

10. EJEMPLO PRÁCTICO

Las cláusulas de exclusividad en la vida práctica se presentan en diferentes formas como accesorios de los contratos, al poderse crear éstos ya sea de manera escrita o verbal, sin importar aparentemente la forma, lo esencial gira en torno a la mera voluntad de las partes.

No obstante de no haber restricción respecto del formato del contrato, en realidad si llega a ser significativo no para efectos de la validez teórica, sino para fines de comprobar la existencia del mismo y por ende el sustento para la exigibilidad del cumplimiento de la obligación de los firmantes.

Paralelo a lo anterior, en remembranza al artículo 54 fracción III de la Ley de Competencia Económica¹, sin duda las cláusulas de exclusividad encuadran en la denominada práctica monopólica relativa, al estar confiriendo una ventaja exclusiva, siempre dentro de un mercado relevante, en favor de uno o varios agentes económicos, dependiendo cuantos sujetos conforman el contrato en cuestión. Por lo tanto, bajo esa línea de ideas existe una problemática de facto, al estar prohibidas por la LFCE, sin embargo, en la vida cotidiana es una práctica recurrente entre los empresarios, y no sólo entre las grandes compañías, no obstante es más impactante en este segmento por los montos que se “mueven”, así como los intereses económicos y políticos inmersos en este tipo de negocios.

Empero, a pesar de ser una figura jurídica ilegal en el argot de la competencia económica, la realidad es que aquellas se ejecutan constantemente en el mundo empresarial,

¹ Véase a Romero M. (2016). *De las prácticas monopólicas relativas (cláusulas de exclusividad)*. En *La contraposición jurídica de la competencia económica y las cláusulas de exclusividad* (p. 61). México: UDLAP.

ya sea como se mencionó anteriormente de forma escrita incluyéndola materialmente en un contrato, pero es imperioso hacer la apreciación de que estas cláusulas de exclusividad no necesariamente deben llevar ese nombre en el encabezado, sino se debe atender a la naturaleza del contenido, al concepto y no sólo a la terminología, para poder desentrañar la verdadera finalidad de dicha cláusula.

Por otra parte, al tratarse de un acto vedado por la ley, estas cláusulas de exclusividad se configuran en su mayoría a través de pactos verbales, actuación por demás meticulosa al reducir el riesgo de externar su responsabilidad, convirtiéndose en un reto para la autoridad el poder probar tal carga.

Es por todo lo anterior, que la autoridad no sólo debe guiarse por el “nombre” de las actuaciones, sino por la esencia de las mismas, y en caso de no estar materialmente establecidas, si bien es cierto, deben ser más minuciosas al momento de levantar una investigación, también deben hacer conjeturas racionales a través de las prueba presuncional, pues existe una justicia carente al sólo avocarse a los actos establecidos en un papel.

Como ya se mencionó, estas prácticas son por demás reiteradas, por ello, tal aseveración se va a ejemplificar con el caso de la Femexfut, que a continuación se plasma:

La Federación Mexicana de Fútbol Asociación, legalmente es una Asociación Civil, dedicada a “...organizar, reglamentar, administrar, promover y difundir la práctica del fútbol a los afiliados del sector profesional como del sector aficionado, generando interés

en la niñez y en la juventud hacia la práctica del deporte y en la población en general... ”², en otras palabras es la institución encargada de realizar todas las actividades de fútbol en el país, incluyendo la “administración” de la Selección Mexicana de Fútbol, el equipo representativo de México.

Ahora bien, como toda sociedad tiene un Estatuto Social con su respectivo objeto, el cual establece en su articulado 3.11, la facultad de la Federación de “*llevar a cabo todas las operaciones, actos, contratos y convenios que le permitan realizar plenamente su objeto*”³, el cual prácticamente es “*promover, organizar, dirigir y difundir el fútbol asociación*”⁴, según lo plasmado en el numeral 3.1 de su objeto, como primer punto en el listado.

Por lo tanto, con base en los preceptos anteriores la Femexfut puede realizar cualquier tipo de contratos, puntualizando su fin de promover y difundir el fútbol asociación, lo que ha dado como resultado la creación de un contrato con la empresa deportiva Adidas, tal relación comercial no es la primera en la historia de la Federación, por el contrario es su sexta, para el Mundial de México 1970 y 1986, Sudáfrica 2010, Brasil 2014, Rusia 2018 y Qatar 2022 (*Excelsior*)⁵.

Cabe mencionar que tal sinergia comercial tiene más de fondo que sólo el amor por la afición mexicana, y es que como en todo negocio es importante para cualquier empresa tener la certeza que es un mercado “productivo”, es decir; que hay consumidores dispuestos

² Véase en. Federación Mexicana de Fútbol Asociación, A.C. (s.f.). *Misión*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de Federación Mexicana de Fútbol Asociación, A.C. Sitio web: <http://www.femexfut.org.mx/portalv3/Seccion.html?t=1&Scc=MisionYVision>

³ Véase en. Federación Mexicana de Fútbol Asociación, A.C. (2015). *Estatuto social*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de Federación Mexicana de Fútbol Asociación, A.C. Sitio web: <http://www.femexfut.org.mx/portalv3/Seccion.html?t=1&Scc=Reglamentos>

⁴ Idem. p.6.

⁵ Véase en. Redacción. (julio 11, 2014). *Adidas y Selección Mexicana, juntos hasta 2022*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de Excelsior Sitio web: <http://www.excelsior.com.mx/adrenalina/2014/07/11/970384>

a pagar el precio, tal como es el caso del Jersey de la Selección Mexicana. En otras palabras, la decisión para continuar los contratos entre la Femexfut y Adidas con una duración de 4 años, fue debido a los atractivos números reflejados en el mundial de Sudáfrica 2010, al venderse 1,200,000 jerseys de la Selección (*CNNExpansión*)⁶, lo que aproximadamente conlleva a un ingreso de 1,200,000,000 o en números “cortos” lo referente a mil doscientos millones de pesos por la venta de las “camisetas” a un precio de \$1,000.00 M.N. Lo que por obvias razones dio pauta a que se prologará el contrato ya firmado para extenderlo al mundial de Rusia 2018, igualmente comentado por el CEO de Adidas Group, Herbert Hainer como uno de los motivos. (*El Universal*)⁷.

Decisión por demás natural en el universo empresarial, pues nadie dejaría ir una afición tan gratificante como lo es la mexicana. Pero esto es negocio, por lo tanto el beneficio debe ser para las partes contratantes, así que se estima conveniente poner en contexto la magnitud monetaria en cuestión.

En primer lugar es de cuestionarse cuánto ingresa la femexfut por Mundial con un periodo de 4 años, si en realidad debe considerarse como un negocio “grande” con “grandes” intereses de por medio en el juego; en 2006 (Alemania) obtuvo 100 millones de dólares, en 2010 (Sudáfrica) generó 170 millones de dólares, en 2014 (Brasil) ganó 250 millones de dólares, y según las proyecciones en circunstancias “normales” para el 2018

⁶ Véase en. s.a. (agosto 11, 2010). *La ‘verde’ es la que más se vende*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de CNNExpansión Sitio web: <http://expansion.mx/negocios/2010/08/11/mexico-camisa-adidas-futbol-cnnexpansion>

⁷ Véase en. Alejandro Rodríguez. (agosto 11, 2010). *Adidas amplía contrato con la Femexfut hasta el 2018*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de El Universal Sitio web: <http://archivo.eluniversal.com.mx/deportes/120120.html>

(Rusia) se registra un incremento del 160% desde 2014, cuantificándolo en 400 millones de dólares (*Forbes*)⁸

Después de demostrar las cifras que el fútbol es sin lugar a dudas un negocio rentable, por la otra parte, el patrocinador debe ser considerado para tener el “derecho” exclusivo para la explotación de ese Mundial entre las otras actividades que se pudieran suscitar. Este es el caso de Adidas, catalogado como un anunciante *másters* o *premium*, junto con P&G, Coca-Cola, Banamex y Movistar (*Forbes*)⁹, cabe hacer un paréntesis y resaltar que dichas empresas son de distintos giros comerciales, por lo tanto no existe algún conflicto de intereses. En consecución de la idea anterior, estos anunciantes *premium* pagan como contraprestación por contrato de 4 años la cantidad oscilante entre 20 y 40 millones de dólares. (*Consultora Británica Sport Business en Forbes*)¹⁰

Entonces, se sabe que grandes utilidades merecen grandes inversiones como es de observarse, sin embargo, también juega en la estadística pero sobre todo en las decisiones la mina que resulta ser el aficionado mexicano, pues en el Mundial de Brasil (2014) según el Banco Central de Brasil promedió que 1 de cada 10 turistas que viajaría sería mexicano (*Forbes*)¹¹, de lo que se desprende que el mexicano en México y en el mundo es un negocio rentable.

Después del contexto anterior, es innegable el aseverar que el contrato de la Femexfut y Adidas no contiene cláusulas de exclusividad, pues sin importar el nombre con

⁸ Véase en. Pérez I. (2014). *¿A dónde va el negocio de la Selección Mexicana de Fútbol?*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de Forbes Sitio web: <http://www.forbes.com.mx/el-futuro-en-el-negocio-de-la-seleccion-mexicana-de-futbol/>

⁹ Idem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

el que se les haya titulado, de facto se sabe que la Femexfut le permite a Adidas usar exclusivamente la marca de la selección nacional, tanto como que es la única empresa deportiva que diseña y comercializa el Jersey y sus demás accesorios por un tiempo determinado, que transcurre durante el Mundial de fútbol por la derrama económica que esta conlleva, todo por una módica cantidad entre 20 y 40 millones de dólares por concepto de contraprestación.

Todo lo anterior, lleva al siguiente análisis, pues a bote pronto el contrato y su contenido pareciera ser totalmente lícito al estar permitido y amparado por el Derecho Civil y Mercantil, y se especifican ambos, porque si bien es cierto la negociación pareciera de carácter mercantil por la especulación comercial que ésta contiene, la realidad es que la Femexfut al ser una Asociación Civil no persigue fines de lucro, por lo tanto, su contrato debe regirse bajo la legislación civil. Sin embargo, para Adidas si es un acto mercantil, por lo que la naturaleza del contrato será mixta, pero en términos generales y para el caso en cuestión no hay algún conflicto al ser la materia mercantil un derivado de la civil. Así que como ya se ha explicado en capítulos previos, lo importante en esta peculiaridad es que se plasme la plena voluntad de las partes como máxime de ley entre la relación de los particulares.

Empero, en contraposición a tal permisión resulta estar la Ley Federal de Competencia Económica, castigando los contratos que otorguen una ventaja exclusiva en favor de uno o varios agentes económicos dentro de un mercado relevante¹². Por lo que

¹² Véase a Romero M. Análisis del Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del primer circuito. (2016). *De las prácticas monopólicas relativas (cláusulas de exclusividad)*. En *La contraposición jurídica de la competencia económica y las cláusulas de exclusividad* (p.62). México: UDLAP.

para fines de investigación se considera que la COFECE debería contemplar los siguientes hechos, con base en una presuncional humana:

En primer lugar al ser una Asociación Civil, ésta sólo puede hacer según lo constituido en su Estatuto Social, por lo que en su artículo 93 establece que; *“La Federación solventará los gastos que demanden sus actividades, a través de ingresos directos e indirectos”*¹³, considerando éstos la explotación de marca, entre otros, conforme lo dispuesto en el artículo 95. De lo que se desprende que el contrato de la Femexfut con Adidas con base en las actuaciones que se perciben de ambos es referente a la explotación de la marca, lo anterior se concatena con lo instaurado en su articulado 97 concerniente a los Derechos de la Federación, relativo su último párrafo; *“El Comité Ejecutivo decidirá cómo y en qué medida se utilizarán estos derechos y decidirá por si sólo si ejerce exclusivamente los mismos, o si los hace conjuntamente con terceros”*¹⁴.

De todo lo anterior, se colige que efectivamente el contrato con Adidas se encuentra entre las facultades de la sociedad para la realización de su objeto, sin embargo, la parte primera parte cuestionable para la Femexfut es que si su fin social es *“promover, organizar, dirigir y difundir el fútbol asociación”*¹⁵ y ésta es una Asociación Civil sin fines de lucro, ¿Qué no dé inicio debería aceptar cualquier donativo o contratación por parte de cualquier corporativo deportivo interesado en comercializar los accesorios de la Selección Mexicana o plasmar su marca en el Jersey del Tri?, pues como asociación civil sin fines de lucro bajo un razonamiento lógico, mientras más patrocinadores o contratantes, más fondos

¹³ Véase artículo 93 del Estatuto Social de la Femexfut. Federación Mexicana de Fútbol Asociación, A.C. (2015). *Estatuto social*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de Federación Mexicana de Fútbol Asociación, A.C. Sitio web: <http://www.femexfut.org.mx/portalv3/Seccion.html?t=1&Scc=Reglamentos>

¹⁴ Idem. p. 45.

¹⁵ Op.cit. Romero M. p. 67 y 68.

recaudado y mejores expectativas para el cumplimiento de su objeto social, entonces, ¿Por qué limitarse sólo con una empresa deportiva?

Si bien es cierto, esta postura podría contraponerse con su derecho privado de elegir quien debe hacer uso de la marca de la Selección Mexicana de Fútbol, pero no es acaso que la LFCE y la Constitución son muy claras al prohibir cualquier práctica monopólica o la constitución de un monopolio mismo, como podría ser el caso de un único organismo o institución dedicada al aglutinamiento de un segmento futbolístico.

No obstante, para enfatizar de manera más formal el ejemplo del contrato de la Femexfut y Adidas, se ha optado por encuadrarlo en el artículo 54 fracción III de la LCE, con la finalidad de enlazar las posibles irregularidades conforme a la presente ley.

Para encuadrar tal acto con el precepto jurídico se cita éste al siguiente tenor: “*Se consideran prácticas monopólicas relativas, las consistentes en cualquier acto, contrato, convenio... que...III. Tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante... desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos*”¹⁶.

Por ende, se presupone que efectivamente hay un contrato que establece ventajas exclusivas en favor de un agente económico, es decir; la Femexfut le otorga la explotación exclusiva a Adidas respecto de la marca de la Selección Mexicana de Fútbol.

La cuestión es si esta controversia se encuentra dentro de un mercado relevante, por lo que se van a exponer los cuatro requisitos pronunciados por el Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del primer circuito; “1. La posibilidad de sustituir un

¹⁶ Idem. pp. 59 y 60.

bien por otro..., 2. Los costos de distribución del bien y de sus insumos; 3. La posibilidad de los consumidores para obtener el bien en otro mercado; y, 4. Las restricciones normativas que limitan el acceso del consumidor a otras fuentes de abasto alternativas”¹⁷.

Por lo que se deduce con base en lo observado en los hechos, que: 1. Si existe la posibilidad de intercambiar los productos, ya que su uso o fin es el mismo, es decir; los consumidores podrán usar el jersey para “presumirlo”, para los partidos o para dormir, simplemente para vestir la camiseta, por lo tanto si es un producto intercambiable. 2. Respecto del costo de la distribución y los insumos sin duda esto no resulta ser un problema, pues hay otros competidores que tienen una capacidad de producción y distribución semejante a la de Adidas, un ejemplo ilustrativo es Nike, prueba de lo anterior se sustenta en que Nike representa a 9 de los 32 mundialistas y Adidas a 11 de éstos (*CNNExpansión*)¹⁸. 3. La adquisición de la playera realmente no versa en el logo que está insertado en aquella, sino en el valor subjetivo que cada consumidor le da, por eso la afición mexicana gesta las condiciones necesarias para allegarse de estos bienes. Por lo que para reforzar tal argumento, se hará mención de la estadística emitida por el Banco Central de Brasil 2014, consistente en que aproximadamente 1 de cada 10 turistas era mexicano¹⁹, en otras palabras, sin importar dónde o cómo se vendan los consumidores del jersey conseguirán estos accesorios. 4. Más allá de haber una restricción normativa, por el contrario hay una permisión normativa, léase ésta como la facultad de plasmar la voluntad de los contratantes, incluyendo el pactar cláusulas de exclusividad, siendo un elemento

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Véase en. s.a. (2010). *La ‘verde’ es la que más se vende*. Recuperado el 25 de marzo de 2016, de CNNExpansión Sitio web: <http://expansion.mx/negocios/2010/08/11/mexico-camisa-adidas-futbol-cnnexpansion>

¹⁹ Véase a Romero M. (2016). *Ejemplo práctico*. En *La contraposición jurídica de la competencia económica y las cláusulas de exclusividad* (p.70). México: UDLAP.

detonante que impide el acceso del consumidor a otras fuentes de abasto alternativa, es decir; las cláusulas de exclusividad evitan que el consumidor pueda adquirir un bien a través de su derecho de elección sobre una lista de opciones, según sus respectivos intereses y esto es porque no hay otras alternativas al no haber otras empresas que oferten el mismo bien, al estar imposibilitadas legalmente, convirtiéndose dicho clausulados no sólo en una barrera a la competencia sino peor aún a la concurrencia misma.

En conclusión bajo ese discurso explicativo efectivamente existe un mercado relevante, en donde se están confiriendo ventajas exclusivas en favor de un agente económico, por lo tanto, si se está configurando lo establecido en el artículo 54 fracción III de la LFCE, al igual que lo establecido en la CPEUM en su precepto número 28.

Desde otra perspectiva tal convenio afecta sustancialmente a los demás competidores, pues ya vimos que la cláusula de exclusividad al versar únicamente en la explotación de cierto bien por las partes, impide que las demás empresas puedan participar en la contienda, lo que se traduce a una pérdida monetaria por lo que se está dejando de vender, pues como se ha comentado el Jersey de la Selección Mexicana de Fútbol fue la más vendida en el año 2010, una gran pérdida para las demás corporaciones deportivas y no porque hubieran vendido la misma cantidad, pero si porque mínimo hubieran tenido la oportunidad de vender y ganar más de la “nada” que ya obtuvieron. Sin dejar de lado, que el Jersey del Tri sólo representa un artículo de todos los accesorios de la Selección Mexicana que oferta Adidas.

Por otra parte, los consumidores también juegan un rol importante en este trinomio, pues es a ellos a quienes van dirigidos los bienes, pero es acaso qué no se les está

violentando su derecho humano de elección, con la presencia de las cláusulas de exclusividad limitando a otras empresas la fabricación y comercialización de un bien, que consecuentemente se ve mermada su posibilidad de elegir un producto, y repito ésta no radica en si se compra o no tal bien, sino en la selección de uno o varios productos de la carta ofertada, haciendo efectiva y real esa elección. Además de que el consumidor también se ve afectado en su patrimonio, porque no es lo mismo que le impongan un producto con ciertas características a que él escoja uno con base en un mejor precio, calidad, servicio y todo lo que pueda englobar un valor agregado respecto de tal bien, pues de lo contrario se le estaría coartando ese derecho fundamental que tienen.