

ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

LA FINALIDAD Y NATURALEZA
DE LA EXCLUSIVA

Discurso leído el día 11 de septiembre de 1970,
en la solemne sesión de ingreso del académico

EXCMO. SEÑOR

D. PIO CABANILLAS GALLAS

y contestación del

EXCMO. SEÑOR

D. MANUEL TABOADA ROCA, Conde de Borrajeiros



LA CORUÑA
1971

Depósito legal, M. 16.436-1971

GRAFICAS UGUINA - MELENDEZ VALDES, 7 - MADRID, 1971

INDICE

	<i>Página</i>
PÍO CABANILLAS GALLAS: «La finalidad y naturaleza de la exclusiva».	3
MANUEL TABOADA ROCA, Conde de Borrajeiros: «Contestación al discurso de ingreso del Excmo. Sr. D. Pío Cabanillas Gallas».....	77

DISCURSO

DEL EXCMO. SEÑOR

D. PIO CABANILLAS GALLAS

Excelentísimos e ilustrísimos señores.

Señores Académicos.

Señoras y señores :

Quiero comenzar mis palabras dejando claro testimonio de gratitud por vuestra generosidad al acogerme en el seno de esta Academia, que por gallega y por jurídica reúne dos de las más preciadas vinculaciones que yo siento en mi vida.

Gracias también a nuestro eficaz Presidente, que ha creado un marco digno para el reconfortante estudio del Derecho, y gracias, finalmente, a todos los que hoy asisten a esta modesta actuación.

I

Introducción

El objeto de este discurso lo constituye el estudio y el análisis de la figura jurídica conocida en la doctrina y en la jurisprudencia modernas con el nombre de cláusula o pacto de exclusiva. Como es sabido, se denomina cláusula o pacto de exclusiva a *una disposición negocial típica*, que suele insertarse con extraordinaria frecuencia en múltiples contratos de diversa índole y que tiene por finalidad *proporcionar al acreedor de una prestación contractual una situación, por decirlo así, de monopolio respecto de todas las prestaciones de idéntica naturaleza y contenido que el mismo deudor pueda realizar* (1). Se deduce de ella que una disposición negocial como la descrita hace surgir inmediatamente *una situación de restricción o de limitación de la libertad* y de las posibilidades de obrar del deudor, puesto que sólo en favor del mismo acreedor, en cuyo interés el pacto o cláusula ha sido establecido, podrán ser realizadas aquellas conductas de prestación, idénticas a la comprometida. Al mismo tiempo, el acreedor obtiene una ampliación o ensanchamiento de sus posibilidades económicas, puesto que se beneficia del carácter exclusivo

(1) Son frecuentes en la práctica, en varios contratos—dice Ascarelli—, cláusulas de exclusiva, es decir, aquellas cláusulas mediante las cuales el titular de una empresa se obliga a no ceder (nótese que también estos pactos están caracterizados por el carácter omisivo del vínculo) los propios productos o servicios más que a sujetos determinados, o bien aquellas en las que un empresario que ejerce una actividad auxiliar o un trabajador se obligan a no prestar los propios servicios más que en favor de un determinado empresario, o bien un consumidor o un empresario se comprometen a no procurarse determinados productos o servicios más que a través de un determinado empresario. ASCARELLI: *Teoría della concorrenza*, 2.^a edic. Milán, 1957, pág. 75.

con que se dota y de que se reviste a esa conducta económicamente interesante y valiosa que es la conducta de prestación (2). En tal sentido, se podría incluso llegar a decir que las cláusulas o pactos de exclusiva se originan en la economía moderna con la finalidad de proporcionar al acreedor, sobre la actividad de otras personas—la que en sentido técnico se denomina prestación—, aquella misma situación de monopolio y de exclusividad que, cuando recae sobre bienes materiales o sobre cosas, se conoce técnicamente con el nombre de derecho real (3). Con un juego de palabras diríamos que estos pactos o cláusulas tienden a dar efecto *real* a los derechos sobre prestaciones, que por su naturaleza son, sin embargo, según es sabido, derechos de crédito.

Desde un punto de vista económico, la cláusula de exclusiva, al proporcionar a su beneficiario las posibles ventajas que significa la exclusión de competidores, *plantea el problema de su encuadre general dentro de la teoría de la competencia, tanto desde el ángulo de su admisibilidad como desde el de su deslinde o asiento dentro de los pactos limitativos o restrictivos de aquélla* (4).

Las llamadas cláusulas o pactos de exclusiva pueden y suelen insertarse, como decimos, *en contratos de la más variada especie* (5). Es bien conocido el pacto o cláusula de exclusiva añadido a un contrato de compraventa o de suministro: en virtud de él, el vendedor o suministrador conviene con el comprador o adquirente de las mer-

(2) «En su aspecto negativo, esta cláusula—dice Garrigues—, tan frecuente en el comercio moderno, representa *una limitación a la libertad contractual* al imponer al concedente de la exclusiva la obligación de no celebrar una determinada clase de contratos con persona distinta del concesionario.» «En su aspecto positivo—añade el citado autor—, la cláusula representa *un incremento del patrimonio del beneficiario* (los subrayados son nuestros) al adquirir éste una posición de monopolio, en el sentido de que sólo él tiene derecho a obtener contratos y prestaciones que de no mediar la exclusiva también otros podrían obtener. Desde el punto de vista económico, este aspecto positivo es el más importante, al eliminar competidores y asegurar un mercado al concesionario de la exclusiva. En cambio, el aspecto negativo es el que tiene mayor realce en el campo del Derecho.» GARRIGUES: «Estudios sobre la compraventa mercantil», en *R. D. M.*, número 80, abril-junio 1961, págs. 308 y sigs.

(3) Sobre la «exclusividad» como característica de la propiedad de los derechos reales, vid. GINOSSAR, *Propriété, droit réel, créance*. París, 1960, págs. 32, 56, 61.

(4) En verdad, es obvio que los pactos de exclusiva, de un lado, se concretan en limitaciones a la libertad de contratar de las partes, y del otro, tienden a precluir el juego normal de la libre competencia. Nuestro ordenamiento, que quiere tutelar la libertad de contratos, quiere, también, tutelar el funcionamiento de una libre competencia. ASCARELLI: «Patti di esclusiva. Parere pro veritate», emitido en 1955 y publicado en la *Riv. Dir. Ind.*, 1959, I, pág. 7.

(5) Comp. por todos. PLAISANT: «Les contrats d'exclusivité», *Rev. Trim. Droit Comm.*, 1963, y GUGLIELMETTI: *Limiti negoziali della concorrenza*, Padova, 1961.

caderías que este último será el único posible comprador de las mismas. O bien a la inversa: el comprador promete que sólo adquirirá las mercancías en cuestión, de un determinado suministrador (6).

Cabe igualmente el pacto de exclusiva en los llamados *contratos de servicios, de trabajo y de gestión*: la persona que en virtud del contrato ha de prestar sus servicios se compromete a realizarlos exclusivamente en favor del otro contratante. Piénsese en trabajos de índole manual o en servicios profesionales que se prestan bajo la fórmula de *full time*, en el trabajo de un artista para un empresario o bien en los servicios de gestión de un agente, de un mandatario, de un apoderado o de un representante.

Las cláusulas o pactos de exclusiva se presentan también bajo otro aspecto, *en algunos contratos de cesión del uso de determinados bienes*, como son los arrendamientos y otros negocios semejantes: en el arrendamiento de un local de negocio, que se realiza para establecer en él un determinado tipo de comercio o de industria, en las reservas de exclusiva en un mercado o en una zona residencial, o en una nueva urbanización, etc.

Se trata, como puede verse, de un fenómeno jurídico y económico de una gran amplitud, que posee hoy notoria importancia y que plantea toda una serie de problemas, tanto para conseguir su más perfecta construcción o configuración dogmática como para establecer lo más claramente que sea posible su ámbito de aplicación, sus presupuestos de validez y los efectos a que puede dar lugar (7).

Ha dado por ello ocasión la figura que nos ocupa a una serie de estudios, muy completos, en la doctrina extranjera, sobre todo entre los autores italianos, a lo largo de todo lo que va de siglo, y ha sido estudiado también, en especial últimamente, por los autores franceses y alemanes.

En nuestro país, sin embargo, el problema se encuentra *todavía*

(6) Vid. especialmente RUBINO, *La compravendita*, Milán, 1950, págs. 270 y sigs. (en el *Trattato di Diritto Civile* de CICU-MESSINEO) y CORRADO, *La somministrazione*, 1954 (en el *Trattato di Diritto Civile*, VASALLI).

(7) Su importancia económica es evidente. Aun cuando un estudio económico completo no ha sido todavía hecho, se sabe que estas cláusulas son extraordinariamente frecuentes y que en algunos sectores de la actividad industrial constituyen la regla general (cf. PLAISANT, *op. y loc. cit.*, pág. 1, quien cita como ejemplo en Francia la industria del automóvil). La preocupación hoy dominante en toda Europa en torno a la aplicación o no aplicación de las referidas cláusulas de las disciplinas normativas sobre represión de prácticas restrictivas de la libre concurrencia (*op. infra*, cap. IV) muestra hasta qué punto los problemas prácticos que estas cláusulas plantean están íntimamente ligados con los problemas de la concentración del poder económico y con la teoría general de la competencia.

casi huérfano de todo tratamiento doctrinal, lo que contrasta sobremanera con el hecho de que tanto la legislación positiva como la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo hayan dado ya ocasión a que este tratamiento se produzca. Efectivamente, son ya varias las sentencias de nuestro Tribunal Supremo en las cuales el problema de las cláusulas de exclusiva ha sido planteado y resuelto, lo que demuestra, sin ningún género de dudas, la evidente vitalidad de la institución (8). Por otra parte, muy recientemente, *el Estatuto de la Publicidad, en su artículo 15, ha aludido, aunque sea de pasada, a las llamadas «exclusivas de publicidad», distinguiendo con gran nitidez, dentro de ellas, las que tienen un «origen contractual», de aquellas otras que resultan de la naturaleza de los bienes utilizados como «soporte» publicitario (9).*

Por todo ello, parece que es ésta una hora propicia para dedicar a la figura de los pactos o cláusulas de exclusiva un estudio, que, si bien no podrá ser todo lo completo y exhaustivo que el tema exige, permita, al menos, tomar conciencia de la problemática que en la mencionada institución se encuentra planteada, apuntar o esbozar las posibles soluciones a los referidos problemas, y con todo ello, hacer posible un conocimiento puntual de la misma. No otra es la finalidad a que se dirigen las presentes páginas.

II

Orientación metodológica

La problemática que queda esbozada es, como se ve, muy amplia y sumamente compleja. Se encuentran en juego, en ella, no solamente los conceptos y las figuras básicas del Derecho de obligaciones, sino incluso muchas cuestiones centrales de la Teoría general del Derecho, lo que por sí solo es ya un obstáculo grave para acometer el tratamiento del tema propuesto. Pero es que, además, como ya hemos dicho, en nuestro Derecho positivo la dificultad se acrecienta en razón a *que carecemos por completo de una reglamentación legal.* Nos encontramos, obligatoriamente, frente a una *auténtica*

(8) Sentencias de 23 de marzo de 1921, 27 de marzo de 1923, 24 de mayo de 1963, 9 de octubre de 1965, 18 de marzo de 1966 y la decisiva de 29 de octubre de 1955.

(9) Ver CABANILLAS (Pfo), Defensa en Cortes del Estatuto de la Publicidad (*Boletín Oficial Cortes Españolas*, núm. 845) y Reglamento del Registro General de Publicidad, aprobado por Orden de 5 de abril de 1965 (*B. O. E.* 19 abril).

tica laguna de la Ley, que, con arreglo al artículo 6.º del Código Civil, ha de ser integrada acudiendo a los principios generales del Derecho, con toda la grave inseguridad que esta integración por vía principal lleva consigo.

El pacto de exclusiva es, ya lo hemos dicho, una figura jurídica que, aun poseyendo lo que se ha dado en llamar *tipicidad social*, carece en cambio de tipicidad legislativa (10). En nuestro país, solamente unas cuantas decisiones de nuestro Tribunal Supremo nos proporcionan algunas de las piezas del rompecabezas. El resto de ellas es menester encontrarlo acudiendo a los ya referidos principios generales del sistema, con auxilio de una doctrina científica, que como quiera que entre nosotros no ha proliferado, habrá de ser casi ineludiblemente extranjera. Lo cual acarrea una nueva dificultad: el ajuste de esta doctrina, nacida y desarrollada bajo los principios de un ordenamiento jurídico distinto, normalmente más explícito y en ocasiones propugnador de soluciones que pueden no resultarnos idóneas.

En este intento de llegar—por una vía particular—a los problemas generales de la Ciencia del Derecho, se encuentra la justificación última de la elección del tema y del desarrollo del mismo. Si se tratara solamente de analizar la problemática jurídica particular a que el fenómeno analizado da lugar, este trabajo tendría, probablemente, una trascendencia muy escasa. Si alguna ha de poseer, ello no será debido al tratamiento particularizado del tema, sino al hecho de que, al socaire del mismo, puedan replantearse algunos de los problemas capitales de la ciencia del Derecho y, en definitiva, la cuestión central de la realización del Derecho.

Por esto, ha presidido la redacción de estas líneas, en primer lugar, *una preocupación de signo metodológico*. En los últimos años,

(10) Sobre la distinción entre tipicidad legislativa y tipicidad económica social, vid. JORDANO, «Los contratos atípicos», *Rev. Gral. Leg. y Jur.* Los contratos atípicos, desde el punto de vista legal, pueden gozar, según este autor, de una tipicidad social individualizada por obra del uso (costumbre) o de la *prudentia iuris*, oficial (jurisprudencia del Tribunal Supremo o de la Dirección General de los Registros) o no (opinión de los jurisconsultos, doctrina científica).

La distinción entre tipicidad legislativa y tipicidad social procede de BETTI, *Por la reforma del Codice civile in materia patrimoniale* (Rendiconti Istit. Lomb., 1940-41, 328) y de GRASSETI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, 67-68. La tipicidad social es aquella que tiene como base las concepciones dominantes en la conciencia social y se individualiza por obra de la doctrina, mientras que tipicidad legislativa es aquella que tiene por base un esquema fijado mediante una calificación técnica legislativa y se individualiza por obra de la legislación. Sobre ello, MESSINEO, *Contratti*, Milano, 1961, pág. 210.

la evolución de la metodología del Derecho se ha presentado como un intento de superación de la vieja *jurisprudencia conceptual*.

Las consecuencias excesivas de la dogmática y su formalismo relegaron muchas veces la justicia ante la pura aplicación de esquemas lógicos. El primer gran paso crítico lo ofreció la *jurisprudencia de intereses*. Los nombres de JHERING y HECK honran esta nueva orientación. Pero ninguno de los representantes de esta tesis pensaron nunca en volverse contra la formación de «conceptos jurídicos», sino más bien contra un modo determinado, casi diríamos cómodo, de emplear estos conceptos.

Todos ellos comprendieron que la búsqueda del derecho surge inicialmente como un procedimiento a tientas y sólo tardíamente se hace investigación sistemática y, por tanto, orden conservador.

En esta función, la vieja dogmática ofreció a todo largo del siglo XIX uno de los más claros ejemplos de creaciones mentales del hombre. *Si somos capaces de no olvidar que los conceptos no son creadores de la situación jurídica positiva, sino simples ayudantes de la ciencia jurídica y del intérprete, todos tenemos que reconocer la gran labor realizada por la escuela dogmática.*

El método de la jurisprudencia de intereses representó, a nuestro juicio, una evidente superación de las viejas dificultades. Pero hoy también se encuentra abandonado en parte, al estimarse, de modo acertado, que la ley no puede ser solamente un producto causal de los intereses en juego, por lo que se habla de una nueva *jurisprudencia de valoraciones*—en especial, STOLL—, que apunta que en la propia ponderación de aquellos intereses *hay siempre un juicio valorativo del Juez o del intérprete. La ley, en efecto, deja muchas veces un «espacio» para la valoración. En estos casos, la solución es, en parte, «construida» utilizando criterios que pueden estimarse como «bases extralegales».*

Esta orientación observa el fenómeno jurídico desde el punto de vista de cuáles deben ser los medios que se proporcionan al intérprete para resolverlos. Por ello, lógico resulta que otra novísima posición metodológica plantee el tema más en su origen y apunte que lo importante en los casos difíciles es intentar *determinar el problema, para después encontrarle una solución, que muchas veces no podrá descansar en las ordenadas seguras de la sistemática, sino que tendrá que ser obtenida utilizando el arsenal de la «tópica», que sólo ofrece soluciones probables, sin rigor de axiomas.*

Dicha *jurisprudencia de problemas* defenderá que ella fue la primera históricamente, ya que en principio era el caso y que sólo un

excesivo afán dogmático la arrinconó. A su favor, no hay duda de que siempre el principio se descubre originariamente en el caso concreto. Esta es, para nosotros, la parte más sólida de la nueva tendencia. Lo que vemos más dudoso es estimar que los recursos tópicos sean panaceas de soluciones. En rigor, en Derecho se avanza, como en todo, «conservando los resultados obtenidos».

Lo que sí ocurre es que *hay casos nuevos*. Estos exigen cambios de enfoque o de situación, y *el acierto del intérprete será tratarlos dogmática o tópicamente*. En un mundo como el actual, donde ya se está observando la aproximación entre el sistema abierto (anglosajón) y el sistema cerrado (continental) y al que se le plantean cada día nuevas exigencias, debe ser necesario llegar a una *síntesis del procedimiento metodológico que permita extraer lo más idóneo de cada uno en aras de una decisión útil, centrada sobre el supuesto*.

Cabría hablar, por ello, de una *coexistencia pacífica de métodos*. El de la jurisprudencia de conceptos, el de la jurisprudencia de intereses y el de la jurisprudencia de las valoraciones o problemas. Lo que ocurre es que existen, por decirlo así, unos terrenos que son más idóneos para un método y unas zonas más adecuadas para otros.

Hay que pensar que existen conflictos típicos de intereses que por su larga tradición han obtenido ya una institucionalización básica y respecto de los cuales existe un núcleo de general acuerdo en cuanto a su tratamiento y en cuanto a las soluciones normativas que deban recibir. *En estas zonas, muy institucionalizadas, puede hablarse de dogmas jurídicos y puede procederse, en línea de principio, de acuerdo con los criterios de una jurisprudencia dogmática*. Existen, en cambio, otras zonas que se encuentran muy condicionadas por la evolución económica y sociológica y en las que, por esta razón, la institucionalización de problemas y de soluciones no ha sido posible todavía. En ellas, otros métodos se revelan como más útiles. En parte debido a la novedad de los problemas, planteados por nuevos condicionamientos sociales y económicos, en parte debido también a la falta de unos criterios directivos—normas, precedentes—, se hace necesario en ellos un mayor arbitrio judicial y adquiere en ellos una mayor importancia el caso concreto. Al mismo tiempo, y por esta misma razón, no es posible aspirar a encontrar soluciones absolutas, pues cada solución aparece muy condicionada por las características de cada caso. La finalidad del intérprete debe consistir entonces en encontrar lo que acertadamente se han llamado «cláusulas generales», esto es, reglas directivas que no poseen el valor de soluciones absolutas, sino el de principios que

puedan servir de pauta para efectuar en cada caso la discusión de los problemas y tratar, a través de ellos, de encontrar las soluciones (11).

El tema de los pactos o cláusulas de exclusiva se encuentra, a nuestro juicio, en esta zona. No ocurre aquí como acontece en otros sectores del Derecho Civil o del Derecho Mercantil clásico, donde las situaciones, por su institucionalización, admiten una ordenación clara. Nos encontramos, en cambio, frente a fenómenos condicionados por el moderno devenir económico—el nuevo Derecho Industrial, el Derecho de la Competencia—que reclaman imperiosamente la puesta en práctica de «otras» soluciones.

Creo, por ello, que conviene cerrar estas breves ideas metodológicas con unas palabras de ENGLISH: «Se deja de ser jurista cuando se empieza a preguntar sobre la validez absoluta del Derecho...; *hay que ir al problema concreto: la transformación de criterios éticos y político-sociales en verdades jurídicas no se lleva a cabo mediante un pensamiento axiomático, sino a través de un pensar problemático*» (12).

III

La finalidad de la exclusiva en los diferentes contratos

Para conseguir una más clara caracterización de la figura que nos ocupa, pasamos a realizar un elemental análisis—a efectos de la búsqueda de un concepto general—de las finalidades típicas para cuyo logro se inserta la cláusula en las distintas figuras contractuales (13).

(11) Sobre las cláusulas generales, es clásica la obra de HEDEMANN, *Die Flucht in den Generalklauseln*. Se ocupa del tema también con especial detenimiento ENGLISH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1965.

(12) Véanse por todos las obras de LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín, 1960; ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung der Privatrechts*. Mohr, Tübingen, 1956; ENGLISH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1965; ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*, Berk, München, 1965; VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, Munich, 1963.

(13) La exposición realizada tendrá preferente carácter descriptivo. Se pretende enumerar parte de la rica gama de posibilidades del pacto de exclusiva, sin intentar una determinación exhaustiva de sus finalidades.

1. *La finalidad de la exclusiva en los contratos de intercambio de bienes: compraventa y suministro con exclusiva.*

En la línea de principio, uno de los supuestos más claros de cláusula de exclusiva es el que se da en el *contrato de compraventa, bien se trate de una compraventa simple, o bien se trate de una compraventa con suministro*. Algún sector de la doctrina, sin embargo, ha entendido que la verdadera y propia cláusula de exclusiva se inserta siempre en contratos de suministro y que no cabe, por el contrario, en las compraventas simples. Esta tesis no parece exacta, pues aun reconociendo la mayor frecuencia estadística de la exclusiva en los contratos de suministro, no debe sin más rechazarse la posibilidad de que se inserte en una compraventa simple. GARRIGUES, por ejemplo, pone de relieve cómo puede hallarse esta cláusula en las compraventas de artículos de temporada o de moda cuyo mercado está limitado por el tiempo o por la cantidad. El convenio es evidentemente posible y constituye, a nuestro juicio, un caso claro de exclusiva en su configuración económica más típica. Piénsese, v. gr., en la venta de un modelo de alta costura con la estipulación añadida que compromete al vendedor a no celebrar posteriores ventas del mismo modelo. En tal caso hay una compraventa simple y única —y no un suministro—y, sin embargo, una típica cláusula de exclusiva (14).

En el *contrato de compraventa* (15) y en el de suministro, la exclusiva puede constituirse en favor del vendedor o en favor del comprador. Puede tratarse también de una exclusiva recíproca.

La exclusiva en favor del vendedor, como señala GARRIGUES (16),

(14) GARRIGUES: *Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil*, págs. 308 y siguientes. Véase también las consideraciones que hacemos posteriormente en el texto, que afirman que también en este supuesto se da una relación duradera.

(15) RUBINO (*La compravendita*, Milán, 1950) afirma que, aplicada a la venta, «tal cláusula importa que el vendedor, vendiendo una cantidad no determinada de mercancía, se obliga a no vender a otros mercancías de aquel tipo dentro de una determinada zona; o bien que el comprador se obliga a no adquirir de otros mercancías de aquel tipo dentro de una determinada zona. Esta zona es normalmente aquella en que tanto el vendedor como el comprador ejercen su normal actividad en la venta y en la adquisición de aquel tipo de mercancías, esto es, aquella parte en que ambas zonas coinciden, que es por esto, en definitiva, la menor de las dos. En suma, el vendedor tiene interés en acaparar a aquel comprador, o bien el comprador tiene interés en acaparar a aquel vendedor.

Las construcciones propuestas de la figura son varias: contrato mixto, venta con mandato institorio, contrato preliminar de más ventas definitivas, venta (definitiva) con cláusula accesoría de exclusiva, suministro, etc.»

(16) GARRIGUES: *Op. y loc. cit.*, págs. 308 y sigs.

impide al comprador procurarse las mercancías pactadas en una empresa distinta de aquella de que es titular el beneficiario de la exclusiva y tiende a asegurarle al vendedor la salida de sus productos o de sus mercaderías. Al vincular al comprador con la cláusula de exclusiva, el vendedor trata de impedir la concurrencia de otras ofertas de venta. El contenido del contrato lo constituye entonces una obligación negativa del comprador que consiste en no comprar a otras personas distintas del vendedor.

Más frecuente es, sin embargo, *la exclusiva a favor del comprador. Mediante ella, el vendedor se obliga a no vender una determinada mercancía en una determinada zona geográfica más que al comprador beneficiario de la exclusiva y, por lo tanto, no a terceras personas.* También aquí el contenido fundamental es una obligación negativa de no vender a otros, que trata de limitar la concurrencia impidiendo otras posibles demandas de compra de la mercancía en cuestión (17). Sin embargo, en este caso, al convertirse ese comprador en el único cauce posible de salida de los productos de ese vendedor, la figura se torna más compleja, puesto que, económicamente, *el comprador en exclusiva asume el carácter de un distribuidor en exclusiva y, por tanto, ostenta hasta cierto punto la «representación económica» del vendedor* (18).

Se sigue de ello que en estos casos, junto a la obligación negativa de no vender, a cargo del vendedor, pueden aparecer deberes positivos a cargo del comprador o de ambas partes, como son, por ejemplo, los de cuidar la distribución, propagar los productos, hacer publicidad, etc. (19).

En el suministro—dice GIANNATASIO—, la cláusula de exclusiva en favor del suministrador trata de asegurar que el esfuerzo realizado por él para hacer frente a las necesidades del suministrado no quede anulado por este último, como puede ocurrir si éste queda en libertad para proveerse en otras personas o por medio de su pro-

(17) De ahí, señala FERRI, la distinción entre la hipótesis en la que el vínculo se estipula con la cláusula «según las necesidades» (nach Bedarf), de aquella en la que está prevista la cláusula de exclusiva. (En contra, CORRADO, que sitúa ambos supuestos en el mismo plano.) En la primera hipótesis puede el obligado subvenir a las propias necesidades con la producción propia. En la segunda, esta última posibilidad debe estar expresamente prevista en el contrato. FERRI: «Voz exclusiva», *Nov. Dig.*, pág. 692.

(18) Sobre el concepto de representación económica, véase FERRI (GIUSEPPE), «Exclusiva, Patto di», *Novissimo Digesto Italiano*, VI, 689 y sigs.

(19) Sobre los deberes positivos a cargo del concesionario de la exclusiva, tal como los de propagar los productos, hacer publicidad, etc., vid. RUBINO, *op. y loc. cit.*, páginas 270 y sigs., y la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1955, que se refiere especialmente a ellos.

pia organización. De aquí que la exclusiva a favor del suministrador no valga sólo para garantizar la procedencia de los suministros en el sentido de inhibir al suministrado para dirigirse a otros competidores del suministrador, sino que también asume el valor de una prohibición de que el suministrado provea con sus propios medios a la producción de las cosas que son objeto del suministro.

Finalmente, el mismo GIANNATASIO pone de relieve cómo será más difícil que se recurra al otro tipo de exclusiva—exclusiva en favor del suministrado—cuando se trate de suministros para consumo directo, casos en los cuales la satisfacción de las necesidades del suministrado se encuentra suficientemente cubierta con la organización de que el suministrador dispone. Es en cambio muy frecuente cuando el suministrado se dedica a la reventa, al alquiler o a la transformación de los productos, porque entonces asegura, en una determinada zona, una posición de privilegio que permite eliminar la concurrencia.

2. *La finalidad de la exclusiva en los contratos de cesión de uso.*

No obstante ser la compraventa y el suministro con exclusiva las hipótesis más frecuentes en la doctrina y también en la realidad económica, ello no quiere decir, sin embargo, que éste sea el único supuesto en el cual las exclusivas puedan presentarse. RITTNER sitúa inmediatamente después de los convenios de exclusividad referentes a la compra y al suministro de mercancías los que denomina *convenios de exclusiva en los negocios de cesión de uso* (20). *Según el autor citado, estos convenios se producen en el caso de que una de las partes sea un empresario que se dedica habitualmente a celebrar contratos de cesión de uso.* En estos supuestos, para el empresario contratante puede ser de sumo interés el imponer que los que con él celebren el negocio, lo harán con carácter exclusivo.

Se citan como supuestos típicos de este carácter el *arrendamiento de películas cinematográficas*. Un productor conviene con el distribuidor en que éste solamente negociará con las películas producidas por aquél. De la misma manera, un exhibidor conviene con un productor o con un distribuidor en que solamente adquirirá y proyectará en su local películas que hayan sido producidas o distribuidas por el otro contratante.

(20) Sobre la exclusiva que se inserta en contratos de arrendamiento, véase especialmente RITTNER en su obra *Die Ausschliesslichkeitsbindungen und ihre dogmatische und rechtspolitische Betrachtung*, Düsseldorf, 1957.

Una cláusula de exclusiva puede darse también en *contratos sobre arrendamientos de maquinaria industrial*, especialmente compleja e importante para la producción (v. gr., máquinas ordenadoras, etc.). El arrendatario de las máquinas se compromete a realizar este tipo de contratos de arrendamiento solamente con la empresa arrendadora, o viceversa, el arrendador garantiza al arrendatario que éste será la única persona que en una determinada zona geográfica disfrute una máquina semejante (21).

En sentido general guardan una estrecha relación con los tipos contractuales anteriormente aludidos los llamados *contratos de licencia de utilización de una patente de invención*. En virtud de ellos, el titular de una patente permite al concesionario una explotación industrial de su invención. La cláusula de exclusiva se encuentra aquí perfectamente justificada. Puede ser en primer lugar una cláusula de exclusiva en beneficio del concesionario de la licencia respecto a una determinada zona. Significa entonces que el titular de la patente, concedente de la licencia, no puede otorgar licencias a otras personas distintas del concesionario, en esa zona. La exclusiva puede darse también en beneficio del mismo concedente. Cuando el concesionario asume la obligación de explotar industrialmente sólo el invento para el cual la licencia ha sido concedida, o bien asume la obligación de explotar únicamente patentes de que sea titular el concedente de la licencia y no, por el contrario, patentes que pertenezcan a otras personas o a otras empresas competidoras.

Las cláusulas de exclusividad en relación con los contratos de cesión del uso se presentan también en los llamados *contratos de publicidad*. Aquí se trata de lo que RITTNER llama «alquiler de posibilidades de publicidad», como podrían ser, por ejemplo, los filmlets, la parte de anuncios en periódicos o revistas o la utilización de determinados bienes muebles o inmuebles para fijar en ellos carteles o cualesquiera otras formas de publicidad exterior. En la utilización publicitaria de bienes caben perfectamente las cláusulas de exclusiva. Los supuestos pueden ser entonces los siguientes:

1.º Un medio publicitario (v. gr., un periódico, una empresa de radiodifusión o de televisión) conviene en ceder en exclusiva sus

(21) Como ejemplo de la cláusula de exclusiva insertada en un contrato de arrendamiento, cita CASSEL (*Refus de vente, clauses d'exclusivité contrat de concession*, París, 1960, págs. 87 y sigs.) un supuesto estudio de la jurisprudencia norteamericana: un fabricante de maquinaria para el calzado concierta con los arrendatarios de dicha maquinaria una cláusula por virtud de la cual éstos se obligan a que toda maquinaria que en lo sucesivo compren o arrienden pertenecerá al referido fabricante.

espacios publicitarios o sus posibilidades de propaganda a una empresa de publicidad.

2.º El titular del dominio o de un derecho real de uso sobre un bien (v. gr., una pared, una valla o tejado) conviene con un anunciante o con una empresa de publicidad en cederle la utilización publicitaria del mismo con carácter exclusivo, quedando entonces impedido para permitir que en el mismo lugar se puedan establecer otros anuncios diferentes de los que realiza el concesionario.

Los demás tipos de las llamadas en nuestro Estatuto exclusivas de publicidad no pertenecen en rigor al tema que ahora nos ocupa, pues se trata en ellas, más que de exclusivas insertadas en contratos de cesión de uso, de exclusiva en contratos de servicios, como son, v. gr., aquellos casos en los cuales un anunciante conviene con una agencia de publicidad en que ésta será la única persona que se encargue de gestionar, proyectar y ejecutar su publicidad, etc.

Desde un punto de vista general, estos contratos de arrendamiento con cláusula de exclusiva o contratos de cesión de uso con cláusula de exclusiva plantean una serie de problemas generales que son comunes a las cláusulas de exclusiva que se insertan en los contratos de compraventa o de suministro. Por lo pronto, nos encontramos también aquí con el hecho de que el contrato de arrendamiento o el contrato de cesión de uso en el que la cláusula se inserta es un típico contrato de empresa, en el sentido de que es un contrato realizado por un empresario mercantil o industrial con la finalidad de conseguir, profesionalmente, sus propios fines. La cláusula de exclusiva comporta entonces una limitación de la concurrencia y una vinculación de la otra parte contratante más directa y vigorosa para el empresario que impone la cláusula. A su vez, la cláusula da lugar a un deber de tipo negativo que consiste en una prohibición contractual de celebrar negocios de la misma naturaleza con personas diversas de los beneficiarios de la cláusula.

En el terreno hasta cierto punto diverso del que hasta ahora hemos recorrido se encuentra la cláusula de exclusividad que se inserta en un típico contrato de arrendamiento y que se dirige a proporcionar al arrendamiento una posición económicamente privilegiada en una zona sobre la cual el arrendador tiene el señorío. Ya con anterioridad hemos hecho mención a los supuestos típicos de esta especie de pacto de exclusiva: la empresa propietaria de una nueva urbanización concierta con una persona un contrato de arrendamiento de un local de negocio para la instalación de un supermercado, estipulando que éste será el único mercado que existirá en la

urbanización; un Ayuntamiento concede a una determinada persona un local en un mercado, conviniendo con él que será el único que pueda establecer un servicio de restaurante; el dueño de un hotel de lujo concierta el arriendo de un pequeño local en el hotel, dedicado a la venta de objetos artísticos, estipulando que el arrendatario será el único comerciante dentro del hotel. Este tipo de cláusula de exclusiva presenta una nota común con las anteriores, en el sentido de que también a través de ellas se trata de proporcionarle a una de las partes contratantes una posición privilegiada en un sector del mercado y lleva, por consiguiente, a una limitación de la libre concurrencia económica: no habrá más que un supermercado en la urbanización, más que un restaurante en el mercado municipal y una tienda de objetos artísticos en el hotel. Pero presenta, sin embargo, una característica que las diferencia notablemente de las cláusulas de exclusiva que hasta ahora hemos contemplado. *Pues es el caso que en aquéllas la cláusula de exclusividad se traduce, según vemos, en un compromiso negativo o en un deber contractual que impide la celebración de contratos de contenido económico idéntico o análogo, mientras que ahora el deber que asume el contratante obligado por la exclusiva no es en rigor un deber negativo, sino un deber positivo.* Su obligación consiste no tanto en no celebrar nuevos contratos, sino en que en estos nuevos contratos el arrendador imponga como necesaria una cláusula por la cual el nuevo arrendatario quede obligado a no destinar sus locales al mismo destino que ya le ha dado el arrendatario beneficiario de la cláusula. La cuestión radica entonces en averiguar si el arrendador concedente de la exclusiva cumple sus obligaciones cuando ha impuesto esta cláusula que limita el destino económico de la cosa arrendada a los nuevos arrendatarios o si, por el contrario, se le impone también el deber de vigilar el cumplimiento de esta cláusula, pues, naturalmente, la defensa del interés del arrendatario beneficiado con la exclusiva no queda conseguida sólo por el hecho de que la cláusula de no destinar a un determinado uso se establezca en el nuevo contrato, sino que es necesario además que el nuevo arrendatario cumpla efectivamente esa obligación. Las soluciones posibles son aquí dos: la primera de ellas consiste en entender que esta cláusula pactada con el nuevo arrendatario constituye una *estipulación en favor de tercero*, de tal manera que el concedente de la exclusiva habría realizado con ella cumplimiento de sus obligaciones y habría otorgado un derecho directo al beneficiario de la exclusiva para dirigirse contra quienes infringiendo aquí obligaciones contractuales le-

sionasen sus derechos. Esta es la tesis que ha mantenido entre nosotros la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1962.

No obstante, parece que son cosas distintas estipular una cláusula en interés de un tercero y celebrar un contrato en favor de un tercero. A nuestro juicio, en el caso que hemos contemplado no existe un verdadero contrato a favor de tercero y, por consiguiente, el concedente de la exclusiva no queda liberado por el mero hecho de estipular la cláusula. Más bien se produce aquí un caso de lo que en la doctrina se ha denominado la «*promesa del hecho de un tercero*», de tal manera que, cualquiera que sea la construcción que a esta figura se le dé, el concedente de la exclusiva promete al beneficiario de la misma que los terceros con quienes celebre sucesivos contratos de arrendamiento no destinarán los locales arrendados al mismo uso que el exclusivista. Ello significa que el promitente no queda liberado, sino que es responsable en el caso en que los terceros no realicen los hechos (o la omisión prometida).

3. *La finalidad de la exclusiva en los contratos de crédito.*

Ha sido también RITTNER quien ha puesto de relieve la posibilidad de que una cláusula de exclusiva se inserte en un contrato de crédito. Es frecuente que en contratos celebrados por bancos o por otras instituciones de crédito se contenga a veces una cláusula con arreglo a la cual el cliente, prestatario, se comprometa a prescindir del crédito que le puedan conceder otros bancos. En un caso como el descrito nos encontramos claramente en presencia de una auténtica cláusula de exclusiva. El Banco convierte al cliente en un cliente exclusivo (22).

Ahora bien, en la mayor parte de los casos el interés del Banco no radica tanto en la exclusividad cuanto en poseer una cierta dosis de poder de control y de vigilancia sobre los posibles negocios de crédito que el cliente pueda celebrar. Naturalmente, para el Banco no es la misma situación la que deriva de ser el único prestamista de la que se le crea cuando comparte con otra persona esta condición. Por ello, es frecuente también que el cliente prestatario se comprometa no tanto a prescindir totalmente de otros créditos que pueda obtener en otro Banco, cuanto a informar previamente

(22) Sobre la posibilidad de insertar cláusulas de exclusiva en contratos relativos a operaciones bancarias, vid. la antes citada opinión de FRANCESCHELLI, págs. 236 y sigs. Véase también: FIORENTINO, *Le operazioni bancario*, Nápoles, 1959; COLAGROSSO-MOLLE, *Diritto bancario*, Roma, 1960.

a su Banco o a consultarle sobre el particular o a obtener su autorización. En estos casos, el tipo de cláusula hace tránsito ya de una verdadera cláusula de exclusiva a una cláusula de otra naturaleza, probablemente de garantía, a la que pueden conectarse efectos resolutorios especiales.

La exclusividad puede darse también dentro de este mismo círculo de problemas que estamos examinando, en relación con los contratos de seguros, cuando se estipula que el asegurado celebrará siempre sus contratos de seguro con la compañía aseguradora.

4. *La finalidad de la exclusiva en los contratos de servicios: agencia, representación, comisión y mandato.*

Como en páginas anteriores hemos señalado ya, la cláusula de exclusiva puede también ser insertada en contratos de servicios en general y en contratos de trabajo en particular. Hemos señalado ya cómo este supuesto es normal en todos aquellos casos en que un contrato de trabajo se celebra bajo la fórmula *full time*. El trabajador, al pactar el contrato adquiere una obligación de plena dedicación en favor de quien le emplea, que se traduce, en términos negativos, en un deber de no prestar sus servicios a otras personas diversas de aquél. En la misma línea se encuentra el caso de prestación de servicios artísticos en exclusiva, que hemos encontrado en una de las primeras sentencias del Tribunal Supremo que han tratado de esta cuestión. Un cantante, un actor cinematográfico o un torero se compromete a trabajar en exclusiva para un determinado empresario.

Pero la exclusiva reviste una característica especial desde el punto de vista de su función económica cuando se inserta, *no tanto en contratos de trabajo o de prestación de servicios, como en aquellos contratos dirigidos a la gestión de intereses ajenos (representación, mandato, comisión, agencia)*. En todos estos contratos la cláusula de exclusividad cumple una finalidad perfectamente clara y plausible. Para el *dominus negotii* puede tener gran valor e interés el hecho de que el gestor se dedique únicamente al cuidado de sus asuntos, quedando por consiguiente impedido para asumir la gestión de intereses o de asuntos de otra persona. Se puede hablar entonces de un mandato o de una representación en exclusiva. De la misma manera, para el representante o mandatario puede ser también de evidente interés el hecho de ser el único representante, es-

pecialmente cuando este representante es él a su vez un empresario. En todos estos casos se trata de establecer una directa vinculación económica entre ambos contratantes, de tal manera que uno de ellos se convierta en empresario auxiliar del otro. La exclusiva aparece de tal suerte tan ligada a la idea de representación económica, que en algunos de estos contratos (v. gr., en el de agencia) los ordenamientos más modernos, como es por ejemplo el nuevo Código Civil italiano, reconocen que la exclusiva constituye un elemento natural del contrato, que actúa, por tanto, en todos los casos en que las partes nada hayan establecido sobre el particular (23).

No obstante la diversidad de los tratamientos jurídicos, nos hallamos aquí en una zona que económicamente se encuentra *muy próxima a la de los suministros con exclusiva*. Tanto el suministrado como el representante se convierten en órganos económicos del empresario productor y constituyen verdaderos canales de distribución de sus productos. Con un símil, podría decirse que son una especie de apéndices de la empresa misma. La diferencia estriba, como es obvio, en que constituyen empresas independientes en el caso del suministro y pueden no serlo en el caso de la representación. Sin embargo, el agente y el representante exclusivo o representante general son muchas veces empresarios independientes de la empresa a quien representan. *Por ello, a nuestro juicio, es la forma de operar económicamente y no el aspecto jurídico-formal lo decisivo para la distinción*. En efecto, en el primer caso el canal de distribución es un comprador que adquiere en firme los productos y queda, por consiguiente, obligado a pagarlos, mientras que en el segundo caso el representante opera en nombre o por cuenta de su representado. La diferencia tiene, según vemos, una extraordinaria importancia desde el punto de vista del tratamiento jurídico de la figura en relación con las limitaciones de la libre competencia, porque así como en el primer caso la exclusiva limita la concurrencia al impedir que exista otro comprador de los productos, en el segundo caso, en cambio, la competencia no queda impedida, pues el exclusivista opera únicamente como gestor por cuenta de su principal.

(23) De la exclusiva en el contrato de agencia se ocupa el artículo 1.743 del Código Civil italiano, según el cual el preponente no puede valerse al mismo tiempo de varios agentes en la misma zona para el mismo ramo de actividad, y el agente no puede asumir el encargo de llevar en la misma zona y dentro del mismo ramo el asunto de varias empresas que estén en concurrencia entre ellas.

5. *Los contratos de exclusiva en el Estatuto de la Publicidad.*

Según hemos dicho ya, una de las escasas zonas de nuestro ordenamiento jurídico que contiene una regulación dedicada a las exclusivas es el artículo 15 del Estatuto de la Publicidad. Según este precepto legal, tienen la consideración de exclusivas de publicidad, a efectos del Estatuto, los departamentos de explotación publicitaria de los medios de difusión o de los anunciantes y las personas naturales o jurídicas que en virtud de una relación contractual posean la exclusiva de la actividad publicitaria de uno o varios medios de difusión. A la exclusiva de publicidad de origen contractual—continúa diciendo el Estatuto—se le aplicarán en las relaciones publicitarias las normas relativas a los anunciantes o a los medios, según que gocen de la exclusiva de la actividad publicitaria de éstos o de aquéllos.

Cuando una agencia tenga la exclusiva de toda la publicidad de un medio o de un sector publicitario de un medio, no podrá desarrollar, mientras dure la exclusiva, las actividades publicitarias de las agencias de servicios plenos y quedará sometida a las normas que regulan la actividad publicitaria de los medios.

Las limitaciones contenidas en el último apartado—termina diciendo el Estatuto—no serán de aplicación cuando la exclusiva que posea la agencia se refiera a la utilización concreta de la publicidad que pueda fijarse en bienes materiales, tales como una valla, un muro y otros medios de publicidad análogos.

Como hemos puesto de relieve en otro lugar, el artículo 15 del Estatuto no persigue resolver casuísticamente el delicado problema de la exclusiva publicitaria, sino apuntar unos criterios ordenadores en esta materia, que deberán ser detenidamente perfilados, tanto por la Junta Central de Publicidad como por el Jurado, al tratar casos concretos.

Igualmente hemos señalado que las exclusivas de publicidad suponen, evidentemente, una restricción contractual a la libertad de la competencia, pero lo más grave es que en toda exclusiva hay siempre una cierta dosis de desnaturalización del verdadero carácter de la empresa. Por ello, si bien desde el punto de vista institucional las exclusivas no pueden ser prohibidas, cabía, en cambio, someterlas a unas normas clarificadoras de su verdadera naturaleza. El análisis de la ordenación legal de la exclusiva publicitaria merece, sin embargo, un mayor detenimiento, con el fin de lograr

una mayor profundidad. La posible interrelación entre los diversos objetos que intervienen en la actividad publicitaria nos permite enumerar los siguientes casos de posibles formas de exclusividad:

1.º Un anunciante que celebra con una agencia un contrato de publicidad, inserta en el mismo una cláusula de exclusiva por virtud de la cual se compromete a que la agencia sea la única persona que se encargue de la creación, preparación, programación o ejecución de sus anuncios o de sus campañas publicitarias.

2.º Inversamente, el anunciante conviene con la agencia en que ésta se dedicará durante un determinado período de tiempo exclusivamente a preparar, programar y ejecutar las campañas publicitarias de aquél.

3.º La exclusiva se inserta en un contrato entre dos agencias publicitarias, contrato de obra o de creación publicitaria, en el cual una de ellas actúa como estudio de publicidad y se obliga a desarrollar su cometido exclusivamente para la otra.

4.º La exclusiva se inserta en el contrato de difusión publicitaria, es decir, en un contrato entre el medio y la agencia. Puede tener un doble contenido:

a) El medio se compromete a que sólo difundirá la publicidad que la agencia exclusivista le proporcione o determine.

b) Es la agencia quien se compromete a destinar toda su publicidad en favor del medio exclusivista.

El Estatuto, en el mencionado artículo 15, ha regulado únicamente aspectos muy concretos de ese complejo de posibles situaciones de exclusiva de los que acabamos de hacer referencia. Ya hemos dicho, y conviene ahora insistir en ello, que el Estatuto no persiguió el propósito de resolver casuísticamente el problema, sino, frente a la dosis de desnaturalización del carácter de la empresa publicitaria que por la exclusiva se produce, establece normas clarificadoras de la verdadera naturaleza.

Parece haber sido criterio inspirador del Estatuto la idea que en este trabajo hemos visto aparecer ya varias veces, de que por virtud de una exclusiva se establece entre dos o más empresarios un vínculo que convierte a uno de ellos en instrumento de cooperación económica o auxiliar del otro. Esta idea explica que, de acuerdo con el Estatuto, posean la consideración de exclusivas de publicidad los departamentos de explotación publicitaria de los medios de difusión o de los anunciantes. En realidad, aquí no nos encontramos siquiera en presencia de una relación de vinculación entre dos em-

presarios, de los cuales uno sea auxiliar o colaborador de otro, sino ante la organización, dentro del seno de la propia empresa, de un sistema de medios materiales y de trabajo para efectuar la explotación publicitaria. Desde nuestro actual punto de vista, dado que todo ello se realiza en el seno de la misma empresa, no hay en rigor verdadera exclusiva, puesto que ni siquiera existe contrato. La consideración de los departamentos de explotación publicitaria de los medios de difusión y de los anunciantes como exclusivas, únicamente comporta la necesidad de obtener los títulos-licencias determinados en el artículo 17 y practicar la inscripción en el Registro general de publicidad. Cabe, además, observar que estos departamentos no podrán realizar actividades que correspondan a cualquiera otros sujetos. En particular, no podrán convertirse en agencias ni en agentes al servicio de terceras personas.

Limitando, por consiguiente, ahora nuestro estudio a la figura que el Estatuto denomina exclusivas de publicidad de origen contractual, conviene observar que también respecto de ellas se sigue el *mismo criterio antes apuntado, cuando se dice que se le aplicarán las normas relativas a los anunciantes o a los medios, según que gocen de la exclusiva de la actividad publicitaria de éstos o de aquéllos*. Quiere decirse que a la persona que posea la exclusiva de un anunciante se le aplicarán las normas relativas a los anunciantes y que a la persona que posea la exclusiva de la publicidad de un medio se le aplicarán las normas relativas a los medios. Parece por ello necesario subdistinguir dos hipótesis diversas, según que se trate de la exclusiva de un anunciante o de la exclusiva de un medio.

1.^a *La exclusiva de un anunciante*.—La primera de las figuras a que se refiere el párrafo segundo del artículo 15 es a la exclusiva de publicidad de origen contractual... «que goce de la exclusiva de la actividad publicitaria del anunciante». El Estatuto hace referencia a ella para señalar que en las relaciones publicitarias se les aplicarán las normas relativas a los anunciantes. El supuesto hecho no queda, sin embargo, claramente definido. La primera vez parece referirse a la hipótesis que antes mencionamos en primer lugar al relacionarse los casos de posibles formas de exclusividad en las relaciones publicitarias, es decir, el caso en que un anunciante que celebra con una agencia un contrato de publicidad, inserta en el mismo una cláusula por virtud de la cual se compromete a que la agencia contratante sea la única persona que se encargue de la creación, preparación, programación o ejecución de sus anuncios o

de sus campañas publicitarias. Si bien esto es así, habría que preguntarse por qué razón esta agencia que posee la exclusiva de un anunciante debe ser considerada en sus relaciones publicitarias como un anunciante, cuando lo cierto es que el hecho de poseer la exclusiva de un anunciante no desnaturaliza en absoluto su función de agencia, pues nada le impide seguir trabajando para otros anunciantes. *A nuestro juicio, el párrafo segundo del artículo 15 del Estatuto se refiere al fenómeno inverso, es decir, al que más arriba situamos en segundo lugar. Se trata del caso en que el anunciante conviene con la agencia en que ésta se dedicará durante un determinado período de tiempo exclusivamente a preparar, programar y ejecutar las campañas publicitarias de aquél.* En esta hipótesis la norma cobra todo su sentido, pues al comprometerse la agencia a trabajar exclusivamente para un anunciante, se desnaturaliza efectivamente su función como tal agencia y la empresa de publicidad queda convertida en un departamento de explotación publicitaria del anunciante. Se produce el fenómeno que antes habíamos destacado: la pérdida de independencia de la empresa y su conversión en un instrumento auxiliar o de cooperación económica de otro empresario. Entonces adquiere la exigencia de que esta empresa, declarada exclusivamente a la publicidad de un anunciante, sea considerada en sus relaciones publicitarias como si fuera el mismo anunciante.

2.^a *La exclusiva de un medio.*—El párrafo tercero del artículo 15 del Estatuto preceptúa que cuando una agencia tenga la exclusiva de toda la publicidad de un medio o de sector publicitario de un medio, no podrá desarrollar, mientras dure la exclusiva, las actividades publicitarias de las agencias de servicios plenos y quedará sometida a las normas que regulan la actividad publicitaria de los medios.

Para delimitar el supuesto de hecho de la norma contenida en el párrafo tercero del artículo 15 del Estatuto de la Publicidad, acaso convenga efectuar una definición de lo que debe entenderse por «medio». Es éste un término que el Estatuto emplea con una gran frecuencia, pero que ha quedado en él un tanto desvaído. En rigor, debe distinguirse dos ideas distintas dentro de la terminología utilizada por la Ley. En un sentido muy amplio, es medio todo aquello que pueda servir de vehículo a la difusión de la publicidad. En este sentido son, en publicidad, medios la prensa, la radio, la televisión, etc., pero son medios también una valla, un muro y otros vehículos semejantes en los cuales pueda situarse el mensaje publici-

tario. En un sentido más estricto, y a nuestro juicio más exacto, también es medio la empresa que dispone de alguno de los elementos o vehículos de difusión publicitaria antes reseñado y que puede, por consiguiente, celebrar lo que el Estatuto denomina un contrato de difusión o de tarifa, es decir, obligarse a permitir el disfrute publicitario de un determinado bien y a desarrollar una actividad productora de un resultado publicitario. Desde este punto de vista son medios, en el sentido del Estatuto, las empresas editoras de un periódico, las empresas que explotan emisoras de radiodifusión, etc. Medio es, pues, la empresa considerada en su unidad. La empresa, como tal, puede explotar una pluralidad de vehículos de difusión publicitaria (por ejemplo, varios periódicos, varias emisoras de radio, etc.). Por esta razón, el Estatuto asimila el supuesto de que una agencia tenga la exclusiva de *toda* la publicidad de un medio al supuesto de agencia que tenga la exclusiva de un sector publicitario de un medio. Pero con ello se plantea una evidente dificultad, pues así como definir y delimitar lo que sea el medio, estableciendo la ecuación medio igual a empresa, resulta relativamente fácil, no lo es ya tanto puntualizar la idea de «sector publicitario de un medio». En principio, hemos dicho ya que el supuesto aparece claro cuando una única empresa explota elementos independientes que pueden servir como vehículos de difusión independientes también. Debe considerarse como sector publicitario de un medio cada periódico o cada emisora de radio, cuando la empresa en cuestión posea varias.

La consecuencia que el Estatuto extrae de la exclusiva del medio consiste en que la agencia no podrá desarrollar, mientras dure la exclusiva, las actividades publicitarias de las agencias de servicios plenos y quedará sometida a las normas que regulan la actividad publicitaria de los medios. El concepto de *agencia de servicios plenos* tampoco aparece definido por el Estatuto, pero lo ha sido, en cambio, por el Reglamento del Registro General de Publicidad, aprobado por Orden ministerial de 5 de abril de 1965. El Reglamento, en su artículo 4.º, determina que a efectos de su inscripción en el Registro se denominarán agencias de publicidad de servicios plenos aquellas empresas que, con la organización adecuada y la debida autorización, se dediquen profesionalmente y por cuenta de terceros a crear, proyectar, ejecutar y distribuir campañas publicitarias a través de todos los medios de difusión, prestando sus servicios simultáneamente a varios anunciantes, proporcionándoles una asistencia técnica completa en materia de investigación de merca-

dos, promoción de ventas, asesoramiento sobre los medios de difusión, control sobre el desarrollo de los resultados de las campañas y los usuales de tipo complementario dentro de la misma especialidad. *¿Por qué razón la agencia que tiene la exclusiva de la publicidad de un medio no puede constituirse en agencia de servicios plenos mientras dure la exclusiva?* La razón estriba, como ya antes hemos indicado, en *la desnaturalización que la exclusiva produce en la función de la empresa de publicidad*, con la secuela de su pérdida de autonomía y de independencia y *su conversión en instrumento de cooperación económica o en auxiliar del medio*. Como por otra parte, con buen acuerdo, el Estatuto ha tratado de tutelar la independencia de los diversos sujetos de la actividad publicitaria, prohibiendo que los medios constituyan agencia o posean intereses económicos en ellas y, recíprocamente, que las agencias constituyan medios o posean intereses en ellos, el tratamiento del artículo 15 es el único que resulta posible. *Las agencias que tengan la exclusiva de la publicidad de un medio reciben un tratamiento autónomo y son inscritas en el Registro como agencias de publicidad de exclusivas* (art. 8.º del Reglamento). Las agencias de publicidad de servicios plenos y las agencias de publicidad general, desde el momento que celebran con un medio de difusión un contrato publicitario con cláusula de exclusiva y mientras dicho contrato esté en vigor, reciben ese tratamiento.

Por último, conviene recordar que el párrafo final del artículo 15 *excluye de la aplicación de las normas antes referidas aquellos casos en los cuales la exclusiva que posea la agencia se refiera a la utilización concreta de la publicidad que pueda fijarse en bienes materiales, tales como una valla, un muro y otros medios de publicidad análogos*. Es de observar que en los casos mencionados en el párrafo en cuestión, la exclusiva posee un sentido completamente diverso, pues el contrato por virtud del cual se adquiriera un derecho a la utilización con fines publicitarios de bienes materiales como una valla o un muro, será normalmente un contrato de cesión del uso del bien asimible del tipo del arrendamiento. Se quiere decir con ello que *la exclusividad de la utilización forma entonces parte del contenido normal del contrato, por lo que no puede hablarse en rigor de un verdadero pacto de exclusiva*. Desde este punto de vista, la norma no tiene más valor que el puramente aclaratorio de algo deducible *per se*, de acuerdo con la naturaleza de las cosas. Podría todavía discutirse si la empresa poseedora del derecho de utilización publicitaria de bienes materiales análogos a los reseñados (valla,

muro, etc.) asume la naturaleza de agencia de publicidad o si, por el contrario, constituye un medio de naturaleza especial, sin duda, de difusión publicitaria. Las agencias aparecen definidas en el artículo 11 como aquellas empresas que profesionalmente y por cuenta de terceros crean, proyectan, ejecutan o distribuyen campañas publicitarias. El medio, según hemos dicho anteriormente, es la empresa que posee y explota los elementos o vehículos de difusión. Se sigue de ello que una empresa dedicada a la explotación de bienes materiales como vehículo de publicidad exterior constituye, por este solo hecho, un medio. Será además agencia si crea, ejecuta y distribuye la publicidad que en aquellos bienes haya de difundirse. Podrá entonces aparecer la agencia como exclusiva de publicidad si es departamento de explotación publicitario del medio, o si en virtud de una relación contractual posee la exclusiva de éste.

Como resumen de todo lo que llevamos dicho en este apartado, convendrá ahora puntualizar las siguientes conclusiones:

1.^a El Estatuto de la Publicidad no constituye una modificación del régimen jurídico de los contratos de exclusiva; por el contrario, los contratos de exclusiva que puedan celebrarse entre los diferentes sujetos intervinientes en la actividad publicitaria—anunciante, agencia y medios—se rigen por las normas generales.

2.^a Los contratos de exclusiva han sido contemplados por el Estatuto de la Publicidad como una modalidad de trascendencia económica indudable, con el único fin de considerar la relación contractual que *liga a las partes como una relación de cooperación económica entre empresarios de grado diverso*.

3.^a Las únicas exclusivas afectadas por la regulación del Estatuto son la exclusiva del anunciante y la exclusiva del medio. Las demás posibles relaciones de exclusividad no aparecen reguladas en la Ley.

4.^a La regulación legal tiende exclusivamente a asimilar al empresario que por virtud de la exclusiva asume el papel de *elemento auxiliar* al empresario dominante, dejándola sometida al mismo régimen jurídico.

IV

Concepto y caracteres de la exclusiva

Lo dicho hasta aquí impone ya alguna recapitulación que nos permita establecer las notas características de la figura que esta-

mos estudiando, para poder sentar, aunque sea provisionalmente, una definición (24).

a) La exclusiva es siempre un «pacto» o una «cláusula» que se inserta en un negocio jurídico. *No constituye «per se» un negocio autónomo*, sino que hace referencia siempre a otro negocio jurídico, es decir, se introduce en el contenido o se yuxtapone a un negocio jurídico, que adquiere con ella una fisonomía especial. Le conviene, desde este punto de vista, el calificativo de «disposición negocial» (25).

(24) Las que citamos por vía de ejemplo apuntan distintos aspectos del concepto: «Existe compromiso de exclusividad en todos los casos en los que una persona jurídicamente capacitada se obliga, por medio de un negocio jurídico, a realizar determinados contratos o círculo de contratos solamente con la otra parte contratante... Un compromiso o convenio de este tipo elimina o limita la libertad de contratación.» RITTER: *Ob. cit.*, pág. 13.

«Hay exclusividad cuando una persona se obliga a tratar ciertas operaciones pasando solamente por el intermedio de otra persona.» PLAISANT: *Ob. cit.*, pág. 1.

(25) Por su extraordinario interés y por constituir, todavía hoy, el único cuerpo de doctrina que poseemos sobre la institución que nos ocupa, parece conveniente recoger la esencia de los más importantes considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1955.

1.º La cláusula de la exclusiva—dice el Tribunal Supremo—*puede agregarse a diversos contratos e incluso puede existir de modo autónomo* (carteles), y supone una «obligación de no hacer» respecto del tipo de prestación objeto del contrato, *bien obligación de no realizar* en favor de otros una prestación semejante, *lo que se refleja en un mayor valor de la prestación*, para el acreedor, aparentemente en una *cualidad de la prestación*, o *bien obligación de no recibir* de otros una prestación semejante, que se refleja a favor del deudor en un *mayor valor de su actividad* (acaparamiento del mercado) o *bien ambas obligaciones*; en todo caso, dentro del límite de tiempo, frecuentemente también de espacio, *sin que, no obstante, la duración determinada, ni la zona, sean elementos esenciales*, tratándose, por tanto, de un límite a la libre actividad, impuesto a favor de quien recibe o a favor de quien hace la prestación, o de ambos.

2.º La cláusula de exclusiva *no priva* al contrato al cual se une (venta, suministro, mandato, arrendamiento de servicios, mutuo, depósito, etc.) *de la naturaleza que deriva de la estructura sustancial y del fin jurídico económico de la relación, que tiene carácter preeminente*, si bien modificando a veces sustancialmente sus elementos, siendo necesario para que *pueda hablarse de un contrato mixto que al pacto de exclusiva se agregue otro que represente una obligación autónoma asumida con ocasión del contrato principal*.

3.º En el contrato de venta con exclusiva, *la relación principal consiste en la obligación que asume el vendedor de transferir, a instancia del comprador, la propiedad de ciertas mercancías* no determinadas en la cantidad, pero determinables por un precio dado, que puede ser variable, *con la obligación asimismo de no remitir a otros adquirentes revendedores la misma mercancía en la zona reservada al comprador con exclusiva*, mientras el comprador puede asumir por su parte, cuando se trate de exclusiva bilateral, la obligación de no comprar de otros aquella mercancía, para vender en una determinada zona y por un determinado tiempo, pacto anexo de exclusiva que no contrasta con el régimen contractual de la compraventa.

4.º En la venta con exclusiva, *las singulares prestaciones repetidas no aparecen como cumplimiento fraccionado de tracto sucesivo o generalmente parcial de una prestación*

b) El contenido de la exclusiva está constituido esencialmente por *una obligación negativa*, obligación de no hacer, cuyas características examinaremos más adelante, pero ya desde ahora podemos decir que su finalidad es proporcionar al concesionario, respecto de otras personas, una situación de monopolio en relación con la prestación objeto del contrato.

c) En cuanto que la exclusiva entraña una relación duradera, *supone, además de un negocio jurídico, una auténtica situación jurídica*, en la cual se encuentran, en virtud de un contrato, el deudor y el acreedor, y puede definirse diciendo que es aquella situación jurídica en virtud de la cual uno de los *contratantes adquiere un derecho de crédito sobre la conducta de otro, que le coloca en una situación monopolística respecto de los demás posibles acreedores*. La exclusiva tiene, por ello, una vertiente negocial: es un negocio jurídico o una parte de un negocio jurídico (cláusula, pacto, etc.), pero es también aquella situación o aquella manera de ser de la relación contractual a que ese negocio jurídico da lugar y que en virtud de ese negocio jurídico se constituye.

Aclaremos lo anteriormente expuesto, deteniéndonos más profundamente en el estudio de estas notas apuntadas.

compleja única que se haya establecido en el llamado contrato fundamental (como sucede, por ejemplo, en la venta con entregas repetidas), sino que, por el contrario, *cada una de dichas prestaciones es respecto a toda otra que haya intervenido o intervenga durante la vida de la relación autónoma «per se estante», conservando el contrato fundamental, después de cada una de dichas prestaciones, por todo el tiempo de su duración o vigencia, la misma riqueza de contenido que tenía al principio*, surgiendo sin embargo dichas prestaciones homogéneas o heterogéneas de un modo particular y tomando una determinada dirección personal, no en virtud de circunstancias contingentes y ocasionales, sino en cuanto cada una de ellas y todas en conjunto constituyen el desenvolvimiento y la ejecución de precisas obligaciones jurídicas, surgidas entre partes con el contrato fundamental, en el que se dispone no sólo sobre el «sí», sino también sobre el «cómo» de las sucesivas prestaciones, *siendo la causa del contrato, más que la venta, la repetición de las prestaciones de venta*.

5.º *El pacto de exclusiva despliega su eficacia sólo en las relaciones de los contratantes*, no pudiendo ser opuesto a los terceros, respecto a los cuales son válidas las ventas concluidas violando el pacto, correspondiendo indudablemente al comprador una acción de indemnización de daños y perjuicios contra el vendedor, *si éste, vendiendo a otros, ha descuidado dar a conocer la prohibición consiguiente a la precedente venta con exclusiva de revender las mercancías en una determinada zona, o contra el tercer adquirente, que a pesar de que le ha sido manifestada la prohibición, ha revendido las mercancías en la zona reservada al primer comprador, no pudiendo estimarse que el vendedor que ha cumplido la obligación de comunicar a los sucesivos adquirentes el pacto de exclusiva, contenido en una venta precedente, asume la responsabilidad de la violación de la prohibición por el tercero, puesto que ha hecho cuanto podía*.

1. *La exclusiva como negocio jurídico: cláusula, pacto y disposición negocial.*

Al iniciar este estudio partimos ya de la idea de que las exclusivas constituyen una disposición negocial que se inserta en los más variados y diversos contratos. *No es en sí un negocio jurídico, pero se inserta dentro de un negocio jurídico y, por consiguiente, constituye una parte o porción de su contenido, y puede denominarse propiamente cláusula o pacto (26).*

La proposición anterior entraña una verdad indudable, pero que conviene matizar de alguna manera. Al final del capítulo anterior llegamos a la conclusión de que el complejo de reglas, facultades y deberes que la exclusiva impone, puede resultar entre dos personas determinadas como elemento natural del negocio por ellas celebrado, es decir, aun cuando ellas mismas no hayan efectuado ninguna declaración expresa de voluntad al efecto (v. gr., agencia). Pues bien, esta idea repercute de alguna manera en lo que se refiere al carácter o a la naturaleza negocial de las exclusivas, supuesto que la exclusiva puede advenir sin que exista una especial declaración de voluntad que la implante. *Dicho lo más gráficamente posible, ello significa que cabe que exista exclusiva, aunque no haya existido cláusula o pacto de exclusiva.* De lo anterior se desprende, sin ningún género de dudas, que definir la exclusiva como cláusula, como pacto o como disposición negocial, puede ser exacto en la mayor parte de los casos—si se quiere, en los que estadísticamente son más frecuentes—, pero sin embargo no encierra una verdad, pues como ya hemos insistido, puede haber exclusiva sin que haya previamente existido disposición negocial.

¿Debe todo ello conducir a negar, en términos generales se entiende, el carácter negocial de las exclusivas? Por supuesto que no. La exclusiva exige siempre un negocio jurídico que por virtud del cual se crea entre las partes una relación jurídica duradera. La exclusiva no negocial es, en rigor, algo inconcebible. Toda exclusiva nace, como hemos dicho, porque entre las partes se celebra un ne-

(26) «Como es sabido—dice GUGLIEMETTI, *op. cit.*, pág. 285—, la cláusula de exclusiva considerada en sí misma, esto es, prescindiendo de la referencia al específico negocio jurídico en que se inserta, consiste en un pacto contractual, a través del cual uno de los contratantes (o ambos, uno frente a otro) se sujetan a la obligación de no contratar con otros, a excepción de la contraparte, en relación con una determinada cosa o servicio. La llamo cabalmente «exclusiva» porque mediante dicha cláusula, ninguno, fuera del sujeto a cuyo favor la cláusula se estipula, puede pretender que la contraparte cumpla la prestación asumida, con excepción, por tanto, de todo otro sujeto.»

gocio jurídico. La exclusiva, sin embargo, no es necesariamente una parte—cláusula, pacto, etc.—de ese negocio jurídico.

Más exacto sería referir la exclusiva no tanto al negocio cuanto a la relación o situación que por virtud del negocio se crea entre las partes. La exclusiva es, de esta manera, una determinada forma del contenido normativo de la situación *inter partes* que determina la existencia de unos ciertos derechos y deberes que poseen una evidente tipicidad, por cuanto se dirigen a lograr finalidades que son igualmente típicas.

Por todo ello, a pesar de que hemos hablado de la exclusiva como cláusula, como pacto o como disposición negocial, reconociendo que esta nomenclatura será exacta con gran frecuencia, mas no siempre, parece conveniente trasladar el centro de gravedad de la cuestión y, por consiguiente, también el *centro de gravedad de nuestro análisis, del negocio jurídico a la relación o situación existente entre las partes.*

2. *La exclusiva como relación y como situación jurídica.*

Hemos dicho que la exclusiva se encuadra dentro de una relación jurídica que se crea entre dos o más personas, y hemos dicho también que esta relación ha de ser una relación jurídica duradera. Ello es claro en todos los supuestos examinados más arriba, donde se comprueba que entre las partes se establecen relaciones duraderas de suministro, de gestión o representación, de colaboración económica, de arrendamiento o cesión de uso, etc. ¿Cabría pensar en una exclusiva encuadrada no dentro de una relación duradera, sino de una relación obligatoria, que por contraposición pudiéramos llamar instantánea o de tracto único? El problema se plantea especialmente en relación con contratos de compraventa de cosas determinadas y concretas, cuando al comprador le interese ser el único adquirente y poseedor de cosas de unas determinadas características, dentro de una zona determinada o de un sector. Piénsese en el ejemplo más arriba examinado de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1966, en el cual se trataba de la compraventa de una radiogramola de unas características especiales, en la que el comprador, propietario de un bar, tenía interés en ser el único propietario de bares que poseyera dicho instrumento. Piénsese igualmente en que un comprador de un modelo de alta costura tenga interés en ser el único adquirente del mismo. Efectivamente, en

los casos analizados, la relación obligatoria parece que no es duradera. Y, sin embargo, ello es solamente cosa del primer momento, y una vez que la sorpresa se desvanece, las cosas se ven con mayor claridad. Es cierto que en sí misma considerada, una relación obligatoria de compraventa de un bien concreto y determinado no es una relación obligatoria duradera, sino instantánea. Sin embargo, en los supuestos que nos planteábamos, la relación jurídica existente entre las partes, que no es duradera, por lo que se refiere a la transmisión de las cosas—venta—, adquiere aquel carácter duradero por virtud de la inserción de la exclusiva, pues de ello determina un complejo de deberes y derechos entre las partes que solamente cumple su función cuando se prolonga a lo largo de un determinado espacio temporal. *Puede por ello admitirse plenamente que la exclusiva determina siempre una relación jurídica duradera entre las partes* (27).

La exclusiva, al incidir sobre esta relación duradera (28), determina en ella una especial modalidad de la misma. *¿Qué es lo que caracteriza esta especial modalidad que la exclusiva determina en la relación jurídica inter partes?* La respuesta a este interrogante, en línea de principio, es, a nuestro modo de ver, fácil. *Lo que la caracteriza es un determinado complejo normativo que forma parte del contenido de dicha relación*, o más claramente dicho, *la existencia de unos especiales derechos y deberes*. La doctrina común—y también nosotros seguimos su pauta—entiende que el contenido sustancial de la exclusiva lo constituye una obligación negativa a cargo de una de las partes—el concedente de la exclusiva—, que consiste en la obligación de no celebrar con terceras personas contratos idénticos o similares al concertado con el concesionario.

Creo que no puede discutirse que en toda exclusiva existe siempre una obligación negativa del tipo de la referida, pero reconducir siempre el fenómeno y establecer una ecuación según la cual exclusiva es igual a obligación negativa de no contratar, me parece que es simplificar con exceso la cuestión y, por ello, ofrecer un panorama falso de la misma. Lo característico de la exclusiva es, como hemos dicho, un complejo de derechos, facultades, cargas y debe-

(27) Una colaboración como la que se realiza en los fenómenos de integración vertical postula siempre una continuidad o una reiteración en el tiempo de las relaciones de prestaciones y contraprestaciones de un determinado tipo, así como postula el elemento fiducia como elemento normal, si bien no necesario.

(28) La expresión es de GSCHNITZER, según recuerda FRANCESCHELLI aplicada a los contratos de duración (contratti di durata). *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, LXXXVI, 1926, pág. 365.

res que modalizan la situación jurídica inter partes. *Es, pues, un complejo y no una única obligación negativa.*

De lo que se trata, obviamente, es de que esa relación o situación jurídica adquiriera el carácter de única, es decir, sea exclusiva.

Al mismo tiempo se trata de crear, en favor del concesionario de la exclusiva, *una especial posición industrial* que le permita a este último el control económico de bienes materiales o inmateriales de un determinado tipo, o bien el control económico de los servicios profesionales de una persona.

Pueden, por ello, desglosarse las finalidades básicas de la exclusiva del siguiente modo:

1.º *Se crea en favor de un empresario una posición industrial de control económico de determinadas mercaderías.* Naturalmente, el empresario favorecido por la posición de control se encuentra en el ciclo de comercialización de dichos productos o mercaderías. La exclusividad interesa en el camino que lleva de la fabricación al consumo. La exclusividad no le interesa nunca al fabricante, que la tiene por hipótesis, y tampoco le interesa al consumidor. Por el contrario, el interés existe, normalmente, en las zonas intermedias del ciclo económico. Puede hablarse, por ello, de creación de una posición industrial de control económico de la comercialización de mercaderías.

2.º *Se crea en favor de un empresario industrial una situación por virtud de la cual aquél será el único a quien le será permitida o facilitada la utilización o explotación de determinados bienes inmateriales.* La exclusiva consiste aquí en una posición industrial de control económico de la explotación de bienes inmateriales.

3.º *Por virtud de la exclusiva se crea en favor de un empresario una situación que le permite ser el único que pueda recibir, disponer y disfrutar de los servicios de otras personas.*

Según todo lo dicho, la exclusiva puede caracterizarse diciendo que es aquel complejo normativo, es decir, aquella o aquellas reglas jurídicas por virtud de las cuales se establecen entre las partes de una relación jurídica una serie de derechos y deberes *encaminados a proporcionar a una de las partes de la relación una posición industrial de control económico de la comercialización de mercaderías determinadas, de la explotación de bienes inmateriales o de la utilización de servicios.* El contenido básico de la exclusiva lo constituyen, de esta manera, *los derechos que para la protección de su interés se otorgan a una de las partes y los deberes que con el mismo fin se imponen a las demás.*

3. *La exclusiva como derecho subjetivo: el derecho de exclusiva.*

El núcleo más importante de lo que antes hemos llamado «complejo normativo» lo constituye el *conjunto de facultades que se otorga a la parte beneficiada para que ésta pueda, como hemos dicho, tutelar y proteger su interés*. Un conjunto de facultades, armónicamente organizadas dentro de una situación jurídica y atribuida a un titular, al arbitrio del cual se encomienda su ejercicio y defensa es, en rigor, lo que la Teoría general del Derecho denomina un *derecho subjetivo*. Por esto, si el beneficiario o concesionario de una exclusiva es titular de un conjunto de facultades unitariamente organizado por el ordenamiento jurídico, no cabe duda ninguna que puede decirse que *es titular de un derecho subjetivo*. Puede hablarse de esta manera de un «derecho de exclusiva» para referirse a este conjunto de facultades. La expresión apuntada parece más exacta que la de hablar de «derecho a la exclusiva», pues se trata de la situación de poder que otorga a su titular lo que antes hemos llamado una posición industrial y no simplemente la facultad de obtenerla.

El derecho de exclusiva es la situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye al exclusivista para permitir a éste el disfrute de la posición industrial que ocupa y puede facilitarle la protección y defensa de la misma frente a los ataques o violaciones de que pueda ser objeto por parte de otras personas.

¿Cuál es la naturaleza jurídica, el contenido y el alcance de este derecho del exclusivista? La respuesta se encuentra, como es natural, en función de la manera de configurar el régimen jurídico de la institución que nos ocupa. Como hemos apuntado ya más arriba y como desarrollaremos más detenidamente en el último de los capítulos de este trabajo, uno de los problemas más importantes que las exclusivas plantean es el relativo a los efectos que las mismas producen y, en particular, al que se refiere a dilucidar si los efectos se producen únicamente entre las partes o son susceptibles de afectar de alguna manera a la esfera jurídica de terceras personas. Si se sostiene la primera de estas direcciones, no cabe duda de que la eficacia de la exclusiva queda limitada a las partes. En tal caso, el derecho subjetivo del exclusivista será un derecho relativo y más concretamente puro derecho de crédito como facultad de exigir una prestación del concedente, prestación que será aquel compartimiento negativo u omisivo que permita al titular continuar en el disfrute

de su interés. En definitiva, es la misma idea que se predica cuando se equiparan exclusiva y obligación negativa de no contratar, puesto que el acreedor de la obligación negativa es, por definición, acreedor de una prestación de omisión.

En cambio, si se admite una eficacia de la exclusiva respecto de terceros, la cuestión cambia por completo. En su momento veremos cómo, a nuestro juicio, la eficacia respecto de terceros de las exclusivas es algo que en principio puede admitirse: indudablemente, por lo que se refiere a los terceros que conocen la exclusiva, e indudablemente también respecto de los terceros que actúan de mala fe (y actúan de mala fe no sólo los que violan la exclusiva conociéndola realmente, sino también aquellos cuya actividad se debe a una conducta negligente y descuidada y, por tanto, socialmente condenable o usualmente no correcta). La eficacia respecto de terceros de las exclusivas es más dudosa frente a los terceros de buena fe.

Para nuestro tema de ahora es suficiente, sin embargo, que la exclusiva sea capaz de surtir efectos respecto de terceros. Si esto es así, y así es a nuestro juicio, según hemos anticipado, no cabe ninguna duda de que el derecho del exclusivista no consiste sólo en un derecho de crédito a obtener una prestación negativa del concedente —no contratar—, sino que es un derecho mucho más amplio, que está formado, por decirlo así, por dos grupos distintos de facultades, unas que tutelan al beneficiario frente al concedente y otras que tutelan al beneficiario frente a los terceros. Por esto, no puede decirse que el derecho del exclusivista sea un puro derecho relativo, sino que en definitiva es, se quiera o no se quiera, un derecho sobre lo que antes denominábamos una posición industrial o comercial. La posición industrial o comercial es el objeto básico del interés del exclusivista y, por tanto, el que el ordenamiento atribuye al titular, permitiéndole o facilitándole su disfrute y facilitándole también los medios de protección y de defensa contra las eventuales violaciones o lesiones que pueda sufrir, tanto por obra del concedente como por obra de los terceros.

4. *La exclusiva como un bien jurídico.*

El razonamiento anterior nos lleva a preguntarnos si la exclusiva constituye, en sí misma considerada, *un bien jurídico, aunque sea de naturaleza inmaterial.* No cabe duda ninguna de que el empresario que posee una exclusiva ve, por esta razón, incrementados sus

beneficios. La exclusiva es, pues, de esta manera, un elemento de la empresa que constituye una fuente de ganancia o de beneficio. Ahora bien, para que algo pueda decirse que constituye un bien jurídico, aunque sea de naturaleza inmaterial, es menester que sea susceptible de valoración económica, y esta *valoración económica se encuentra siempre en función de su posible realización*. Es ésta, a nuestro juicio, la máxima dificultad que se opone a una posible conceptualización de la exclusiva como un bien que forma parte de la empresa, pues, en principio, no es posible someterlo a valoración, *por no ser susceptible de realización*. Esta afirmación exige alguna puntualización. Es posible que el derecho de exclusiva pase de unas manos a otras, es decir, se transmita. Pero siempre con la empresa, por los cauces normales, que impliquen sucesión en la titularidad de la misma. El problema reside en si cabe transmisión independiente. En este caso, la transmisión de la exclusiva no estará sometida normalmente a las reglas generales sobre transmisión de bienes, sino al régimen jurídico de la cesión de los contratos, y exigirá, por ende, el consentimiento del contratante cedido, concedente de la exclusiva.

5. *Los tipos de exclusiva.*

a) *Introducción: Necesidad de una tipificación de los diversos supuestos de exclusivas.*—En las páginas anteriores hemos tratado de obtener una visión panorámica, lo más completa posible, del fenómeno de los pactos o cláusulas de exclusiva. Hemos intentado efectuarlo así, estudiando, en primer lugar, los casos directivos que nos ofrece la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. En segundo lugar, y dada la parquedad de nuestra doctrina jurisprudencial, la tarea ha sido completada haciendo un estudio de los diferentes pactos de exclusiva que de acuerdo con los usos de los negocios se establece en los diferentes tipos de contratos.

Esta tarea, llevada a cabo en las páginas anteriores, *prima facie*, nos convence de que existe una gran diversidad de supuestos. Conviene por ello, como labor inmediata, efectuar una agrupación de estos diversos supuestos, sentando lo que podemos llamar supuestos típicos. *La tipificación es, en la tarea que nos ocupa, una labor ineludible*. No se trata sólo de establecer distinciones académicas o escolásticas, sin otro valor que el puramente didáctico. En nuestro tema, la tipificación es una premisa inevitable del análisis que nos proponemos realizar. Son varias las razones de este carácter inevitable que en nuestro tema tiene la tipificación de supuestos. Como

advertimos al principio, en todas aquellas zonas del ordenamiento jurídico que por su novedad o por aparecer muy condicionadas por factores económicos y sociales todavía no se ha logrado una perfecta institucionalización, la importancia del caso concreto es decisiva. Por otra parte, hay que pensar también que un régimen jurídico unitario, aplicable a la totalidad de los supuestos de hecho que la vida social va incesantemente planteando, no es seguramente posible. Es necesario, por ello, establecer grupos de casos a los cuales ese régimen jurídico unitario sea de posible aplicación.

Justificada de esta manera la necesidad de establecer una diferenciación entre los diversos supuestos y una tipificación de los mismos, el segundo paso consiste en encontrar los criterios con arreglo a los cuales la clasificación debe hacerse. Es ésta una cuestión mucho más ardua, y en la cual existe siempre una cierta dosis de arbitrariedad. Sin embargo, la *idea inspiradora de toda clasificación debe ser siempre, a nuestro juicio, lograr y construir grupos armónicos de casos, o si se prefiere, de conflictos de intereses, a los cuales deba aplicarse una disciplina normativa idéntica*, es decir, fenómenos jurídicos a los cuales deban imponerse unos mismos requisitos de validez y de los cuales deban derivarse unos mismos efectos jurídicos. Por ello, pensando siempre que los requisitos de validez y los efectos jurídicos dependen en gran medida de las finalidades de orden empírico que las partes en conflicto han tratado de conseguir, el primer criterio de clasificación debe lograrse contrastando el fenómeno de las exclusivas con la realidad económica.

b) *La exclusiva y la realidad económica.*—El examen de casos concretos efectuado en el capítulo anterior nos induce a pensar que a través de los llamados pactos o cláusulas de exclusiva, las partes buscan conseguir *finalidades de tipo económico muy diverso*. Tomando como base esta idea, puede establecerse una enumeración de supuestos que no pretende ser una enumeración completa o exhaustiva, sino simplemente tener un valor indicativo.

c) *El aprovisionamiento o abastecimiento en exclusiva.*—Esta figura (29) surge en la relación que se establece entre el titular de

(29) CASSEL, antes citado, distingue una *exclusivité de fourniture* y una *exclusivité d'approvisionnement*. Por la primera de dichas exclusivas surge la obligación del comprador de no recibir suministros más que de un solo fabricante o comerciante. Por virtud de la segunda, un fabricante se obliga a no aprovisionarse más que en un solo distribuidor, dentro de un sector dado.

una explotación económica o empresa productora de determinadas materias primas y la persona o empresario que precisa de ellas para utilizarlas en el proceso económico de producción o fabricación de mercancía. La figura indicada aparece cuando el empresario productor de las materias primas se compromete a facilitar éstas exclusivamente al empresario que ha de utilizarlas en un proceso de fabricación de mercancías. Es evidente, tras lo dicho, que en el caso que ahora nos ocupa, la exclusiva se inserta en un contrato de suministro y que en ella es exclusivista o concesionario de la exclusiva el comprador de los productos, y concedente u obligado por la exclusiva el vendedor.

La finalidad económica que mediante la figura que analizamos se trata de obtener es una situación de exclusividad del fabricante respecto de la fuente de aprovisionamiento o de abastecimiento dominada por el concedente. El fabricante puede tener un interés evidente en asegurar el abastecimiento de materias primas de su empresa y en asegurar también la estabilidad de los precios de adquisición. Por su parte, el productor de las materias primas puede tener también interés en asegurar la normal salida de sus productos a unos precios estables. La coincidencia de ambos intereses puede encontrar jurídicamente su composición a través de dos caminos o de dos vías distintas. De la primera, el fabricante se compromete a adquirir toda la producción del empresario productor de las materias primas. La segunda vía consiste en la celebración de un contrato de suministro con cláusula de exclusiva. En rigor se trata de dos supuestos distintos, aunque muy próximos entre sí. La proximidad, sin embargo, no exime de tratar de establecer las diferencias que entre ambos supuestos se dan, pues también estas diferencias pueden conducir a una diversidad de tratamiento en el orden jurídico. *Aparece así, por una parte, el convenio de compra de toda la producción, y por otra, el contrato de suministro con cláusula de exclusiva.* La diferencia sustancial entre ambos radica en que, en el primer caso, el comprador adquiere una obligación cuantitativamente determinada: la de compra de toda la producción; mientras que, en rigor, no existe verdadero pacto de exclusividad, puesto que éste, dada la estructura del negocio, es innecesario. En el segundo caso, en cambio, el comprador no adquiere una obligación cuantitativamente determinada y es en cambio el vendedor el que asume la obligación normativa de no suministrar las materias primas a otras personas competidoras del exclusivista. De ello se deriva el que mientras en el primer caso el fin primordial es el aseguramiento del abasteci-

miento de las materias primas, en el segundo, en cambio, prima la finalidad de limitación de la competencia (30).

d) *La distribución en exclusiva* (31).—Aparece esta figura en el ciclo económico que los productos siguen desde que salen del fabricante hasta que llegan al consumidor. Al fabricante le interesa asegurar la salida de sus productos y crear al mismo tiempo una red o un canal de comercialización de los mismos. Para ello, el fabricante puede concertar con otra persona un compromiso por virtud del cual este último será el único distribuidor de aquellos bienes en una determinada zona. De esta manera la producción, para esa zona, se canaliza exclusivamente a través del distribuidor. El distribuidor por su parte, empresario mercantil, asegura su negocio al contar con un *stock* de mercaderías para traficar con ellas.

Igual que en el caso anterior, también aquí se trata de una exclusiva que se inserta en un contrato de suministro, y en ella el exclusivista o concesionario de la exclusiva es el comprador de los productos y el concedente el vendedor de los mismos. Existe, sin embargo, una diferencia notable entre el supuesto que ahora contemplamos y el mencionado en el párrafo anterior. Aunque la naturaleza de la relación jurídica que liga a las partes es la misma, la finalidad económica perseguida a través del negocio es diferente. En el primer caso se trataba de obtener un abastecimiento de materias primas para ser sometidas a transformación—y consiguientemente, a producción de nuevos bienes—en el proceso económico. En el segundo caso, en cambio, el exclusivista se refiere a los mismos bienes ya fabricados. Puede decirse por ello que así como la primera incide de lleno en el ciclo de producción, la segunda incide de lleno en el ciclo de distribución y comercialización de los productos.

e) *La representación en exclusiva*.—En la representación en exclusiva (32), el exclusivista o concesionario de la exclusiva, que ejerce su actividad empresarial como gestor de intereses de otros em-

(30) RUBINO, obra y lugar citados; GARRIGUES, obra y lugar citados; FRANCESHELLI, obra y lugar citados.

(31) La distribución en exclusiva es la figura que ha ocupado la mayor parte de las veces la atención de la doctrina. Cfr. PLAISANT, «Les contrats d'exclusivité», *Rev. Trim. de Droit Comm.*, 17-1-64, pág. 1; GUYENOT, «Les conventions d'exclusivité de vente», *Rev. Trim. de Droit Comm.*, 1963, pág. 514.

(32) La representación en exclusiva ha sido estudiada sobre todo en relación con el contrato de agencia. Vid. FINOCHIARO, «Il c. d. rappresentante con esclusiva», *R. D. C.*, 1920, pág. 248; FORMIGGINI, *Il contratto di agenzia*, Turín, 1958.

presarios—representante o agente—, se compromete a desenvolver su actividad empresarial-gestora únicamente en favor del concedente de la exclusiva, y éste, a su vez, se compromete a que sus productos, en una determinada zona, se canalicen a través de su representante exclusivo. De esta manera, cuando el representante o agente desenvuelve su actividad en el camino de determinados bienes, la finalidad obtenida a través de la representación en exclusiva es muy similar, por no decir idéntica, a la que se buscaba en el caso anterior a través de la distribución en exclusiva. En ambos casos, se trata de insertar un pacto de exclusividad en una relación jurídica que se establece para comercializar bienes o productos. La diferencia básica entre ambos supuestos radica en la naturaleza y en la estructura de esa relación jurídica que liga a ambas partes—fabricante o productor y comerciante o distribuidor (33)—. *En el primer caso, la relación existente entre las partes es una relación de suministro*, por virtud de la cual el comerciante se convierte en un adquirente de las mercaderías, que procede a revenderlas por su propia cuenta y a su propio riesgo. *En el segundo caso, en cambio, la relación entre fabricante y comerciante es una relación genuina de servicios* (agencia, comisión), y por ella el comerciante no se hace propietario de las mercaderías, sino que las vende por cuenta de y a riesgo de su comitente, siendo indiferente que la comisión la desempeñe en su propio nombre o en nombre de los dueños del negocio.

Esta diferencia de naturaleza y de estructura de la relación jurídica básica hace que aun cuando la finalidad económica perseguida sea la misma, el tratamiento jurídico haya de ser diferente.

f) *El establecimiento en exclusiva.*—En un terreno diverso de aquel en que se sitúan los supuestos anteriormente examinados, se trata el caso de lo que llamamos «establecimiento en exclusiva». En esta figura, un comerciante o un industrial, es decir, un empresario, trata de conseguir que su establecimiento sea el único que posea unas características o una naturaleza determinada, dentro de una

(33) La distinción entre suministro en exclusiva y representación en exclusiva, aun cuando se trata de supuestos muy próximos y dirigidos a obtener finalidades económicas paralelas, juega hoy un gran papel, sobre todo en relación con la disciplina normativa de las prácticas restrictivas de la concurrencia en el Tratado de Roma. Sobre ello, además de lo que en su momento se dirá, véase especialmente VON WERDT, «Applicazione dell'art. 85 del Trattato della CEE ai contratti di scambio», *Riv. della Soc.*, 1962, página 793; MOK (ROBERT), «Il Trattato di Roma e i contratti di rappresentanza en esclusiva», *Riv. della Soc.*, 1963, pág. 657.

zona determinada también. Es obvio que para ello es necesario que pueda celebrarse un convenio con una persona que ostente una situación de dominio respecto de toda la zona en cuestión. Cuando ello es posible, el convenio tiene por objeto que el establecimiento empresarial sea el único existente en toda la zona dominada por el concedente de la exclusiva. La relación que ligue a concedente y concesionario puede ser de signo muy diverso (v. gr., arrendamiento, compraventa de un local, etc.). Lo básico es que en el pacto por medio del cual el empresario adquiriera el terreno necesario para la radicación de su establecimiento pueda insertarse un compromiso por medio del cual el concedente se obligue a que el establecimiento del concesionario sea el único existente en la zona.

Bajo esta idea pueden situarse algunos de los ejemplos que con anterioridad hemos señalado. Ocurre así con el caso del Ayuntamiento que concedía la exclusiva de restaurante en un mercado municipal, con la empresa urbanizadora que concede la exclusiva de supermercado en la barriada urbanizada por ella, o con la sociedad dedicada al transporte público que concede la exclusiva de la publicidad que pueda fijarse en sus vehículos.

En todos los casos examinados, la finalidad económica perseguida es, como hemos reiterado ya, que el establecimiento del concesionario sea el único existente en la zona. Se sigue de ello que el fin de toda causa y negocio consiste, en rigor, en la exclusión de todos los demás posibles competidores del exclusivista dentro de la zona señalada. Parece, por ello, que el negocio está presidido por una idea de limitación de la concurrencia.

g) *La concesión en exclusiva.*—Bajo el nombre de concesión en exclusiva, quizá arbitrario y en cierta medida vago, nosotros designamos todos aquellos convenios por virtud de los cuales una de las partes, concedente, se compromete, al mismo tiempo que faculta a la otra para utilizar determinados bienes, a que el concesionario sea la única persona que gozará de dicho privilegio de uso. La cláusula de exclusiva protege, entonces, fundamentalmente, *el interés del concesionario en ser el único usuario de los bienes en cuestión.* La figura, naturalmente, surge cuando dichos bienes han de ser empleados o explotados dentro de una empresa, bien sea una empresa industrial, que los destine a la producción, o bien sea una empresa comercial, que los necesite para su tráfico. Normalmente, la concesión en exclusiva se referirá a bienes inmateriales. *Los casos más claros son los contratos de concesión de licencia de explotación de*

una patente de invención, el contrato de concesión de licencia de utilización de modelos industriales o de uso de marcas, el contrato por virtud del cual se permita la explotación de determinados secretos industriales o fórmulas, etc. Pero la figura puede aparecer también cuando la concesión se dirija a *permitir la utilización de bienes materiales, con tal que, como antes decíamos, esta utilización se incardine en el proceso económico*. Piénsese, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento de material industrial en el cual se pacte que el arrendatario será el único que dentro de una determinada zona disponga de dicha *maquinaria*, de interés especial por su novedad o por el influjo que ejerza en el proceso productivo, como ocurrirá cuando dicha maquinaria determine un importante aumento de la producción o una mejora de la calidad de los productos, o un ahorro de trabajo, etc.

h) *El trabajo en exclusiva*. — Como un supuesto radicalmente especial de todos los que hasta aquí llevamos expuestos, puede mencionarse la hipótesis de trabajo en exclusiva. En ella el exclusivista es siempre un empresario que precisa, para el desenvolvimiento de su empresa, el trabajo de otra persona, y concedente de la exclusiva es el trabajador que se compromete a desenvolver su actividad únicamente en favor de la empresa en cuestión. Se comprende en seguida que esta figura que denominamos de trabajo en exclusiva solamente es posible cuando se dan dos condiciones básicas. La primera es una especial cualificación de la naturaleza del trabajo y una especial cualificación también de la persona del trabajador, dentro de su oficio. Ha de tratarse siempre de un trabajo que pueda considerarse como trabajo profesional cualificado. La segunda condición es una cierta independencia del trabajador respecto de los empresarios que le emplean. Cuando ambas condiciones aparecen, puede ser de interés para el empresario disponer, con carácter de exclusividad, de los servicios del trabajador en cuestión. Aquí puede situarse el ejemplo más antiguo que encontrábamos en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y que es, según se recordará, un contrato de exclusiva otorgado por una cantante con una casa de grabación de discos fonográficos. Similares son los contratos que pueda celebrar, por ejemplo, un actor cinematográfico con una empresa productora de películas o un torero con un empresario de plazas taurinas. Pero en la misma línea se encuentran los contratos de trabajo que se inserten en un ciclo económico de producción de bienes, como puede ser, por ejemplo, la contratación en exclusiva de

los servicios de un ingeniero especializado en proyectar maquinaria, respecto del fabricante de la misma.

La enumeración de supuestos que en las líneas anteriores hemos intentado es, a nuestro juicio, la primera y más clara tipificación de las hipótesis de pactos o cláusulas de exclusiva. Es también la más próxima a la realidad social, puesto que se encuentra fundada en circunstancias o elementos de naturaleza económica. Un estudio del tema exige, sin embargo, una continuación de la tarea, pues es preciso traducir las diferencias económicas existentes entre los diversos supuestos tipificados en diferencias que sean estrictamente jurídicas. *La diferenciación de los supuestos de acuerdo con las diversas características jurídicas de los mismos es la que a continuación trataremos de establecer.*

6. *Las cláusulas de exclusivas y el objeto del negocio jurídico.*

Cabe ensayar una clasificación de las exclusivas teniendo en cuenta, en primer lugar, *la naturaleza del objeto del negocio jurídico en el cual el pacto o cláusula de exclusiva se inserta.* Con arreglo a este criterio es posible distinguir, por una parte, unas exclusivas que inciden en la órbita de la contratación de bienes y, por otra parte, exclusivas que inciden en la órbita de la contratación de servicios. A su vez, en el primero de los grupos referidos—contratación de bienes—puede establecerse una subdistinción, según que los bienes contratados sean bienes materiales o sea, por el contrario, bienes inmateriales.

En la primera de las zonas señaladas pueden colocarse los contratos que antes hemos denominado de aprovisionamiento o abastecimiento, de distribución, de establecimiento y de concesión, mientras que en la segunda zona, es decir, aquella que, como decíamos, comprende la órbita de contratación de servicios, abarca lo que antes denominamos representación en exclusiva, es decir, contratación de los servicios de gestión de un agente, de un mandatario o de un comisionista, y los contratos de trabajo en exclusiva, referidos a servicios profesionales cualificados.

La diferenciación de las exclusivas de acuerdo con la naturaleza del negocio jurídico en que se insertan, posee también gran trascendencia desde el punto de vista del tratamiento y del régimen jurídico de la figura. Cuando se estudie—en otro trabajo—la validez de estos pactos, nos encontraremos con que uno de los obstáculos más graves que a dicha validez se opone consiste en su posible colisión

con las normas que prohíben acuerdos limitativos de la competencia. En ese momento comprobaremos cómo la clasificación ahora establecida debe jugar un trascendental papel.

7. *Pactos de exclusiva y promesas de exclusividad.*

Con toda la arbitrariedad que siempre entraña la elección de una terminología, puede establecerse una distinción entre «pactos de exclusiva» y «promesas de exclusividad». La utilización de las expresiones «pactos» y «promesas» no trata de indicar una diversa naturaleza jurídica del negocio a través del cual la exclusiva se crea, aunque las palabras puedan dar lugar en este punto a un equívoco, pues es frecuente utilizar la idea de pacto para hacer referencia a un negocio contractual, o por lo menos, a una parte del mismo, y la expresión «promesa» se utiliza, en cambio, para designar las declaraciones unilaterales de voluntad. *Cuando nosotros intentamos distinguir pactos de exclusiva y promesas de exclusividad, no establecemos diferencia entre la estructura y el funcionamiento del negocio, que parecen, por lo menos abstractamente* considerados, idénticos, *sino entre la diversidad de la situación jurídica que por virtud del negocio se crea entre las partes contratantes.* En los casos que englobamos bajo la rúbrica de pactos de exclusiva, la disposición negocial que constituye la exclusiva, instaure fundamentalmente, según hemos dicho ya, una obligación negativa a cargo del promitente o concedente de la exclusiva. Esta obligación negativa consiste sustancialmente en un deber jurídico de no celebrar con terceras personas contratos que tengan por objeto prestaciones de idéntica naturaleza o prestaciones de naturaleza concurrencial con aquellas que han sido prometidas en el contrato en exclusiva. En cambio, en los casos que englobamos bajo la rúbrica de promesas de exclusividad, el promitente ha de continuar celebrando con terceros, contratos de naturaleza idéntica al que ha celebrado con el exclusivista. El ejemplo más claro de esta hipótesis lo constituye el supuesto que antes denominamos de establecimiento en exclusiva, en el cual el promitente celebraba con el exclusivista un contrato que era, v. gr., de arrendamiento. Por ello, la obligación que asume el concedente de la exclusiva no es una obligación negativa—de no contratar—, sino una obligación positiva, la cual consiste en un deber jurídico de introducir en los demás contratos de la misma naturaleza que el concedente celebre con terceros, una cláusula por virtud de la cual queden a salvo los intereses del exclusivista, v. gr., una cláusula por

virtud de la cual los sucesivos arrendatarios se comprometan a no destinar los locales al género de negocio a que se dedica el exclusivista.

Es claro que en lo que hemos llamado «pacto de exclusiva» hay una serie de futuros contratos que le quedan convencionalmente prohibidos al promitente de la exclusiva: el comitente no puede celebrar, por ejemplo, nuevos contratos de suministro o de servicios. *Por eso hemos dicho que su obligación negocial es fundamentalmente una obligación negativa, puesto que tiene por objeto un no hacer del promitente. En las llamadas «promesas de exclusividad», en cambio, el promitente no asume una obligación negativa.* El promitente de la exclusiva, en nuestro ejemplo, puede seguir arrendando. Su obligación contractual, como hemos dicho, es una obligación positiva u obligación de hacer, un deber de hacer todo aquello que sea necesario para que el interés del estipulante o concesionario de la exclusiva quede satisfecho (34).

8. *Las exclusivas y el círculo de los sujetos interesados: exclusivas simples y exclusivas multilaterales.*

Desde otro punto de vista, las exclusivas pueden clasificarse también atendiendo a la amplitud del círculo de sujetos interesados en ella y al número de personas intervinientes en la relación jurídica que el negocio crea. De la misma manera que los negocios jurídicos en general se clasifican en bilaterales o plurilaterales, cabe pensar en contratos con cláusula de exclusiva celebrados entre dos personas o entre más. A las primeras las llamaremos exclusivas simples, y a las segundas, exclusivas multilaterales (35).

a) El supuesto de la exclusiva simple es el supuesto típico, por decirlo así. El contrato se concierta entre dos personas, comprador y vendedor, comitente y comisionista, etc., y en él se concede un derecho de exclusiva. La exclusiva aparece entonces en una única relación jurídica de naturaleza claramente bilateral. Hay en ella dos partes únicamente, de las cuales, una asume la figura que hemos denominado de promitente o concedente de la exclusiva (deudor de ella), y la otra se constituye en estipulante o concesionario (acreedor de la exclusiva).

(34) Intentando profundizar sobre esta distinción, diversificando menos supuestos, ver por todos a RITTNER, *ob. cit.*

(35) Sobre la distinción entre exclusivas simples y exclusivas dobles o bilaterales, cfr. PLAISANT, *Les contrats d'exclusivité*, cit., págs. 3 y sigs.

b) El fenómeno de la exclusiva multilateral aparece cuando varios empresarios asumen la obligación de contratar en exclusiva determinados bienes o servicios con una persona. Por ejemplo, varios fabricantes de una misma mercancía se obligan a distribuirla conjuntamente a través de un único distribuidor; o bien, varios fabricantes se obligan a tener un único representante en exclusiva.

En el supuesto mencionado, la obligación de exclusividad puede derivar en un único negocio jurídico celebrado conjuntamente por los diversos intervinientes, o bien de una serie sucesiva de negocios jurídicos bilaterales. En uno y otro caso se tratará de un negocio jurídico complejo, caracterizado por la unidad de su función económica.

La relación no es entonces, en rigor, una relación bilateral, pues el número de los intervinientes determina la creación de una serie de relaciones jurídicas diversas que liga a cada uno de los concedentes con el concesionario y a los concedentes entre sí.

Existen derechos y deberes recíprocos de los concedentes frente al concesionario, pero también de los concedentes entre sí. No puede hablarse de una única obligación con una pluralidad de deudores, pues el supuesto no puede reducirse ni a los esquemas de la solidaridad ni a los de la mancomunidad. Más que una obligación única con sujeto deudor múltiple, hay en el caso examinado una pluralidad de obligaciones, cada una de las cuales tiene un único deudor.

9. *La unilateralidad y la reciprocidad de la exclusiva.*

El fenómeno de la exclusiva puede diversificarse también atendiendo al hecho de que la situación de exclusiva por virtud del negocio que se crea, quede constituida en beneficio de una sola de las partes o en beneficio de ambas recíprocamente. Pueden así contraponerse unas exclusivas unilaterales y una exclusiva bilateral o recíproca.

a) En la exclusiva unilateral, solamente una de las partes—el concesionario—adquiere el derecho de exclusiva y solamente una de las partes asume el compromiso u obligación de mantener la situación de exclusividad. Es éste el supuesto más frecuente. En el aprovisionamiento o abastecimiento en exclusiva, únicamente el empresario titular de la fuente de aprovisionamiento queda obligado a facilitar las materias primas al empresario favorecido por la exclusiva, mientras que éste, en cambio, queda en libertad para adqui-

rir las que puedan proporcionarle otros proveedores. En la distribución o suministro con exclusiva, el suministrador se compromete a entregar las mercaderías únicamente al distribuidor exclusivista, pero éste queda en libertad para poder comprar las fabricadas por otros empresarios.

b) Cuando el exclusivista es bilateral, los contratantes quedan recíprocamente vinculados por el compromiso de exclusividad. Ambos contratantes adquieren entonces los derechos dimanantes de la exclusiva y ambos contratantes asumen las obligaciones necesarias para mantener dicha situación. Piénsese que en los ejemplos anteriores, además de quedar obligado el abastecedor o el fabricante a facilitar en exclusiva los bienes de que se trate al empresario abastecido o al distribuidor, este último quedará también obligado a no adquirir otros bienes que los que aquéllos le faciliten. En el supuesto de la representación, el compromiso recíproco se da cuando el comitente se obliga a tener un único representante (representante en exclusiva), pero cuando este último se obliga también, a su vez, a no representar o gestionar otros intereses que los del concedente de la representación.

10. *La exclusiva expresa y la exclusiva tácita o presunta.*

Hasta aquí hemos pensado siempre que la exclusiva es una disposición negocial que por obra de la voluntad de los interesados se inserta en un negocio jurídico, del cual constituye una parte, y puede, por ello, ser denominada «cláusula» o «pacto». Es éste, no cabe duda, el supuesto normal. Las partes del negocio declaran expresamente su voluntad de estatuir entre ellas un determinado régimen jurídico y, por consiguiente, un determinado repertorio de derechos y deberes enderezados a conseguir aquellas finalidades prácticas que los mismos se proponen. En todos estos casos, la exclusiva aparece expresamente establecida (exclusiva expresa).

Frente a éstos existen otros casos en los cuales es necesario entender que la exclusiva constituye un elemento natural del contrato y que, por consiguiente, debe considerarse establecida aunque falte al efecto un pacto expreso de las partes (36).

(36) A veces—como FERRI recuerda—, la posición de exclusividad llega a constituir un elemento natural de determinados tipos contractuales. Así, en el 1.743 del Codice Civile, que, si bien admitiendo el pacto en contrario, establece en relación con el contrato de agencia que «el proponente no puede valerse contemporáneamente de más agentes en la misma zona para el mismo ramo de actividad...» FERRI: *Voz «Exclusiva»*. *Nov. Dig.*, pág. 689.

¿En qué casos debe considerarse la exclusiva elemento natural del contrato?

La respuesta a este interrogante es muy difícil de dar. Un examen de los diversos supuestos que más arriba hemos examinado, a primera vista nos lleva ya al convencimiento de que, efectivamente, en algunos de ellos la exclusiva debe entenderse establecida entre las partes aunque nada se haya pactado.

a) El contrato de agencia es, desde este punto de vista, el ejemplo más claro. El nombramiento de un agente presupone lógicamente el carácter exclusivo de éste dentro de una determinada zona o ámbito de actuación. Ello es tan claro, que aquellos cuerpos legales más modernos y progresivos que han dotado al contrato de agencia de una reglamentación completa, han establecido la exclusiva como un elemento integrante del contrato, que funciona incluso a falta de pacto de las partes al respecto. El Código Civil italiano puede ser un claro ejemplo de lo que decimos, aunque siempre sea posible el pacto en contrario.

b) En los supuestos que más arriba denominamos de «concesión», la exclusiva aparece también, dentro de una sana hermenéutica, como un elemento natural del contrato. Cuando el contrato tiene, v. gr., como finalidad la concesión de una licencia de explotación de una patente, resulta claro que el fin perseguido por las partes solamente se logra si la concesión reviste el carácter de concesión en exclusiva respecto de la zona o ámbito de actuación del concesionario, puesto que en otro caso la concesión pierde interés. Lo mismo puede decirse respecto de la concesión de licencia para uso de una marca, de un modelo industrial, etc. En estos casos parece necesario el pacto en contrario para evitar la interpretación que mantenemos. Sin embargo, pueden existir supuestos—incidencia de la realidad económica en el Derecho—que permitan aceptar la tesis contraria, de acuerdo con lo que después expondremos.

c) Más dudosos aparecen, en cambio, los casos que en su momento denominamos de «establecimiento». La celebración de un contrato de arrendamiento para la instalación de un determinado negocio dentro de una zona (v. gr., el supermercado en la urbanización, el restaurante en el mercado, etc.), por sí solo no determina la necesidad del carácter exclusivo. La exclusiva, como elemento natural del contrato, será necesaria en aquellos casos en que aparezca así determinado por el interés de ambas partes y por las demás condiciones del contrato.

Las consideraciones anteriores nos permiten ahora tratar de dar

respuesta al interrogante que con carácter general establecimos líneas arriba, que era, como se recordará, *dilucidar en qué casos debe considerarse la exclusiva como un elemento natural del contrato, que funcione incluso a falta de pacto expreso de las partes*. Una primera respuesta, ligada con toda la corriente voluntarista que trata de fijar la sustancia de los fenómenos jurídicos en la voluntad de los sujetos, podría ser aseverar que la exclusiva es elemento natural del contrato, en todos aquellos casos en que, aun cuando no habiendo sido declarada expresamente por las partes su voluntad, *esta voluntad ha existido y puede inducirse, por vía de interpretación, bien de hechos concluyentes o bien de cualesquiera otras circunstancias que lo demuestren*. Este sería, en rigor, el auténtico caso de una «exclusiva tácita». La dirección voluntarista, sin embargo, a nuestro juicio, no es suficiente, y debe ser sustituida, en nuestro caso, por una respuesta que tenga un fundamento objetivo. Desde un punto de vista objetivo, la exclusiva debe considerarse elemento natural del contrato *en todos aquellos casos en que sea exigible, de acuerdo con los criterios derivados de la buena fe y del uso de los negocios*. En nuestro Derecho positivo, tanto la buena fe como el uso de los negocios constituyen, indudablemente, criterios de integración de las declaraciones contractuales y son al mismo tiempo fuente de creación de especiales deberes contractuales. La aplicación del artículo 1.258 del Código Civil a nuestro caso, es, a nuestro juicio, indiscutible. Los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas aquellas consecuencias que, según su naturaleza, vengan impuestas por la buena fe o por el uso. Dos son los condicionamientos de la integración del contrato permitida por el artículo 1.258: uno, la de que esta integración sea conforme con la *naturaleza* del contrato; otro, la que lo exijan el uso de los negocios o la buena fe.

Una aplicación de estas ideas al tema que a nosotros ahora nos ocupa nos permite distinguir los siguientes tipos de exclusivas:

1.º Las exclusivas de origen netamente contractual, que tienen su fundamento en una expresa declaración de voluntad de las partes de dotar al contrato que celebran del carácter de exclusiva.

2.º Las exclusivas de origen legal, que se producirán en todos aquellos casos en que la Ley atribuya el carácter de exclusivo al contrato que las partes celebran, como acontecerá en aquellos ordenamientos jurídicos en que exista una disposición legal al efecto (v. gr., en el contrato de agencia en las legislaciones que así lo establecen).

3.º Las exclusivas que, sin venir expresamente concertadas por las partes, tienen carácter usual, por obra de la conducta negocial reiterada, dentro de un determinado círculo de negocios (uso de los negocios). El uso actúa como un elemento de interpretación de la voluntad de las partes (art. 1.287 C. C.) y como un elemento de integración objetiva del contrato (art. 1.258 C. C.). En estos casos, el silencio de las partes debe considerarse integrado por el uso. Es admisible, sin embargo, una declaración expresa de voluntad excluyendo la aplicación del referido uso.

4.º Las exclusivas impuestas por la buena fe. La buena fe debe considerarse aquí en su concepción objetiva, esto es, como un *standard* de conducta social, que impone la honradez y la lealtad de los tratos y que obliga a las partes que han celebrado un contrato a cumplir todos aquellos deberes necesarios para que dicho *standard* o módulo quede satisfecho.

V

La naturaleza jurídica del pacto de exclusiva

1. *El contenido esencial del pacto de exclusiva: la obligación negativa y la obligación de no contratar.*

Para algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia, la cláusula de exclusiva que se agrega a los diversos tipos de contratos supone una obligación de no hacer respecto del tipo de la prestación objeto del contrato, y consiste, bien en la obligación de no realizar en favor de otros una prestación semejante, bien en la obligación de no recibir de otros similar prestación, o bien en ambas obligaciones conjuntas (37). Esta es la idea que entre nosotros ha mantenido la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1955, que es, probablemente, hasta la fecha, aquella que con más rigor y detenimiento ha estudiado el problema. Según ella, el pacto de exclusiva es aquel pacto por virtud del cual se contrae la obligación de no recibir de terceras personas una determinada prestación o bien de no realizar una prestación en favor de terceras personas, o bien ambas obligaciones recíprocamente. *Se carga de esta manera, según se ha dicho, el acento sobre la idea de «prestación», no recibir una prestación, no efectuar una prestación.*

(37) Cfr. GARRIGUES, *op. y loc. cit.*, págs. 308 y sigs.

La misma idea sigue, por ejemplo, el Código Civil italiano, el cual, en los artículos 1.567 y 1.568, referidos al suministro con cláusula de exclusiva, preceptúa que si en el contrato se establece una cláusula de exclusiva en favor de quien realiza el suministro, la otra parte no puede recibir de terceras personas prestaciones de idéntica naturaleza, ni tampoco, salvo pacto en contrario, proceder por sus propios medios a la producción de la mercadería o bienes que constituyan el objeto del contrato, y si la cláusula de exclusiva se plantea en favor de la persona que tiene derecho a recibir el suministro, la otra parte no puede, dentro de la zona para la cual la exclusiva se concede y durante la vigencia del contrato, realizar directa o indirectamente, a terceras personas, prestaciones de la misma naturaleza de las que constituyen el objeto del contrato. De esta manera, la sustancia de la exclusiva se sitúa en el momento de la realización de la prestación contractual: *no realizar o no recibir determinadas prestaciones* (38).

Ahora bien, como quiera que toda prestación es, en definitiva, el objeto de un contrato, y resulta que el pacto de exclusiva lo que propende en realidad es impedir la celebración de determinados contratos, puede concluirse diciendo que el pacto de exclusiva encierra siempre una obligación de no contratar. Es cierto que entre la obligación de no contratar y la obligación de no realizar o de no recibir determinadas prestaciones contractuales puede encontrarse alguna diferencia. Efectivamente, la misma que existe entre celebrar un contrato y cumplirlo o ejecutarlo. Sin embargo, no parece que esta diferencia tenga carácter esencial. En definitiva, la exclusiva solamente se viola o se infringe cuando se cumple el nuevo contrato celebrado en contra de ella, pero en rigor puede ya decirse que ha sido infringido con la celebración del nuevo contrato, aun cuando éste no haya sido todavía ejecutado. Puede, por tanto, en esta materia emplearse como expresiones sinónimas las de obligación de no contratar y obligación de no realizar o no recibir determinadas prestaciones.

La objeción más seria que puede hacerse a semejante manera de concebir las cláusulas de exclusiva no es su falta de exactitud, cuanto su insuficiencia. Es claro que en toda cláusula de exclusiva sub-

(38) La configuración del contenido esencial de la exclusiva como una obligación negativa es clásica en esta materia. La monografía mejor sobre el tema es la de COVIELLO, *L'obbligazione negativa*, Nápoles, 1931. Como «obligación de no contratar» y «promesa de monopolio» la define T. PUENTE en *Rev. Der. Mer.*, 1967, págs. 87 y sigs., y página 110 y sigs.

yace una obligación negativa y que esta obligación pertenece al tipo de las obligaciones de no contratar. Una relación semejante del fenómeno jurídico estudiado es, sin embargo, sobremanera esquemática y tan parca que no permite aprehender la amplitud que el caso tiene. En la introducción a estas páginas pusimos de relieve cómo en la exclusiva existía algo más que una pura obligación negativa. Dijimos entonces que, con carácter general, las cláusulas de exclusiva se insertan en contratos celebrados por empresarios mercantiles como instrumento para integrar en el seno de la empresa bienes o servicios de naturaleza muy diversa, pero siempre económicamente valiosos para la misma.

En la mayor parte de los casos, como ha puesto de relieve FERRI (39), se trata de una relación de colaboración económica entre empresarios, que tiende a dar lugar a una integración económica de tipo vertical. Más ampliamente, puede decirse que las cláusulas de exclusiva constituyen *un instrumento enderezado a integrar en el seno de una empresa mercantil servicios de carácter profesional, convirtiendo a una de las partes en auxiliar del empresario o bien estableciendo una colaboración recíproca entre los mismos*. Desde este punto de vista es claro que en las sucesivas ventas o suministros con exclusiva, en rigor no estamos ante una auténtica venta o un auténtico suministro, cuanto ante una conversión del comprador en distribuidor de la mercancía fabricada por el empresario concedente de la exclusiva. De la misma manera, cuando un trabajador, un profesional o un artista comprometen su trabajo en exclusiva para un empresario, lo que está haciendo en realidad es integrar su trabajo dentro de la empresa.

La tesis según la cual los pactos o cláusulas de exclusiva *tienen como finalidad el ser instrumentos para integrar en el seno de una empresa bienes o servicios de naturaleza económica y dan lugar, dentro de la misma, a una colaboración, bien entre empresarios o bien entre un empresario y una serie de personas que se sitúan en una función auxiliar, no es tampoco suficiente*. Sirve, acaso, para explicar las ventas o suministros en exclusiva donde el suministrado se convierte en objeto distribuidor del fabricante y las formas de realización de trabajo, servicios o gestiones con carácter exclusivo. Hay, sin embargo, otros supuestos a los cuales aquella caracterización no les conviene. Con anterioridad, y siguiendo en ello la pauta marcada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supre-

(39) FERRI: *Esclusiva (Patto di)*, cit., págs. 689 y sigs.

mo, situamos entre las exclusivas aquellas hipótesis en que se produce el disfrute exclusivo de un bien con un destino exclusivo también: un local para restaurante en exclusiva dentro del mercado; una licencia de explotación de una patente de invención, también en exclusiva, etc. En estos casos y en otros similares que cabría encontrar, no puede decirse que se produzca una integración del arrendador del local o del titular de la patente, concedente de la licencia en exclusiva, dentro del seno de la empresa de que es titular el arrendatario o el concesionario de la exclusiva.

De lo que se trata en las exclusivas, a nuestro juicio, es de algo que creemos haber señalado ya: *atribuir carácter de monopolio a la conducta de prestación del deudor dentro de un sistema concurrencial*. El hecho es el siguiente: toda prestación, por su naturaleza, en cuanto conducta humana, constituye algo que es perfectamente diversificable por una parte y multiplicable por otra. El deudor puede realizar múltiples y diversas conductas de prestación en favor de acreedores también diversos. Normalmente, cuando el acreedor persigue únicamente el disfrute de la prestación en sí misma considerada, al acreedor, que recibe la prestación convenida, le resulta por completo indiferente que el deudor realice idénticas prestaciones en favor de otras personas. La exclusiva nace precisamente para canalizar toda conducta de prestación que un deudor que posea unas determinadas características o rasgos en favor de su único acreedor: se trata entonces de que el *derecho del acreedor sobre esa conducta de prestación tenga un carácter de derecho monopolístico*. Un contrato con cláusula de exclusiva es, pues, un negocio jurídico del que las partes pretenden que nazca un derecho de crédito monopolístico sobre la conducta del deudor. Por esta razón, a nuestro juicio, es exacta la tesis tradicional, en cuanto sitúa la esencia del fenómeno de la exclusiva en una obligación de no realizar una determinada prestación en favor de terceras personas, siempre y cuando que esta caracterización puramente negativa—no realizar, no recibir—se le yuxtaponga la caracterización positiva: realizar o recibir exclusivamente de una determinada persona.

2. *La accesoriadad del pacto de exclusiva: contrato accesorio, contrato mixto y contrato complejo. La desnaturalización del contrato principal y su transformación en un contrato distinto por obra de la exclusiva.*

Al examinar anteriormente los pactos de exclusiva se ha discu-

tido por los autores si se trata de un pacto, cláusula o disposición negocial (40) de carácter accesorio respecto del contrato en el cual se inserta (41), o si, por el contrario, el pacto constituye por sí un negocio jurídico autónomo e independiente (42). En la doctrina, la tesis de la autonomía del pacto de exclusiva ha sido mantenida por algunos autores, como CORRADO (43) y GORLA (44). La opinión dominante, sin embargo, propende a considerar el *pacto como una disposición negocial accesorio respecto del contrato en que se inserta*.

El problema tiene, probablemente, *un carácter más teórico que práctico*, pues es evidente que aun en el caso de que se llegara a la conclusión de que el pacto constituye *per se* un negocio jurídico autónomo e independiente, no cabe duda alguna en el sentido de que habría por lo menos que admitir el necesario ligamen entre dicho negocio jurídico autónomo e independiente con otro negocio jurídico (suministro, agencia, mandato, etc.), con lo cual se pone en conexión, pues es obvio que carece por completo de sentido un pacto de exclusiva aislado en el mundo del tráfico jurídico, sin que exista,

(40) GUGLIEMMETTI, *op. cit.*, pág. 286, constata que la cláusula de exclusiva no es idónea para constituir por sí sola un entero contrato; por el contrario, se inserta dentro de otros negocios jurídicos, sobre cuya causa influye, reforzando la finalidad del contrato principal y haciendo más ágil la consecución de la misma, sin prescindir del contrato principal de que debe su existencia.

(41) Como un «elemento accidental del contrato» la califica GIANNATASIO, *op. cit.*, página 253.

(42) El problema de la autonomía o falta de autonomía de la cláusula de exclusiva lo plantea muy agudamente GIANNATASIO (*op. cit.*, pág. 253). Se ha sostenido por algunos autores—dice—, v. gr., GORLA, *La compravendita e la permuta*, página 340, y GRECO, «Vendita con esclusiva», *DPC*, 1923, página 137, que la concesión de exclusiva tiene autonomía siempre que venga estipulada sucesivamente al contrato, del cual constituye un acuerdo subsidiario desde el punto de vista económico, pero no jurídico. Puede también conservar su autonomía aunque se estipule al mismo tiempo que el otro contrato, siempre que atribuya una ventaja particular que pueda encontrar su justificación en una autónoma contraprestación. En cambio, según esta tesis, la concesión de la exclusiva forma un cuerpo único con el contrato, cuando las ventajas que atribuye se coordinan con las ventajas que derivan del contrato al que se une y son valoradas unitariamente.

Al autor citado le parece, sin embargo, preferible la opinión que niega en todo caso a la cláusula de exclusiva la posibilidad de constituir un contrato autónomo, y esto no tanto por la unidad de la causa material, que por sí sola no excluirá un autónomo negocio accesorio, cuanto porque todas las obligaciones asumidas están íntimamente ligadas entre sí, es decir, son independientes o recíprocamente condicionadas: el complejo de las obligaciones que pesa sobre una de las partes tiene su correspondiente en el complejo de obligaciones que pesa sobre la otra, la contemporaneidad de la estipulación es por ello indiferente, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista económico. GIANNATASIO: *La somministrazione*, cit., pág. 253.

(43) CORRADO: «Della somministrazione», en el *Trattato di Diritto Civile*, de VASSALLI, Turín, 1954.

(44) GORLA: *Op. cit.*, págs. 340 y sigs.

por definición, una prestación contractual a que referir la exclusiva. De aquí se deduce que las alternativas a que conduce el problema planteado son, o bien admitir su carácter de *pacto accesorio de un contrato principal* (45 y 46) en el que queda insertado, o bien *considerar que exista un complejo negocial formado por dos negocios jurídicos coligados entre sí estructural y funcionalmente*. Las consecuencias prácticas parece que son en uno y otro caso las mismas. La tesis de la autonomía e independencia del negocio de exclusiva podría tener valor si permitiera afirmar que no obstante la falta de invalidez o la ineficacia del negocio de exclusiva, el negocio al cual aparece ligado pudiera continuar surtiendo todos sus efectos, *pero admitida la figura de la nulidad parcial del negocio jurídico, la conclusión sería la misma en el caso de que el supuesto se configurara como pacto accesorio de un contrato principal*. Para decidir el problema de la autonomía o de la accesoriedad del pacto, la única nota que puede poseer valor es la de la *unidad del propósito o intento empírico de las partes* (47). Si todo el conjunto de disposiciones y de reglas de autonomía privada responden a una unidad de propósito y de intento empírico, es claro que nos encontramos en presencia de un único negocio jurídico. Pues bien, en este sentido no cabe ninguna duda, a nuestro juicio (48). En los supuestos que hasta ahora hemos diseñado y tenido presentes, *la unidad del intento empírico es evidente*. Hay, por ello, una unidad de negocio jurídico, dentro de la cual se inserta un contrato principal (compraventa, suministro, comisión, agencia, etc.) y una disposición accesorio del mismo, la

(45) De hecho, los contratos en que se inserta la cláusula de exclusiva son contratos no preparatorios, sino definitivos, es decir, contratos que no vienen a abrir una etapa previa del inter contractual, sino que sientan una relación jurídica definitiva. Sobre este punto, véase DE CASTRO, «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, 1950.

(46) La distinción de la compraventa con exclusiva de los denominados contrato preliminar, contrato normativo o contrato tipo, creo que está clara. Puede verse: FRANCESCHELLI, «Natura giuridica», *Riv. Dir. Comm.*, 1939, I, pág. 242. (Dicho autor sostuvo ya desde entonces la «unicidad» del contrato.)

(47) La posición de exclusividad—dice FERRI—constituye un elemento esencial en la economía del contrato, un elemento en función del cual se asumen las obligaciones contractuales y las cargas y riesgos inherentes al desenvolvimiento de la actividad económica. FERRI: «Voz exclusiva», *Nov. Dig.*, pág. 692.

(48) «El pacto de exclusiva no tiene, contrariamente a lo que se ha sostenido (GORLA y CORRADO), una autonomía propia; es siempre—al menos cuando no sea utilizado para la realización de fines extraños a su función económica—un pacto accesorio de otro contrato de colaboración económica, del cual constituye una modalidad.» La importancia de la cita en el creador de la doctrina de la cooperación económica es que admite, de pasada, que pueda ser utilizado para otros fines. FERRI: «Voz exclusiva», *Nov. Dig.*, página 689.

regla de exclusiva, a la cual puede llamarse en este sentido riguroso, cláusula o pacto (49).

El nexo que existe entre el negocio así llamado principal y el pacto de exclusiva no es, sin embargo, siempre una relación de subordinación, pues para que entre las diversas partes de un negocio jurídico pueda hablarse de un nexo de subordinación sería necesario que el principal pudiera valer sin lo accesorio, y es claro que la exclusiva puede operar en el propósito de las partes como causa o motivo fundamental del contrato, de tal manera que éste sin aquélla pierda todo su interés.

Cuando hablamos, por tanto, de pacto de carácter accesorio, la accesoriedad no debe entenderse como subordinación, sino en el sentido de que es siempre una disposición negocial que precisa de otro contrato principal al que servir.

3. *La cláusula de exclusiva y las llamadas determinaciones accesorias de la voluntad en el negocio jurídico.*

Después de todo cuanto llevamos dicho cabría preguntarse si el mejor modo de ordenar sistemáticamente las cláusulas de exclusiva no es situarlas entre las llamadas «determinaciones accesorias de la voluntad» en los negocios jurídicos, supuesto que se trata de una disposición negocial, aplicada a la mayor parte de los contratos, que no forma parte del contenido esencial de éstos, sino que es añadida por voluntad de las partes (50).

El concepto de las «determinaciones accesorias de la voluntad» —llamadas también por los autores a veces «elementos accidentales del negocio jurídico» y en otras ocasiones «autolimitaciones de la voluntad»—es, sin embargo, un concepto bastante falto de claridad. La doctrina es casi unánime en situar bajo aquella rúbrica las figuras de la condición, el término y el modo, pero generalmente no

(49) Por efecto del contrato fundamental, todas las prestaciones singulares que intervienen durante la vida de la relación y que, como se ha dicho, no «consumen» el contrato fundamental, aparecen económica y jurídicamente como elementos de un organismo más complejo. FRANCESCHELLI: «Natura giur. della compravendita con esclusiva». *Riv. Dir. Comm.*, 1939, I, pág. 237.

(50) CARIOTA FERRARA (*El negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1956, pág. 546) pone de relieve cómo «la categoría de las determinaciones accesorias es muy diversa y varia: se deben comprender en ella todas las disposiciones que sin alterar la esencia del negocio modifican su contenido normal, bien aumentándolo, bien limitándolo. Quedan, por tanto, fuera ante todo—dice—las determinaciones de los elementos esenciales (por ejemplo, fijación del precio en la compraventa) y además los pactos que puedan afectar a la vigencia o a la naturaleza del negocio, invalidándolo o alterando su fisonomía.

suele preocuparse por señalar cuáles son los rasgos que dotan de unidad a estos supuestos ni, por consiguiente, cuál es la sustancia que se esconde bajo aquella etiqueta general.

PACCHIONI, que utiliza la terminología tradicional y habla de «elementos accidentales del negocio», dice que son «aquellos que pueden ser añadidos por las partes a cada contrato singular por ellos celebrado para conseguir que responda mejor a las exigencias y circunstancias del caso concreto» (51).

BARBERO, sin embargo (52), señala que esta categoría, comúnmente conocida con el nombre de elementos accidentales del negocio jurídico, y a la cual, a su juicio, pertenecen la condición, el término y el modo, contrariamente a lo que indica la denominación adoptada, en su opinión inexacta, no está formada por elementos constitutivos, aunque sean accidentales, del negocio, sino por requisitos de su eficacia. Habla por ello de una «subordinación» y de un «evento subordinante» para designar cómo los efectos del negocio dependen alternativamente de una circunstancia dada, a la que las partes confieren la función de decidir sobre dichos efectos.

CANDIAN habla de «elementos constitutivos accidentales», para distinguirlos de los esenciales. Sin éstos el negocio no puede existir; sin aquéllos, sí. Aparecen en la relación particular a que el negocio da origen como consecuencia de una finalidad especial que se trata de obtener y tienen «importancia esencial para la regulación del interés en juego» (53).

COVIELLO las llama «limitaciones del contenido del negocio jurídico» y enseña que en el negocio jurídico pueden encontrarse algunas determinaciones de la voluntad que no son necesarias a la esencia del mismo, ni son consecuencia de su índole, sino meramente accidentales, marcado el negocio en su tipo abstracto, pero que por voluntad de las partes son elementos esenciales en el negocio concreto. Es indefinido el número de tales determinaciones, dice, pero sólo pueden ser objeto de un estudio general las que tienen la eficacia de limitar el contenido normal de un negocio.

Por su parte—y con él coincidimos—, SANTORO-PASSARELLI *recoge la idea de que la caracterización de estas figuras como elementos accidentales es válida con referencia al negocio típico, pero que con referencia al negocio concreto son elementos constitutivos y esencia-*

(51) *Elementi di Diritto Civile*. Padova, 1937.

(52) BARBERO: *Sistema istituzionale di Diritto Civile italiano*. Turín, 1962, tomo I, página 438.

(53) CANDIAN: *Nozioni fondamentali di Diritto Civile*. Turín, 1948.

les. Se consiente a la autonomía privada regular del modo más variado, en el caso concreto, el *modo de los efectos* del negocio: junto a una voluntad dirigida simplemente a los efectos típicos del negocio, que entonces se llama puro, se admite una voluntad a la que son inherentes *modalidades*. La voluntad, en este caso—dice el autor citado—, no se limita, ni limita sus efectos. Por el contrario, se produce un *más vasto* ejercicio de la autonomía privada y una más compleja serie de efectos (54).

Este somero recorrido a través de los autores que han intentado caracterizar de un modo general las llamadas determinaciones accesorias de la voluntad o también elementos accidentales del negocio jurídico, nos lleva, a nuestro juicio, a la conclusión de que semejante categoría carece de homogeneidad. La categoría aparece por el tratamiento conjunto del caso en que se produzca la yuxtaposición de un negocio jurídico con una condición que repercuta en su eficacia (negocio condicional), y la del establecimiento de un plazo como momento de comienzo de vigencia o de término de vigencia de los efectos de un negocio jurídico. A estos dos supuestos fundamentales (condición y término) se añaden algunos otros de singular especialidad. Así, el modo, figura mal caracterizada conceptualmente, que entraña una conducta o un comportamiento especial a cargo del beneficiario de una atribución gratuita. A esta tríada compuesta por la condición, el término y el modo, algunos autores añaden todavía la figura de la presuposición o la llamada base del negocio. En rigor, como decíamos, estos supuestos hacen difícil justificar su tratamiento unitario dentro de la teoría general del negocio jurídico. En primer lugar hay que observar que, en el modo, de lo que se trata es de dotar a un negocio jurídico de atribución gratuita de un contenido especial, imponiendo al beneficiario el concreto deber de realizar en favor de otras personas un determinado comportamiento, por lo cual el modo pertenece en rigor no tanto a una teoría general del negocio jurídico cuanto a la disciplina del negocio gratuito, y en todo caso se encuentra dentro de la órbita del contenido de derechos y deberes impuestos por el negocio jurídico a las partes. En cuanto al *problema de las condiciones y del término a plazo*, pertenecen a un orden de finalidades completamente distintos. Se trata con ellos de configurar de una manera especial la eficacia del negocio. Esta especial configuración se consigue en la condición mediante la configuración de un supuesto de hecho hipotético, con la

(54) SANTORO-PASSARELLI: *Dottrina generale del Diritto Civile*. Nápoles, 1965.

idea de que sólo para tal supuesto tendrá validez la reglamentación preceptiva de intereses que el negocio jurídico contiene. Si se sigue una dirección normativista o preceptivista del negocio jurídico y éste es considerado como una regla de conducta (*lex privata*), esta regla de conducta es, como las normas jurídicas generales, un imperativo hipotético. Lo único que ocurre es que por regla general el supuesto de hecho en el que la norma negocial debe funcionar es un supuesto de hecho implícito en el pensamiento de las partes. La condición como fenómeno específico aparece cuando las partes concretan este hipotético supuesto de hecho en el cual su negocio debe tener vigencia o perderlo.

El término o plazo pertenece a su vez a un terreno diverso del anterior y no tiene de común con la condición otra cosa que el suponer una manera especial de configuración de la eficacia del negocio jurídico. Se trata, en definitiva, de señalar un momento temporal en el cual el negocio debe comenzar a tener vigencia o a perderla.

De todo lo dicho se desprende que, según poníamos de relieve con anterioridad, la categoría carece de la necesaria homogeneidad (55). Habría incluso que propugnar su desaparición como una rúbrica especial de las teorías del negocio jurídico, con el fin de dotar a cada uno de los problemas prácticos de un tratamiento independiente.

Todavía cabría observar que las expresiones «determinaciones accesorias de la voluntad» o elementos accidentales del negocio jurídico no responden a la realidad, puesto que según se ha puesto ya de relieve, tales determinaciones o elementos son sólo accesorios o accidentales pensando en el negocio como tipo normativo, pero cada negocio concreto o real representan elementos tan esenciales como cualquiera otro.

De todo ello se desprende, a nuestro juicio, que no cabe encasillar las exclusivas en una rúbrica o figura que carece de la necesaria consistencia teórica.

La cuestión no es excesivamente importante en lo fundamental. La tratamos por estimar que estamos obligados a lograr un «asiento» sistemático al pacto de exclusiva. Repetimos que la finalidad es casi puramente pedagógica o de orden didáctico.

(55) MOREDA: «Il patto di esclusiva nella dottrina e nella giurisprudenza», en *Riv. Dir. Industriale*, 1962.

4. *La función económica del pacto: limitación de la competencia e integración económica.*

En la doctrina se ha discutido cuál sea la finalidad o función económico-social que a través del pacto de concesión de la exclusiva se trata de realizar. Para responder a esta pregunta se ha dado, sobre todo en la doctrina italiana, según pone de relieve GUGLIELMETTI (56), *dos posiciones claramente distintas. Con arreglo a una de ellas, a través del pacto de exclusiva se tiende a conseguir una finalidad práctica de cooperación y representación económica entre dos empresarios que pertenecen a escalones distintos del ciclo económico*, de tal manera que, por decir así, uno de ellos se integra en el marco de la actividad empresarial del otro, respecto del cual asume una función auxiliar (57).

Con arreglo a la segunda dirección, se piensa que, aun admitiendo que en muchos casos, a través de la figura que nos ocupa, se trata de realizar esa función de cooperación o de representación económica, ésta no es esencial al pacto de exclusiva ni tiene por qué darse en él. La función económica esencial del pacto de exclusiva es—se dice—una función de limitación de la concurrencia (58). El contenido esencial de la cláusula de exclusiva lo constituye una obligación negativa: la obligación de no comprar o de no vender a otros una determinada mercancía; la obligación de no realizar en favor de otros un determinado trabajo, un determinado comportamiento o

(56) GUGLIELMETTI: *I limiti negoziali della concorrenza*. Padova, 1961.

(57) «El fenómeno de la exclusiva—dice FERRI en *Nov. Dig. It.*, cit.—es un aspecto particular del fenómeno más amplio de la integración económica. Constituye precisamente una modalidad de las relaciones de colaboración que se instauran entre empresarios en el campo de la llamada integración vertical (*Verbindungen des nädisten Stufen*). Es característica del fenómeno de la exclusiva el hacer más estrecha la colaboración entre empresarios de grado diverso a través de una limitación de la libertad de iniciativa económica dirigida a asegurar en el campo en que la colaboración se actúa, una posición de exclusividad a favor de aquel que se vale de la colaboración de otro empresario independiente en el ejercicio de su actividad económica o a favor, en cambio, del empresario que realiza esta función auxiliar o a favor de ambos». FERRI ha sostenido esta tesis desde sus primeros trabajos en 1933.

(58) GUGLIELMETTI, *ob. cit.*, pág. 286, plantea el problema de la determinación de la función económico-social de la concesión de exclusiva en general como un dilema en el cual los puntos en contradicción serían: a), el considerar que a través del pacto que nos ocupa se busca, sobre todo, una limitación de la concurrencia; b), el considerar que la finalidad perseguida por las partes es el establecimiento de una situación de representación económica. En el primer sentido, ASCARELLI, *Teoría*, cit., pág. 90; RUBINO, *op. cit.*, pág. 274, y CORRADO, *op. cit.*, pág. 166. En el segundo sentido, sobre todo FERRI, en *Dir. Prat. Comm.* cit., págs. 279 y sigs., y en *Nov. Dig. It.* También, MOREDA, *op. y loc. cit.*

una cierta prestación. Visto que se estipula una obligación negativa de esta especie para que el pacto pueda ser considerado como una cláusula de exclusiva, se comprende entonces fácilmente que en su más pura esencia la cláusula de exclusiva tienda, como su propio nombre indica, a excluir a otros. Para que además de esta función de exclusión de los otros y, por consiguiente, de exclusividad del titular, se realice una función de cooperación o colaboración económica entre empresarios, *será necesario que en el contrato se inserten, además de la pura obligación negativa (cláusula de exclusiva), otras estipulaciones o pactos que generen deberes u obligaciones de tipo positivo*, como son, por ejemplo, las de comprar una determinada cantidad de mercancía, ejercer la actividad necesaria para la difusión y venta del producto entre los consumidores, atender a la publicidad del mismo, facilitar informes, etc. (59). Pero estas obligaciones o deberes positivos, esenciales para que se cumpla la finalidad de cooperación y representación económica, no pertenecen ya al mundo estricto de la cláusula de exclusiva, la cual se constriñe, como hemos dicho, a la pura obligación negativa. Se deduce de ello, de esta manera, que la función esencial de la cláusula radica en la idea de la limitación de la concurrencia.

Ahora bien, la limitación de la concurrencia, que se produce a través de una cláusula o de un pacto de exclusiva, presenta unas características muy singulares que conviene desde ahora tener en cuenta y sobre las cuales es posible llamar la atención, aunque de una manera muy general. *Los pactos o cláusulas de exclusiva pueden situarse entre lo que se ha llamado los «límites negociales de la competencia»; es claro que deben distinguirse dos grandes zonas, según que el negocio limitativo de la competencia se establezca entre los mismos competidores o se realice con miras a surtir sus efec-*

(59) Para que exista pacto de exclusiva, dice FERRI, al plantearse la necesidad de diferenciarlos de los pactos de competencia (*patti di concorrenza*) es necesario que de la limitación de la actividad económica por parte de un contratante o de ambos, derive hacia el otro contratante o hacia ambos una posición de exclusiva en orden a las prestaciones que constituyen el objeto del contrato.

Y continúa: «Si a la obligación de no hacer no está ligada una obligación de dar o de hacer, falta la posibilidad de crear una posición de exclusiva.»

«... El pacto de exclusiva se caracteriza y diferencia porque la limitación de competencia... está en función de una relación de colaboración... De ahí que no juegue el artículo 2.596 del Codice Civile.» He aquí los términos de FERRI sobre el tema: «Frente al pacto de exclusiva, dado que ontológica y funcionalmente está ligado a una relación de colaboración, de la que constituye una modalidad, no subsisten aquellas preocupaciones que pueden subsistir frente a los otros pactos de concurrencia y que han determinado la previsión del artículo 2.596 del Codice Civile.» FERRI: «Voz exclusiva». *Nov. Dig.*, págs. 689 y 691.

tos frente a un competidor, pero entre personas que no se encuentran en competencia. El «estar en competencia» supone que los competidores se encuentran realizando funciones idénticas en el mismo campo del sector económico. Son competidores, como es lógico, dos fabricantes de detergentes o dos comerciantes de electrodomésticos. Cuando el pacto se celebra entre competidores, por ejemplo, estableciendo precios iguales o separando zonas para distribuir cada uno en ellas sus productos, nos encontramos en rigor ante un pacto de no competencia. En cambio, en las exclusivas ocurre cabalmente algo muy diverso. El pacto se celebra, como ya hemos dicho, entre personas que normalmente se encuentran en escalones diversos del ciclo económico (60). No es, por tanto, un pacto entre competidores, sino un pacto entre no competidores para excluir al competidor de las pretensiones que eventualmente le pueda producir aquello que concede la exclusiva (61).

VI

Resumen previo y consecuencias previsibles

Los problemas de la validez de la cláusula en relación con el tema de la competencia y los problemas de su eficacia—efectos respecto a terceros—serán objeto de sendos estudios posteriores, pero de todos modos podemos apuntar como conclusiones provisionales de lo estudiado y conclusiones previsibles de los temas a tratar, las siguientes:

I

Se denomina cláusula o pacto de exclusiva a una disposición negocial típica que puede insertarse en contratos de la más diversa

(60) El pacto de exclusiva está destinado a incidir sobre la relación de colaboración y está con ella casualmente ligado, en el sentido de que sirve para realizar con mayor intensidad la función...

Normalmente, en la relación de colaboración, y como contrapartida de la posición de exclusividad, se prevé como obligatorio el logro de determinados mínimos, el desenvolvimiento de una adecuada publicidad, etc. FERRI: *Nov. Dig.* «Voce exclusiva».

(61) Los pactos de exclusiva, aun constituyendo pacto de concurrencia, se sitúan fuera del fenómeno de las «intese» y de los carteles, en cuanto están dirigidos a favorecer la distribución de los productos de una determinada empresa en el mercado...

La organización de la distribución de los productos de una determinada empresa a través del reparto del mercado en zonas de exclusiva pudiera tener trascendencia a efectos de la legislación antitrust, no en sí y por sí, sino en cuanto puede representar el instrumento para la realización de abusos de posición dominante. FERRI: «Voz exclusiva». *Nov. Dig.*, pág. 692.

índole y que tiene por objeto y por finalidad proporcionar a una de las partes contratantes una situación de monopolio en vista de lo cual ésta sea la única facultad para aprovechar todas las posibles prestaciones de idéntica naturaleza y contenido que la otra parte pueda realizar. Gráficamente, sin sentido técnico, puede afirmarse que monopoliza dichas prestaciones.

Ello se consigue imponiendo a una de las partes contratantes la obligación de no realizar o de no recibir prestaciones de la misma naturaleza y contenido en favor de persona distinta de aquella con la que el contrato ha sido celebrado.

II

Los pactos o cláusulas de exclusiva pueden insertarse en los contratos de compraventa y de suministro, en los contratos de cesión de uso, en los contratos de crédito y en los contratos de servicios (agencia, representación, comisión, mandato).

III

Las exclusivas pueden ser simples o unilaterales y dobles o bilaterales. La exclusiva es simple cuando solamente una de las partes contratantes asume el compromiso de no realizar en favor de terceros o de no recibir de terceros prestaciones idénticas a la convenida con el otro contratante. La exclusiva es doble cuando ambas partes quedan vinculadas recíprocamente a no realizar en favor de terceros o a no recibir de terceros prestaciones idénticas a las entre ellos convenidas.

IV

Desde un punto de vista estrictamente económico pueden distinguirse las exclusivas que inciden en la órbita de la producción y distribución de los bienes, de aquellas otras exclusivas que inciden en la órbita de la prestación de servicios económicos. La primera de estas especies puede caracterizarse genéricamente como venta o suministro en exclusiva. La segunda puede englobarse bajo la rúbrica de servicios en exclusiva.

Económicamente, también es de gran importancia la distinción de las exclusivas según que las empresas vinculadas se encuentren en un plano horizontal—productoras de bienes análogos—o en un plano vertical. En este último caso, la exclusiva es, normalmente,

un medio de cooperar en el proceso de distribución o venta de productos.

V

En un sentido amplio, son también exclusivas aquellas convenciones que tienden a proporcionar a una persona una situación de exclusividad en el disfrute de bienes inmateriales (patentes de invención, industrial, marcas, etc.) o en el disfrute de determinada cualidad económica de los bienes, como es su utilización en un determinado destino.

VI

Las cláusulas de exclusiva pueden cumplir finalidades empíricas de signo muy diverso y dirigirse a obtener resultados heterogéneos, como pueden ser la comercialización de productos industriales, el aprovisionamiento de materias primas, la creación de redes o de canales de distribución para productos fabricados o la cooperación o representación económica entre empresarios que ocupan escalones diversos en el ciclo económico.

Con carácter general, sin embargo, la exclusiva incide siempre dentro de un fenómeno concurrencial. Por hipótesis, la cláusula produce o tiende a producir el resultado de impedir que existan otros posibles acreedores de una prestación idéntica del mismo deudor. Por ello se encuentra íntimamente ligada con el régimen jurídico sobre limitación de la competencia mercantil.

VII

Como consecuencia de la conclusión anterior, puede decirse que las cláusulas o pactos de exclusiva se insertan siempre en contratos en que una de las partes es un empresario mercantil. No es, sin embargo, necesario, aunque suele ser frecuente, que ambas partes sean empresarios. En todo caso, el hecho de que una de las partes haya de ser siempre un empresario mercantil sitúa a la figura estudiada plenamente dentro del campo de los contratos mercantiles.

VIII

La validez de los pactos de exclusiva se encuentra en función de la disciplina normativa que regula los pactos limitativos de la libre

conurrencia. Ha dado por ello lugar a graves dificultades, aún no resueltas, en los ordenamientos jurídicos europeo y angloamericano, así como en el Derecho de la Comunidad Económica Europea.

La conclusión que parece más probable, por lo que al último aspecto se refiere, es que los contratos de suministro con exclusiva pueden chocar con la prohibición del artículo 85 del Tratado de Roma, siempre que afecten al comercio entre los Estados miembros y produzcan como efecto una restricción de la competencia dentro del Mercado Común.

IX

La validez de los pactos de exclusiva en el Derecho español se fundamenta en el principio general de libertad de contratación (artículo 1.255 del C. C.). Los contratos de suministro con exclusiva pueden, sin embargo, en ocasiones ser invalidados por aplicación de la Ley de 20 de julio de 1963 sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia. Por regla general, no puede decirse que las exclusivas choquen con dicha Ley, pero es necesario admitir que, en ocasiones concretas, un contrato entre empresarios con cláusula de exclusiva puede estar dirigido a intentar alguna de las finalidades que la mencionada Ley considera prohibidas, especialmente abuso de posición dominante. En tal caso deberá recibir la sanción de nulidad impuesta por dicha Ley.

X

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, el pacto de exclusiva constituye una disposición negocial y es, por consiguiente, una parte del contenido de un negocio jurídico, que no puede ser encasillado dentro de la rúbrica de las «determinaciones accesorias de la voluntad».

El pacto, por sí solo, no constituye un negocio jurídico autónomo e independiente. De la misma manera, no puede decirse que convierta al contrato en que se inserta en un contrato mixto o en un contrato complejo.

XI

El pacto de exclusiva genera siempre, esencialmente, una obligación negativa, que consiste en la obligación de no recibir de terceras personas una determinada prestación.

La obligación negativa puede, al mismo tiempo, concurrir con

otras obligaciones de tipo positivo, deberes sobre prestaciones accesorias o deberes especiales de conducta, pero ello no es necesario.

XII

La cláusula de exclusiva debe tener siempre un límite temporal. Su duración será, en principio, la que las partes hayan señalado, siempre y cuando tal duración no deba considerarse excesiva de acuerdo con las exigencias de la moral y del orden público.

En todos aquellos casos en que las partes no hayan establecido la duración temporal de la cláusula o cuando la duración deba considerarse excesiva, las partes disponen de una facultad de denuncia o de rescisión del vínculo contractual y pueden, por consiguiente, poner fin al mismo.

XIII

Constituye también límite de la eficacia de los pactos o cláusulas de exclusiva la zona o área geográfica a que el contrato haga referencia. En todo caso, el derecho de crédito en exclusiva no puede llegar más allá del punto donde llegue territorialmente el interés del acreedor. Como por hipótesis, el acreedor en exclusiva es un empresario mercantil, el contrato sólo deberá surtir sus efectos dentro del expreso territorio a que se extiende o a que razonablemente puede entenderse que se extiende el ámbito de acción de la empresa del acreedor.

XIV

La cláusula de exclusiva debe responder a un interés objetivamente lícito y tutelable del acreedor. Un ejercicio de los derechos derivados de la cláusula que no se corresponda con un interés lícito, es un acto abusivo que debe ser declarado inadmisibles. Por consiguiente, la medida del interés tutelable del acreedor determina siempre la eficacia de la cláusula y en particular el alcance objetivo de las prestaciones que por virtud de ella le quedan prohibidos al deudor.

XV

Un pacto o cláusula de exclusiva válidamente celebrado produce *inter partes* plenos efectos jurídicos. Por consiguiente, la violación de las exclusivas da siempre derecho al acreedor para exigir

del deudor una indemnización de los daños y perjuicios que con tal motivo se le ocasionen. Igualmente, cuando la exclusiva se inserte en una relación obligatoria de carácter duradero, la infracción de la exclusiva por el deudor constituye una justa causa para poner fin, denunciar o resolver la mencionada relación obligatoria.

XVI

Por regla general, debe entenderse que el derecho de exclusiva, válidamente constituido, debe ser respetado por los terceros ajenos al contrato y que, por consiguiente, el tercero que conscientemente falte a dicho deber de respeto asume una responsabilidad. Debe presumirse conocimiento en el tercero, tratándose de empresas en situación de competencia, cuando la titular de la exclusiva haya realizado publicidad comercial idónea, alegando tal cualidad.

Esta responsabilidad es plena en todos aquellos casos en que se produce una invasión de zona entre diversos concesionarios en exclusiva. En el supuesto típico conocido con el nombre de «importaciones paralelas en zona de exclusiva», debe entenderse que el importador paralelo viola la exclusiva en la medida en que haya obtenido un enriquecimiento ilícito debido únicamente a la previa actividad del concesionario.

RESUMEN

I. *Introducción.*

II. *Orientación metodológica.*

III. *La finalidad de la exclusiva en los diferentes contratos.*

1. La finalidad de la exclusiva en los contratos de intercambio de bienes: compraventa y suministro con exclusiva.
2. La finalidad de la exclusiva en los contratos de cesión de uso.
3. La finalidad de la exclusiva en los contratos de crédito.
4. La finalidad de la exclusiva en los contratos de servicios.
5. La finalidad de la exclusiva en el Estatuto de la Publicidad.

IV. *Concepto y caracteres de la exclusiva.*

1. La exclusiva como negocio jurídico: cláusula, pacto y disposición negocial.
2. La exclusiva como relación y como situación jurídica.
3. La exclusiva como derecho subjetivo: el derecho de exclusiva
4. La exclusiva como un bien jurídico.
5. Los tipos de exclusiva.
 - a) Necesidad de una tipificación.
 - b) La exclusiva y la realidad económica.
 - c) El aprovisionamiento en exclusiva.
 - d) La distribución en exclusiva.
 - e) La representación en exclusiva.
 - f) El establecimiento en exclusiva.
 - g) La concesión en exclusiva.
 - h) El trabajo en exclusiva.
6. Las cláusulas de exclusiva y el objeto del negocio jurídico.
7. Pactos de exclusiva y promesas de exclusividad.
8. Las exclusivas simples y las exclusivas multilaterales.
9. La unilateralidad y reciprocidad de la exclusiva.
10. La exclusiva expresa y la exclusiva tácita.

V. *Naturaleza jurídica del pacto de exclusiva.*

1. El contenido esencial del pacto de exclusiva: la obligación negativa.
2. La accesoriadad del pacto de exclusiva.
3. La exclusiva y las determinaciones accesorias de la voluntad.
4. La función económica del pacto de exclusiva: limitación de la competencia e integración económica.

VI. *Resumen previo y consecuencias previsibles.*

CONTESTACION

DEL ACADEMICO DE NUMERO DE LA ACADEMIA GALLEGA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

EXCMO. SR.

D. MANUEL TABOADA ROCA

CONDE DE BORRAJEIROS

AL DISCURSO DE INGRESO DEL ACADEMICO

EXCMO. SR.

D. PIO CABANILLAS GALLAS

SOBRE

LA FINALIDAD Y NATURALEZA DE LA EXCLUSIVA

Excelentísimos e ilustrísimos señores y señoras :
Señores Académicos.
Queridos compañeros.
Señoras y señores :

Por ser norma protocolaria de esta docta Corporación, me cupo hoy el alto honor de contestar al discurso de ingreso del novel Académico, Excmo. Sr. D. Pío Cabanillas Gallas.

Y si siempre constituye un alto honor para cualquier Académico contestar a un discurso de ingreso, ello se acrecienta, si cabe, cuando el recipiendario es persona de relieve tan excepcional como don Pío Cabanillas, con el que, además, me ligan lazos de entrañable amistad.

Su acusada categoría científica y política, de sobra conocida por todos, nos libera del deber, normal en estos casos, de trazar su completa semblanza. Pero no nos exime, sin embargo, de destacar los más salientes jalones de su vida que han configurado su recia personalidad.

Nace en la ciudad de Pontevedra, de donde se le nombra Hijo Predilecto, y por sus venas corre sangre gallega, pues su padre lo era, como lo fue también su tío, el glorioso Poeta de la Raza, don Ramón Cabanillas.

Es por tanto, para orgullo nuestro, gallego por nacimiento, gallego por ascendencia paterna, y lo es de corazón, como siempre lo ha demostrado.

Ya desde la edad juvenil acredita sus excepcionales dotes de in-

teligencia y laboriosidad, que le habían de abrir paso a los más altos puestos en las letras y en la política.

Obtiene Premio Extraordinario en la Reválida de Bachillerato en la Universidad de Santiago, y en la Facultad de Derecho de Granada cursa sus estudios, consiguiendo Matrícula de Honor en todas las asignaturas, así como también el Premio Extraordinario en la Licenciatura. Se doctora en la Universidad Central y logra asimismo Premio Extraordinario.

En todas cuantas oposiciones actúa, logra destacar con brillantes puntuaciones. En las de Notarías alcanza el número 1, con una puntuación que no fue rebasada en muchos años. En Letrados de la Dirección de los Registros alcanza igualmente el número 1.

Es Hijo Adoptivo de la marinera e histórica villa de Cambados, cuna de preclaras familias que dieron a la Historia y a la Patria ilustres personalidades. Allí nacieron el Poeta de la Raza, su aludido tío, y el mejor escultor gallego contemporáneo, Francisco Asorey.

Allí está ubicado el Pazo de los Bazán de Mendoza, de donde provienen los progenitores de la eximia escritora doña Emilia Pardo Bazán, y de varios Marqueses de Montesacro y Condes de Borrajeiros, antepasados nuestros.

Hoy, precisamente debido a la iniciativa y a las gestiones de nuestro novel Académico, ha sido completamente restaurado dicho Pazo y sirve de Parador Nacional.

Pío Cabanillas posee innumerables condecoraciones científicas y cívicas, y pertenece a múltiples e ilustres Corporaciones, que han sabido así premiar sus extraordinarios méritos.

¿Qué de particular tiene, pues, que al acometer esta tarea de formular unas «Consideraciones sobre la finalidad y naturaleza de la exclusiva», nos proporcione un exhaustivo trabajo sobre la materia?

Y ello nos hace concebir la fundada esperanza de que, en un futuro próximo, nos ha de deleitar nuevamente tratando de otras facetas que las cláusulas de exclusiva pueden presentar, y que ya nos ha anunciado.

Vemos, por tanto, cómo a pesar de ostentar un glorioso apellido que podía desdibujar su personalidad, nuestro Académico supo remontarlo y colocarse en el brillante puesto intelectual y político a que sus propios méritos le hicieron acreedor.

SU TRABAJO

Realmente, en su trabajo—cuya lectura acabáis de escuchar—, Pío Cabanillas realiza el profundo estudio que en España faltaba sobre las «Cláusulas o pactos de exclusiva».

En él comienza por fijar, como era necesario, que la cláusula o pacto de exclusiva no constituye, por sí sola, un verdadero contrato, sino que ella puede insertarse en contratos de la más variada especie, y que sin éstos no puede tener vida independiente.

Así en el de compraventa como en el de suministro; en los llamados contratos de servicios, de trabajo y de gestión, o en los de cesión del uso de determinados bienes, como son los arrendamientos.

El denominado «pacto o cláusula de exclusiva» constituye un fenómeno jurídico y económico de gran amplitud, que plantea innumerables problemas. Y a pesar de ello, en España, a diferencia de lo que ocurre en el extranjero—como muy bien dice Cabanillas—, está «todavía casi huérfano de todo tratamiento doctrinal».

¿Cómo advino ese pacto a la realidad social?

El progreso del maquinismo trajo al campo de la agricultura, de la industria y del comercio y de los servicios, e incluso a los hogares, multitud de aparatos y útiles que sustituyen la actividad del hombre, pero que, como es natural, son poco conocidos del público que los ha de disfrutar, y que resultan costosos en su adquisición o en su arrendamiento.

Pues bien, para llevar a conocimiento de los futuros usuarios la existencia y beneficios de esos aparatos, o para lograr su compra, una multitud de personas hacen de aquella propaganda y distribución su manera de vivir, y quieren garantizarse, frente a las empresas productoras o creadoras, de que éstas no van a aprovecharse de su propaganda y difusión sin darles participación en los beneficios que de ellas se obtengan; y tienen que garantizarse igualmente de que no han de prescindir de ellos cuando aquellas propaganda y difusión hayan comenzado a dar sus frutos.

A su vez, a esas empresas productoras también les conviene tener asegurada en el mercado la absorción constante de los productos o aparatos que vayan elaborando o construyendo, para evitar la peligrosa formación de grandes *stocks*, que tanto perjudicarían su economía.

Para ello acuden a ingeniosas fórmulas que, con los consiguientes pactos o cláusulas de exclusiva, garantizan mutuamente, a las unas, la continuidad de la producción para sus fábricas, mediante

la absorción de sus productos en los mercados; y a los otros, la conveniencia de seguir laborando en la propaganda y difusión de aquellos productos, ya que han de ser quienes, precisamente, recogerán los frutos de su venta o distribución.

Pues bien, todas esas diversas fórmulas ideadas por el ingenio humano para conseguir aquellos variados fines son minuciosamente examinadas por Cabanillas, que estudia esas distintas cláusulas en cada contrato particular en que se suelen insertar.

Muy acertadamente nos hace observar que esas cláusulas de exclusiva se insertan lo mismo en los contratos de compraventa que en los de suministro, refutando, con claridad meridiana, la teoría de los que entienden que sólo en estos últimos contratos cabe aquella cláusula y que no se da en los de compraventa simple.

En unos y otros contratos cabe la exclusiva, y lo mismo en favor del vendedor que en la del comprador, e incluso en los de compra cabe también en favor del suministrado.

Destaca nuestro novel Académico que en los contratos de cesión del uso—arrendamiento de locales o de porciones de ellos, de películas, de maquinaria industrial, de utilización de patentes de publicidad, etc.—se plantean numerosos problemas, que ya le oísteis examinar, puntualizando la naturaleza y alcance de cada una de las obligaciones que respectivamente asumen quienes pactan esas fórmulas.

Y puesto en plan de precisiones terminológicas, nos señala la gran diferencia que existe entre la cláusula en interés de un tercero y el contrato en favor del tercero, que algunos han confundido.

Observa cómo también en los contratos de crédito se suelen insertar unas cláusulas que por su forma parecen de exclusiva, pero que, en realidad, hacen tránsito más bien a cláusulas de garantía.

Y nos pone de manifiesto cómo en los contratos de servicios—agencia, representación, comisión y mandato—estas cláusulas de exclusiva que suelen insertarse cumplen perfectamente su finalidad.

Señala que la única regulación legal que contiene nuestro ordenamiento jurídico en esta materia es la relativa a las exclusivas de publicidad, que norma el Estatuto en el artículo 15, en cuya defensa en las Cortes desempeñó tan gran papel nuestro Académico. Y nos aclara multitud de conceptos ambiguos, sin cuya explicación sería difícil comprender el alcance de aquel precepto.

Al configurar el concepto y caracteres de la exclusiva, sabiamente nos recalca que «la exclusiva es siempre un pacto o una cláusula» y no un negocio *per se*, pues hace referencia siempre a otro

negocio, se yuxtapone a él, pudiendo calificarse todo lo más como «disposición negocial».

Para Cabanillas, el contenido de «la exclusiva» está constituido esencialmente por una obligación negativa, obligación de no hacer; y entraña siempre una auténtica situación jurídica, por virtud de la cual uno de los contratantes adquiere un derecho de crédito sobre la conducta del otro, que le coloca en una situación monopolística respecto a los demás posibles acreedores.

La exclusiva es, pues, una disposición negocial—no un negocio jurídico—que se inserta en los más variados y diversos contratos. Determina siempre una relación jurídica duradera entre las partes, y se caracteriza por constituir un complejo normativo que forma parte del contenido de dicha relación, integrado por unos especiales derechos y deberes.

Persistiendo en el análisis de «la exclusiva», encuentra que el núcleo más importante de ese complejo normativo lo constituye el conjunto de facultades que se otorgan a la parte más beneficiada, cuyo conjunto constituye, en realidad, un derecho subjetivo: situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye al exclusivista.

Ese derecho de crédito, sin embargo, llega a alcanzar eficacia incluso contra terceros que actúen de mala fe, y, por tanto, es algo más que un derecho relativo.

Y constituye un bien jurídico, aunque de naturaleza inmaterial, que, según Cabanillas, no es susceptible de realización, y puede, sin embargo, ser transmisible.

Nosotros entendemos que quizá, andando el tiempo, se repute susceptible de realización, como lo es el derecho de arrendamiento de local de negocio, que antes no era realizable por deudas.

Se adentra, con valentía, en la ardua tarea de tipificación de los diversos supuestos de exclusiva, que analiza: el aprovisionamiento o abastecimiento, la distribución, la representación, el establecimiento, la concesión y el trabajo, en exclusiva.

Pero reconoce que esta tipificación no es exhaustiva; y ello es natural, porque la realidad social y el progreso no se detienen jamás y nos han de ofrecer en lo futuro nuevas formas en otros contratos.

También nos brinda unas sugestivas clasificaciones de las exclusivas.

a) Atendiendo a la naturaleza del objeto del negocio jurídico en el cual el pacto o cláusula se inserta, distingue las exclusivas que inciden en la órbita de la contratación de bienes y las exclusivas que inciden en la contratación de servicios, incluyendo dentro de

aquéllas los contratos de aprovisionamiento o abastecimiento y de concesión, y entre los segundos, los de representación en exclusiva.

b) Atendiendo a que la obligación contraída sea negativa o positiva, separa los «pactos de exclusiva» en los que se instaura fundamentalmente una obligación negativa a cargo del promitente o concesionario, de las «promesas de exclusividad», en las que el promitente ha de continuar celebrando contratos de naturaleza idéntica a los que ha celebrado con el exclusivista; en aquéllos hay una serie de contratos futuros que le quedan convencionalmente prohibidos al promitente de la exclusiva, mientras que en las segundas el promitente no asume una obligación negativa, sino una positiva, de hacer todo aquello que sea necesario para el interés del promitente o concesionario.

c) Teniendo en cuenta la amplitud del círculo de sujetos interesados en la exclusiva y el número de personas intervinientes en la relación jurídica que el negocio crea, encuentra que en unas, que pudieran llamarse exclusivas simples, el contrato se concierta entre dos personas, comprador y vendedor, comitente y comisionista, y, en cambio, en otras, que denomina multilaterales, varios empresarios asumen la obligación de contratar en exclusiva determinados bienes o servicios con una persona.

d) Refiriéndose al hecho de que la situación de exclusiva que se crea por virtud del negocio quede constituida en beneficio de una sola de las partes, o en beneficio de ambas recíprocamente, estima que unas pueden denominarse unilaterales, en las que solamente una de las partes adquiere el compromiso de mantener la situación de exclusividad; y que otras pueden llamarse bilaterales o recíprocas, en las cuales los contratantes quedan recíprocamente vinculados por el compromiso de exclusividad.

e) Según que la cláusula de exclusividad se inserte en el negocio por voluntad de las partes de manera expresa, o que ella constituya un elemento natural del contrato, así podrá hablarse de exclusivas expresas o de exclusivas tácitas. El Código Civil italiano alude también a estas últimas.

Ahora bien, advierte nuestro novel Académico que los supuestos en que debe considerarse la exclusiva como elemento natural del contrato son muy difíciles de precisar. Y señala entre ellos:

1.º El contrato de agencia, que es el que le parece más claro ejemplo de ello, pues el nombramiento de un agente presupone, lógicamente, el carácter exclusivo de éste dentro de una determinada zona o ámbito de actividad.

2.º El llamado de concesión, que también le parece claro ejemplo de exclusiva tácita, por ejemplo, la concesión de una licencia de explotación de una patente, en la que el fin perseguido por las partes solamente se logra si la concesión reviste el carácter de exclusiva respecto a la zona o ámbito de actuación del concesionario, pues en otro caso la concesión no tendría interés.

3.º En cambio, encuentra ya como supuestos dudosos—y lo son—los casos denominados «de establecimiento», por ejemplo, el arrendamiento para la instalación de un determinado negocio dentro de una zona.

En resumen, proclama que se considerará la exclusiva como elemento natural del contrato, cuando puede inducirse, por vía de interpretación, que ello, aunque no fue declarado, ha sido querido por las partes.

Pasa luego a estudiar la naturaleza jurídica del pacto de exclusiva y centra el contenido de ella en la obligación negativa de no contratar.

Esta fue la idea mantenida por la sentencia de 29 de octubre de 1955, que glosa detenidamente, y que en esencia coincide con la doctrina que establece el Código Civil italiano.

Pero nuestro novel Académico, en plan de precisiones, nos advierte que pueden refutarse como sinónimas, en las cláusulas de exclusiva, las frases «obligación de no contratar» y «obligación de no realizar o no recibir determinadas prestaciones».

Si así no se entendiera—y en esto radica uno de los innumerables aciertos del trabajo—resultaría burlada muy fácilmente la finalidad de la cláusula.

Continuando en el estudio de la naturaleza jurídica de la exclusiva, precisa también—con gran perspicacia—que constituye siempre un pacto, cláusula o disposición negocial de carácter accesorio, respecto del contrato en el cual se inserta; y refuta, con acopio de argumentos, la opinión de quienes la consideran como un negocio jurídico autónomo e independiente.

Entiende que, de todos modos, ese problema es más bien de carácter teórico, pues aunque se estimara la autonomía de aquel pacto, habría que considerarlo en su necesario ligamen en el otro negocio jurídico.

La realidad es que, como muy atinadamente apunta, existe una unidad de propósito en las partes, y en tal sentido hay que reconocer que se da una unidad de negocio jurídico, dentro del cual se inserta un contrato principal—compraventa, suministro, comisión,

agencia—y una disposición accesoria del mismo, que es la regla de exclusiva, a la que puede llamarse cláusula o pacto.

Advierte, sin embargo, que esta accesoriidad es muy especial. En términos generales, dice, para que pueda hablarse de subordinación, es necesario que lo principal pueda valer sin lo accesorio; y en la exclusiva, el propósito de las partes suele constituir el motivo fundamental, de tal manera, que sin aquélla pierde su interés el contrato.

Y entonces se pregunta si la «cláusula de exclusiva» puede encajarse entre las llamadas por la doctrina «determinaciones accesorias de la voluntad», ya que se trata de una disposición negocial, aplicada a la mayor parte de los contratos y que no forma parte esencial de éstos, sino que es añadida por voluntad de las partes.

Pero tampoco encuentra adecuado este encaje, porque entiende que los términos «determinaciones accesorias de la voluntad» o «elementos accidentales del negocio jurídico» representan elementos tan esenciales como cualquiera otros; y por ello, concluye, no cabe encasillar «las exclusivas» en una rúbrica o figura que carece de la necesaria consistencia teórica.

Analiza muy detenidamente la función económica del acto de exclusiva, que para unos envuelve la limitación de la concurrencia, y para otros tiende a conseguir una finalidad práctica de cooperación y representación económica entre dos empresarios que pertenecen a escalones distintos en el ciclo económico, de tal suerte que, por decir así, uno de ellos se integra en el marco de la actividad empresarial del otro, respecto del cual asume una función auxiliar.

Y reconoce y proclama que la limitación de la concurrencia que se produce a través de una cláusula o pacto de exclusiva presenta características muy singulares.

Por eso entendemos nosotros que estas cláusulas no pueden caer dentro de las normas restrictivas de la competencia ni de las cláusulas monopolísticas.

El «estar en competencia»—como dice Cabanillas muy atinadamente—supone que los dos competidores se encuentran realizando funciones idénticas en el mismo campo o sector económico: pacto entre competidores.

En cambio, en las exclusivas ocurre algo muy diferente. El pacto se celebra entre personas que normalmente se encuentran colocadas en escalones diversos del ciclo económico. No es, por tanto, un pacto entre competidores, sino un pacto entre no competidores, para

excluir al competidor de las pretensiones que eventualmente le pueda producir aquello que le concede la exclusiva.

Como resumen de su trabajo nos ofrece unas breves y concretas conclusiones, en las cuales sintetiza sus puntos de vista sobre tan sugestiva materia, que aparece tratada con maestría inigualable.

Por consiguiente, todo cuanto elogio yo pudiera hacer de ese trabajo quedará pálido ante la realidad de su brillantez y claridad.

Y con esto pongo punto final a la tortura a que os vine sometiendo y os pido perdón por ello.

He dicho.