nuevos hechos y cosas objeto del contrato, la creatividad de los hombres de negocios, la influencia de la economía de los Estados Unidos de América y el proceso lento de las legislaciones para adaptar nuevas normas a la cambiante realidad de la vida económica, política y social.

Las disposiciones del Derecho mercantil que hoy rigen a México y quizá a otros países del mundo, han variado en forma muy importante en estos años. Hoy nos enfrentamos a un Derecho mercantil que abarca nuevas materias de regulación con una normativa más abierta, más internacional y, quizá, menos rígida; pero, también, un Derecho con otras preocupaciones como la armonización de sus normas con las de otros ordenamientos, la competencia económica, la protección al consumidor o la solución de conflictos.

Es así como surge el contrato de exclusividad, pero, ¿de donde surge dicho contrato?, ¿cuál es su concepto?, ¿cuáles son sus requisitos, clases, efectos?, ¿qué sucede al momento de que existe un incumplimiento del mismo?, ¿cuál es la naturaleza jurídica?, ¿qué nos dice la Ley Federal de Competencia Económica sobre la exclusividad? y sobre todo ¿podría llegar a ser una práctica monopolica?, si lo es, ¿qué tendría que ver con las llamadas prácticas monopolicas relativas y absolutas, y ¿de que manera intervienen los llamados poder sustancial y mercado relevante?.

La *exclusividad* es un concepto que aparece con frecuencia en las relaciones de Derecho privado derivadas de contratos mercantiles. En la práctica actual de los negocios, numerosos contratos entre empresas contienen alguna referencia a la exclusividad como elemento importante de actos jurídicos que buscan relaciones duraderas.

El *pacto de exclusiva* suele aparecer en contratos como los de: suministro, transferencias de tecnología, agencia, distribución o franquicia; e incluso en relaciones con comisionistas y mediadores. Algunas de estas figuras de reciente auge en el Derecho mercantil, no reguladas todas ellas por nuestras leyes y por tanto atípicas, pueden ir acompañadas de un acuerdo de exclusividad que no siempre se pacta en forma clara y que da lugar a dificultades en su interpretación y alcances.

En el Derecho Mexicano existen algunas referencias a la exclusividad. Por ejemplo, la Constitución se refiere a los privilegios que se conceden a autores y artistas e inventores para la

protección de sus obras y para el uso exclusivo de sus inventos (Art. 28). La misma Ley fundamental señala como facultad del Presidente de la República conceder privilegios exclusivos a inventores (Art. 89 frac. XV). La Ley Federal de Competencia Económica menciona a la distribución exclusiva como actividad económica que puede ser, si se dan ciertas circunstancias, una práctica monopólica Relativa (Art. 10-I de la Ley Federal de Competencia Económica). En la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Intelectual se reconoce el derecho exclusivo de explotación a los titulares (o licenciatarios) de una patente (Art. 9º) y el derecho exclusivo al uso de una marca (Art. 87), de aviso o de nombre comercial (Arts. 99 y 105) a sus titulares (o usuarios autorizados). También en dicha ley se reconoce el contrato de franquicia que entraña una cierta exclusividad para el franquiciatario respecto a un territorio o a uno o varios establecimientos. La Ley Federal del Derecho de Autor se refiere a "prerrogativas y privilegios exclusivos del autor respecto a su obra (Arts. 11 y 24).

Una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace referencia a la exclusividad referida al contrato de agencia. Dice en lo conducente: "el contrato celebrado por una empresa con determinadas personas, concediéndoles la exclusividad para que vendan los productos de aquellas en tal o cual región,... es de naturaleza sui génesis, semejándose al contrato de agencias... (Cfr la tesis Concesiones exclusivas para la venta de productos de una empresa, naturaleza de los contratos de).

PRINCIPALES ABREVIATURAS

art.	Artículo.
C.c.	Código Civil Federal.
D.O.	Diario Oficial de la Federación.
fracc.	Fracción.
LCE	Ley Federal de Competencia Económica.
LIE	Ley de Inversión Extranjera.
LOAAC	Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito.
pág.	Página.
p.e.	Por ejemplo.

CAPITULO I

EL CONTRATO

Concepto. El código Civil define al convenio en el artículo 1792 y al contrato como una especie de aquél en el 1793:

Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

"Desde otro punto de vista la distinción entre contrato y convenio como género y especie es inútil, toda vez que a ambos se les aplica las mismas reglas, ya que el artículo 1859 del código civil dice: Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios..."

1 CONTRATO

I. (Del latín *contractus*, derivado a su vez del verbo *contrahere*, reunir, lograr, concertar.) Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin embargo, tiene una doble naturaleza pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada.

II. Antecedentes históricos. En Roma surge el contrato, pero originalmente no es una fuente genérica de obligaciones, ya que sólo algunas figuras típicas del acuerdo de voluntades producían acción y era sancionado su incumplimiento. El sistema contractual romano en una larga evolución histórica que va del formalismo al consensualismo ve aparecer las siguientes figuras: 1) Contratos *verbis* que se perfeccionaban (es decir adquirían obligatoriedad) sólo mediante el uso de determinadas frases verbales, p.e. la *stipulatio*. 2) Contratos *litteris* que se perfeccionaban mediante la inscripción de un registro (*codex accepti et expensi*) de una deuda. Era una forma contractual que tuvo escasa importancia. 3) Contratos *re* que se perfeccionaban mediante el consentimiento de las partes aunado a la entrega (*traditio*) de una cosa (*res*), eran el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda; generalmente creaban obligaciones sólo para la parte que recibía la cosa (exigibles por una *actio directa*) pero eventualmente podían surgir para la otra parte (exigiéndose por una *actio contraria*) p.e. cuando un depositario hacía gastos extraordinarios para la conservación de la cosa, el depositante debía reembolsarlos. 4) Contratos consensuales que se perfeccionaban por el mero consentimiento de las partes y eran la compraventa o *emptio-venditio*, el arrendamiento o *locatio-conductio*, la sociedad y el mandato. 5) Contratos innominados eran aquellos que no encuadraban dentro de una figura típica y que resultaban obligatorios cuando concurrían el consentimiento y la prestación de una de las partes. 6) Pactos que eran los acuerdos

que no producían ningún efecto jurídico (nada pacta), posteriormente para algunos de ellos se concedió acción para exigir su cumplimiento (pacta vestita).

La concepción romana del contrato subsiste prácticamente inalterada hasta la aparición del liberalismo a fines del siglo XVIII. Es en esta época que se otorga a esta figura jurídica un valor fundamental, pues incluso la existencia de la sociedad se quiere hacer depender de un pacto (como en las doctrinas de Rousseau). Se estatuye el principio de la autonomía de la voluntad y el de una casi absoluta libertad de contratación. Actualmente con el auge de las ideas colectivistas el ámbito del contrato se va reduciendo paulatinamente.

III. El contrato como acto jurídico. Entre los sucesos que el derecho toma en cuenta para atribuirles efectos jurídicos destaca el acto o negocio jurídico que es una manifestación exterior de la voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin es engendrar con apoyo en una norma jurídica o en una institución jurídica en contra o en favor de una o varias personas un estado, es decir una situación jurídica permanente y general o por el contrario un efecto de derecho limitado consistente en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica (pag. 176). Se ha considerado al contrato como el tipo más caracterizado del acto jurídico y el C.c. acepta esta postura pues dispone que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos (art. 1859).

Determinar si todo acto jurídico bilateral (es decir cualquier acuerdo de voluntades con efectos jurídicos) es un contrato o si este concepto es aún más restringido es una cuestión que ha ocupado a la doctrina. Se han agrupado las diferentes definiciones en cuatro grupos. Así tenemos la "concepción amplia" que identifica al contrato con la convención o acto jurídico bilateral y que incluye todo acuerdo dirigido a crear, modificar, o extinguir relaciones de obligación y a constituir relaciones de derecho de familia. Luego estaría la "concepción estricta" en que se separa a la convención del contrato siendo la primera el género y el segundo la especie. Esta es la posición del C.c. que considera como convenios a los acuerdos que crean, transfieren, modifican o extinguen las obligaciones y derechos y como contratos sólo a los convenios que crean o transmiten dichas obligaciones y derechos (arts. 1792-1793). Para esta concepción el contrato es un acuerdo dirigido a constituir una obligación patrimonial. La "concepción intermedia" acepta que el contrato, siempre con contenido patrimonial, no sólo se dirige a la constitución de derechos y obligaciones sino que además sirve para extinguirlos o modificarlos. Por último la "concepción novísima", proveniente del campo del derecho público, representada por Jellinek, Hauriou y Duguit que limita el concepto del contrato para encontrarlo solamente donde hay intereses opuestos. De acuerdo con estas teorías habría junto al contrato otros acuerdos de voluntades, como el acto colectivo y la simple convención.

El C.c. establece las reglas generales sobre contratos (arts. 1792-1859) por la razón histórica de que los contratos civiles fueron los primeros en aparecer. Ahora bien el contrato como todo acto jurídico debe reunir para ser existente ciertos elementos señalados en el art. 1794 del C.c. y son:

1) El consentimiento, que se da cuando existe el concurso de voluntades de dos o más sujetos; por lo tanto implica la manifestación de dos o más voluntades, pero no basta, es necesario además que concuerden.

2) Objeto que pueda ser materia de contratación (la doctrina ha distinguido entre objeto directo del contrato que es la creación o transmisión de derechos y obligaciones y objeto indirecto que es el contenido de la obligación que se constituye en virtud de dicho contrato. A esta última acepción nos estamos refiriendo) es decir que sea posible tanto física como jurídicamente; de acuerdo al art. 1828 del C.c., se entiende que hay imposibilidad cuando un hecho no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza (física) o con una norma jurídica que debe regirlo

necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización (jurídica). Además de estos elementos de existencia, es necesario que se den ciertos requisitos o presupuestos de validez para que el contrato produzca normalmente todos sus efectos jurídicos y no pueda ser invalidado.

Estos requisitos (establecidos en forma negativa en el art. 1795 del C.c.) son: 1) La capacidad legal de las partes. Se entiende por ésta la capacidad de ejercicio, de la que están excluidas las personas señaladas en el art. 450. 2) La ausencia de vicios del consentimiento. Estos vicios son el error, la violencia y el dolo (art. 1812). 3) La licitud en el objeto, el motivo o el fin del contrato. La ilícitud es lo contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (art. 1830). 4) Y una determinada forma cuando la ley la establezca. El C.c. es consensualista pues la forma siempre es una excepción (art. 1796). La ausencia de estos requisitos produce la nulidad absoluta o relativa (arts. 2225 y 2228). También el contrato puede ser rescindido cuando alguien obtiene un lucro excesivo y desproporcionado a lo que él se obliga, aprovechándose de la ignorancia de otro (art. 17). Esta es la figura de la lesión.

Si se dan estos elementos de existencia y requisitos de validez el contrato es obligatorio. Esta idea se ha expresado en el principio conocido como *pacta sunt servanda* (es decir, los pactos deben ser cumplidos). El C.c. lo señala así en los arts. 1796 y 1797.

Sin embargo frente a este principio la doctrina ha desarrollado últimamente la teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad superveniente que consiste en que los contratos deben ser revisados cuando acontecimientos extraordinarios provocan un cambio en las condiciones que resiente injustamente una de las partes. El antecedente de esta teoría es el principio de *rebus sic stantibus* (mientras las cosas así permanezcan) elaborado por los canonistas medievales.

Los civilistas han hecho una clasificación de los elementos del contrato diferenciando a los: 1) Esenciales que son (aparte de los dos existencia que ya vimos que tienen carácter general) los que cada figura típica contractual exige para configurarse, p.e. cosa y precio en la compraventa. 2) Naturales que son las consecuencias implícitas en el contrato pero que se pueden eliminar por acuerdo expreso de las partes, p.e. el saneamiento por evicción en la compraventa. 3) Accidentales que son modalidades que sólo existen en el contrato si las partes así lo acuerdan, p.e. el término y la condición.

Existen múltiples criterios de clasificación de los contratos algunos de ellos son: 1) Civiles (p.e. el arrendamiento), mercantiles (p.e. el seguro), laborales y administrativos. 2) Bilaterales o sinalagmáticos (art. 1836 del C.c.), cuando existen obligaciones para ambos contratantes y unilaterales (art. 1835) cuando sólo una de las partes está obligada. 3) Onerosos cuando se estipulan provechos y gravámenes recíprocos y gratuitos cuando el provecho es de una sola de las partes (art. 1837). No se deben confundir los contratos gratuitos con los unilaterales pues, en aquellos, una parte sólo tiene provecho si está obligada, p.e. en el comodato que es un préstamo gratuito de uso, el comodatario debe devolver la cosa. Los onerosos se subdividen en A) conmutativos cuando las partes desde un principio pueden apreciar el beneficio o pérdida que el contrato les causa, y B) aleatorios cuando la existencia o monto de la prestación depende del azar (art. 1838). 4) Nominados que son los tipificados en la ley, e innominados los que no están y se rigen de acuerdo al C.c. por las normas del contrato nominado con el que tengan mayor semejanza (art. 1858).

Cierto sector de la doctrina considera que existen muchas figuras a las que indebidamente se les da el nombre de contrato siendo en realidad actos jurídicos de naturaleza especial p.e. el matrimonio, la sociedad, el contrato colectivo de trabajo y el contrato de adhesión (Buen Lozano, pag. 265 a 298).

IV. El contrato como norma jurídica individualizada. El más brillante expositor de esta concepción es Hans Kelsen. Este autor explica que la teoría tradicional sólo vio en el contrato un acto jurídico, ya que lo analizó desde la perspectiva de un acto de aplicación del derecho. (Así al contratar las

partes aplican una regla de derecho -pacta sunt servanda- a una situación concreta). Olvidando que el contrato también es un acto de creación del derecho pues de él surgen para los sujetos, obligaciones y derechos que anteriormente no tenían. Kelsen parte de la idea de que todo acto es al mismo tiempo de creación y aplicación del derecho. La "fuerza obligatoria" del contrato radica en que éste ha creado una norma que sólo se distingue de la que los contratantes aplicaron en que tiene carácter individual o concreto. Para este autor existe un equívoco pues contrato designa tanto un acto o procedimiento determinado como su producto que es la norma contractual.

2 NORMAS QUE RIGEN AL CONTRATO

2.1.- Las normas taxativas conocidas también como leyes preceptivas, imperativas y prohibitivas, determinan obligatoriamente el contenido y alcance del contrato, sea por leyes ordinarias, reglamentarias o por medio de reglamentos administrativos. Así el artículo 8° dispone:

Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

2.2.- Las normas individuales o *lex contractus* creadas por los particulares en los contratos, tienen plena validez siempre que no vayan en contra de las disposiciones de orden público o de las buenas costumbres.

2.3.- Las normas supletorias o permisivas que complementan la voluntad de las partes. Así lo establece el código civil.

Artículo 6.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Artículo 7.- La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.

3 ELEMENTOS DEL CONTRATO

El contrato se integra con elementos de existencia y de validez. Los primeros también denominados de esencia o estructurales, son indispensables para que haya contrato. Para la existencia del contrato se requiere (art. 1794 código civil) :

- I. Consentimiento
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Los segundos, o sea los elementos de validez no impiden que el contrato nazca, pero si provocan su ineficacia.

El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

3.1 Elementos de existencia

Los elementos de existencia, esenciales o estructurales del contrato, son el consentimiento, el objeto y excepcionalmente la solemnidad.

A) Consentimiento

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones. Este debe recaer sobre el objeto jurídico y el material del contrato. La manifestación de voluntad debe exteriorizarse de manera tácita, verbal, escrita o por signos indubitables

El consentimiento en los contratos se integra con dos elementos: la oferta y la aceptación, Sin embargo "La diferencia entre propuesta y aceptación se hace irrelevante cuando una de las partes no presenta a la otra para su aceptación una propuesta conclusa, sino que ambas partes formulan conjuntamente el texto del contrato y posteriormente ambas manifiestan su conformidad suscribiéndolo". En este caso cabe decir que cada parte se halla al propio tiempo en la posición de proponente y de aceptante ¹.

En algunas ocasiones se confunde el consentimiento con los tratos o acuerdos preliminares, en los que se ha conversado sobre el posible contenido del contrato. Los tratos no se consideran consentimiento pero cuando por dolo o mala fe de una de las partes hay divergencia entre los tratos y el contrato, se incurre en la culpa in contrahendo que puede ser causa de nulidad del contrato.

¹Larenz, Karl, Derecho Civil. Parte General, editorial revista de Derecho Privado. editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.

B) Objeto

El objeto del contrato puede analizarse de acuerdo a dos categorías distintas: el objeto jurídico y el material.

A su vez el objeto jurídico directo es la creación y transmisión de derechos y obligaciones. Al respecto debemos recordar que el contrato es una fuente de obligaciones y como tal crea obligaciones.

El objeto jurídico indirecto del contrato es el objeto directo de la obligación esto es, el dar, hacer o no hacer.

Por lo que hace al objeto material del contrato, se refiere a realizar y a la conducta de la que debe abstenerse.

El código civil regula simultáneamente los objetos jurídicos, tanto directo como indirecto, sin hacer distinción con el objeto material del contrato.

a) Objetos jurídicos del contrato

El contrato como fuente de las obligaciones tiene como finalidad el crear o transmitir derechos y obligaciones.

Las obligaciones que se crean por medio del contrato pueden consistir en dar, hacer o no hacer.

Toda vez que el contrato es obligacional pues su finalidad es crear obligaciones, éste existe aún cuando no haya objeto material en el momento de contratar, como en el caso de la venta de cosa futura. En cambio si por medio del contrato no se crean o transmiten obligaciones éste no existe.

Si las obligaciones que se crean en el contrato son de dar, de acuerdo con el artículo 2011, pueden consistir:

- I. En la traslación de dominio de cosa cierta (compraventa y permuta).
- II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta (arrendamiento y comodato).
- III. En la restitución de cosa ajena a pago de cosa debida (mutuo).

Por lo que se refiere a las obligaciones de hacer y de no hacer se establece: que si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la sustitución sea posible. (art. 2027).

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho.

El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.

b) Objeto material del contrato

Las cosas. Las cosas objeto del contrato deben ser física y legalmente posibles.

La cosa objeto del contrato debe: 1° Existir en la naturaleza, 2° Ser determinada o determinable en cuanto a su especie, 3° Estar en el comercio. (art. 1825).

b.1. *Existir en la naturaleza.* Sin embargo las cosas futuras pueden ser objeto del contrato con tal de que sean susceptibles de existir (art. 1826), por ejemplo la compraventa de una casa que aún no se ha construido.

b.2. *Ser determinadas o determinables en cuanto a su especie y calidad.* Se entiende por especie a una limitación del género o sea una individualización en cuanto a la cantidad y calidad, esto es porque se cuenta, se pesa, o se mide. En los contratos traslativos de dominio de géneros, la propiedad no se transmite hasta que no sean individualizados con conocimiento del acreedor (Art. 2015).

b.3. *Estar dentro del comercio.* A este respecto el código civil establece:

Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley. (Art. 748). Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declare irreductibles a propiedad particular.

Es aquí conveniente hacer una distinción entre la inenajenabilidad y la inalienabilidad. Inenajenable es lo que no es susceptible de apropiación particular porque por su naturaleza o por la ley está fuera del comercio. En cambio lo inalienable está dentro del comercio pero para proteger a cierto tipo de personas la ley prohíbe su enajenación, gravamen o embargo. Un ejemplo son los inmuebles afectados al patrimonio de familia, los cuales pueden pertenecer al padre pero no se pueden vender, gravar o embargar.

C) Solemnidad

En algunos actos jurídicos como en el testamento y el matrimonio, la solemnidad es un elemento esencial, estructural o de existencia.

3.2 Elementos de validez

Para que el contrato sea válido debe existir: A) Capacidad de las partes. B) Ausencia de vicios en el consentimiento, tales como el error, el dolo, la mala fe y la lesión. C) Que el objeto motivo o fin sean lícitos. D) Que la voluntad de las partes se haya exteriorizado con las formalidades establecidas por la ley.

A) Capacidad

La capacidad puede ser de goce o de ejercicio. La de goce es la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. La regla general es que todos los individuos son capaces desde su nacimiento, la excepción es la incapacidad (Art. 22). Sin embargo el *nasciturus* se encuentra protegido por la ley desde su concepción. Los artículos 1314 y 2357 establecen que pueden ser sujetos de herencia y donación, los concebidos, siempre y cuando se cumpla con la *conditio juris* de que sean viables, o sea que "... desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil," (Art. 376).²

²Los concebidos y no nacidos como embriones, fetos, *nasciturus*, postumos, etcétera, son reconocidos por nuestras leyes como seres, con vida dependiente de su madre pero con existencia propia, pues ya se encuentran con su sexo y su código genético definido. Se puede reconocer la paternidad de estos seres, pueden heredar o ser donatarios, si se atenta contra su vida se comete el delito de aborto.

El código civil establece en el artículo 22: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

Existen también algunas incapacidades especiales de goce, por ejemplo los extranjeros no tienen capacidad de goce para adquirir en las zonas restringidas que son 100 Km. De la frontera y 50 Km. De las playas.

Hay capacidad de ejercicio cuando la persona puede ejercer por sí mismo sus derechos y obligaciones. Así también existen dos tipos de incapacidades de ejercicio, las generales y las especiales.

Las generales se encuentran establecidas en el artículo 450 del Código Civil, es decir, tienen incapacidad natural y legal: los menores de edad, los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Estos incapacitados solo pueden ejercer sus derechos por medio de su representante legal padres en el ejercicio de la patria potestad o tutor. "La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia, pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

La incapacidad especial es cuando personas mayores que no se encuentren en el caso del artículo 450, se ven impedidos de actuar por la relación que tienen con una persona o bien con una cosa. Por ejemplo los jueces y abogados que tampoco pueden comprar los bienes que fueron objeto del litigio en el que intervinieron. Algunos autores denominan a estas incapacidades falta de legitimación.

En la legislación mexicana el término legitimación no es usado dentro de los Códigos Civil y de Comercio, toda vez que esta figura está encuadrada dentro de la capacidad.

En general la doctrina considera la legitimación como la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico, o sea, la relación que existe entre los sujetos o uno de los sujetos con el objeto. Así por ejemplo en una compraventa los padres en ejercicio de la patria potestad no están legitimados para adquirir los bienes del menor; un extranjero tampoco puede adquirir un bien inmueble ubicado en la "zona restringida".

B) Ausencia de vicios de Consentimiento

El consentimiento debe darse en forma libre y veraz, de tal manera que las partes estén de acuerdo tanto en la persona como en el objeto y en las formalidades del contrato.

Por lo mismo el consentimiento no debe estar viciado por error, dolo mala fe, violencia o lesión. Es relativa la nulidad que se provoca cuando un contrato se celebra con vicios en el consentimiento. Por lo tanto el contrato se puede convalidar una vez que han cesado los vicios y la víctima ha ratificado su voluntad. Es nula la renuncia anticipada a invocar la nulidad por los vicios del consentimiento (Arts 6° y 1822).

El error es una creencia contraria a la verdad, es un estado psicológico en el que existe una discordancia entre el pensamiento y la realidad, a diferencia de la ignorancia que es la falta de conocimientos.

El error se puede clasificar en obstáculo, nulidad e indiferente.

Error:

- 1.- Obstáculo (inexistente) Identidad en la persona, Identidad en el objeto, Naturaleza del contrato.
- 2.- Nulidad (nulo relativo) hecho, derecho.
- 3.- Indiferente (Cuanti minoris).

El *error* obstáculo impide que el contrato nazca por falta de consentimiento. El error puede recaer sobre: la identidad de la persona en los contratos *intuitu personae*; la identidad en el objeto; la naturaleza del contrato.

El *error* nulidad puede ser de hecho o de derecho y provoca la nulidad relativa. Está regulado por el artículo 1813 que dice: El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contaran, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró este en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

El *error* de hecho se da cuando recae sobre la naturaleza y características del objeto material del contrato.

El *error* de derecho "es la falsa opinión de un contratante sobre una regla jurídica aplicable al contrato que procede de la ley o de su interpretación". En ambos casos para nulificar el contrato son necesarias dos características; que recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad, y que éste se haya expresado claramente en el contrato o se desprenda de su interpretación.

El *error* indiferente o llamado también aritmético recae sobre las cualidades secundarias del objeto material del contrato. Por ejemplo cuando las medidas no son correctas, circunstancia que da lugar a la rectificación por medio de la acción *cuanti minoris*.

Dolo.- Este tipo de conducta se configura cuando una persona emplea cualquier sugestión o artificio para inducir a error o mantener en él a cualquiera de los contratantes (Art. 1815).

El dolo nulifica al contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad y no sobre características secundarias. Puede existir dolo principal o secundario. El principal anula "el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico" (Art. 1816). El dolo secundario provoca la acción *cuanti minoris* pues de haberse conocido se hubiera pagado un precio más bajo. También existe el dolo bueno que es exagerar las cualidades del bien objeto del contrato. Éste no provoca ni la nulidad del contrato, ni el ajuste en el precio.

Mala fe.- Se entiende por mala fe "la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido" (Art. 1815). Esto es cuando a una persona no se le saca de su error y se permite que continúe en él.

Violencia.- Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenaza que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

Ahora bien, la violencia produce la nulidad relativa, misma que debe invocarse dentro de los seis meses en que cesó esta.

La lesión.- Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación.

El derecho concedido en este artículo dura un año.

Para que la lesión se configure es necesario que existan dos elementos: El psicológico y el objetivo.

El elemento psicológico es un vicio del consentimiento que evita contratar en igualdad de circunstancias en virtud de que una de las partes está en el supuesto de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria. El objetivo es la desproporción económica entre lo que se da y lo que recibe.

La lesión únicamente puede darse en los contratos conmutativos y onerosos, no así en los aleatorios, en donde el carácter de ganancioso está sujeto a una condición. Tampoco puede darse en los gratuitos en donde existe una liberalidad y todos los provechosos son en favor de una de las partes y los gravámenes a cargo de la otra.

Por lo que se refiere a los contratos mercantiles la lesión no se puede invocar, pues hay que recordar que éstos tienen como fin la especulación y el lucro.

C) Que el objeto motivo o fin del contrato sean lícitos

¿ Que se considera ilícito? "el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres" (Art. 1830). Por otro lado el artículo 8° dispone:

Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

A este respecto podemos clasificar las leyes permisivas, que son las que suplen la voluntad de las partes; prohibitivas que limitan la actuación de los particulares por ir en contra del interés general; y, preceptivas que son las que interesan mas a la sociedad que a los particulares como por ejemplo las leyes constitucionales, administrativas, penales, procesales, etcétera.

La licitud debe recaer sobre objeto tanto jurídico como material del contrato. También debe recaer sobre el fin o motivo determinante de la voluntad que es lo que se conoce como la causa del contrato.

D) Que la voluntad de las partes se haya exteriorizado con las formalidades establecidas por la ley.

El término forma, frecuentemente se confunde con el de formalismos y formalidades. Por esta razón algunos autores al tratar de las clasificaciones de la forma más bien se refieren a las formalidades o formalismos.

La forma se define como: El signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico. Y los formalismos o formalidades

como: El conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan como se debe exteriorizar la voluntad para la validez del acto jurídico.

En estas definiciones se establece la distinción entre la forma, como parte del consentimiento, y los formalismos o formalidades como elemento de validez del contrato.

En cuanto a los formalismos, los contratos se han clasificado históricamente en solemnes, reales, consensuales y formales.

Solemnes. - En nuestro derecho positivo sólo existen dos actos jurídicos solemnes. El testamento y el matrimonio. En un tiempo otras legislaciones como la francesa consideraron solemnes a los contratos cuya formalidad exigida era la notarial. Actualmente según el estudio de Mazeaud³ "la intervención de los notarios no ésta requerida ya para la validez del acto, sino tan sólo para su publicidad".

En los actos solemnes se considera a los formalismos como uno de los elemento esenciales del contrato. Algunos autores los llaman "forma de ser", de tal suerte que si no se satisfacen las formalidades requeridas por la ley, el contrato es inexistente, de acuerdo con el aforismo forma de esse rrei.

Reales. - Son los contratos que se perfeccionan con la entrega de la cosa. En el Código Civil vigente la prenda es el único contrato real. Sin embargo para su perfeccionamiento, no se requiere la entrega física del bien, pues basta con la entrega jurídica quedando en poder del deudor el bien prendado.

Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor, porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra tercero, debe inscribirse en el Registro Público (art. 2859).

El deudor puede usar de la prenda que quede en su poder en los términos que convengan las partes.

Con libertad de formalismos. - Estos contratos son válidos con la simple exteriorización del acuerdo de voluntades, ya sea en forma verbal, en escrito privado o en escritura pública.

Con formalismos restringidos. - La ley señala que para la validez de estos contratos, no es suficiente la manifestación verbal, sino son necesarios determinados formalismos, tales como el escrito privado, o la escritura pública.

A estos formalismos algunos autores les denominan "forma de valer".

En sentido estricto todos los contratos son formales, toda vez que la voluntad debe exteriorizarse por cualquier medio. No obstante que para la validez de algunos contratos la ley establece determinada formalidad, para otros no señala alguna en especial.

³ Mazeaud, Henri, León y Jean Lecciones de derecho civil, trad: Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, vol. I, Buenos Aires, 1960, p. 82.

4 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Durante el proceso de estudio del estudio de los contratos y sus consecuencias jurídicas, han existido diferentes criterios y sistema de clasificación, unos legislativos y otros doctrinales, tomando en cuenta sus efectos jurídicos. A continuación se enumeran algunos de ellos.

4.1 Código Civil:

El libro cuarto, Primera Parte, bajo el rubro de "División de los contratos" (Art. 1835 a 1838), los clasifica en unilaterales y bilaterales, onerosos y gratuitos, a su vez los onerosos los subdivide en conmutativos y aleatorios.

Por otro lado la Segunda Parte del Libro Cuarto, denominada "De las diversas especies de contratos" va enumerando cada uno de los contratos típicos o nominados, mismos que por la forma como se encuentran clasificados, los podemos agrupar de la siguiente manera:

- I. Contratos preparatorios: la promesa.
- II. Traslativos de dominio: la compraventa, permuta, donación y mutuo.
- III. Traslativos de uso temporal: arrendamiento y comodato.
- IV. Los que tienen como objeto una obligación de prestación de servicio: a) de gestión: mandato, prestación de servicios profesionales, obra a precio alzado, y transporte. b) de custodia: depósito, secuestro y hospedaje.
- V. Con un fin común: asociación, sociedad, y aparcería.
- VI. Aleatorios: juego, apuesta, renta vitalicia, y compra de esperanza.
- VII. Los de garantía: fianza, prenda e hipoteca.
- VIII. Los que prevén o resuelven una controversia: transacción y compromiso en árbitros.
- IX. Sociedad conyugal.

4.2 División de Contratos

A) Unilaterales y bilaterales:

"El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada" (Art. 1835). Por ejemplo se puede mencionar el contrato de promesa de venta unilateral, en el cual el promitente vendedor se obliga a vender a un beneficiario de la promesa, quien no se obliga a comprar. Hay acuerdo de voluntades pero sólo una de las partes queda obligada.

Es importante mencionar que no hay que confundir el acto jurídico unilateral con el contrato unilateral. El primero, como podría ser el testamento, no existe acuerdo de voluntades, sino sólo manifestación de la voluntad de una persona. En el segundo o sea en el contrato unilateral, si hay un acuerdo de voluntades, pero sólo se obliga una de las partes.

El contrato bilateral "es cuando las partes se obligan recíprocamente" (Art. 1836). Por ejemplo el contrato de arrendamiento.

Los bilaterales también se conocen como sinalagmáticos, los cuales se dividen en perfecto e imperfecto. Este último se da cuando el contrato nace unilateral y se convierte en bilateral. Por ejemplo el contrato de donación que nace unilateral, pero se convierte en bilateral en el caso de la revocación de la donación por que el donante ha venido a pobreza y el donatario no lo asiste.

De acuerdo con la doctrina causalista, en los contratos bilaterales la obligación de uno de los contratantes tiene como causa la obligación del otro.

La utilidad práctica de la distinción entre contratos unilaterales y bilaterales consiste en que a estos últimos se le aplican las siguientes reglas:

1° En los bilaterales las obligaciones son recíprocas "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

Por lo que se refiere a la resolución del contrato, el artículo 1949 establece que para el caso de incumplimiento, se debe exigir ya sea la ejecución forzosa o bien la rescisión del contrato. Esta opción la tiene que hacer valer expresamente el afectado por el incumplimiento.

B) Onerosos y gratuitos

Los contratos se clasifican en onerosos y gratuitos, tomando en cuenta si las cargas o gravámenes son recíprocos. El artículo 1837 los describe de la siguiente forma:

Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.

Con frecuencia se confunde el contrato bilateral con el oneroso, el bilateral se refiere a las obligaciones recíprocas, y el oneroso a las ganancias o las pérdidas. Un ejemplo claro de esto es el mutuo simple.

En los contratos gratuitos siempre existe una liberalidad o sea la libertad de dar o hacer sin obtener una contraprestación. La libertad tiene dos elementos: el psicológico que nace del animus domini, o el poder de libre disposición y el económico que es la ausencia de ganancias o ventajas. Por ejemplo la donación, comodato, mutuo simple y mandato gratuito.

En la generalidad de los casos, estos contratos son intuitu personae, es decir, se celebran tomando en cuenta la calidad y características de la persona. Si no hay identidad en la persona no hay acuerdo de voluntades y por lo tanto el contrato es inexistente.

La utilidad práctica de la distinción entre contrato oneroso y gratuito reside:

1.- Sólo pueden celebrar contratos gratuitos los que son dueños o sus representantes con facultades de dominio. No así lo administradores tales como el tutor, padres en ejercicio de la patria potestad, apoderado para actos de administración, pues su función es conservar e incrementar y nunca gravar los bienes de su representado.

Los contratos onerosos se rescinden, en cambio los gratuitos se revocan. Por ejemplo, una donación puede ser revocada por ingratitud, supervenencia de hijos, etc.

C) Conmutativos y aleatorios.

Los contratos onerosos a su vez se subdividen en conmutativos y aleatorios. Esta clasificación se realiza con base en la certeza que tengan las partes en el momento de contratar en cuanto a los beneficios o pérdidas. Al respecto el artículo 1838 establece:

El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice. Ejemplos de contratos aleatorios son la compra de esperanza, la renta vitalicia, el juego y la apuesta.

La utilidad práctica de la distinción entre contrato conmutativo y aleatorio estriba:

- 1.- En los contratos aleatorios no se aplica la imprevisión ni la lesión.
- 2.- En cuanto a los vicios ocultos, el enajenante sólo se obliga en los contratos conmutativos y no así aleatorios.

En los contratos conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la haga impropia para los usos a que se le destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que al haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa (art. 2142).

- 3.- Normalmente en los contratos aleatorios hay un tratamiento especial en cuanto a los riesgos por la pérdida de la cosa. Por ejemplo en la compra de esperanza el comprador toma para sí el riesgo de que los frutos no lleguen a existir (art. 2792).

Otras Clasificaciones que se desprenden del Código Civil.

En cuanto a los formalismos, los contratos se han clasificado históricamente en solemnes, reales, formales y consensuales.

Solemnes.- Se denomina solemnidad cuando los formalismos son un elemento de existencia del contrato, de tal suerte que si no se satisfacen las formalidades requeridas por la ley, el contrato es inexistente. En realidad nuestro derecho positivo sólo reconoce la solemnidad en el testamento y matrimonio.

Reales.- Son los contratos que se perfeccionan con la entrega de la cosa. En el Código Civil vigente todos los contratos son obligacionales a excepción de la prenda que es real. Sin embargo conforme a las disposiciones del Código, para el perfeccionamiento del contrato, no se requiere la entrega física del bien, basta la entrega jurídica (Art. 2858 y 2859).

Con formalidades restringidas.- Para la validez de estos contratos la ley señala que la voluntad se debe exteriorizar de acuerdo con los formalismos en ella establecidos (Art. 1795, frac IV). Por ejemplo, en escrito privado, escritura pública,

Con libertad de formalidades.- A estos contratos también se les denomina consensuales. Para su validez sólo requieren de la exteriorización de la voluntad de los contratantes, la que puede ser en

forma verbal, en escrito privado o bien en escritura pública. Como ejemplo se puede mencionar la donación de menos de 200 pesos.

Contratos principales y accesorios.- Son contratos principales lo que su validez y existencia no dependen de otro contrato.

Se llaman contratos accesorios aquellos cuya validez y existencia depende de otro contrato. Por ejemplo los de garantía, tales como la prenda, la hipoteca y la fianza.

La invalidez o nulidad del contrato principal trae consigo la del contrato accesorio, no así al contrario pues la invalidez del accesorio no trae consigo la del principal.

Contratos típicos y atípicos.- Se denominan contratos típicos a los expresamente regulados por el Código Civil, como la compraventa, la permuta, etcétera.

Son atípicos, innominados o no reglamentados, los contratos que se celebran y no están particularmente regulados por la ley, sino que nacen de la autonomía de la voluntad y su fuente de obligatoriedad es la teoría general del contrato.

Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos (Art. 1859).

No obstante que los contratos atípicos nacen de la autonomía de la voluntad, ésta por sí misma no puede ser fuente de las obligaciones sino requiere estar dentro de un marco legislativo.

Los contratos atípicos ya se conocían desde el derecho romano, bajo el nombre de *contractus incertii, pactus*.

Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento (art. 1858).

Contratos instantáneos, de tracto sucesivo, de ejecución escalonada y de ejecución diferida.- Son contratos de ejecución instantánea aquellos que se crean y consuman en un solo momento, como la compraventa al contado.

En los de tracto sucesivo las prestaciones se van cumpliendo de momento a momento, como el contrato de arrendamiento.

En los de ejecución escalonada las prestaciones se repiten en intervalos periódicos, por ejemplo en el suministro.

Por su parte en los contratos de ejecución diferida, las obligaciones se cumplen en una sola exhibición posterior a la celebración.

La utilidad práctica que tiene esta distinción es para conocer los efectos que se producen por la rescisión o nulidad del contrato.

Cuando se trata de contratos de ejecución instantánea, los efectos se retrotraen al momento de su celebración.

En cambio en los de ejecución escalonada o sucesiva, los efectos se suspenden y las partes se compensan mutuamente.

La rescisión por incumplimiento en estos dos últimos tipos de contratos se denomina resciliación.

Riesgos.- En los instantáneos la cosa perece para su dueño (art. 2017, frac. V). En los de tracto sucesivo, de ejecución escalonada y diferida, la cosa se pierde para el acreedor.

En los contratos en que la prestación de la cosa no importe la traslación de la propiedad, el riesgo será siempre de cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de la otra parte (art. 2024).

Contratos de libre discusión y contratos por adhesión, incluyendo las condiciones generales de contratación.- Los contratos de adhesión se encuentran definidos en la Ley Federal de Protección al Consumidor que dice:

Artículo 85.- Para efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes en los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista.

En la mayoría de los casos el contrato de adhesión tiene alguna de las siguiente características:

- 1.- La oferta de contratar se hace normalmente a una colectividad.
- 2.- Está redactado por una de las partes.
- 3.- Su reglamentación en la mayoría de los casos es compleja.
- 4.- La situación del que ofrece contratar normalmente es la más poderosa.
- 5.- Las cláusulas no se discuten, se aceptan o no.
- 6.- Con frecuencia encubre un servicio privado de utilidad pública.
- 7.- El adherente actúa bajo "presión". Esta "presión" normalmente puede originar: renuncia de derechos limitaciones a la responsabilidad del oferente; caducidad con términos muy cortos; obligaciones adicionales, falta de información; pactos comisorios; facultades para rescindir unilateralmente; pactos leoninos; cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial; etcétera.

En general los tratadistas mexicanos están de acuerdo en que en esta figura jurídica existe un verdadero contrato, toda vez que se suprime la libertad de contratación más no la de contratar.

De acuerdo con la Ley Federal de protección al Consumidor, los contratos de adhesión se pueden celebrar por particulares o por el Estado. Para esta ley es proveedor "la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios";...

Por su parte en los artículos del 86 al 90 de la mencionada ley se exige la inscripción de los contratos de adhesión antes de ser utilizados, con el fin de vigilar que no contengan cláusulas que lesionen al consumidor por desproporcionadas, inequitativas y abusivas.

Contratos civiles y mercantiles.- La distinción entre los contratos civiles y mercantiles puede realizarse tomando en cuenta las siguientes características.

Que los contratos mercantiles tienen como finalidad la especulación. Al respecto el Código de Comercio en el artículo 75, establece cuales son los actos de comercio, y la doctrina mexicana, al analizar este artículo, los clasifica desde el punto de vista formal y material.

Por su parte el objeto de los contratos civiles es el intercambio de bienes y servicios, sin que constituyan especulación comercial.

La distinción entre contratos mercantiles y civiles tiene la utilidad práctica siguiente:

1° Plazo para el cumplimiento de las obligaciones.- De acuerdo con el Código de Comercio, si en los contratos mercantiles no se establece el plazo para el cumplimiento de las obligaciones, éste será de 10 días (art. 83).

En cambio el término para el cumplimiento de las obligaciones civiles es de 30 días después de la interpelación (art. 2080). Si se trata de obligaciones de hacerse el tiempo necesario para su ejecución.

2° Procedimiento.- El procedimiento mercantil es más rápido y el juez competente puede ser el de los tribunales del Fuero Común o el de Distrito. En el caso de los contratos civiles, el procedimiento es lento, en virtud de que los términos son más largos y únicamente es competente el juez del Fuero Común.

3° Impuestos.- Los contratos mercantiles no pueden ser gratuitos, siempre son onerosos y se encuentran gravados por el Impuesto al Valor Agregado. El impuesto Sobre la Renta es mayor en los gratuitos que en los onerosos.

4° La lesión.- Este motivo de invalidez del contrato se encuentra establecido en el artículo 17 del Código Civil, y no procede en los contratos mercantiles, de tal manera que no es causa de nulidad aunque la desproporción entre las prestaciones sea desmedida.

Contrato de cambio y de organización:

A continuación se realiza un cuadro comparativo entre estos dos contratos:

Contrato de cambio:

- 1.- La realización de las prestaciones concluye el contrato.
- 2.- Las prestaciones se intercambian.
- 3.- Los intereses de los contratantes son opuestos y su satisfacción contradictoria.
- 4.- Sólo puede haber dos partes.
- 5.- Son contratos cerrados.
- 6.- La relación sinalagmática se establece de parte a parte.

Contrato de Organización:

- 1.- La realización de las prestaciones crea la sociedad.
- 2.- Las prestaciones constituyen un fondo común.
- 3.- Los intereses de los contratantes son opuestos pero su satisfacción es ordinaria.
- 4.- Puede haber varias partes, cada una opuesta a cada una de las demás.
- 5.- Son contratos abiertos.
- 6.- La relación sinalagmática se establece entre cada parte y el nuevo sujeto jurídico.

Las consecuencias de estas afirmaciones son las siguientes:

- 1.- El vínculo social no se extingue por la nulidad ni anulación de una adhesión aislada, siempre que la falta de la aportación de la misma no haga imposible la consecución del fin común.
- 2.- Durante la vida de la sociedad, si una prestación se hiciera imposible se extinguen los derechos y las obligaciones del socio que debía hacerla quedando vigentes los vínculos existentes entre los socios.
- 3.- Es inadmisibles la aplicación de la *exceptio inadimplenti contractus* ya que ningún socio podrá prevalecerse, para no hacer su aportación del incumplimiento de esta obligación por parte de otro socio.

Contratos procesales.- En la actualidad existen procedimientos administrativos y judiciales conciliatorios. Por ejemplo en la Procuraduría Federal del Consumidor se realizan este tipo de procedimientos, los cuales normalmente concluyen con la firma de un contrato o convenio entre proveedor y cliente (Art. 115).

Así mismo en materia familiar de arrendamiento, y en los juicios universales como el concurso, la quiebra y la sucesión, se llevan a cabo convenios o contratos celebrados entre las partes.

Estos contratos, parecidos a la transacción, se caracterizan porque en su confección y aprobación interviene autoridades administrativas o judiciales, los cuales normalmente tienen pleno valor probatorio y la fuerza ejecutiva de una sentencia ejecutoriada.

Contratos internacionales.- Se llaman internacionales aquellos contratos que se otorgan en un país para surtir efectos en otro.

La contratación debe regir tomando en cuenta dos aspectos: la forma y el fondo.

Por lo que se refiere a la forma rige el sistema *locus regit actum* señalado en el artículo 13, fracción IV, del Código Civil. En cuanto al contenido, existen los criterios territorialitas en materia de derechos reales y arrendamiento sobre inmuebles y derechos de familia.

CAPÍTULO II

LOS CONTRATOS MERCANTILES

1 *Ideas Generales.*- Cuando se habla del contrato mercantil la cuestión no está en el sustantivo "mercantil". Hay que partir del concepto de contrato acuñado en Derecho civil y por tanto, de la definición del artículo 1254 del Código de este nombre, que identifica el contrato con el consentimiento al decir que "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio".

Nuestro sistema legal descansa en el principio de que la declaración unilateral no tiene fuerza vinculante: lo que ata y liga es solo el contrato. De aquí la gran importancia práctica que tiene la determinación del momento de la perfección del contrato, ya que a partir de él los interesados quedan vinculados jurídicamente y no pueden revocar su declaración. También en otros aspectos es decisivo el momento de la perfección del contrato. Lo es para apreciar la capacidad de las partes; para determinar la ley, tanto en cuanto al espacio como en cuanto al tiempo; para determinar la competencia de los Tribunales; para decidir cuál de los contratantes ha de soportar el riesgo de la pérdida de la cosa debida, etc. Plazo de vigencia de la propuesta contractual. A falta de señalamiento por el propio oferente (sea de un modo directo y expreso, sea de un modo indirecto, como indica el medio con el que ha de ser comunicada la respuesta; carta, telégrafo etc.) los Tribunales habrán de decidir si la revocación de la propuesta fue o no extemporánea, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato y las circunstancias de los interesados.

2 FUENTES DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES

Conforme a nuestro sistema jurídico, son fuentes de las obligaciones mercantiles el contrato, la ley, la declaración unilateral de voluntad, la responsabilidad objetiva, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios y el acto ilícito.

Ahora bien, son a tal punto escasas las disposiciones generales que en materia de obligaciones contiene el Código de Comercio, que bien podría afirmarse que no existe, en nuestro sistema jurídico, una teoría general de las obligaciones mercantiles; en consecuencia y siempre de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2º y 81 y con las pocas salvedades previstas en los artículos 77 a 88 son aplicables a la materia mercantil las disposiciones generales del Código Civil en materia de obligaciones y contratos.

2.1 El Contrato como Fuente de Obligaciones Mercantiles:

Definido en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil, no cabe duda sobre que el contrato es la fuente por excelencia de las obligaciones mercantiles.

Cabe recordar que, conforme a los indicados preceptos, el contrato es una especie del género convenio, y que el primero de tales vocablos sólo debe emplearse para aquellos acuerdos de voluntades por virtud de los cuales se producen o transfieren obligaciones o derechos cuando se modifiquen o extingan obligaciones, será menester el empleo de la palabra convenio.

2.2 La Ley como Fuente Específica de Obligaciones

Es frecuente omitir la ley como fuente de obligaciones de derecho privado. Negarle tal atributo no es correcto, esto es por supuesto no a la ley como fuente genérica, sino como fuente específica de ciertas obligaciones, así el artículo 1802 del Código Civil, cuando confiere al supuesto celebrante de un contrato no ratificado el derecho de existir daños y perjuicios al gestor oficioso cuya actuación contractual no sea ratificada por el supuesto representado. Es de notarse que aquí la única fuente de la obligación a cargo del gestor oficioso es la ley y no el contrato que, a la postre, resulta inexistente y no nulo, como erróneamente expresa el Código Civil. Un ejemplo claro en los que la ley constituye la única fuente de obligaciones puede ser el derecho de exigir al remiso en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales el pago de daños y perjuicios (Art. 2104 Código Civil).

Pero también la ley es fuente única, en muchas ocasiones, de acciones judiciales para obtener la modificación de obligaciones contractuales asumidas en forma diversa e incluso de obligaciones literalmente estipuladas precisamente en forma contraria y en no pocos casos para beneficiarse con la nulidad.

2.3 La Declaración Unilateral de Voluntad como Fuente de obligaciones mercantiles

Como fuente de obligaciones, la declaración unilateral de voluntad presenta peculiares características dentro del derecho mercantil.

No cabe duda sobre que una de las principales manifestaciones mercantiles de esta fuente de obligaciones es la relativa a la emisión de títulos de crédito.

La teoría contractualista, que ha tratado de reclamar para sí la fuente de la obligación cambiaría del suscriptor, con la pretensión de que el contrato se celebra frente a un tomador que inicialmente es determinado y posteriormente desconocido, ha caído en desgracia, lo propio puede decirse de la corriente híbrida, con arreglo a la cual la obligación cambiaría es de naturaleza contractual en su origen y posteriormente, al circular el título, encuentra como fuente de la declaración unilateral de voluntad del suscriptor, pues no es explicable que una obligación que surge de un contrato se convierta, por voluntad de una de las partes -el acreedor- al transmitir el documento, en una simple declaración unilateral, si se tiene en cuenta que dicho acreedor original, cuando trasmite el documento por endoso, transfiere todos los derechos en él incorporados, sin modificación alguna luego las obligaciones del suscriptor siguen siendo las mismas y sólo se ha operado una sustitución de acreedor.

2.4 Diferencias entre Declaración Unilateral de Voluntad y Promesa de Contratar

La declaración unilateral de voluntad presenta ciertas semejanzas con la promesa unilateral e contratar, prevista en el artículo 2244 del Código Civil, conviene, por tanto, puntualizar algunas diferencias:

- a) la promesa de contratar configura por sí sola un contrato, pues para ser válida requiere la comparecencia de uno o más promitentes y de uno o más promisorios, esto es, supone un acuerdo de voluntades desde el primer momento, al paso que la declaración unilateral de voluntad es válida sin necesidad del concurso de nadie.

- b) La promesa de contratar se asume frente a persona o personas determinadas (Art. 2246 Código Civil), mientras que la declaración unilateral de voluntad puede formularse a personas indeterminadas.
- c) La promesa de contratar debe constar por escrito (Art. 2246 Código Civil), en tanto que la declaración unilateral de voluntad es válida aunque sólo se formule verbalmente.
- d) La promesa de contratar debe limitarse a cierto tiempo en cambio, como antes se dijo la declaración unilateral de voluntad puede tener, en determinados supuestos, duración indefinida.

2.5 La Responsabilidad Objetiva como Fuente de Obligaciones Mercantiles

De orden diverso, y no pocas, son las dificultades que al estudioso y al juzgador plantea la afirmación sobre la existencia de una responsabilidad objetiva como fuente de obligaciones mercantiles pues, en efecto, pareciera la teoría del riesgo creado un coto reservado al derecho civil.

Un ejemplo claro sería en ejercicio de su actividad mercantil, una empresa de transporte de cosas, causa daños con un vehículo por error de su conductor o por fallas mecánicas, al vehículo de otras empresas del mismo género, ambas actúan en cumplimiento de los respectivos contratos mercantiles de transporte, luego la misma naturaleza debe tener la responsabilidad objetiva de la primera y el crédito surgido a favor de la damnificada, si tal carácter tendría el juicio que, en su caso, promovería el dueño de la carga que transportaba el vehículo (Art. 1049 Código de Comercio), ¿por qué habría de convertirse en civil por el mero hecho de que el sujeto pasivo del daño, la empresa propietaria del vehículo afectado, no esté ligada a la primera por contrato alguno? Evidentemente, el nexo contractual o extra contractual no puede modificar el carácter de la responsabilidad que, por obra de una suerte de mimetismo jurídico, debe ser igual frente a cualquier dañado. Y por ello, mercantiles habrían de ser los juicios que se promovieran en contra de la empresa responsable (Art. 1050 Código de Comercio).

2.6 Los Actos Ilícitos como Fuente de Obligaciones Mercantiles

Quizá mayores aún sean los escollos con los que tropiece la afirmación sobre el carácter de ciertos actos ilícitos como fuente de obligaciones mercantiles. Mas, a poco que se piense en que la conducta ilícita puede manifestarse en ocasión del ejercicio de una actividad comercial o en infracción de un precepto de naturaleza mercantil, no ofrecerá graves dificultades, creo yo, la conclusión en el sentido de que aquí también la responsabilidad del sujeto estará coloreada de mercantilidad.

Así parece que no hay duda sobre el carácter mercantil de la responsabilidad en los casos de las infracciones y delitos previsto por los Artículos 210 y 211 de la Ley de Invenciones y Marcas, que suponen, en la mayoría de los casos, el indebido uso de una marca o violación del derecho de patente.

Finalmente, cuando las obligaciones mercantiles surjan de responsabilidad objetiva o de actos ilícitos, la prescripción operará por el transcurso de diez años, según disposición del artículo 1047 Código de Comercio y no de dos, según está previsto en el artículo 1934 Código Civil, salvo naturalmente, disposiciones específicas en otras leyes mercantiles.

2.7 El enriquecimiento ilegítimo

Aquí en cambio, parece que no puede haber duda sobre que ha de ser mercantil la obligación de quien, con motivo de un acto de comercio, real o supuesto, debe indemnizar a otro, en razón de un enriquecimiento sin causa del primero a costa del segundo.

2.8 La gestión de negocios ajenos

Tampoco debiera suscitar dudas la afirmación en el sentido de que los derechos y obligaciones surgidos de una gestión oficiosa son de naturaleza mercantil, si de tal naturaleza es el asunto gestionado.

Obviamente, si la gestión se realiza en asunto procesal, no surgirán obligaciones mercantiles, pues la comparecencia en juicio o procedimiento ante autoridad de cualquier índole no es, por sí sola, acto de comercio, aunque mercantil sea el negocio que se ventile.

Cabe recordar, siempre dentro del terreno procesal, que en el derecho mexicano el gestor puede comparecer en interés del actor o del demandado, si se trata de juicios civiles (Art. 50 Código de Procedimientos Civiles), sólo en representación del demandado, en juicios mercantiles (Art. 1059 Código de Comercio).

2.9 La aceptación

Es la declaración dirigida al proponente de querer concluir el contrato como ha sido propuesto (Navarrini). De esta definición deduce su autor los requisitos de la aceptación contractual:

1.- Ha de corresponder exactamente a la propuesta. No puede perfeccionarse el contrato si la aceptación contiene aplicaciones, limitaciones o en general, modificaciones a la propuesta. En tales casos no habría consentimiento, sino disenso, y el contrato no llegaría a nacer. Una aceptación limitada o condicionada equivale a rechazar la propuesta formulando otra, con el consiguiente cambio de posición de los interesados.

2.- Ha de ser, como la propuesta, una declaración recepticia o sea dirigida al proponente por aquel a quien la proposición fue hecha.

No es necesario que la aceptación sea expresa. Puede ser tácita, manifestada por hechos concluyentes, ejemplo envío de la mercancía como respuesta a la proposición de venta.

2.10 El plazo

Cuando las obligaciones sean de dar y no se hubiere estipulado fecha ni plazo de cumplimiento, no será aplicable lo dispuesto por el artículo 2080 del Código Civil, con arreglo a cual el acreedor sólo podrá exigirlo después de transcurridos treinta días de la interpelación judicial que haga al deudor, notarialmente o ante dos testigos, pues de conformidad con lo previsto por los artículos 83 y 85-II del Código de Comercio, las obligaciones serán exigibles desde diez días después de contraídas o al día siguiente, según sea ordinaria o ejecutiva la acción judicial a favor del acreedor, en cuanto a la otra, comenzara a contarse desde el día en que el propio acreedor formule reclamación al deudor en cualquiera de las formas ya poco indicadas, previstas por el Código Civil.

A su vez, la rígida prohibición de reconocer plazos de gracia o cortesía, contenido en el artículo 84 del Código de Comercio, resulta incompatible con la que, en el campo de la vida civil obliga al juez a otorgar al demandado que confeso expresamente toda la demanda, un plazo de gracia para el cumplimiento de la deuda, una vez que se efectúe el secuestro (embargo Art. 404 Código de Procedimientos Civiles).

2.11 Capacidad Mercantil

Materia es esta de aparente reenvió al Código Civil (Art. 81 Código de Comercio), en razón, por una parte, de que ya el precepto mercantil salva los casos en que el propio Código de Comercio introduzca modificaciones o restricciones a la capacidad para celebrar actos mercantiles por otra parte, de que en otras leyes se contiene también limitaciones a la capacidad mercantil:

- a) La prohibición de ejercer el comercio que pesa sobre los corredores, quebrados no rehabilitados en individuos condenados en sentencia firme por delitos contra la propiedad (Art. 12 y 69-I Código de Comercio).
- b) La circunscripción de las operaciones que pueden realizar las sociedades mercantiles, sólo a las inherentes a su objeto social (10 Ley General de Sociedades Mercantiles y 26 Código Civil).
- c) Las taxativas impuestas por la LIE a ciertos actos y contratos celebrados por personas o unidades cuyas inversiones se consideran extranjeras por la propia ley.
- d) La prohibición a los comerciantes casados bajo el régimen de sociedad conyugal, de hipotecar o gravar los bienes de la sociedad, sin licencia del otro cónyuge (Art. 9º Código de Comercio)

2.12 Cumplimiento: lugar

Muy poca es la diferencia entre el Código Civil y el Código Mercantil en cuanto a la regulación del lugar en que se deben cumplirse las obligaciones (Art. 2982 Código Civil y 86 Código de Comercio), y puede expresarse así: ambos disponen que las obligaciones deben cumplirse en el lugar convenido: si no mediare pacto sobre ello, en el domicilio del deudor, según el Código Civil, y en el lugar que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado, por consentimiento de las partes o por arbitrio judicial, conforme al Código de Comercio, sin embargo, a falta de pacto, las obligaciones civiles no se cumplirán en el domicilio del deudor cuando así se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley.

2.13 Incumplimiento: consecuencias

Al igual que en materia civil, el incumplimiento de las obligaciones mercantiles afecta dos modalidades: a) el absoluto, esto es, la completa inactividad del sujeto que reporta el compromiso de hacer o de dar o, por el contrario la realización de la conducta que se obligó a no desplegar, cuando se trate de obligaciones de no hacer; b) el relativo, que se presenta cuando el sujeto no cumple en los términos de lo convenido.

Como consecuencias del incumplimiento, el deudor se constituye en mora, cuyo efecto es, también en materia mercantil, el de responsabilizarlo de los daños y perjuicios, además de seguir obligado al cumplimiento de acto o abstención que configura su principal compromiso.

Tampoco ofrece dificultad alguna la afirmación en el sentido de que las obligaciones mercantiles que no sean cumplidas en el tiempo estipulado, hacen surgir la morosidad, con todos sus efectos, desde el día siguiente al del vencimiento (Art. 85-1 Código de Comercio), pero ¿cuándo se constituye en mora el deudor cuya obligación no tiene fecha ni plazo de cumplimiento?. El Código Civil proclama que los efectos de la morosidad se surtirán "desde el día en que el acreedor le reclamare al deudor, judicial o extrajudicialmente, ante escribano o testigos".

Nada dice el Código de Comercio sobre cuáles son los efectos de la morosidad, luego para su determinación debe acudir al Código Civil (art. 2104 y siguientes) el que, como se sabe, aclara que se trata de los daños y perjuicios que por el incumplimiento se causen luego sobre este punto y los conexos (concepto de daños, de perjuicios, régimen legal del incumplimiento por caso fortuito o de fuerza mayor, posibilidad de estipular el monto de la responsabilidad y saneamiento en caso de evicción) cabe hacer un nuevo reenvío a dicho ordenamiento civil.

Conviene recordar el contenido de cierto precepto que, por su inadecuada colocación y por configurar un caso de excepción a la expresada regla general, Artículo 2117 del Código Civil, según el cual los daños y perjuicios que se causen por el incumplimiento de una obligación consistente en pago de dinero, no pueden expresar el interés legal, salvo que se pacte otra cosa.

CAPTULO III

EL CONTRATO ATÍPICO

1 CONCEPTO

a) *Concepto.*- En una sencilla fórmula, los principios de UNIDROIT (Instituto Universal para la Unificación del Derecho Privado) establecen que: "Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido" (art. 1.1). A la primera de estas libertades se le ha llamado *libertad de contratar* y a la segunda *libertad contractual*. Se distingue de la *libertad de contratar* (que se refiere a la posibilidad de celebrar o no celebrar) de la *Libertad contractual o autonomía contractual* que significa que el contenido del contrato puede ser fijado libremente por las partes. Nuestra legislación reconoce el principio de *autonomía de la voluntad o de libertad contractual* que entraña la posibilidad de celebrar contratos, ya sea que estén estructurados y regulados por el ordenamiento legal, o que sean contratos en los que las partes determinan libremente su contenido. De este modo se puede hablar de contratos nominados o típicos y de contratos innominados o atípicos. En esta clasificación se habla también de contratos regulados y contratos no regulados. La moderna tendencia de la doctrina prefiere, sin embargo, la terminología de típicos y atípicos.

Son contratos atípicos aquellos para los cuales existe una ley una disciplina normativa.⁴

Los contratos atípicos.- como concepto negativo de los típicos con aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación respecto a la relación de Derecho privado entre los particulares que contratan.

b) *Tipicidad y atipicidad.*- Los conceptos de tipicidad y atipicidad son relativos, pues el contenido siempre cambiante del ordenamiento jurídico puede incluir o excluir contratos. El fenómeno se presenta como una tendencia a regular contratos que anteriormente no estaban disciplinados. En el derecho mexicano encontramos varios ejemplos recientes como pueden ser el contrato de arrendamiento financiero y de factoraje financiero, están disciplinados en la LOAC vigente.

2 EVOLUCIÓN

El fundamento económico y pragmático del nacimiento de los contratos atípicos sustentado en la libertad contractual coincide con la necesidad de adaptar los contratos a los fines empíricos y a las necesidades reales de la partes contratantes.

⁴Díez Picazo (45), tomo I, pág. 252.

En el Derecho Romano (donde ya se plantea la existencia de los llamados contratos innominados), gran parte de las instituciones jurídicas se producen por "deformación" o adaptación de algunas figuras jurídicas a las soluciones prácticas que reclamaban las necesidades socioeconómicas. "Los romanos utilizaban un negocio jurídico para fines distintos de los que habían inspirado a la institución" La prenda y la hipoteca nacieron de la venta ficticia con pacto de retroventa *fiducia cum creditore*, por el cual el acreedor se obligaba a vender nuevamente al deudor el objeto con que se garantizaba el adeudo que constituía el precio de la compraventa. El objetivo real de estos contratos era el de garantía, no el de transmisión de propiedad.

En la etapa clásica existían contratos que se designaban con un vocablo específico y a los cuales correspondía una acción procesal que generalmente recibía el mismo nombre del contrato: estos contratos con nombre son los nominados.

En su evolución, los *contractus incerti o negotia nova* llegaron a tener efectos reconocidos por el sistema jurídico por medio de una acción procesal única, a pesar de que no tuvieron un nombre específico, de ahí su categoría de *innominados*, por oposición a los *nominados*. Estos contratos romanos que aparecieron hasta el periodo posclásico, eran siempre bilaterales y su causa era una obligación de dar o de hacer, origen de la conocida clasificación: *do ut des, do ut facias, facio ut des y facio ut facias*.

Las *costumbres mercantiles* de la Edad Media en Europa, así como algunos principios del derecho Canónico respecto a la consensualidad, tuvieron una influencia importante en la aceptación y reconocimiento de las convenciones y contratos mercantiles que, como actos jurídicos, no tenían la exigencia formal de los contratos civiles, más sujetos a moldes y tipos establecidos.

3 TIPICIDAD y ATIPICIDAD

a) *Tipicidad y Atipicidad*. En el Derecho actual los contratos atípicos están plenamente aceptados.

No cabe duda de que a medida que la civilización avanza son más importantes los contratos innominados. Hoy se presentan a cada paso nuevos tipos de contratos que, si no tienen nombre específico, son de frecuente aplicación.

La importancia de los contratos atípicos ha sido amplificadas por algunos autores (Dualde, Fubini) que pocos contratos presentan todas las características de los contratos típicos y se ajustan a todas las normas de la ley. Afirman, con cierta exageración, que todos los contratos son atípicos. Dualde habla de una "materia contractual única" y afirma que un contrato no puede quedar en cuadrado únicamente en las normas de un contrato típico sino que debe acudir también a las reglas de otros contratos.

Hoy en día, los conceptos de *atipicidad y tipicidad* amplían notablemente su campo de aplicación; así, se habla de negocios típicos y atípicos y "por extensión, de cláusulas típicas y atípicas de los negocios jurídicos, según que ellas estén recogidas expresamente dentro del esquema legal del contrato respectivo, o bien, que las partes establezcan su contenido en ausencia de disposiciones legales."⁵ En otras materias se habla de cláusulas testamentarias típicas,⁶ o de poderes típicos.⁷

⁵Barrera Gral (16), pág. 123. También aborda el tema de las cláusulas atípicas, aunque ligadas a un contrato típico, Messineo (75), tomo I, pág. 688.

⁶Clr. Arce y Cervantes (11), pág. 67

⁷Clr. Díez Picazo (42), pág. 132.

b) *Elasticidad del tipo legal.* La adición o inserción de cláusulas, pactos y condiciones a los contratos típicos en una determinada legislación, suelen tener el efecto práctico de que, con la utilización de un tipo contractual se resuelve una situación nueva que no se ajusta exactamente al marco del contrato típico. Esto es lo que se conoce como *elasticidad de los tipos legales*.

En otros casos al contrato típico se le añadirán pactos o condiciones que generan un efecto contractual distinto al que corresponde a los normales efectos del contrato típico. A esta dificultad de calificación de un contrato concreto dentro de un modelo legal del contrato tipo, hay que agregar la existencia de pluralidad de contratos, contratos unidos o vinculados, que responden todos ellos a un mismo fin económico. Con estos someros planteamientos quiero mostrar la profundidad de la problemática del tema del contrato atípico, donde las soluciones hay que buscarlas para cada caso concreto, pues no hay, todavía, criterios o reglas generales que sean fácilmente aplicables a todos los casos.

c) *La tipicidad social.* El concepto de tipicidad social, frente al de tipicidad legislativa, se debe a Betti y ha sido recogido y adoptado por gran parte de la doctrina que adopta esta temática. En palabras de este autor "la tipicidad legislativa es la característica de los negocios y contratos que gozan de una peculiar disciplina legal".

La tipicidad social tiene como nota característica que cumple, como siempre, la función de limitar y dirigir la autonomía privada pero que actúa mediante una remisión a las valoraciones de la conciencia social relativas a las manifestaciones de la autonomía privada que, en la medida en que el ordenamiento jurídico estima que responde a una función socialmente útil, son acogidas y tuteladas por él.

Existen contratos que pueden ser legislativamente atípicos pero que atienden a "nuevas necesidades ya socialmente tipificadas", y por lo tanto participan de la llamada tipicidad social. Su continuada celebración es la vida diaria, el reconocimiento de estos contratos en los tribunales y en la jurisprudencia y finalmente, el análisis y estudio sistemático por la doctrina, han logrado plasmar las características básicas de estos contratos atípicos que adquieren la tipicidad social. Puede decirse que son convenios que han venido cuajando en tipos socialmente bien definidos, de significación conocida y firme, que han logrado escapar de la nebulosa de los negocios atípicos, gracias a su utilización continuada, a su importancia social o a una especial elaboración doctrinal, creaciones éstas que logran, a veces, ser recogidas por las leyes.

Estas figuras contractuales, ya definidas en algunos de sus elementos y aspectos más sobresalientes (denominación, partes que intervienen, contenido obligacional, modalidades), pueden ofrecer soluciones prácticas al problema de la interpretación y, sobre todo, pudieran servir para dar algunos criterios o principios de solución a aspectos en que las partes pudieron ser omisas. Este concepto de tipicidad social también puede aplicarse a las cláusulas negativas atípicas, que gozan de la característica de la tipicidad social. Por ejemplos: la exclusividad en los contratos de comisión, la rescisión por devaluaciones monetarias o del derecho de preferencia pactado por los accionistas de una sociedad anónima para el caso de enajenaciones onerosas de acciones.

4 LA EXPANSIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS

¿Cual es la fuente real de donde nacen los contratos atípicos? ¿Porqué la mayoría de las figuras contractuales atípicas se producen en el campo mercantil? No hay una única respuesta a estas interrogantes, aunque considerando que la empresa y la actividad empresarial, siempre dinámica y

generadora de nuevas normas de negocios jurídicos, es origen de muchos de los contratos atípicos que han adquirido tipicidad social. En este amplio concepto de la empresa se incluye a toda la actividad económica, a la bancaria, a la financiera y a la misma empresa pública. Por otro lado, los factores que explican la expansión de los contratos atípicos son:

- a) La extensión de la contratación a nuevos objetos: disciplina de la competencia, bienes inmateriales, conocimientos técnicos, nuevos servicios.
- b) La actividad de programación de las empresas, que origina numerosos contratos de duración para la distribución de sus productos y servicios; así como el aprovechamiento de materias primas en forma estable, que busca eludir las dificultades que la aplicación de los esquemas legales relativos a contratos aislados y prestaciones de una economía diferente a la actual.
- c) El desplazamiento del centro de creación del Derecho mercantil hacia los países anglosajones donde existe una tipología distinta de figuras contractuales, con su peculiar nomenclatura, que junto con sus inversiones y operaciones económicas han invadido el mundo.
- d) La mayor importancia del sector servicios en economías más desarrolladas, lo que genera nuevas necesidades y nuevos contratos. Por ejemplo, servicios financieros, operaciones por computación, modernos medios de comunicación etc.

En resumen, la actividad económica ha creado nuevas necesidades contractuales que los actuales esquemas legales de los negocios jurídicos no pueden resolver satisfactoriamente. El Código de Comercio regula los contratos propios de una actividad económica muy distinta de la actual. Los sistemas de producción y comercialización del siglo antepasado (XIX), de operaciones y contratos aislados, no sirven para una economía que requiere contratos para producciones en masa y otros muy diversos sistemas de distribución y comercialización. Los contratos de suministro, distribución, franquicia etc. son ejemplos de nuevos tipos contractuales que han aparecido en una economía que no se asemeja a la del siglo XIX.

5 CONVERSIÓN DE FIGURAS ATÍPICAS EN TÍPICAS

Los negocios atípicos, que nacen de las nuevas necesidades que la actividad económica reclama, cuando realmente satisfacen una necesidad generada y su uso constante confirma su utilidad, acaban por ser reconocidas en el ordenamiento jurídico de un determinado país y se convierten, así, en una figura típica desde el punto de vista legislativo.

Para que este fenómeno se produzca respecto a determinado negocio jurídico o contrato, además de las diversas etapas por las que suele pasar, hay influencias muy marcadas de normas de la comunidad internacional que tienen relevancia, en algunos casos, en este proceso.

Hay dos formas importantes por las que una figura jurídica se incorpora a un ordenamiento jurídico determinado.

- a) La primera de ellas en su reconocimiento y regulación en una ley, sin que exista previamente la celebración de dicho negocio o la celebración constante de tal figura por los particulares. La voluntad del legislador de introducir en un ordenamiento una figura en la única causa de que esta forme parte de la ley.
- b) La otra forma por la que los negocios llegan a integrarse a las normas de un país es por la evolución de figuras atípicas que se convierten en típicas.

“El Derecho, cuando se resuelve a elevar los contratos en cuestión al rango de los negocios jurídicos, no hace otra cosa que reconocer, en vista de su función socialmente trascendente, aquel vínculo que, según la conciencia social, los mismos particulares, ya por adelantado sentían haber contraído en las relaciones entre sí.”

6 CLASIFICACIÓN

Los criterios de clasificación propuestos para los contratos atípicos son muy variados y a veces confusos, pues en ocasiones se incluyen los que corresponden a los contratos múltiples o unión de contratos que, constituyen una categoría distinta de la del contrato atípico (aunque es usual que se den contratos múltiples que incluyan negocios atípicos). "Los intentos hechos de clasificar los negocios atípicos no han resultado hasta ahora satisfactorios".

En una primera distinción se habla de contratos atípicos en sentido estricto (atípicos puros) y contratos mixtos o complejos:

- a) Los contratos *atípicos puros* son aquellos que tienen un contenido completamente extraño a los moldes legales o tipos establecidos. Por ejemplo la venta de empresa con cláusula de no concurrencia o competencia.
- b) Los contratos *mixtos o complejos* (en sentido amplio) resultan de la combinación o mezcla de elementos y prestaciones que corresponden a contratos típicos. Se les llama también contratos atípicos impropios y son los más comunes en la práctica.

Existen con relación a sus prestaciones, tres clases de atípicos impropios:

1) *Combinados o gemelos*: cuando la prestación de una de las partes pertenece a varios contratos típicos y la contraprestación de la otra parte es propia de un solo contrato típico. Por ejemplo en contrato por el que una parte se obliga a conceder el uso de una marca, transmitir tecnología y prestar asesoría a otra parte que sólo se obliga a pagar un precio anual en una cantidad determinada.

2) *Mixtos* (en sentido estricto): son aquellos en los que a determinado contrato típico le añaden las partes un elemento o prestación de otro contrato típico. Por ejemplo, un contrato de arrendamiento de un local en la que el arrendatario tiene, como obligación adicional, el acondicionar el local bajo ciertas especificaciones que le marca el arrendador.

3) *De doble tipo*: en los que el total del contrato puede encuadrarse dentro de dos contratos típicos. Por ejemplo una parte se obliga a conceder el uso de un inmueble para oficinas y la otra parte se obliga a prestar servicios periódicos de asesoría en computación.

7 PROBLEMÁTICA BÁSICA DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS

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

La libertad contractual que reconoce nuestro derecho, "esta subordinada a la exigencias de estar dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico... están circunscritos a la observancia de la ley imperativa".

Las normas creadas por la autonomía privada tiene un contenido propio que las normas estatales determinan negativamente, sustrayendo al poder privado autónomo ciertas "materias", ciertos grupos de relaciones que el Estado reserva a su regulación... El estado no ha indicado fines, ni propuestos intereses a los que este poder deba servir, se ha limitado a señalarle fronteras externas, esto es límites negativos.

El problema de *admisibilidad y validez* se debe plantear respecto a cada caso concreto de contrato atípico y aplicar las normas generales sobre el contrato que contiene nuestra ley positiva acerca de los elementos de existencia y validez (por ejemplo, en el campo de la licitud del objeto). Un contrato atípico que no sería válido en el Derecho mexicano sería aquel por el que diversos fabricantes, competidores entre si, se ponen de acuerdo para obligarse a no producir sino una cantidad restringida de bienes; o por el que unos fabricantes se coordinan para presentar posturas o abstenerse de presentarlas en determinados concursos o licitaciones públicas. Estos convenios constituyen prácticas monopólicas absolutas de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica (Art. 9 fracs. II y IV y no producen efectos jurídicos).

El primer criterio de análisis coincide con la jerarquía de reglas aplicables a los atípicos que establece el artículo 1858 del Código Civil y reforma, en cierto sentido y sólo para contratos atípicos, la tesis de Dualde sobre la materia contractual única. En el campo de la validez del contrato atípico, deben pensarse también en la posibilidad de encontrar un contrato atípico válido que puede contener una o varias disposiciones inválidas, o que la ley las considere como no puestas. Para estos casos debe acudir a las normas generales sobre las obligaciones y a otras disposiciones legales: leyes prohibitivas, de orden público, derechos irrenunciables, cláusula penal excesiva.

8 INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS

La cuestión principal que plantean los contratos atípicos es determinar cómo deben *interpretarse e integrarse* en sus lagunas los puntos en que las partes fueron omisas. El problema de interpretación, ha dicho la Tercera Sala de la suprema Corte de Justicia, se da cuando no se revela de manera clara la voluntad expresa de las partes (Cfr. La tesis judicial: *Contratos*).

Al respecto, la doctrina ha formulado algunas tesis básicas acerca del criterio a seguir para determinar especialmente en los atípicos mixtos las normas supletorias de los contratos típicos que les puedan llegar a resultar aplicables.

- a) *Teoría de la absorción o de la observación.* En los contratos atípicos dice esta opinión debe determinarse cuál es la prestación o elemento preponderante, y aplicar al contrato atípico las normas del contrato típico al que corresponde tal prestación o elemento preponderante. El negocio viene a ser absorbido en la figura del contrato típico al que corresponde tal prestación. Esta teoría no resuelve satisfactoriamente el problema de interpretación de los contratos atípicos, pues generalmente no es posible determinar con claridad cuál es la prestación o elemento preponderante. En ciertos contratos, los elementos secundarios son los que dan al contrato atípico su característica de tal. Muchos actos jurídicos atípicos tienen como prestación más importante la que corresponde a dos o más contratos típicos.
- b) *Teoría de la combinación.* De acuerdo con esta tesis, cuando un contrato atípico se conforma de prestaciones y elementos que pertenecen a distintos contratos típicos, las normas aplicables serán las que resulten de la mezcla o combinación de dichas normas de tipos contractuales. Un contrato atípico o concreto debe desmenuzarse en sus prestaciones y encuadrar cada una dentro el contrato típico que corresponde. Las normas supletorias serán

las de todos los contratos típicos a los que pertenezcan los elementos o prestaciones que componen la figura atípica. La crítica a esta teoría se ha formulado en el sentido de que el contrato atípico no es una mezcla o agregado de diversos elementos típicos, no es una suma sino una síntesis; tiene una unidad, se trata de un contrato único que tiene una finalidad empírica propia y también única.

- c) *Teoría de la analogía.* Las reglas que deben aplicarse para interpretar el contrato atípico en tesis de Messineo son las del contrato típico con el que tenga mayor analogía. Esta es la tesis que recoge nuestro Código Civil (Art. 1858). La teoría no está exenta de críticas por parte de los autores. Se dice que los contratos atípicos se caracterizan por ser distintos de los típicos y no análogos o afines. Por otro lado, el sentido en el que una figura atípica debe ser análoga o semejante a una típica no es fácilmente determinable, pues la afinidad puede aparecer en elementos que no son esenciales para un contrato atípico concreto.
- d) *Teoría del interés dominante.* Dice esta tesis que, en cada caso, habrá que atenerse a la situación de los intereses que tienen las partes en un determinado contrato atípico. Si el fin que persiguen las partes no puede ser alcanzado por un contrato típico, no deben insistirse en aplicar las reglas del mismo como supletorias del atípico, sino que será necesario acudir a las norma generales de las obligaciones y de los contratos. Para De Castro, esta idea "es una confesión de impotencia para encontrar un criterio general".

9 NUESTRA LEGISLACIÓN

- a) *La interpretación.* El artículo 1858 del Código Civil, que regula lo referente a los contratos atípicos, es nuevo en el Código Civil pues no lo tenían los Códigos Civiles de 1870 y 1884. Borja Martínez afirma que posiblemente los legisladores de 1928 se inspiraron para este precepto en un texto de Manuel Mateos Alarcón, según el cual:

"Los contratos nominados se rigen por las reglas especiales que les consagra la ley y por los principios comunes a todos los contratos y que los llamados innominados se rigen por cláusulas y condiciones que, de común acuerdo, se imponen en los contratantes y en su defecto, por las reglas comunes a todos los contratos y con las de los nominados con los cuales tengan mayor analogía".

Aunque la ley civil contempla la existencia de los contratos atípicos no le da esta denominación. El régimen jurídico de los contratos no regulados como típicos y las normas que deben aplicarse para su interpretación e integración se establecen en dicho precepto.

Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y en lo que las partes fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento (Art. 1858).

Esta disposición señala claramente el orden que debe seguirse para aplicar al contrato atípico las normas de los contratos, que son:

- i) Las reglas generales del contrato incluidas en el propio Código Civil, lo que comprende a todas las normas generales de las obligaciones y la posibilidad de aplicar las de contratos típicos de otras leyes mexicanas, no sólo el propio Código Civil sino también el Código de Comercio, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley de Organizaciones y

Actividades Auxiliares del Crédito, La Ley sobre el Contrato de Seguro o la Ley de Navegación.

- ii) Las estipulaciones de las partes; y
- iii) Las normas del contrato típico con el que tengan más analogía.

La Suprema Corte de Justicia en alguna tesis ha aplicado este criterio de la analogía. Dice una de ellas: "cuando se trata de un contrato no expresamente reglamentado en el Código de Comercio, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de las causas que invalidan o rescinden los contratos, conforme a los cuales son aplicables, en lo que fueren omisas las partes, las disposiciones de más analogía" (Cfr. La tesis Contrato mercantil, terminación).

Este criterio para los contratos atípicos resulta aplicable a los contratos mercantiles, en donde deben tenerse en cuenta las normas comerciales generales sobre obligaciones. Las del contrato mercantil como disposiciones derogatorias por especiales de las del Código Civil.

A pesar de que el Código Civil no lo expresa en esta disposición de los contratos no regulados, hay que acudir a los *usos y costumbres*, que muchas veces son el origen del contrato atípico, especialmente si éste es mercantil. Indirectamente, nuestra ley lo reconoce en el artículo 1796 del Código Civil y 2° del Código de Comercio, que ordena que los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado sino a las consecuencias que conforme a su naturaleza derivan de la buena fe, del uso o de la ley. Los usos son supletorios de las normas mercantiles y además, las disposiciones sobre interpretación de contratos señalan que: "el uso y costumbre del país se tendrán en cuenta" (Art. 1856 del Código Civil). El Código de Comercio establece que "el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicable al caso" (Art. 1445).

Por otro lado, la jurisprudencia, las decisiones judiciales y los estudios de los autores sobre determinada operación atípica, pueden considerarse también como instrumentos auxiliares para su interpretación e integración.

- b) *La forma de los contratos atípicos.* En los contratos atípicos se presenta un problema interesante respecto a su formalidad, al no estar reglamentados expresamente en la ley, donde se impone la forma como requisito de validez, se aplica la regla general de la libertad de forma para las partes. Sin embargo, en el análisis particular de ciertas figuras negociales atípicas, podemos encontrarnos con una gran similitud con algún otro contrato típico formal, ¿Estos contratos atípicos van a requerir la forma del contrato típico al que se asemejan por aplicación supletoria de la norma que impone la forma a dicho contrato? por ejemplo, ¿debe celebrarse por escrito el contrato de agencia por su similitud con el contrato de comisión o de mandato?. Al parecer los contratos atípicos son siempre consensuales, pues rige el principio general de libertad de forma y no se puede, por analogía, imponerseles una forma que corresponde a un contrato que se le parece.

Este criterio lo confirma una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, que ha señalado que: "las disposiciones excepcionales no pueden extenderse a casos no comprendidos en ellas de modo expreso. Fundamentalmente, en nuestra legislación, los contratos son consensuales y no necesitan formalidades para su existencia, sino en los casos en que la ley lo previene expresamente, y a las disposiciones excepcionales no debe dársele una amplitud tal, que se comprenda en ellas a los casos a que no se refieran; así, aun suponiendo que el contrato

innominado, que ha dado en llamarse contrato de piso, tuviera una grande analogía con el contrato de arrendamiento, no hay razón para exigir que aquel contrato tuviera los mismos requisitos de formalidad que el último de los enunciados, pues como se ha dicho ya, las disposiciones de carácter excepcional, no pueden aplicarse si no en los casos expresamente señalados" (Cfr. La tesis Contratos innominados).

10 LOS CONTRATOS COALIGADOS

En la practica de los negocios nos encontramos algunas veces con actos jurídicos y contratos que tienen entre sí alguna vinculación. En materia contractual este fenómeno recibe el nombre de contratos coaligados (o contratos coligados), contratos vinculados o unidos, contratos múltiples o interdependientes. El término coaligados ha sido utilizado por el Tribunal Colegiado en algunas tesis sobre esta materia (Cfr. Las tesis contratos coaligados) y fue recogido legislativamente en la reciente reforma al Código de Comercio (D.O. de 24 de mayo de 1996) que lo menciona en una disposición procesal.

Esta unión puede estar ya prevista en la ley o resulta de la voluntad de las partes. Hay figuras negóciales caracterizadas precisamente por su distinción y a la vez, su dependencia respecto a otro negocio, por ejemplo, la cesión, la delegación, los negocios de garantía... Los particulares pueden, generalmente, establecer la dependencia o la independencia entre dos negocios distintos.

a) *Concepto.* Los contratos coaligados pueden definirse como "los contratos que en una u otra forma guardan cierta vinculación con otro u otros". De manera negativa, podría decirse que contratos unidos son aquellos que no son independientes. Se dice también que son aquellos "en que las partes yuxtaponen varios contratos típicos en una negocio único, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que persiguen o que pretenden". La vinculación de contratos pueden darse respecto de contratos atípicos no sólo típicos.

El tema de los contratos coaligados no ha sido suficientemente explorado por la doctrina y los autores tienden a tratar esta materia dentro del rubro general de los contratos atípicos, en especial en la de los atípicos, mixtos y complejos.⁸ La diferencia entre el contrato atípico y los contratos coaligados es que, en el primer caso, hay unidad en el contrato, y en el segundo interesa el fenómeno de la dualidad o pluralidad de contratos. Los contratos unidos tiene una entidad distinta dice Messineo y tienen su propia causa jurídica.⁹

b) *Requisitos.* Para que existan los contratos coaligados es necesario que estos presenten estos dos requisitos:

- i) que exista dualidad o pluralidad de contratos; y
- ii) la existencia de una vinculación jurídica y con efectos jurídicos.

⁸Entre otros. De Castro Castán y Enneccerus. Los analizan en forma separada de los atípicos y siguiendo a Enneccerus, Lozano (64), págs. 52 y 53 y Aguilar (5), págs. 49 a 52.

⁹Messineo (75), tomo I, pág. 720.

El primer requisito presenta algunos problemas de aplicación práctica, pues no es fácil determinar cuando estamos en presencia de un contrato atípico, especialmente en los llamados mixtos, o de varios contratos unidos entre sí. "La consideración de interdependencia puede llevar a que se pierda por ella la tipicidad de uno o ambos negocios." La diferencia fundamental entre los dos fenómenos es que "mientras que en el contrato mixto se verifica una fusión de elementos contractuales diversos en un solo contrato, en cambio en los contratos unidos el resultado es el de dos contratos ligados entre sí, pero cada uno manteniendo su individualidad, con sus características y perfiles propios. Este requisito excluye aquellos contratos que están unidos a un pacto agregado que forma parte del mismo, pues la unión se da entre dos o más contratos con individualidad propia. Por ejemplo, no hay unión de contratos en una compraventa en la que el vendedor tiene a su favor un pacto de preferencia (Art. 2302 del Código Civil); o el derecho de preferencia pactado entre accionistas de una sociedad, si este acuerdo forma parte de la escritura constitutiva de la sociedad.

En cuanto al segundo requisito, es necesario que el vínculo que une a los contratos sea de naturaleza jurídica. No hay propiamente contratos vinculados en la llamada unión externa o formal, en donde la coexistencia se da en la forma, si puede haber contratos coaligados en la unión económica. De este modo sólo la vinculación económica o jurídica entre los contratos los hace interdependientes entre sí de modo que la terminación, rescisión o ineficacia de alguno de ellos tenga o pueda tener efectos respecto a los otros contratos unidos a aquél.

Una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia ha señalado que: "una consecuencia que se desprende de la existencia de contratos vinculados, en que el complemento de un contrato se refleja en los demás y el incumplimiento de uno también tiene que tener relevancia respecto de los demás contratos. La nulidad de uno de los actos jurídicos produce también la de los demás contratos vinculados" (Cfr la tesis judicial: Contratos coaligados, rescisión de los).

Es necesario que en los contratos unidos, o en alguno de ellos (no necesariamente en forma expresa) se haga alguna referencia, directa o indirectamente, al contrato con los que está vinculado, para que la rescisión, terminación o ineficacia de uno tenga efectos en otro u otros de los contratos interdependientes.

c) *Clasificación.* Los contratos coaligados pueden presentarse de formas muy variadas, y resulta importante analizar la naturaleza y clase del vínculo entre los contratos.

Como clasificación clásica en materia suele exponerse la de Enneccerus, para quien la unión de contratos puede darse de tres modos:

- i) Unión meramente externa, en donde los contratos están unidos por el acto de la conclusión y no guardan relación jurídica entre sí; por ejemplo, en un mismo documento se contienen varios contratos.
- ii) Unión de codependencia, bilateral o unilateral, o unión recíproca, en donde los contratos múltiples tienen un contenido de voluntad única. La voluntad de las partes al concluir los acuerdos es la de celebrar todos los contratos como un solo contrato con unidad económica; estos actos jurídicos son interdependientes y no pueden separarse unos de otros. Se habla de contratos recíprocos unilaterales y bilaterales si el vínculo sólo se da entre un contrato que para su existencia requiere de otro u otros, o si la unión de dependencia es recíproca, para dos o más contratos que dependen uno de otro en ambos sentidos. A esta clasificación "que es verdaderamente importante", hace referencia la tesis judicial citada.

- iii) Unión *alternativa* es aquella en la que los contratos están unidos de tal forma que si se cumple una condición es eficaz uno de los contratos, y si la condición no se realiza, es eficaz el otro contrato. Guardan algún parecido con las obligaciones alternativas, aunque en éstas se depende de la voluntad del deudor y no de una condición. Por ejemplo, un extranjero celebra un contrato de compraventa o de arrendamiento respecto a un inmueble sujeto a la condición suspensiva de que la Secretaría de Relaciones Exteriores le conceda permiso para adquirirlo. Si se le conoce el permiso, la compraventa surte efectos, si no se concede, el contrato será de arrendamiento.

La anterior clasificación ha sido criticada y se ha propuesto otra con base al tipo de vínculo jurídico que une a los contratos múltiples. De este modo, se distinguen.

- i) Unión *objetiva y subjetiva*, que atiende al origen de la vinculación. Si ésta depende de la naturaleza misma de los contratos (unión necesaria), estamos frente a una unión objetiva, si la unión se produce por la voluntad de las partes (unión voluntaria), se llama subjetiva.
- ii) Unión *unilateral o bilateral*, cuando la influencia jurídica se orienta hacia un solo sentido o recíproca cuando es entre ambos contratos. En la unión unilateral la relación que media entre los contratos es de subordinación, sólo uno es sensible o se ve afectado por cambios en el otro contrato; en la bilateral hay interdependencia de coordinación entre los contratos.

La unión *recíproca* es aquella "en la que se estipulan entre las misma partes dos contratos en relación de dependencia mutua (interdependencia), en el sentido de que la ejecución (o la validez) del uno queda subordinada a la ejecución (o la validez) del otro; más o menos como en el contrato único con prestaciones recíprocas, el cumplimiento de una prestación está subordinada al cumplimiento de la otra."

- iii) Unión *genética o funcional*, se da cuando un contrato ejerce una unión vinculante respecto al otro en una formación o nacimiento como en el contrato preparatorio o preliminar; o, unión funcional que se da en aquellos casos en que un contrato no influye en el nacimiento del otro, sino que opera en el desarrollo de la relación propiamente dicha.

11 EL SUBCONTRATO

El subcontrato es aquel contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza, que surge a la vida como consecuencia de la actitud de uno de los contratantes, el cual, en vez de ejecutar personalmente las obligaciones asumidas en el contrato originario, se decide a realizar con un tercero la ejecución de aquéllas, en base al contrato anterior del cual es parte.

El subcontrato supone la existencia de tres partes: el primer contratante, el contratante intermediario y el subcontratante. El primer contratante permanece ajeno a la relación del subcontratante, que sólo se produce entre el contratante intermediario y el subcontratante, aunque puede expresar su voluntad para la celebración. En muchos casos, este consentimiento es condición necesaria para la validez del subcontrato.

A) Las características del subcontrato son:

- a) Se trata de un nuevo contrato distinto del contrato básico en el cual se funda.
- b) Debe tener la misma naturaleza del contrato base que le dio origen.
- c) Está restringido en su extensión y contenido por los límites del contrato anterior o principal.
- d) El subcontrato coexiste con el contrato básico.

La posibilidad de desdoblar un contrato mediante la celebración de su subcontrato o contrato derivado o filial, exige que el contrato originario cumpla determinados supuestos o condiciones:

- a) En cuanto a su ejecución, el contrato originario debe ser de cierta duración; no procede en contratos de ejecución instantánea.
- b) El contrato base no debe ser intuitu personae, en donde el acreedor no permita que otro ejecute el contrato. Por tanto, el obligado debe tener la posibilidad de cumplir el contrato por sí mismo, o por otro. Puede ejecutarse parcialmente por uno o varios subcontratantes y el obligado principal ejecutar por sí mismo tan sólo una parte, que no sea objeto del o los subcontratos.
- c) La subcontratación no debe estar prohibidas por el contrato base (a menos que el primer contratante preste su consentimiento o autorice) o por la ley.
- d) El contrato originario no debe ser de transmisión de dominio (o de tracto único).

El subcontrato en su naturaleza jurídica, es una especie de la unión de contratos (Lopez Vilas) y no debe confundirse con la cesión del contrato, con la estipulación a favor de tercero o con el contrato con persona a designar. Como contrato coaligado o unión de contratos, el contrato filial o subcontrato respecto al contrato originario, es una unión objetiva, unilateral y funcional.

Debido a la necesidad de que los contratos se desdoblén para una más eficiente ejecución, la importancia práctica del subcontrato se acrecienta cada día más en el campo del Derecho privado y del público. En nuestro derecho, el subcontrato se encuentra reconocido en algunos contratos típicos del Código Civil como el subarrendamiento (Arts. 2480 a 2482), el submandato (Arts. 2574 y 2576), el de obra a precio alzado (Art. 2633) y el subtransporte (Art. 2646).

También puede celebrarse respecto al comodato y al depósito. En materia mercantil se da en la subcomisión (Art.577) y el subdepósito. Para algunos contratos atípicos, el subcontrato se plantea en los contratos de corretaje, agencia, distribución y franquicia, entre otros.

CAPITULO IV

REGULACIÓN DE LAS FUSIONES Y REPRESIÓN DE LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS EN MÉXICO

1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Entre las instituciones de derecho económico que muestran en los últimos años gran dinámica legislativa destaca la referida a los monopolios, en principio como una necesidad para evitar los excesos que pudieran derivar de la promoción de la libre competencia en el mercado interno y en el comercio internacional y del incremento en el otorgamiento de protección a las obras, invenciones y nuevas creaciones intelectuales a que por carecer de nivel inventivo reciben una protección *sui generis*. El liberalismo económico ha demandado históricamente que se garanticen los presupuestos del mercado libre y uno de sus elementos más importantes es sin duda la posibilidad de que el precio de las mercancías, factor determinante en la determinación de la tasa de ganancia de las empresas, resulte de la libre competencia en el mercado de una oferta y una demanda atomizada, en oferentes y en demandantes; la concentración monopólica mundial derivada del predominio no regulado de las grandes corporaciones transnacionales es en este momento la amenaza más importante para dicho principio, sin que por ello se deba subestimar a los grupos económicos que se conforman al interior de cada Estado-nación.

Pareciera en consecuencia que estamos haciendo referencia a una institución moderna, derivada de esa etapa del desarrollo industrial que surge a fines del siglo pasado y que ha sido denominada capitalismo monopolista. Sin embargo, las fuentes normativas indican lo contrario, y resulta curioso verificar cómo un fenómeno económico de sustancia similar se desarrolla y transforma permitiendo que su prohibición genérica sea objeto de diversas reglamentaciones. Es un ejemplo claro; por otra parte, de los errores en los que se puede caer cuando se realizan citas poco analíticas y cuando se hacen referencias inconsultas a antecedentes histórico de las instituciones.

Los primeros monopolios individuales, que coexistieron durante mucho tiempo con los privilegios de los gremios, se originaron en la necesidad de los monarcas de tener fuentes propias para financiar sus gastos, recompensar a los favoritos y consolidar lealtades, provocando en muchos casos la protesta de los sectores económicos directamente afectados.¹⁰ Así, una de las primeras disposiciones antimonopólicas, el Estatuto de Jacobo I, surge de estas protestas por el abuso del monarca en la atribución de los privilegios, nace como una prohibición dirigida directamente al monarca, limitado sus facultades para otorgarlos; declara, en efecto, que se deben considerar nulos los monopolios y comisiones, concesiones, licencias, privilegios y cartas patentes; ¹¹ a la prohibición del Estatuto la había precedido una decisión judicial en el caso Dracy Allein (1602), que había declarado nulo el monopolio de fabricación, importación y venta de cartas de juego otorgado por el soberano al señor Dracy.

Son similares los motivos que llevan al constituyente mexicano a prohibir los monopolios y los estancos, propuestos como artículo 20 de la Constitución en la sesión del 15 de agosto de 1856. La crónica de Zarco dice que José María Mata al fundamentar dicha disposición hace *"la historia de las prohibiciones, error funesto que se debe a D. Lucas Alamán y que ha hecho perder al país*

más de ciento cuatro millones de pesos para beneficiar sólo a cinco o seis industriales protegidos por Alamán" 12. Se debate de manera expresa, en la misma sesión, el tema de los naipes; en efecto, Joaquín García Granados solicita en la sesión, que en la enumeración de las excepciones a la prohibición de los monopolios, se incluya la de los naipes; a él le responde Mata con el argumento de que se considera inmorales a los naipes, será mayor la inmoralidad del gobierno que "los estanque" para obtener de ello beneficios 13.

Así, con antecedentes fácticos y discursivos similares, la prohibición de los monopolios y de los estancos en la Constitución de México de 1857 va a tener una estructura significativamente similar al Estatuto de Jacobo I de 1623; primero se prohíben los monopolios y estanco, y es claro que esta prohibición se dirige al gobierno y al Poder Legislativo, y luego se establecen las excepciones. En el estatuto citado la única excepción es la que se otorga a los autores e inventores (o introductores de una nueva industria), pero ello se debe a que la prohibición se refería sólo a los monopolios individuales y no, como se dijera arriba, a los otorgados a los gremios artesanales.

La disposición constitucional de 1857 servirá de base al artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que mantiene la misma estructura, la cual, pese a reiteradas modificaciones, subsiste en la actualidad. Sin embargo, ahora se la utiliza para reprimir a los monopolios modernos que poco tiene que ver con los estancos de los naipes y de la sal de mediados del siglo XIX, y que difieren sustancialmente, también de los existentes en 1917. Por ello las dos leyes reglamentarias de la disposición constitucional que se han sancionado en este siglo verifican también estructuras y bases totalmente diferentes. A través de estas reglamentaciones se ha actualizado la prohibición constitucional.

10PENROSE, Edith T. La economía del sistema internacional de patentes Ed. Siglo XXI. México, D.F. año 1974. Expresa la autora que en Inglaterra, bajo Isabel y Jacobo I, "el clamor público en contra de los privilegiados monopolios restrictivos era fuerte y persistente, ya que abarcaba a artículos de uso común, como la sal, los aceites, el vinagre, almidón, nitrato etc."

11BAYLOS CORROZA, Hermegildo. Tratado de derecho Industrial. Ed. Civitas, 2º Edición, Madrid, España año 1993. pag 191.

12ZARCO, Francisco. Crónica del Congreso Constituyente. Ed. El Colegio de México, D.F., año 1957: pags. 476/77.

13Ibidem.

2 ASPECTOS CONSTITUCIONALES

2.1 La regulación de la actividad monopólica de las empresas

La actual disposición antimonopólica de la Constitución Política Mexicana, tiene su primer antecedente en el artículo 20 de la sancionada en 1857, ampliada en sus conceptos en la de 1917 y reformada en su versión actual en 1983. Queda vigente, pese a ello, la rémora arcaica de la prohibición de los estancos, de las exenciones de impuestos y de las prohibiciones protectoras de la industria; pero es sin duda, en el derecho constitucional comparado, una de las disposiciones más completas en la materia, comprendiendo las siguientes conductas:

Prohíbe los monopolios, estancos y disposiciones que puedan permitir la constitución de monopolios, como las exenciones de impuestos y las prohibiciones a título de protección a la industria, en lo que se supone es un límite al Estado para prohibir importaciones de bienes que se fabrica en el país. Sin embargo, el segundo párrafo de la disposición comienza con la expresión "en consecuencia..." y luego enumera ejemplos, lo que hace interpretar que no se prohíben los monopolios en tanto tales, sino sólo en aquellos casos en que se verifiquen las conductas enunciadas en el segundo párrafo; prohíbe también las prácticas monopólicas, pero con las mismas limitaciones enunciadas precedentemente; las conductas consideradas monopólicas o prácticas monopólicas son: a.1) La concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; a.2) "todo acuerdo o procedimiento o combinación de los productores industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan", siempre y cuando tengan por objetivos "evitar la libre concurrencia o competencia entre sí..." y además "obligar a los consumidores a pagar precios exagerados...", c.3) las "ventajas exclusivas indebidas a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social..." en lo que pareciera una prohibición de acuerdos colusorios destinados a restringir el ingreso de unidades económicas de la competencia al mercado, pero que también se puede interpretar como una prohibición al Estado de conceder privilegios.

Entre las excepciones más relevantes figura la enumeración de áreas estratégicas, en las cuales corresponde al Estado la exclusividad para ejercer actividades productivas y mercantiles; para cumplir este cometido, puede constituir organismos y empresas paraestatales. Pero el privilegio monopólico que se otorga al Estado se debe limitar exclusivamente a las áreas enunciadas, no se extiende a áreas conexas ni a todas las actividades que realicen las empresas constituidas al efecto.

También enuncia el artículo 28 de la Constitución federal mexicana las excepciones correspondientes a los sectores privado y social. No constituyen monopolios (en realidad lo son, lo que quiere decir la norma es que no están prohibidos) las asociaciones de trabajadores, las asociaciones o cooperativas de productores que tuvieran por objeto exportar directamente, y los privilegios (**exclusividad**) que se otorgaren a los autores, artistas o inventores, por las leyes reglamentarias correspondientes. El constituyente hace hincapié en el problema de los precios y en la protección al consumidor, lo que lo lleva a establecer un párrafo especial indicando que se deben fijar legalmente las bases para el establecimiento de precios máximos y fomentar la organización de los consumidores. Por último y contradiciendo en parte el primer párrafo, autoriza al Estado a otorgar subsidios condicionándolo a que sean generales, también temporales y en tanto su cuantía no afecte sustancialmente las finanzas de la Nación.

El texto constitucional refleja por una parte la influencia del correspondiente a la Constitución de 1857 que tenía por objetivo prohibir al monopolio constituido por gracia estatal, que no coincide con el concepto moderno de monopolio; por otra parte, recibe la influencia de la legislación estadounidense en la materia y, por último en sus reformas, la adaptación a las tesis jurisprudenciales de ese país. Estas vertientes motivan que haya contradicciones en el texto mismo del artículo 28 por lo cual sería deseable que en una próxima reforma se eliminara totalmente el actual y se redactará uno nuevo con un criterio homogéneo y preciso.

2.2 Las restricciones a la libre competencia realizada por entidades federativas.

La libre circulación de las mercancías al interior de un país es un principio fundamental del Estado-nación y en muchos casos fue uno de los objetivos históricos que llevaron a su conformación como tal; la prohibición de establecer barreras aduaneras entre las unidades políticas o administrativas que constituyen una nación es, en consecuencia, un principio constitucional generalizado. Cuando el sistema adoptado es un Estado federal, integrado por estados soberanos, el principio deber ser objeto no sólo de mención expresa, sino también de ciudadanos especiales para evitar que se trate de proteger a la producción y comercio locales mediante límites directos o indirectos a la introducción de mercancías. La Constitución mexicana prohíbe a las entidades federativas "artículo 17...V. Prohibir ni gravar, directa ni indirectamente, la entrada a su territorio, ni la salida de él, a ninguna mercancía nacional o extranjera...". En los casos en que los Estados provinciales legislaren violando esta prohibición, estos actos de autoridad no producirán efecto jurídico (art. 14 LCE). Le corresponde a la Comisión Federal de Competencia, según la LCE, investigar, de oficio o a petición de parte, el buen cumplimiento de las disposiciones citadas y, en su caso, declarar la inexistencia de los actos jurídicos que la contradigan. Se trata de una facultad inconstitucional, ya que una comisión cuyos miembros son designados por el Poder Ejecutivo no pueden ser juez de la constitucionalidad o legalidad de un acto soberano de una entidad Federativa, que en la mayor parte de los casos se manifestará mediante una ley local. La facultad otorgada a las autoridades estatales para impugnar la resolución ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación no mengua la inconstitucionalidad de la disposición. El caso en análisis, realización por parte de los Estados de actos prohibidos por la Constitución, se puede considerar como un acto inconstitucional que afecta a los particulares por ser abiertamente contrario a la constitución es absolutamente nulo, y para declarar tal nulidad se prevén acciones procedimentales específicas que permiten arribar a una solución judicial del conflicto o, si el Gobierno federal interpreta que se está invadiéndose esfera de competencia, como "... una controversia suscitada ente la Federación y uno o más Estados...(art. 105 de la Constitución)", caso en el cual le corresponde conocer sobre él "sólo a la Suprema Corte (art. 105 constitucional)".¹⁴

En aplicación de estas facultades, que consideramos inconstitucionales, la Comisión Federal de Competencia declaró la existencia de una barrera estatal erigida por el Gobierno de Estado de San Luis Potosí, que había establecido restricciones indebidas, mediante gravámenes contemplados en la Ley de ingresos municipales para 1997, a la comercialización y movilización de carnes frescas o refrigeradas de ganado y aves, para lo cual declaró que estos actos no producirían efectos jurídicos.¹⁵

¹⁴Un análisis más detallado se puede ver en ARTEAGA NAVA, Elisur, "los monopolios, los estancos y otras prácticas prohibidas por la constitución", en Revista Alegatos, Universidad Autónoma de Metropolitana-Azcapotzalco, num. 39, 1998, pp. 161-182, México, D.F.

¹⁵Diario Oficial, 13 de mayo de 1998.

3 LA PROHIBICIÓN DE LOS MONOPOLIOS Y LA PROHIBICIÓN DE LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS; DIFERENCIAS

Una unidad de producción que es único oferente (o demandante) en una determinada rama o producto, por ese solo hecho altera los principios generales del sistema concurrencial, fueren cuales fueren los pasos que hubiera dado para lograr esa situación. Esta posición privilegiada en el mercado se puede deber a políticas mercantiles exitosas, muchas veces originadas en innovaciones tecnológicas protegidas por la legislación sobre propiedad industrial, no necesariamente mediante la fusión de competidores; su consolidación en el mercado se puede verificar sin necesidad, en muchos casos, de realizar acciones de "exclusión" de futuros competidores más allá de aquéllas que son aceptadas por la costumbre comercial. 16

Se presenta así como problema la posibilidad, o necesidad, de reprimir a una empresa que ha logrado una situación privilegiada por el natural desarrollo de la actividad productiva, respetando las normas éticas de la economía de mercado. Este problema ha sido sintetizado por la doctrina estadounidense en la pregunta sobre si las dimensiones (en el control del mercado) por sí solas, constituyen violación de la ley, y deben ser atacadas de alguna manera. En efecto, si el control se realiza a través de actos concertados expresa o tácitamente (conductas paralelas, por ejemplo) no se atacaría la "dimensión en tanto tal", sino los acuerdos o acciones concertadas. En igual medida pueden reprimirse las acciones excesivamente agresivas orientadas a "expulsar" la competencia existente o para "impedir" el ingreso de otras empresas que pretenden concurrir.

En este punto queremos hacer referencia exclusivamente a la situación de monopolio, a la ocupación de una parte sustantiva del mercado de un determinado producto en un momento dado sin haber violado la ley ni las costumbres mercantiles para arribar a ella o para mantenerla. Es el caso en el cual la empresa no abusa de su situación privilegiada para obtener beneficios excesivos, y por otra parte su volumen de producción o comercialización satisface la demanda efectiva.

El derecho ha rehuído generalmente abordar esta temática, limitando su esfera de acción a las ya descritas conductas previas para acceder a la situación de monopolio, las posteriores de exclusión, la concertación interempresarial o el abuso de la citación objetiva de monopolio; es decir, ha centrado su accionar represivo y disuasivo en las acciones y en aquellos casos en que las mismas violaban principios de ética mercantil.

16 Los factores habituales son: a) producción a escala que abarata costos; b) posesión de patentes, known how protegidos mediante secreto; c) preferencia de los compradores que otorga un margen discrecional en la fijación de precios; d) movilización de grandes capitales en áreas que así lo requieren para poder producir a escala óptima, asociado a disponibilidades tecnológicas. Este tema es parte del referente a las barreras, incorporado por JOSEPH Bain.

Son de nuestro interés dos normas que hacen referencia con precisión a esta situación objetiva de monopolios: la estadounidense conocida como Sherman Act (Ley para proteger el comercio contra las restricciones ilegales y los monopolios, año 1890), pero en especial la Clayton Act, 17 de indudable influencia en la primera reglamentación de la constitución mexicana, y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 28); 18 si bien la interpretación judicial (en especial hasta la Segunda Guerra Mundial) en el primer caso, y la legislación reglamentaria en el otro, han sido extremadamente remisas para atacar la situación de hecho analizada.

La Ley de Competencia, 19 en tanto reglamentaria del artículo 28 constitucional, 20 se propone hacer efectiva la prohibición de los monopolios, y así lo establece en su artículo 2º: Esta ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de monopolios...", y reitera más adelante: "...Quedan prohibidos los monopolios y estancos..."(art. 8º). Sin embargo, no define en su articulado a los monopolios, ni dice qué se debe hacer en el caso de que los monopolios existan (se hayan constituido con anterioridad) o se constituyan; por el contrario, los diversos cuerpos normativos (ley, reglamento, resoluciones de la Comisión Federal de Competencia), aceptando las ideas de la Escuela de Chicago, recogidas en el ámbito jurídico por la corriente denominada "análisis económico del derecho", establecen un conjunto complejo de requisitos que dificultan, llegando al borde de la nulificación, la aplicación de la prohibición constitucional y en ningún caso prevé la atomización o represión de los monopolios existentes o que se conformen sin fusiones.

Es claro, en consecuencia, que se deben distinguir las acciones orientadas al logro de una posición monopolica, de las cuales la fusión o acción de concentración es una de las más importantes, de los monopolios ya constituidos.

La constitución prohíbe los monopolios, por tanto la ley debe reglamentar de qué manera se hará efectiva esta prohibición. No corresponde al legislador decidir si es conveniente o no atomizar los monopolios, si es conveniente o no fomentarlos, sino que debe ordenar al poder administrador que elimine los monopolios del mercado y debe otorgarle los instrumentos legales y administrativos para que los pueda hacer.

17La Sherman Act en su fracción 2ª. Dice que "toda persona que monopolice... una rama cualquiera de la industria o del comercio... será considerada culpable de un delito..."

18La constitución de México (1917) expresa "en los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios..."

19Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial (México) 4 de diciembre de 1992.

20Utilizamos los términos "leyes reglamentarias" conforme al uso reiterado del concepto, lo cual no significa aceptar que tienen una entidad especial, según lo afirman algunos autores. La opinión favorable y el detalle de los autores que la sostienen se pueden ver en Instituto de Investigaciones Jurídicas, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada - Tomo I. Patiño Manfler Ruperto- Concha Cantú, Hugo Alejandro. Comentario del art. 28 Ed. Porrúa- Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1997.

En la reforma constitucional de febrero de 1983 se agregó el condicionante "en los términos y condiciones que fijan las leyes", ello no se puede interpretar como que se dejó a la libre decisión del legislador el prohibir o no los monopolios en tanto tales; por el contrario se impone al legislador en la decisión constitucional, la obligación de reglamentar la prohibición.²¹

Esta voluntad de prohibir los monopolios fue ratificada por la reforma constitucional de 1983 respecto a los monopolios del Estado, que hasta ese momento habían sido objeto de discusión doctrinal. En efecto, en los casos no enumerados taxativamente por la constitución como excepciones, muchos autores consideraban que las empresas del Estado que controlaban monopólicamente una actividad (fertilizantes, por ejemplo, en años anteriores) eran inconstitucionales; otros, por el contrario, argumentaban que siendo empresas del Estado no podían estar comprendidas en los elementos subjetivos del tipo constitucional como podía ser elevar injustificadamente los precios o perjudicar a una clase social, todo lo contrario. La reforma de 1983 zanjó la discusión estableciendo que "No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas...", por lo cual se debe interpretar que las que ejerza en otras áreas están sujetas a la prohibición general respecto a los monopolios.

4 LA DEFINICIÓN JURÍDICA DE MONOPOLIO

Del latín monopolium, y éste a su vez del griego, (mono=uno, polein = vender.) "Aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de un privilegio, bien de otra causa cualquiera. Convenio hecho entre los mercaderes de vender los géneros a un determinado precio".

Monopolio es toda situación de un mercado, en el cual la competencia no existe del lado de la oferta dado que una empresa o individuo produce y vende la producción total de un determinado bien o servicio, controla su venta, tras eliminar a todos los competidores reales o potenciales; o tiene acceso exclusivo a una patente de la que otros productores no disponen.

La eliminación de la competencia y el control exclusivo de la oferta, permite el ejercicio de un manejo total sobre los precios, y el logro de beneficios excesivos o monopolistas.

La legislación anterior definía a los monopolios como "toda concentración o acaparamiento industrial o comercial y toda situación deliberadamente creada, que permiten a una o varias personas determinadas imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios, en perjuicio del público en general o de alguna clase social" .²²

La ley actual no define a los monopolios, si bien los prohíbe reiterando la redacción constitucional (art. 8); para aproximarnos a una definición, debemos recurrir a la analogía y considerar que estamos frente a un monopolio [oligopolio] cuando una persona física o colectiva tiene poder sustancial en un mercado relevante (art. 13); concepto que se puede precisar, según surge del artículo 17: se debe entender que se trata de aquellas personas físicas o morales que están en condiciones de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

²¹Publicada en el diario Oficial el 3 de febrero de 1983.

²²Ley Orgánica del artículo 28 constitucional; art 3, Diario Oficial 31 de agosto de 1934.

El concepto de monopolio es, en consecuencia, relativo y tiene en cuenta, en principio, la concurrencia de dos elementos, el sujeto, o agente económico, y el mercado en que actúa dicho sujeto. Sin embargo, el concepto de sujeto/monopolio debe ser relativizado, en tanto se vincula a un bien específico producido y/o comercializado por dicho agente económico. Esto es así por cuanto el concepto de mercado relevante, que condicional la definición del agente económico, se refiere a un mercado de bienes y dentro de este mercado de bienes a un bien concreto. Es decir, puede darse el caso de un agente económico que produce diversos bienes, pero solo puede fijar libremente el precio de uno de ellos. Respecto a este bien tendrá un poder sustancial, respecto a los restantes bienes que produce, no. Para acotar el mercado relevante se debe definir, en principio, el tipo de bien o servicio en análisis. Pero una persona tendrá poder relevante en el mercado respecto a un determinado bien si los posibles consumidores no pueden sustituirlo por uno igual o muy similar. En el caso contrario, la posibilidad de fijar los precios de ese bien unilateralmente no le será de utilidad por cuanto los consumidores recurrirán al bien sustituto. En razón de ello, para definir al mercado relevante no se debe tener en cuenta sólo el bien y el perímetro geográfico, sino también la posibilidad de sustituir al mismo y el costo de recurrir a los sustitutos o a otros mercados nacionales o extranjeros (art. 12).

CAPITULO V

EL CONTRATO DE EXCLUSIVIDAD

1 INTRODUCCIÓN

La *exclusividad* es un concepto que aparece con frecuencia en las relaciones de Derecho privado derivadas de contratos mercantiles. En la práctica actual de los negocios, numerosos contratos entre empresa contiene alguna referencia a la exclusividad como elemento importante de actos jurídicos que buscan relaciones duraderas.

El *pacto de exclusiva* suele aparecer en contratos como los de: suministro, transferencias de tecnología, agencia, distribución o franquicia; e incluso en relaciones con comisionistas y mediadores. Algunas de estas figuras de reciente auge en el Derecho mercantil, no reguladas todas ellas por nuestras leyes y por tanto atípicas, pueden ir acompañadas de un acuerdo de exclusividad que no siempre se pacta en forma clara y que da lugar a dificultades en su interpretación y alcances.

En el Derecho Mexicano existen algunas referencias a la exclusividad. Por ejemplo, la Constitución se refiere a los privilegios que se conceden a autores y artistas e inventores para la protección de sus obras y para el uso exclusivo de sus inventos (Art. 28). La misma Ley fundamental señala como facultad del Presidente de la República conceder privilegios exclusivos a inventores (Art. 89 frac. XV). La Ley Federal de Competencia Económica menciona a la distribución exclusiva como actividad económica que puede ser, si se dan ciertas circunstancias, una práctica monopólica relativa (Art. 10-I de la Ley Federal de Competencia Económica). En la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Intelectual se reconoce el derecho exclusivo de explotación a los titulares (o licenciatarios) de una patente (Art. 9º) y el derecho exclusivo al uso de una marca (Art. 87), de aviso o de nombre comercial (Arts. 99 y 105) a sus titulares (o usuarios autorizados). También en dicha ley se reconoce el contrato de franquicia que entraña una cierta exclusividad para el franquiciario respecto a un territorio o a uno o varios establecimientos. La Ley Federal del Derecho de Autor se refiere a "prerrogativas y privilegios exclusivos del autor respecto a su obra (Arts. 11 y 24).

Una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace referencia a la exclusividad referida al contrato de agencia. Dice en lo conducente: "el contrato celebrado por una empresa con determinadas personas, concediéndoles la exclusividad para que vendan los productos de aquellas en tal o cual región... es de naturaleza sui génesis, semejándose al contrato de agencias... (Cfr la tesis Concesiones exclusivas para la venta de productos de una empresa, naturaleza de los contratos de).

2 CONCEPTO

El término *pacto de exclusividad* no es definitivo. Se conoce también como cláusula de exclusiva o de exclusividad, derecho de exclusividad, modalidad de exclusiva y como adjetivo que acompaña al nombre de un contrato, por ejemplo: representación exclusiva, agencia exclusiva o suministro con exclusiva. El término pacto debe tomarse como sinónimo de convenio (Art. 1792 del Código Civil), de compromiso o simplemente de acuerdo.

En el Derecho Romano el pacto fue el acuerdo que, en sus orígenes, no tenía acción. Posteriormente el prector reconoció que los pactos podía modificar una relación jurídica y aparecen generalmente concertados en el acto mismo del contrato. Se les conoce como *pacta adjecta*, unidos a una relación principal.

La exclusividad en su aspecto negativo representa una limitación a la libertad contractual, al imponer al concedente de la exclusiva la obligación de no celebrar una clase determinada de contratos con persona distinta al concesionario, o a éste la de no concluirías con otro que no sea el concedente.

En términos más amplios, y no sólo como limitación a la libertad contractual, ha sido concebido como "una obligación de no recibir de terceros una determinada prestación, bien de no realizarla a favor de terceros o bien ambas obligaciones recíprocamente".

En este pacto es esencial la obligación de no realizar ciertas prestaciones, o de no concluir determinados contratos, sino únicamente con las personas a quienes se les reconoce la exclusiva. Este pacto de exclusividad que excluye a los terceros de la realización de determinados negocios significa para el beneficiario de la exclusiva un valor en su patrimonio, un privilegio y algunas veces, un monopolio. Es evidente que un contrato con pacto de exclusividad tendrá un valor económico distinto que el contrato que no tenga ese beneficio.

3 ACCESORIEDAD DEL PACTO

El pacto de exclusividad no puede acordarse en forma abstracta y general. No puede ser un acuerdo autónomo o independiente de una relación fundamental. Se habla así de un contrato de agencia o de distribución exclusiva, de un suministrador o proveedor exclusivo, de una representación exclusiva, etc. Siempre el pacto de exclusividad estará ligado a una relación principal y por ello resulta un acuerdo accesorio, adicional, que acompaña a algún contrato.

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

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

El pacto de exclusividad puede ser esencial, natural o accidental para algunos contratos.

Por ejemplo una ley belga sobre el contrato de distribución, en un texto de 1961, define al distribuidor exclusivo como sigue:

Son cláusulas esenciales aquellos elementos absolutamente necesarios para la existencia y validez del contrato, por ejemplo la cosa y precio en la compraventa. Son elementos naturales aquellos que, sin ser absolutamente necesarios, acompañan ordinariamente a los contratos de determinada naturaleza, de modo que si las partes no disponen lo contrario o no lo excluyen expresamente entran en juego por disposición de la ley. La ley suple a la voluntad de las partes. Son ejemplos de estos elementos: la evicción en la compraventa, la onerosidad del mandato o de la comisión. Por último, son elementos accidentales aquellos que no son necesarios para la existencia y validez del contrato, ni acompañan ordinariamente al tipo contractual, pero las partes pueden adicionarlos si así lo expresan.

El concesionario de venta exclusiva es el comerciante que ostenta el derecho a vender a título exclusivo los artículos o productos de un fabricante concedente, en su propio nombre y en su propia cuenta.

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

En otros casos, el pacto de exclusiva es un elemento natural del contrato al que está ligado. Esto significa que si las partes no lo acuerdan, la ley que regula al contrato lo establece.

Por ejemplo, en el Código Civil italiano, que regula el contrato de agencia, prevé la exclusividad como cláusula natural de estos contratos. Si las partes no lo pactan, la ley italiana establece la exclusiva para las dos partes como cláusula natural. Pero, desde luego puede excluirse del contrato si los contratantes expresamente lo acuerdan.

El proponente no puede valerse simultáneamente de más agentes en la misma zona y para el mismo ramo de actividad, ni el agente puede asumir el encargo de tratar en esa zona y por el mismo ramo de negocios de más empresas que concurren con el proponente (Art. 1743).

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

4 REQUISITOS

El pacto de exclusiva tiene dos requisitos básicos. "En general se sostiene la necesidad de que la exclusiva quede sometida a límites de tiempo y de espacio que habrán de ser respetadas por las partes."

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

b) Como el pacto de exclusiva supone una limitación a la libertad, este acuerdo debe estar sujeto a un cierto término.

La duración de la obligación negativa no puede, sin embargo, ser indefinida o perpetua porque no puede serlo la limitación de la libertad individual que toda obligación supone. Tampoco será válida cuando tenga una duración excesiva.

Si el pacto de exclusiva no tiene señalado un plazo específico de duración, debe entenderse que el término es el mismo que el del contrato principal al que está unido. En una ley francesa relativa a los agentes comerciales se establece que la exclusiva no puede tener una duración mayor de diez años.

c) Por último, ya no como requisito, sino como materia, es importante concretar a que prestaciones, productos o mercancías se refiere la exclusividad. Esto resulta de gran utilidad práctica para aquellos casos de exclusiva en donde existen productos o mercancías se refiere la exclusividad. Esto resulta de gran utilidad práctica para aquellos casos de exclusiva en donde existen productos o mercancías similares a las que por la relación contractual principal tiene el obligado a la exclusiva. En el caso de "exclusiva de aprovisionamiento" (a favor del concedente) el distribuidor, agente, franquiciatario o suministrado, se obliga a no adquirir o promover productos análogos o concurrentes. En la práctica puede haber problemas para definir qué se entiende por productos concurrentes o sustitutos.

El texto de la ley del 14 de octubre de 1943, relativa a los agentes comerciales es el siguiente:

"Art. 1º Esta limitada a diez años de duración máximo de validez de toda cláusula de exclusividad por la cual el comprador, cesionario o arrendatario de bienes muebles se obliga frente al vendedor, cedente o arrendador, a no hacer uso de objetos semejantes o complementarios provenientes de otro proveedor.

Art. 2º Cuando el contrato dentro del cual ha sido insertada esta cláusula es seguido posteriormente, entre las mismas partes, de otras obligaciones análogas sobre el mismo género de bienes, las cláusulas de exclusividad contenidas dentro de estas nuevas convenciones terminarán en la misma fecha que aquella que figure en el primer contrato.

Art. 3º La duración de validez de la cláusula de exclusividad insertada dentro de los contratos actualmente en vía de ejecución está limitada a diez años a partir de la fecha de publicación de la presente ley. Si dentro de este intervalo interviene entre las mismas partes contratos análogos sobre el mismo género de bienes, las cláusulas de exclusividad contenidas dentro de esos nuevos contratos terminarán al mismo tiempo que la cláusula de exclusividad que surge en el contrato inicial."

5 CLASES

a) En atención a los obligados, el pacto de exclusiva puede ser de simple o doble signo, o unilateral o bilateral. Es decir, un contrato puede contener el pacto de exclusiva a favor de una parte por ejemplo del agente, a favor del empresario, o de ambas.

Para los contratos de agencia, distribución o franquicia puede pactarse de la siguiente manera. El obligado por la exclusiva, si es el agente, el distribuidor o el franquiciatario, no puede trabajar en su zona para otros empresarios u otros competidores. En los contratos de suministro, agencia y distribución en los que el suministrado, el agente, el distribuidor o el franquiciatario es el que está obligado por la exclusiva, suele llamársele a ésta: exclusiva de abastecimiento o aprovisionamiento. También se le ha denominado de exclusividad en el producto.

Cuando el obligado por la exclusiva es el empresario, éste no puede designar a otros agentes, distribuidores o franquiciatarios en la zona o para los productos concedidos al beneficiario de la exclusiva; e incluso, en ciertos casos de contratación más compleja, evitar que sus productos sean introducidos a la zona por conductos distintos a la actividad del beneficiario de la exclusividad. A este pacto se le llama de territorialidad exclusiva.

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

- i) En "la llamada cláusula de territorialidad simple... el concedente ha reconocido mediante la misma al concesionario el privilegio de aprovisionarle en exclusiva para esta zona, y el de que el concesionario venda en exclusiva en ella. Pero no se ha obligado a protegerle contra la posible concurrencia de los demás concesionarios de otras zonas que puedan invadir la suya."
- ii) La finalidad de la cláusula de territorialidad reforzada es que los concesionarios adquieren el compromiso de respetar el monopolio territorial de los otros, de modo que ninguno de ellos puede adquirir un cliente no domiciliado en su territorio sin afectar una de las obligaciones del contrato donde está acordada la exclusividad.
En cláusula de territorialidad reforzada el concedente se obliga a imponer el respeto de la zona geográfica de eficacia de la concesión a los demás concesionarios. Esto se consigue a través del pacto de respetar las zonas geográficas de cada concesionario que aparece en los contratos individuales de concesión. Su efecto, es por tanto, impedir la concurrencia interna dentro de la red de concesión mercantil.
- iii) La cláusula de territorialidad absoluta (se da) cuando los concesionarios exclusivos se comprometen respecto del concedente no sólo a no revender a clientes que no están domiciliados en sus sectores, sino igualmente a imponer a sus clientes la obligación de no "exportar" la mercadería fuera del sector donde ella ha sido comercializada. Ella no puede ser practicada más que si el concesionario es un mayorista exclusivo, revendedor a minoristas que el abastece en un sector concedido.
En esta última clase de exclusiva, el concesionario, a su vez, impone al cliente comerciante minorista o subdistribuidor la obligación de no revender fuera del territorio concesionado. Aquí se produce un fenómeno económico interesante pues los productos objeto del contrato de concesión se convierten en mercancía de "no libre circulación".

6 EFECTOS

Es principio de todos los contratos y convenios que éstos sólo obligan a quienes intervienen como partes: res Inter. Alios acta.

El principio establece que: Sólo a las partes aprovecha o perjudica el contrato, ya que únicamente para ellas dimanar los derechos o las obligaciones de dicho contrato; y por contrapartida, todos los terceros extraños a dicho contrato no se benefician ni se perjudican directamente, pues no les obliga ni les otorga derechos ese contrato.

El efecto general que el pacto de exclusiva produce entre las partes es una obligación de no hacer y más específicamente de no contratar. Pero este deber sólo se produce entre las partes que intervienen en el pacto de exclusiva. De este modo, si una parte incumple el pacto de exclusiva y contrata o recibe prestaciones de un tercero, esta nueva relación con el tercero es válida y el beneficiario de la exclusiva no puede exigir la nulidad o invalidar el nuevo acto, pues el tercero con quien se contrató no estaba obligado por el pacto de exclusiva. Por tanto, el contrato celebrado entre el obligado por el pacto de exclusiva y el tercero es válido.

Para el acreedor o beneficiario del pacto de exclusiva, el deudor que lo viola debe resarcir los daños y perjuicios causados, por aplicación del principio general de incumplimiento de las obligaciones negativas (Art. 2028 del Código Civil).

Lo anterior lo ha confirmado una tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, al señalar que: "La obligación de no hacer es de tracto sucesivo y su valor es del daño o perjuicio que se causa con el hacer correlativo, pues el artículo 2028 del Código Civil establece que el que

estuviera obligado a no hacer alguna cosa, queda sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención... el valor de la obligación principal esta representado por el del perjuicio que le causó, o sea, la privación del beneficio, utilidad o lucro que le ocasionó. (Cfr. Las tesis Obligaciones de no hacer; naturaleza de las).

7 INCUMPLIMIENTO

Ante el incumplimiento del pacto de exclusiva por una parte (unilateral) o las dos partes (bilateral) obligadas, las consecuencias o efectos del incumplimiento se producen únicamente entre las partes. Este incumplimiento, como el incumplimiento general de cualquier contrato bilateral, de prestaciones recíprocas, da derecho a la parte perjudicada a exigir a la otra parte el pago de daños y perjuicios y el cumplimiento forzoso o la rescisión del contrato (Art. 1949 del Código Civil).

Es frecuente, por tanto, que dada la importancia que el pacto de exclusiva tiene para algunos contratos mercantiles como el de agencia, es de distribución o el de franquicia, el incumplimiento del pacto sea causa de terminación general de todo el contrato.

Para el resarcimiento de los daños y perjuicios pueden las partes plantear contractualmente varias soluciones. El fabricante, por ejemplo, si viola el pacto de exclusiva y vende directamente o a través de un tercero en el territorio asignado, puede verse obligado a pagar la comisión al agente exclusivo y considerar para este efecto o el margen del distribuidor exclusivo al considerarse que la venta se hizo por su conducto. Puede también establecerse contractualmente una remuneración equivalente como una fracción o porcentaje de la comisión o margen que restituyan al beneficiario de la exclusiva del daño causado.

No es raro encontrar cláusulas en que el agente (para el contrato de agencia) tendrá derecho a percibir comisión por todas las operaciones que se practique en su zona aunque se hagan sin su intervención. A esta remuneración se le ha llamado comisión indirecta.

Con este tipo de soluciones que contractualmente garantizan el cumplimiento del derecho de exclusiva, puede lograrse que el contrato y el pacto, en ciertos casos que no sean graves, subsistan y que no sea necesario acudir a la terminación de la relación contractual, por la compensación parcial y concreta que recibe el beneficiario por el incumplimiento de la exclusiva.

8 NATURALEZA JURÍDICA

El contrato de exclusividad es un acuerdo accesorio que requiere de una relación básica generalmente contractual para su existencia. El pacto de exclusiva es una cláusula o un acuerdo accesorio a una relación principal de la cual depende. No puede pensarse en un pacto de exclusiva en general, abstracto.

El pacto de exclusiva, por los efectos que produce, cabe dentro del concepto general de las obligaciones negativas u obligaciones de no hacer, pues significa para el deudor de éste un deber de abstención, de no recibir o realizar prestaciones, de no contratar con persona distinta al beneficiario de la exclusiva. La obligación de no hacer está regulada en nuestro Código Civil que dice:

"El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención" (Art. 2028).

La obligación negativa puede ser, a su vez abstención de actos materiales o de actos jurídicos. El pacto de exclusividad, como obligación negativa, implica así, sobre todo, una abstención de actos jurídicos que se conoce como obligación de no contratar.

Un negocio jurídico que ha alcanzado en los tiempos modernos una cierta tipicidad económico-social como obligación negativa, es el llamado pacto o cláusula de exclusividad. Esta última figura aparece cuando el deudor promete que todas las prestaciones de una determinada especie las realizará sólo con la otra parte contratante y que, por consiguiente, se abstendrá de realizarlas con terceras personas. Por ejemplo: un fabricante se obliga a vender toda su producción a un comerciante y, por consiguiente, a no venderla a terceras personas. También a la inversa: un comerciante se compromete a adquirir las mercaderías de un determinado tipo sólo a un determinado fabricante y, por consiguiente, a no aprovisionarse de otras distintas.

El pacto de exclusividad como limitación a la libertad contractual, se produce en contratos de duración generalmente de naturaleza mercantil. Para nuestro Derecho el pacto será siempre una cláusula accesoría o accidental que debe ser convenida por las partes expresamente.

Cuando se pacta la exclusividad deben tenerse presente el contenido y los límites de la misma respecto a: el obligado y el beneficiario de la exclusividad, el espacio o territorio, el plazo por el que se concede y los posibles efectos por su incumplimiento.

9 LA EXCLUSIVIDAD Y LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

La ley de competencia económica "tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios" (Art. 2°). Están sujetos a lo dispuesto por esta ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica (Art. 3°). La ley prohíbe las prácticas monopólicas que dañen la competencia o impidan la libre concurrencia (art. 8°) y, para estos efectos, enumera distintos supuestos de prácticas monopólicas absolutas y relativas.

Para que exista una *práctica monopólica absoluta* se requiere que el convenio o contrato por el cual se atente contra la competencia o libre concurrencia se celebre entre agentes económicos competidores (Art. 9°). Los acuerdos jurídicos de esta naturaleza "no producirán efectos jurídicos" y los agentes económicos serán sancionados (Art. 9°). El efecto que buscan las partes que intervienen en estos acuerdos es: fijar o manipular el precio de venta, establecer obligaciones de no producir o distribuir, o segmentar el mercado.

Se considera que hay *prácticas monopólicas relativas* en aquellos acuerdos entre agentes económicos (que no sean entre competidores) en los que se pretenda como objeto o efecto, desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

I.- Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;

II.- La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observarse al expender o distribuir bienes o prestar servicios;

III.- La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad;

IV.- La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

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

VI.- La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a estos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado; o

VII.- En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios. (Art. 10).

Sin embargo, para que la práctica monopólica relativa se encuentre dentro de los supuestos previstos en la propia ley como sancionables Art. 10, es necesario que se compruebe que mediante esa práctica el responsable "tiene poder sustancial sobre el mercado relevante" (Art. 11). "A diferencia de las absolutas, su determinación requiere del análisis cuidadoso de las circunstancias en que se gestan y de sus efectos en la competencia y libre concurrencia."

Los supuestos de un pacto de exclusividad están previstos dentro del texto que describe a las prácticas monopólicas relativas.

Dice la disposición correspondiente:

Se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones... en los siguientes casos: entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos de tiempo determinados, incluidas la división distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable (Art. 10 fracc I).

Para que un pacto de exclusividad se encuentre dentro de los supuestos de una práctica monopólica relativa es necesario que se presenten las siguientes condiciones:

- a) Que tenga como efecto desplazar indebidamente o impedir en forma sustancial el acceso al mercado a otros agentes económicos, así como establecer ventajas exclusivas a cierta persona.
- b) Que por medio del contrato, el responsable logre un poder sustancial en el mercado relevante.
- c) Que en uso del poder sustancial, el agente pueda fijar precios unilateralmente en el mercado o tenga cierto control respecto al acceso al mercado de otros competidores.

Para la determinación de los que un mercado relevante la ley federal en comento en su artículo 12 nos dice los criterios que se deberán seguir, los cuales son los siguientes:

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

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

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

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

Así mismo para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

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

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

III.- La existencia y poder de sus competidores;

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

V.- Su comportamiento reciente; y

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

10 LA EXCLUSIVIDAD Y EL REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Por lo que para tener un criterio mas amplio se ha considerado también citar lo que nos establece al respecto el reglamento de la ley federal de competencia económica.

En su capítulo dos trata acerca de las practicas monopolicas.

Son indicios de la existencia de una práctica monopólica absoluta, las instrucciones o recomendaciones que emitan las cámaras empresariales o asociaciones a sus agremiados, con el objeto o efecto de realizar las conductas previstas en el artículo 9° de la ley.

Son indicios de la realización de las conductas a que se refiere la fracción I del artículo 9° de la ley, entre otros, que:

I.- El precio de venta ofrecido en territorio nacional por dos o más competidores de bienes o servicios susceptibles de intercambiarse internacionalmente, sean sensiblemente superiores o inferiores a su precio de referencia internacional, excepto cuando la diferencia se derive de la aplicación de disposiciones fiscales, gastos de transporte o de distribución, y

II.- Dos o más competidores establezcan los mismos precios máximos o mínimos para un bien o servicio, o se adhieran a los precios de venta o compra de un bien o servicio que emita una asociación o cámara empresarial o cualquier competidor (Art. 5 Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica).

Se consideran prácticas comprendidas en la fracción VII del artículo 10 de la Ley, entre otras:

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

II.- El otorgamiento de descuentos por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de exclusividad en la distribución o comercialización de los productos o servicios, cuando no se justifiquen en términos de eficiencia (Art. 7 Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica).

Para efectos del artículo 12 de la Ley, la comisión identificará los bienes o servicios que componen el mercado relevante, ya sean producidos, comercializados u ofrecidos por los agentes económicos, y aquellos que los sustituyan o puedan sustituirlos, nacionales o extranjeros, así como el tiempo requerido para tal sustitución. Posteriormente, delimitará el área geográfica en la que se ofrecen o demandan dichos bienes o servicios, y en la que se tenga la opción de acudir indistintamente a los proveedores o clientes sin incurrir en costos apreciablemente diferentes, y tomará en cuenta el costo de distribución del bien o del servicio, y el costo y las probabilidades para acudir a otros mercados.

Además, se considerarán las restricciones económicas y normativas de carácter local, federal o internacional que limiten el acceso a dichos bienes o servicios sustitutos, que impidan el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos (Art. 9 Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica).

Para determinar la participación de mercado a que se refiere la fracción I del artículo 13 de la ley, se tomarán en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la Comisión estime procedente. (Art. 10 Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica).

Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, de conformidad con la fracción VI del artículo 13 de la Ley, se consideran adicionalmente los criterios siguientes:

- I.- El grado de posicionamiento de los bienes o servicios en el mercado relevante;
- II.- La falta de acceso a importaciones o la existencia de costos elevados de internación, y
- III.- La existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir otros proveedores.

11 PRACTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS

Son las que se realizan entre sujetos económicos que compiten entre sí, mediante contratos, convenios, arreglos o combinaciones. El legislador vuelve a confundir género y especie, los contratos son convenios y por lo tanto no era necesario incluirlos en la enumeración; es confusa la inclusión de la acción "combinaciones": si se trata de combinaciones entre competidores no se utiliza el verbo de manera correcta y si se trata de combinaciones de contratos y convenios, no era necesario incluirlo pues si se prohíbe cada una de ellas se sobreentiende que se prohíbe también la suma. Por arreglos, se deben entender las denominadas acciones paralelas, que no necesariamente surgen de convenios verbales o escritos.

Acuerdos de fijación de precios

Se prohíben los acuerdos colusivos entre competidores, consistentes en concertaciones y manipulaciones, para fijar los precios de los bienes, o elevar los mismos. La ley, en una redacción muy confusa, prohíbe la mera concertación, o manipulación, o fijación o elevación de precios. Una interpretación adecuada nos lleva a considerar que las acciones reprimidas son, como se expuso, fijar los precios mediante concertaciones o manipulaciones entre competidores, siendo uno de los posibles resultados lograr un incremento de los mismos. Muchas de estas concertaciones se realizaban antiguamente a través de las cámaras que agrupaban a comerciantes o productores y se consideraban medidas gremiales adecuadas para evitar competencias depredadoras, la misma denominación hace que se les asocie con los privilegios de los antiguos gremios; ha resultado difícil a estas asociaciones adecuarse a la nueva concepción de garantizar la competencia.

Es importante aclarar que, según la redacción de la ley, también se debe considerar prohibida una concertación que tuviera como objetivo evitar una caída de los precios, ya que lo que se reprime es la concertación o manipulación de los precios.

Se prohíbe, además, que los agentes económicos intercambien información para lograr los mismos objetivos; fijar los precios mediante concertaciones o manipulaciones; en este caso el elemento subjetivo cumple una función importante para distinguir la información propagandística, la difusión de información que realizan las cámaras gremiales de productores y de comerciantes para una mayor racionalización de la producción, de aquella orientada a facilitar las concertaciones y manipulaciones.

Regulación mediante arreglos o convenios, de la producción, procesamiento, o comercialización de bienes o la prestación de servicios.

Los acuerdos prohibidos, al eliminar la competencia que deriva de la sobreoferta, permiten a las empresas mantener un nivel óptimo de precios por decisiones del mismo mercado, sin necesidad de ponerse de acuerdo sobre los mismos. Sin embargo, no es necesario demostrar los objetivos de

quienes participan en la concertación está reprimido el acto colusorio en sí mismo, es decir, se trata de una presunción que no admite prueba en contrario. Sin embargo, son difíciles de probar.

Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios

Parece clara la prohibición de los convenios y acuerdos que celebran los agentes económicos para dividirse geográficamente el mercado o asignar porciones de la clientela. En el caso de imposición o asignación de porciones o segmentos de mercado, se supone una colusión entre competidores desiguales, uno o alguno de los cuales pueden imponer esta restricción a los restantes competidores. La aclaración es necesaria por cuanto es fácil confundir esta conducta entre competidores con la imposición o asignación de mercados que suelen realizar los proveedores que tienen control oligopólico de un mercado, que es considerada una práctica monopólica relativa.

Concertación de conductas en las licitaciones o concursos públicos.

Se prohíbe la colusión entre proveedores del Estado nacional, estatal o municipal o de cualesquier empresa o institución pública, que se suele verificar cuando se trata de concursos o licitaciones en las cuales los oferentes con mayores posibilidades constituyen un grupo muy reducido. Es habitual, por ejemplo, el acuerdo entre fábricas de automóviles de no presentarse a concursos del poder público, y hacerlo a través de sus concesionarias, prohibiendo a éstas que realicen descuentos significativos. En estos casos se debe interpretar que la concertación monopólica entre fabricantes es una práctica monopólica absoluta (pues se realiza entre competidores) y la imposición a las concesionarias una práctica monopólica relativa.

12 PRACTICAS MONOPÓLICAS RELATIVAS

Comprenden dos grupos importantes:

a) Los llamados "acuerdos Verticales", celebrados entre compradores y vendedores, en la cadena productiva.

Su objetivo es obstruir el acceso de un competidor al suministro de materias primas o insumos imprescindibles para la elaboración de la mercancía que se pretende ofrecer con características monopólicas, o suministrarle las mercancías a precios diferentes o en condiciones más gravosas en tanto esta discriminación no tenga fundamentos razonables. En muchos casos estas conductas permiten a los proveedores organizar y planificar mejor la distribución de sus bienes, pero ello no justifica la ilegalidad de sus actos.

b) Los grupos cuyas acciones se proponen desplazar a otros sujetos económicos del mercado, o impedirles su acceso al mismo. Acciones que son definidas por Bain como "la Creación y el mantenimiento (consciente o deliberado) de un control de las que actúen concertadamente, cuando tales creaciones o mantenimientos impliquen la eliminación exclusión o control supresivo de los competidores". 23

La ley prohíbe como práctica relativa las mismas conductas enumeradas como prácticas absolutas, cuando se realizan entre sujetos económicos que no compiten entre sí:

- 1) la imposición de precios o condiciones de venta a los distribuidores;
- 2) la venta condicionada a la adquisición de bienes al comprador o a la reventa al mismo;
- 3) la venta condicionada a no adquirir ciertos bienes o servicios de terceros.

La Comisión Federal de Competencia consideró que en estos casos, si la medida denunciada puede causar un daño inmediato y su suspensión no daña a terceras personas, se pueden imponer medidas cautelares, y una vez la denuncia en trámite, mantener la situación, aclarando que el mantenimiento de medidas cautelares no implica prejuzgar sobre las cuestiones materiales de la denuncia:

American Express travel Related Services Company, Inc. y American Express Company (México), S.A. de C.V. vs. Visa International Service Association, Inc. Y visa internacional México, S.A. de C.V. American Express denunció que Visa imponía a los bancos miembros de su sistema de pagos, la obligación de no emitir tarjetas de American Express Company y solicitó la imposición de medidas cautelares para que dejara de hacerlo, petición que aceptó la Comisión en uso de sus facultades preventivas otorgadas por el artículo 2 de la Ley Federal de Competencia Económica, y apercibió a Visa para que se abstuviera de realizar cualquier acto que tenga o pueda tener por objeto o efectos desplazar indebidamente a otros agentes del mercado o impedirles sustancialmente su acceso, mediante la celebración de convenios de exclusividad o similares.²⁴ La resolución definitiva se dictó en 1997 ratificando las instrucciones de las medidas cautelares en el sentido de que se suspendan las restricciones verticales en la distribución.

Igual medida cautelar aplicó a la Federación Mexicana de Fútbol ante la denuncia de Televisión Azteca por el otorgamiento a Televisa de los derechos a transmitir en exclusiva los partidos que juegue la Selección Mexicana de Fútbol, sin haber realizado concursos y sin atender la manifestación expresa de la afectada de participar en el mismo cuando se convocara.

c) La denegación de trato, definida legalmente como acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles que normalmente se ofrecen a terceros.

En una investigación iniciada de oficio, la Comisión Federal de Competencia, demostró que Aerovías de México S.A. de C.V. (Aerovías) se negaba a tratar con empresas de viajes que distribúan boletos de otras aerolíneas, violando los incisos I y V del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica. Aerovías tiene poder sustancial en el mercado relevante de intermediación de boletos pues cuenta con la mayoría de viajes desde y hacia la localidad en que se inició la investigación, por lo cual la Comisión Federal de Competencia ordenó a Aerovías cesar en las prácticas monopólicas y dar instrucciones a todos sus distribuidores en ese sentido.²⁵

²⁴Comisión Federal de Competencia, Informe de Competencia Económica. Segundo semestre de 1996, México, D.F., 1996, págs. 42/43.

²⁵Comisión Federal de Competencia, informe anual 1994/95, México, D.F., 1995, págs. 59/60.

El denominado boicot, es decir, la concertación entre competidores para ejercer presión o tomar represalias sobre un cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de cierta conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado:

Para que las prácticas monopólicas relativas resulten prohibidas por la ley deben ser cometidas por personas físicas o morales que tengan poder sustancial sobre el mercado relevante (posición dominante) y que se realicen respecto al mercado relevante de que se trate (artículo 11). Debe interpretarse que la ley se refiere, en este caso, a los actos unilaterales, pero tratándose de colusiones se interpretará la posición dominante del conjunto de empresas que participen en la misma:

Los miembros de la Asociación de librerías Mexicanos acordaron no adquirir los libros de las editoriales Editorial Santillana y Oxford University Press-Harla México para disuadirlos de realizar ventas directas a alumnos y profesores a un precio por debajo de un 20 y 30% de las librerías y forzar la unificación de precios. La Comisión federal de Competencia calificó la acción como boicot, es decir, como práctica monopólica relativa, y considerando que los agremiados sólo cuentan con el 3% del mercado, y por tanto no tiene poder sustancial en el mercado relevante, no se aplicó sanción. Pero la manipulación de precios es una práctica absoluta, prohibida por la ley, por lo cual la CFC ordenó su eliminación.

La enumeración anterior es meramente ejemplificativa, por lo que también se considera práctica relativa, según la ley, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios:

En febrero de 1996 se había desahogado la denuncia de Chicles Canel's vs. Chicles Adams, sin que se pudiera probar la existencia de prácticas monopólicas relativas por parte de Adams, en 1997, se realiza igualmente la investigación de oficio, ya con más datos y un mejor conocimiento del mercado. Con base a los resultados de la investigación (de oficio) en el mercado de gomas de mascar, el pleno determinó en 1997 la existencia de conductas de depredación de precios, realizadas por Grupo Warner Lambert México, fabricante de Chiclets y Clarks. Conforme a la disposición que comentamos, ordenó a Warner es menor que la de Canel's (ambas tienen el control total del mercado), la primera tiene un peso mayor en términos de valor, en virtud de que Warner tiene capacidad para fijar precios unilateralmente en el mercado formal e informal) y puede establecer barreras de entrada.²⁶

Un ejemplo de negocios jurídicos calificables como práctica monopólica relativa son los convenios entre fábricas de autos y sus distribuidores (conocidos precisamente como "concesionarios"), en virtud de los cuales la fábrica surte adecuada y regularmente de automóviles al comprador, evitando a éste una inversión excesiva de capital, y le garantiza cierta exclusividad (no vender autos y repuestos a otros comerciantes en una zona geográfica determinada y no incrementar sus representantes o distribuidores más allá de un porcentual en relación a los habitantes).

²⁶Comisión federal de Competencia, Informe de Competencia económica 1997, op. Cit., páginas 73/74.

El comprador se compromete por su parte a vender exclusivamente los automóviles por año, a brindar ciertos servicios de mantenimiento a los automóviles vendidos por él o cualquier otro concesionario, a respetar las "políticas generales" de la fábrica. Políticas generales que cumplen en gran medida la función de acuerdos colusivos de precios y condiciones de venta; en efecto: los concesionarios se comprometen a respetar un precio de venta al público, a no competir mediante precios con las restantes concesionarias, a no realizar descuentos por ventas de contado más allá de las autorizadas por la fábrica; aún en concursos de grandes empresas privadas o gubernamentales generalmente la fábrica, por su parte, se compromete a no participar en estos concursos aún en el caso de que los volúmenes de venta puedan superar a los de la compra anual por separado de cualesquiera de sus concesionarias. 27

En estos casos, por ejemplo, se deberá analizar si las conductas establecidas entre concesionante y concesionarios, que no compiten entre sí, no suplen a las concertaciones entre quienes sí compiten entre sí (que serían prácticas monopólicas absolutas); en muchos casos las compras que realiza el gobierno de autos de una misma marca y modelo supera el total vendido por la mayor concesionaria en un año (patrullas de policía, por ejemplo) y la abstención de participar de la fábrica también es de dudosa calificación.

Para dictar la resolución, se debe considerar que se autorizan las prácticas monopólicas relativas que permitan a las empresas concernidas realizar ahorros en virtud de los cuales puedan producir la misma o mayor cantidad de bienes a un menor precio individualizado, o cuando la elaboración de dos o más bienes es una sola empresa permita producirlos a un precio menor que el que resultaría de fabricarlos en empresas separadas. Las empresas podrán justificar que los menores costos derivan de menores gastos administrativos o por la expansión de una red de infraestructura o distribución; 28 estos extremos serán fáciles de demostrar por parte de los fabricantes y concesionarios de la industria automotriz en lo que hace al núcleo central de sus negocios, más no en la concertación entre las fábricas de no participar directamente en los concursos para que la competencia se limite a las concesionarias.

27Los tribunales argentinos han considerado que no se altera la competencia cuando una fábrica de autos otorga a dos concesionarias la exclusividad para la venta de automotores al sector público ya que el mismo podía optar por otras marcas de automotores. (Cam. Nac. En lo Penal Económico, sala I, 27/12/83, Autos: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia vs. Igarreta, S.A. y Aclor S.A.), Rev. Del derecho Industrial, año 9, Bs. As., 1987, páginas 423/4, (resena Dra. Susana Czar de Zaldueño).

28Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, artículo 6.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

CONCLUSIONES

PRIMERA

La figura que se estudio en este trabajo es: bilateral, perfecto, oneroso, conmutativo, consensual, accesorio, atípico, ejecución escalonada y de libre discusión .

SEGUNDA

El contrato de exclusividad es aquel pacto por el cual con mutuo acuerdo de voluntades se acuerda que una persona ya sea física o moral se obliga a no realizar ciertas prestaciones, o de no celebrar determinados contratos, sino únicamente con las personas a quienes se les reconoce la exclusiva.

TERCERA

El pacto de exclusiva no puede acordarse en forma abstracta y general. No puede ser un acuerdo autónomo o independiente de una relación fundamental. Se habla así de un contrato de agencia o de distribución exclusiva, de un suministrado o proveedor exclusivo, de una representación exclusiva, etc. Siempre el pacto de exclusiva estará ligado a una relación principal y por ello resulta un acuerdo accesorio, adicional, que acompaña a algún contrato.

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

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

CUARTA

El pacto de exclusiva tiene dos requisitos básicos. "En general se sostiene la necesidad de que la exclusiva quede sometida a límites de tiempo y de espacio que habrán de ser respetados por las partes."

QUINTA

Sus efectos serán solo hacia las partes que lo celebraron ya que únicamente para ellas dimanan los derechos u obligaciones de dicho contrato; y por contrapartida, todos los terceros extraños a dicho contrato no se benefician ni se perjudican directamente, pues no les obliga ni les otorga derechos ese contrato. Por lo que hace al acreedor o beneficiario del pacto de exclusiva, el deudor que incumple o viola deberá resarcir los daños y perjuicios causados, por aplicación del principio general del incumplimiento de las obligaciones negativas.

SEXTA

Se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones... en los siguientes casos: entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos de tiempo determinados, incluidas la división distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable (Art. 10 fracc I).

Para que un contrato de exclusividad se encuentre dentro de los supuestos de una práctica monopólica relativa es necesario que se presenten las siguientes condiciones:

- a) Que tenga como efecto desplazar indebidamente o impedir en forma sustancial el acceso al mercado a otros agentes económicos, así como establecer ventajas exclusivas a cierta persona.
- b) Que por medio del contrato, el responsable logre un poder sustancial en el mercado relevante.
- c) Que en uso del poder sustancial, el agente pueda fijar precios unilateralmente en el mercado o tenga cierto control respecto al acceso al mercado de otros competidores.

La Comisión de Competencia Económica sobre distribución exclusiva de una marca se consideró que "esta condición tiene generalmente el objeto de garantizar al fabricante el beneficio de las inversiones hechas en asistencia técnica e incluso en infraestructura. Se evita de esta manera que el distribuidor utilice esos recursos en la promoción de otras marcas. En términos de eficiencia, esta medida estimula la asignación de recursos por parte de los fabricantes en la prestación de servicios de venta y posventa relacionados con sus marcas respectivas". Sobre la exclusividad territorial para el distribuidor de una marca, la Comisión de Competencia Económica ha sostenido que "el monto de las inversiones en infraestructura de distribución y la escala de las operaciones justifican la asignación de territorios exclusivos". (informe anual de competencia Económica 1995-1996, paginas 93 y 94).

SÉPTIMA

El contrato de exclusividad es viable hasta el punto en que lo permita la Ley Federal de Competencia Económica.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARCE GARGOLLO JAVIER, Contratos Mercantiles Atípicos, segunda edición, Editorial Trillas, México 1989.
2. ARCE GARGOLLO JAVIER, Contratos Mercantiles Atípicos, séptima edición, Editorial Porrúa, México 2000.
3. BAUCHE GARCIA DIEGO, MARIO, Contratos Mercantiles, segunda edición, Editorial Porrúa, México 1983.
4. DE PIÑA RAFAEL, Diccionario de Derecho catorceava edición, Editorial porrúa, México 1986.
5. DÍAZ BRAVO ARTURO, Contratos Mercantiles, tercera edición, Editorial Harla, México 1983.
6. GARRIGUES JOAQUIN, Curso de Derecho Mercantil, novena edición, Editorial Porrúa, México 1993.
7. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO, Contratos Civiles, tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1995.
8. SÁNCHEZ MEDEL RAMON, De los Contratos Civiles, novena edición, Editorial Porrúa, México 1988.
9. TREVIÑO GARCIA RICARDO, Los Contratos Civiles y sus Generalidades, quinta edición, Editorial McGraw-Hill México, 1995.
10. VAZQUEZ DEL MERCADO OSCAR, Contratos Mercantiles segunda edición, Editorial Porrúa, México 1985.
11. ZAMORA VALENCIA MIGUEL ANGEL, Contratos Civiles, segunda edición, Editorial Porrúa, México 1981.

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Código Civil.
3. Código de Comercio.
4. Código de Procedimientos Civiles.
5. Ley Federal de Competencia Económica.
6. Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica

ARTÍCULOS Y REVISTAS

1. Comisión Federal de Competencia Económica Informe de Competencia Económica (1993-1994), México, D.F. 1994.
2. Comisión Federal de Competencia Económica Informe de Competencia Económica (1994-1995), México, D.F. 1995.
3. Comisión Federal de Competencia Económica Informe de Competencia Económica Segundo Semestre de 1996, México, D.F. 1996.
4. Comisión Federal de Competencia Económica Informe de Competencia Económica 1997, México, D.F. 1998.
5. Rafael J. Pérez Miranda, Alegatos número 41, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco.