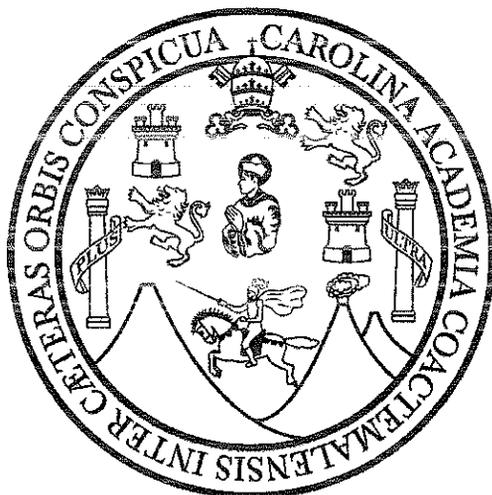


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**  
**ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**MAESTRÍA EN PROPIEDAD INTELECTUAL**



**EL CONTRATO DE REPRESENTACIÓN MUSICAL**  
**O *MUSIC MANAGEMENT* EN GUATEMALA**

**JUAN PABLO GRAMAJO CASTRO**

**DOCTOR CARLOS HUMBERTO RIVERA CARRILLO**  
**ASESOR**

**GUATEMALA, JUNIO DE 2015**

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Msc. Avidán Ortiz Orellana  
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil  
VOCAL II: Dra. Rosario Gil Pérez  
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía  
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Álvarez  
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario  
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**CONSEJO ACADÉMICO DE LA  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO: Msc. Avidán Ortiz Orellana  
DIRECTOR: Msc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara  
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez  
VOCAL: Msc. Rolando Porta España

---

---

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

**PRESIDENTE:** Dr. Carlos Waldemar Melini Salguero  
**VOCAL:** Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar  
**SECRETARIO:** MSc. Lesther Castellanos Rodas

---

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 5, del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala 12 de enero de 2015.

Señor Director de la Escuela de Postgrados,  
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala.

MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez.  
Attn. Dr. René Arturo Villegas Lara.

Apreciadas Autoridades:

Por este medio, en mi calidad de Asesor de la tesis intitulada "EL CONTRATO DE REPRESENTACIÓN MUSICAL O MUSIC MANAGEMENT", elaborada dentro de la MAESTRIA EN PROPIEDAD INTELECTUAL, 2008 – 2009, IV Promoción, por el estudiante: Licenciado JUAN PABLO GRAMAJO CASTRO, me permito rendir el presente informe de aprobación.

El trabajo se desarrollo en varios meses, en los cuales el Licenciado Gramajo Castro presentó un primer proyecto de tesis, al cual se le realizaron las recomendaciones que se consideraron pertinentes. Las recomendaciones fueron debidamente consideradas e incorporadas en la tesis por el autor del trabajo.

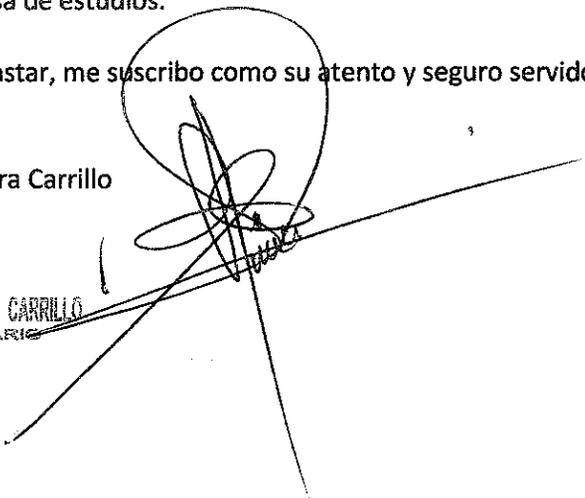
He leído con detenimiento la última versión de la tesis relacionada y considero que la misma llena los requerimientos formales y técnicos necesarios para su aprobación, además es un trabajo bastante actual y novedoso, que puede ser considerado como un aporte importante dentro de la ciencia del Derecho.

En virtud de lo anterior por este medio hago llegar a ustedes mi aprobación como asesor de la tesis "EL CONTRATO DE REPRESENTACIÓN MUSICAL O MUSIC MANAGEMENT", elaborada por el estudiante JUAN PABLO GRAMAJO CASTRO, para lo que proceda conforme la regulación académica de esta casa de estudios.

Sin más que hacer constar, me suscribo como su atento y seguro servidor,

Carlos Humberto Rivera Carrillo  
ASESOR DE TESIS.

CARLOS HUMBERTO RIVERA CARRILLO  
ABOGADO Y NOTARIO



# LESTHER CASTELLANOS RODAS

lesthercastellanosrodas@outlook.com

Guatemala, 29 de abril del 2015.

Doctor

René Arturo Villegas Lara  
Director Académico  
Escuela de Postgrados  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala.  
Campus central.

Estimado Dr. Villegas Lara:

Atentamente me dirijo a usted en mi calidad de secretario del Tribunal Examinador de la tesis intitulada "*El Contrato de Representación Musical o Music Management en Guatemala,*" perteneciente al Licenciado Juan Pablo Gramajo Castro; quien realizó la defensa de la misma el día lunes 30 de marzo del presente año. El Licenciado Gramajo Castro aprobó su examen privado de tesis ese día con correcciones, dándole el plazo de un mes para presentar las mismas a mí persona, lo cual realizó a cabalidad.

Las correcciones relacionadas fueron desarrolladas y analizadas con la seriedad y rigor académico esperado por este Tribunal, lo que determina que la tesis mencionada además de cumplir con los requisitos reglamentarios establecidos por esta Escuela de Postgrados, cumple con las indicaciones dadas al sustentante el día de su defensa de tesis; las cuales han sido atendidas de manera adecuada.

Habiendo cumplido los requisitos reglamentarios y académicos-metodológicos de la Escuela de Estudios de Postgrados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala sobre trabajos de investigación, y las sugerencias, recomendaciones e indicaciones dadas por este Tribunal, me permito opinar favorablemente sobre la aprobación del examen privado de tesis del Licenciado Juan Pablo Gramajo Castro.

Sin otro particular y en cumplimiento de mi labor docente de esta Noble Escuela de Postgrados, me despido.

Deferentemente,

LESTHER CASTELLANOS RODAS  
ABOGADO Y NOTARIO

MSc. Lesther Castellanos Rodas  
Abogado y Notario  
Secretario Tribunal Examinador



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN**

**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,** Guatemala, dos de julio de dos mil quince.-----

En vista de que el Lic. Juan Pablo Gramajo Castro, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Propiedad Intelectual**, lo cual consta en el acta número 3-2015 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL CONTRATO DE REPRESENTACIÓN MUSICAL O MUSIC MANAGEMENT EN GUATEMALA”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**

**MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**  
**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**





## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	v
--------------------	---

### CAPÍTULO I

#### CONTRATO Y TIPICIDAD

1.1. Hecho, acto, negocio jurídico, y contrato.....	1
1.1.1. Doctrina .....	1
1.1.2. Derecho guatemalteco .....	2
1.2. Tipicidad contractual.....	10
1.2.1. Doctrina .....	11
1.2.2. Derecho guatemalteco.....	20
1.3. Contratación civil y mercantil.....	33
1.3.1. Doctrina .....	33
1.3.2. Derecho guatemalteco.....	37

### CAPÍTULO II

#### LA FIGURA DEL REPRESENTANTE MUSICAL O MÁNAGER

2.1. Antecedentes históricos .....	55
2.2. Diferenciación con otras figuras involucradas en la industria de la música y del entretenimiento.....	59
2.2.1. El productor musical y el productor de fonogramas.....	61
2.2.2. El promotor de conciertos, el agente de contratación, y el mánager de giras .....	64
2.2.3. El mánager de negocios .....	68
2.3. El contrato de representación musical o <i>music management</i> en la práctica y derecho anglosajón.....	69
2.3.1. Las partes .....	69
2.3.2. Obligaciones del mánager .....	70



2.3.3. Obligaciones del artista.....	71
2.3.4. Territorio .....	72
2.3.5. Plazo.....	72
2.3.5. Retribución (comisión).....	73
2.3.6. Obras .....	76
2.3.7. Gastos .....	77
2.3.8. Derecho de auditoría mutua .....	80
2.3.9. Manejo de cuentas y dinero.....	80
2.3.10. Informes y pagos posteriores al plazo .....	81
2.3.11. Terminación anticipada.....	81
2.3.12. Modificaciones .....	82
2.3.13. Comunicaciones .....	82
2.3.14. Efectos.....	82
2.3.15. Previa advertencia .....	82
2.3.16. Facultad para negociar .....	83
2.3.17. Derecho aplicable y fuero .....	83
2.3.18. Forma .....	83
2.3.19. Otras modalidades.....	84

### CAPÍTULO III

#### EL REPRESENTANTE MUSICAL O MÁNAGER EN GUATEMALA

3.1. Investigación de la práctica guatemalteca.....	87
3.1.1. Descripción del método investigativo empleado para su determinación .....	87
3.1.2. Jurisprudencia nacional de interés.....	88
3.1.3. Principales rasgos que reviste la figura del representante musical o mánager en la práctica guatemalteca.....	102
3.1.4. Discusión de resultados.....	108



3.2. Teoría general del contrato de representación musical o <i>music management</i> en el Derecho Guatemalteco.....	110
3.2.1. Concepto de “representación” .....	111
3.2.2. Figuras afines .....	121
3.2.3. Características principales del contrato .....	136
3.2.4. Elementos del contrato .....	138

#### CAPÍTULO IV

#### RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN Y PROPUESTA

4.1. Evaluación de hipótesis.....	147
4.2. Sugerencia de modelo contractual del contrato de representación musical o <i>music management</i> .....	148
4.2.1. Modelo de contrato .....	150
4.2.2. Comentarios sobre algunas cláusulas específicas .....	162
 CONCLUSIONES.....	 177
 BIBLIOGRAFÍA .....	 179



## INTRODUCCIÓN

En la presente introducción se exponen, con base en el Proyecto de investigación que fue aprobado por la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, para realizar la tesis *El contrato de representación musical o Music Management en Guatemala*, las bases generales de la investigación: su justificación, objetivos, problemas, hipótesis, supuestos, temática desarrollada en el presente trabajo, y metodología empleada.

La creciente magnitud y complejidad de la industria musical en específico, y de la industria del entretenimiento en general, han propiciado el surgimiento y creciente profesionalización de una figura que ha venido a ser parte importante de su desarrollo: el representante musical o *mánager* (en anglicismo aceptado ya por el *Diccionario de la Real Academia Española*).

Al igual que varias figuras propias del Derecho de Autor y Derechos Conexos, disciplina jurídica con la cual directamente se vincula, desde su propia denominación es ya inusual en el contexto tradicional del derecho privado, pues no se trata de una "representación" en el sentido propio en que se entiende, por ejemplo, en la tutela o mandato civiles, la administración o gerencia mercantiles, etc.

Más bien, se trata de una figura que tiene por objeto principal el manejo de los intereses patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes (en ocasiones, también en su calidad de autores) para promover el desarrollo de su carrera artística y, en tal virtud, el desempeño de su función guarda relación de día a día con las instituciones del Derecho de Autor y Derechos Conexos, como los productores de fonogramas, los organismos de radiodifusión, la negociación de contratos relativos a derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, etc.

En la teoría jurídica tradicional, quizá podría a simple vista considerarse como un típico contrato de servicios. Sin embargo, es conocido que el contrato de servicios como categoría abstracta y su regulación en el Código Civil (Artículos 2027 a 2036) no son sino marcos generales dentro de los cuales puede tener cabida una práctica infinidad de relaciones jurídicas tan diversas como los ámbitos del quehacer económico en que se desarrollan y las personas que en él participan.

En efecto, el mismo Código Civil en su Artículo 2033 refiere el contenido propio de cada contrato de servicios a “las prescripciones de la ciencia o arte de que se trate”. De esta manera, el contenido de la relación de servicios como relación contractual queda determinado por lo que es propio de cada profesión: al estar desprovisto de una tipicidad legal, en el caso de cada relación contractual de servicios cobra gran importancia la determinación de su tipicidad social, es decir, de los usos y costumbres que en el medio relevante disciplinan su prestación y desempeño. Esto es relativamente fácil de determinar cuando se trata de profesiones de raigambre histórica y académica que cuentan con estudios generales y especializados a nivel de educación formal, así como con códigos deontológicos propios, etc., como es el caso de la Abogacía y el Notariado, la Medicina, la Arquitectura, etc.

En cambio, para el caso de la representación musical o *music management*, se trata de una figura cuya profesionalización es relativamente reciente en los países con mayor tradición en las industrias de la música y el entretenimiento (notablemente, los Estados Unidos e Inglaterra), que además pertenecen a una tradición jurídica distinta a aquella en la cual hunde sus raíces el Derecho Guatemalteco. Además, en esos mismos países la tipicidad social del contrato en cuestión se ha ido desarrollando e incluso modificando desde su inicial configuración a finales de la década de 1970 hasta nuestros días.

El actual desarrollo de la música y de su explotación económica en Guatemala hace oportuno investigar el grado de tipicidad social que la representación musical



ha desarrollado hasta el momento y, de ser el caso, establecer las características que reviste, así como proponer bases y lineamientos para su ulterior desarrollo, lo cual también puede valerse de aportes del derecho comparado, mediando las necesarias adaptaciones al ordenamiento jurídico nacional.

Por todo lo expuesto, se consideró justificable investigar el tema propuesto, con las bases que seguidamente se exponen.

El objetivo general de la investigación consistió en estudiar en forma detenida el contrato de representación musical o *music management*, en su configuración social tanto en Guatemala como en el extranjero, como base para su desarrollo teórico y práctico en el medio nacional.

Entre los objetivos específicos del trabajo, se pretende establecer si existe o no actualmente, desde el punto de vista jurídico, tipicidad social del contrato de representación musical o *music management* en Guatemala; determinar cuáles son los principales rasgos que reviste en la actualidad la tipicidad social del contrato de representación musical o *music management* en Guatemala; sugerir bases y lineamientos para un modelo del contrato de representación musical o *music management* en Guatemala, tomando en cuenta las características actuales del desarrollo de dicha figura en el país, los aportes del derecho comparado, y los aspectos aplicables del ordenamiento jurídico nacional.

En el Proyecto de Investigación aprobado para la elaboración de la tesis, los problemas a investigar se plantearon de la siguiente manera:

- a) ¿Existe actualmente, desde el punto de vista jurídico, tipicidad social del contrato de representación musical o *music management* en Guatemala?



- b) De ser afirmativa la respuesta al problema anterior, ¿cuáles son los rasgos principales que reviste en la actualidad la tipicidad social del contrato de representación musical o *music management* en Guatemala?
- c) En cualquier caso, ¿qué bases y lineamientos podrían sugerirse para un modelo de contrato de representación musical o *music management* en Guatemala, tomando en cuenta las características actuales del desarrollo de dicha figura en el país, los aportes del derecho comparado, y los aspectos aplicables del ordenamiento jurídico nacional?

Por su parte, las hipótesis de trabajo de las cuales partió la investigación fueron:

- a) Actualmente existe en Guatemala una tipicidad social del contrato de representación musical o *music management* que puede calificarse como incipiente, en el sentido de que su extensión y profundidad permiten calificar como uso o costumbre únicamente algunos cuantos elementos de una relación jurídica potencialmente más compleja.
- b) Los rasgos principales que reviste en la actualidad la tipicidad social del contrato de representación musical o *music management* en Guatemala son los relativos a la función y remuneración del representante o mánager respecto de los artistas intérpretes o ejecutantes que contratan sus servicios. No así, en cuanto a otros aspectos más específicos de cada relación contractual de representación musical.
- c) Se pueden sugerir diversas bases o lineamientos para un modelo de contrato de representación musical o *music management* en Guatemala, tales como: determinación del objeto o prestación del servicio de representación musical en sí mismo; sistemas o métodos de: remuneración, plazo, exclusividad, territorio.



Los postulados que subyacen a la investigación, por tratarse de un tema abordado desde el punto de vista jurídico en el contexto del Derecho Guatemalteco, son las normas y principios jurídicos vigentes respecto del tema a trabajar, que pueden enunciarse así:

- **Teoría del contrato:** el contrato es una especie del género negocio jurídico, caracterizado por ser un acuerdo de voluntades dirigido a crear, modificar o extinguir obligaciones y disciplinar relaciones jurídicas, de contenido patrimonial. *Artículos 1251, 1517, 1518, y 2158 del Código Civil.*
- **Teoría de la obligatoriedad del contrato:** un contrato válidamente celebrado obliga a las partes al cumplimiento de lo convenido, de conformidad con la ley, la buena fe y la común intención de los contratantes. *Artículos 1519 y 1534 del Código Civil.*
- **Teoría de la tipicidad contractual:** un contrato puede tener tipicidad legal, cuando es establecida su regulación por la ley; tipicidad social, cuando su regulación se basa en la costumbre; tipicidad de primer orden, consistente en el concepto mismo de contrato; y tipicidad de segundo orden, consistente en la regulación (legal o social) de una figura contractual determinada. *Artículos 1517, 2033, y 2158 del Código Civil; 2 y 17 de la Ley del Organismo Judicial.*
- **Teoría de los derechos de autor y derechos conexos:** estos derechos son inherentes a la persona humana en cuanto recaen sobre productos de su expresión creativa y artística. *Artículos 42 de la Constitución Política de la República; 1 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.*
- **Teoría del principio de legalidad:** todo particular en ejercicio de sus derechos puede hacer todo aquello que la ley no le prohíbe, mientras que



en ejercicio del poder público se puede hacer únicamente aquello que la ley le permite. *Artículos: 5, 152 y 154 de la Constitución Política de la República.*

- **Teoría de los derechos humanos:** los derechos humanos son inherentes a la persona y no pueden violarse ni limitarse en forma arbitraria. Entre ellos se plantean tanto el derecho de autor y los derechos conexos, como la libertad de trabajo, industria y comercio, la libertad de contratación y disposición patrimonial (autonomía de la voluntad), la libertad de expresión, y el libre acceso y participación en la vida cultural y artística. *Artículos: 35, 42, 43, 44, 46, 57, 59, 63 de la Constitución Política de la República.*

El marco teórico relativo a la contratación y la tipicidad contractual, por ser de especial y directa relevancia a lo discutido en el presente trabajo, se desarrolla con mayor detenimiento en un capítulo que forma parte del cuerpo del mismo.

El cuerpo de la presente tesis se compone de tres capítulos. En el primero, se aborda de modo general el tema Contrato y Tipicidad, partiendo de la teoría del hecho, el acto, y el negocio jurídicos, y desarrollándolos con base en la doctrina científico-jurídica contextualizada en el Derecho Guatemalteco, es decir, complementando su exposición con lo contenido en la legislación y jurisprudencia nacionales como fuentes principal y complementaria del ordenamiento jurídico del país. Esto provee el marco teórico principal dentro del cual se examinará el contenido de la investigación, y las conclusiones que de ello puedan derivarse.

En el segundo capítulo se estudia la figura del representante musical o mánager, exponiendo sus antecedentes históricos, su diferenciación respecto de otras figuras involucradas en la industria de la música y el entretenimiento, así como los rasgos generales que del contrato de representación musical o *music management* reviste en la práctica y derecho propios del ámbito anglosajón.



En el tercer capítulo, se expone la figura del representante musical o mánager en Guatemala, describiendo la investigación que se llevó a cabo de la práctica guatemalteca, el método empleado a tal efecto, y los resultados de la investigación en cuanto a los principales rasgos que reviste la figura en la práctica guatemalteca, así como algunos precedentes jurisprudenciales de interés por enunciar criterios que podrían tener relevancia en la aplicación práctica del derecho nacional al contrato estudiado. Con base en ello se formula una teoría general del contrato de representación musical o *music management* en el Derecho Guatemalteco, a cuyo propósito se discute el concepto jurídico de representación, algunas figuras afines al contrato estudiado, y sus características y elementos principales conforme la doctrina y la legislación nacionales.

Con base en todo ello, se exponen, en el cuarto capítulo, los Resultados de la Investigación, incluyendo la evaluación de hipótesis y la propuesta, bajo la forma específica de una sugerencia de modelo contractual del contrato de servicios de representación musical o *music management*, a través de la elaboración de un modelo de contrato, del cual se ofrecen adicionalmente comentarios sobre algunas cláusulas específicas.

Con base en lo incluido oportunamente en el Proyecto de Investigación, que fue aprobado por la unidad académica competente, la metodología empleada en la investigación puede describirse así:

Uno de los métodos a seguir fue el de la **síntesis**, ya que fueron examinados los hallazgos yendo de lo particular a lo general, es decir, con un procedimiento inductivo, e implicó la **observación**, de la siguiente manera: observando los hechos, se procedió a elaborar afirmaciones generales que abarcan los aspectos más esenciales que se estimaron comunes a todos ellos. Esto se empleó principalmente en lo relativo al examen de los hallazgos de campo en cuanto a las relaciones de representación musical o *music management* existentes en



Guatemala, para determinar qué elementos o características pueden postularse de modo general como integrantes de una tipicidad social del contrato.

Dado que se trata de un **punto de vista jurídico**, se hizo necesario en forma general, recurrir también a los diversos métodos que señala la **hermenéutica jurídica** para la aplicación, interpretación e integración del derecho. Entre estos métodos que señala la doctrina se pueden mencionar:

- **Métodos textuales:**

- **Semántico:** que examina el texto legal en el sentido propio de sus palabras, conforme a su texto y su contexto. En el trabajo, servirá para determinar el alcance de una norma según el contenido de sus palabras, ya que algunos de los aspectos a estudiar pueden tener su origen o solución en imprecisiones de significado.
- **Sistemático:** que examina la norma como parte de un sistema integrado por las demás disposiciones que rigen la materia, y el sistema de la supremacía constitucional. En el trabajo, se aplicará para examinar cómo las normas involucradas en la temática estudiada deben conjugarse unas con otras dentro del sistema de principios del derecho contractual, el derecho de autor, los derechos humanos y el marco constitucional.
- **Teleológico:** que examina la norma según los fines que el legislador se propuso al crearla.
- **Histórico:** que examina la norma a la luz de la historia fidedigna de su institución, es decir, tanto sus antecedentes directos en el proceso legislativo de su creación, como los antecedentes históricos de su regulación en normativas anteriores.



- **Métodos extratextuales o de integración:**

- **Analogía legis:** que integra la norma según disposiciones de otras leyes para casos o situaciones análogas. En el trabajo, se podrán buscar situaciones análogas reguladas por otras leyes para examinar si las mismas resultan o no aplicables a algunos de los problemas que se intente dilucidar.
- **Analogía iuris:** que integra la norma según los principios –explícitos o implícitos– que inspiran el ordenamiento jurídico en general. En el trabajo, se tendrán en mente los principios que inspiran tanto el derecho contractual, como el derecho de autor y el orden constitucional guatemalteco, como referentes básicos en la formulación de criterios jurídicos.

Los métodos de la hermenéutica jurídica antes expuestos son aplicables en Guatemala puesto que se hallan contemplados principalmente en la Ley del Organismo Judicial, cuyos Preceptos Fundamentales son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco (ver Artículo 1). Algunos de ellos también tienen fundamento constitucional, tales como el principio de supremacía constitucional, de tutela de los derechos humanos, y de preeminencia del interés social.

Entre las técnicas que se aplicaron se puede mencionar: la **entrevista**, la **lectura de material bibliográfico existente**, la **observación**, **encuestas**.

La **entrevista** sirvió de modo especial para conocer de primera mano la experiencia de personas involucradas en relaciones de representación musical o *music management* en nuestro país; la **lectura de material bibliográfico existente**, se hizo principalmente respecto de escritos de la ciencia jurídica que



abordan los aspectos teóricos, así como de libros que desarrollan la temática desde la perspectiva de otros países; la **observación** y **encuestas** sirvieron específicamente para poder determinar cuáles son los rasgos principales que reviste en la actualidad la tipicidad social del contrato de representación musical o *music management* en Guatemala.



## CAPÍTULO I

### CONTRATO Y TIPICIDAD

El tema que abordaremos en el presente trabajo se inscribe principalmente en la disciplina jurídica de los contratos, el derecho contractual, por lo cual es importante ubicarnos al menos en los aspectos más básicos de dicho marco general, que son de relevancia para nuestro tema.

#### 1.1. Hecho, acto, negocio jurídico, y contrato

##### 1.1.1. Doctrina

El hecho es una categoría amplia, entendido simplemente como “cosa que sucede”<sup>1</sup>, como “todo acontecimiento que puede producir una modificación en la realidad existente”<sup>2</sup>.

Sin embargo, no todo hecho es susceptible de producir consecuencias que interesen al ámbito jurídico, y por eso se denomina propiamente **hechos jurídicos** a “aquellos acontecimientos o sucesos de la naturaleza o del hombre a los que el legislador les atribuye consecuencias jurídicas”<sup>3</sup>.

A partir de esto, la doctrina ha elaborado toda una teoría de los hechos jurídicos, de la cual nos interesa resaltar los **actos jurídicos**, como “aquellos supuestos de hecho previstos por el derecho como comportamientos humanos con consecuencias jurídicas”<sup>4</sup>, es decir, cuyo distintivo es que interviene en ellos el actuar humano, no limitándose a meros hechos de la naturaleza (que también pueden, por su parte, producir efectos jurídicos).

<sup>1</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición.

<sup>2</sup> C. M. Gutiérrez de Colmenares; J. Chacón de Machado. *Introducción al Derecho*. Pág. 111.

<sup>3</sup> *Loc. Cit.*

<sup>4</sup> A. Bohórquez Orduz. *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*. Volumen I. Pág. 9.



Entre los actos jurídicos, puede haberlos lícitos e ilícitos. Entre los lícitos encontramos los **negocios jurídicos**, que se entienden como "supuestos de hecho previstos por el derecho como comportamientos humanos dispositivos de intereses con efectos jurídicos"<sup>5</sup>, donde "intereses" se emplea en sentido amplio para designar "toda situación jurídica socialmente apreciable y susceptible de ser tutelada por el derecho, aún si está desprovista de connotación patrimonial"<sup>6</sup>, por lo que el objeto de los negocios jurídicos puede versar sobre intereses "personales, familiares o patrimoniales"<sup>7</sup>.

De acuerdo con el interés sobre cuya disposición versa el negocio jurídico, puede identificarse, dentro de ellos, la especie de los **contratos**, entendidos como "supuestos de hecho previstos por el derecho como comportamientos humanos, dispositivos de intereses patrimoniales, con consecuencias jurídicas, celebrados por dos o más personas"<sup>8</sup>, en que las notas específicas que lo distinguen del resto de negocios jurídicos son: que versan siempre sobre intereses **patrimoniales**, e involucran siempre a **dos o más sujetos**.

### 1.1.2. Derecho guatemalteco

En la breve exposición doctrinal del apartado anterior, seguimos al autor colombiano Antonio Bohórquez Orduz, quien nos advierte que su exposición difiere de la doctrina tradicional francesa (la más difundida en su país), debido a que los autores franceses (a diferencia de los alemanes) consideran "acto jurídico" y "negocio jurídico" como sinónimos.

Sin embargo, Bohórquez coloca como característica de los negocios jurídicos la disposición de intereses, mientras que un acto jurídico carece de tal nota: por ejemplo, cita diversos actos que no tienen por fin disponer de intereses sino

<sup>5</sup> *Ibid.* Pág. 10.

<sup>6</sup> *Loc. Cit.* Nota al pie 15.

<sup>7</sup> *Ibid.* Pág. 10.

<sup>8</sup> *Ibid.* Pág. 12.



únicamente producir efectos, tales como realizar una denuncia penal, ejercer derecho de petición administrativa, formular una demanda, presenciar una diligencia, rendir testimonio, etc<sup>9</sup>.

En Guatemala, el Código Civil no contiene definiciones legales de los conceptos doctrinales expuestos. Del negocio jurídico se limita a indicar sus elementos constitutivos, al establecer en su Artículo 1251:

“El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”.

Sobre estos elementos podría profundizarse mucho, pero, no es el objeto de este trabajo: basta a nuestros fines examinar la noción de negocio jurídico y contrato en el derecho nacional.

La Exposición de Motivos de nuestro Código Civil, siguiendo a los renombrados juristas españoles Puig Peña y Castán Tobeñas, es explícita al afirmar que para referirse al negocio jurídico regulado en el Título I de la Primera Parte del Libro V, “Derecho de Obligaciones”, han querido distanciarse de la sinonimia con “acto jurídico” empleada por los franceses:

“La expresión “negocio jurídico”, dice Puig Peña, ha ganado el favor de la doctrina e incluso el de las legislaciones. En Francia tardaron mucho en adoptar el término “negocio jurídico”, y todavía muchos tratadistas emplean la frase, ya en ellos tradicional, de “acto jurídico”. (...) Ha hecho fortuna en Alemania la denominación de “negocios jurídicos”, (...) la que emplean los pandectistas y civilistas más autorizados del mundo jurídico y no prestarse a equívocos, como sucede con la de “acto jurídico”, que tanto significa la

<sup>9</sup> Cfr. Ob. Cit. Págs. 10 y 11.



operación jurídica como el escrito o instrumento destinado a constatar (...). Suficiente estas citas de autores tan modernos<sup>10</sup> para explicar el término “negocio jurídico” que empleamos en el título I...”<sup>11</sup>.

Para Federico Ojeda Salazar, principal redactor de la Exposición de Motivos, es “la declaración de voluntad lo que constituye el fondo esencial del negocio jurídico”<sup>12</sup>.

Por su parte, la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia (Tribunal de Casación) en una ocasión definió el negocio jurídico como:

“[L]a declaración o declaraciones de voluntad privada encaminadas a conseguir un fin práctico jurídico, a las que el ordenamiento jurídico, reconoce como base para producir determinadas consecuencias jurídicas”<sup>13</sup>.

Similarmente, en una posterior sentencia acogió la definición que da Puig Peña siguiendo a Castán Tobeñas:

“Por negocio jurídico se entiende, según Castán: «el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento jurídico establece» (Puig Peña, Federico. Compendio De Derecho Civil Español. Tomo I. Tercera Edición. Ediciones Pirámide. S.A. 1976)”<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> N. del A.: el Código Civil de Guatemala data de 1963.

<sup>11</sup> Exposición de Motivos del Código Civil, en Gramajo Castro, Juan Pablo. *Código Civil Comentado y Anotado*, 2ª edición. Pág. 497.

<sup>12</sup> *Loc. Cit.*

<sup>13</sup> Sentencia de 15 de junio de 2000, Expediente 200-99.

<sup>14</sup> Sentencia de 27 de mayo de 2002, Expediente 22-2002.

En esta misma seguidamente agrega la curiosa afirmación de que “el matrimonio en nuestra legislación no es un negocio jurídico, pero la adopción de su régimen económico, sí lo es” (lo cual consagra como uno de los enunciados en el encabezado de “Doctrina” del respectivo fallo).



En tanto dichos razonamientos jurisprudenciales siguen a autores que los mismos redactores de nuestro Código tuvieron como base, parece razonable y coherente con la intención y conceptos que inspiran la regulación civil del país.

El contrato tampoco se encuentra definido en el Código Civil. Se regula de modo general en el Título V de la Primera Parte del Libro V, como una de las fuentes de las obligaciones:

Su carácter como esencialmente nacido por el concurso de **dos o más voluntades** se consagra en el Artículo 1517:

“Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

Su carácter **patrimonial** se delimita a partir de lo dispuesto por el Artículo 2158, el cual establece las materias que no pueden ser objeto del contrato de transacción y, por tanto, de ningún contrato en general, en la línea de lo que ya asentaba el jurista romano Paulo en sus *Sententiae* (1, I, 1), “*De his rebus pacisci possumus, de quibus transigere licet: et his enim pacti obligatio solummodo nascitur*”<sup>15</sup>

---

Tal criterio parece radicar (no lo dice explícitamente) en el carácter patrimonial de la adopción de régimen económico frente al carácter familiar del matrimonio en sí. Nos parece que la cita de Castán, por sí sola, no justifica en absoluto diferenciar el negocio jurídico por esta característica: la patrimonialidad, característica de los contratos, serviría para afirmar que el matrimonio no es un contrato, pero no es suficiente para afirmar que no es un negocio jurídico. Por el contrario, Bohórquez Orduz sí ubica al matrimonio como un negocio jurídico, en cuanto dispositivo de intereses familiares (Cfr. Ob. Cit. Págs. 11 y 12). Por lo demás, hay negocios jurídicos de disposición patrimonial que no son a su vez contratos: el ejemplo por excelencia sea quizá el testamento, esencialmente unilateral.

En el derecho guatemalteco, podemos afirmar que el matrimonio no es un negocio jurídico, a mi entender, solo en el sentido de que está sujeto a un régimen propio que regula sus elementos esenciales y, consecuentemente, su insubsistencia y nulidad, etc., y no a las normas generales del negocio jurídico como categoría civil abstracta. Pero la diferenciación apuntada por el Tribunal de Casación, en la cita referida, no me parece adecuada.

<sup>15</sup> “En el derecho antiguo, el pacto era un convenio por el cual el autor de un delito evitaba la pena mediante el pago de una cantidad de dinero. De ahí que en época clásica el pacto continuara siendo un convenio por el que se evitaba una agresión procesal a cambio de alguna prestación. El prototipo de los pactos en derecho clásico fue la *transactio*, por la que se solucionaba un conflicto sin necesidad de juicio. (...) El pacto que tuvo este origen se usó, ya en derecho clásico, para otros fines. (...) Por medio de pactos también se podía determinar el contenido de las obligaciones bilaterales o contractuales, en cuyo caso, el cumplimiento del pacto era exigible por la acción contractual correspondiente, por ejemplo exigir el pago del precio al



("Podemos pactar sobre las cosas sobre las cuales es lícito transigir: pues la obligación de pacto solamente nace de éstas"):

"Se prohíbe transigir: / 1º. Sobre el estado civil de las personas; / 2º. Sobre la validez o nulidad del matrimonio o del divorcio; / 3º. Sobre la responsabilidad penal en los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio; pero puede transigirse sobre la responsabilidad civil proveniente del delito; / 4º. Sobre el derecho a ser alimentado; pero no sobre el monto de los alimentos y sobre alimentos pretéritos; y, / 5º. Sobre lo que se deja por disposición de última voluntad, mientras viva el testador o donante".

Su carácter **obligatorio** lo establecen los Artículos 1519 y 1534:

"Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes".

"Los que celebren un contrato, están obligados a concluirlo y a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inejecución o contravención por culpa o dolo".

La Corte de Constitucionalidad ha expuesto los principios generales y básicos de la contratación, en estos términos:

"Esta Corte, como cuestión previa, considera oportuno reflexionar respecto de la naturaleza de los contratos y las consecuencias que produce su incumplimiento, y por ello afirma, en primer lugar, que los dos principios básicos de la teoría clásica del contrato son: la libertad de las partes para

---

comprador con la acción de compra en el lugar pactado". (J. Adame Goddard, *Los Pactos en las 'Sentencias de Paulo'* – Análisis del Título 1 del Libro Primero, páginas 3 y 4).



celebrarlos y la fuerza obligatoria de estos para dichas partes. El reconocimiento es fundamental porque de allí deriva la certeza y la seguridad jurídica que deben imperar en las relaciones que se desarrollen en la comunidad, lo que significa, en síntesis, la seguridad en el cumplimiento de los compromisos que se asumen. Para ello, debe entenderse que lo expresado en el contrato es el fiel reflejo de la intención y la voluntad de las partes, y por lo tanto, atendiendo a su autonomía como el poder de autorregulación de sus intereses, los contratantes no pueden negarse a cumplir con las obligaciones asumidas en el contrato o con alguna de sus cláusulas. Emmanuel Kant estableció un imperativo categórico para este tipo de situaciones. Se debe actuar de manera que el comportamiento de las personas se rija como si cada uno fuera legislador en una sociedad de hombres razonables que obedecen normas comunes. Expresado en términos comunes se debe actuar con los demás como se quiere que los demás actúen con uno. Esta reflexión se realiza, en el entendido de que todos los habitantes de Guatemala (...) deben actuar de buena fe, pero fundamentalmente, respetando la ley y los compromisos asumidos, entre ellos, los contratos que celebran (...)"<sup>16</sup>.

En cuanto a la normativa aplicable a los contratos, también es importante lo que afirma la Corte de Constitucionalidad en la siguiente cita jurisprudencial:

“Por lo general, las normas jurídicas se caracterizan por su imperatividad, pues poseen un mandato contenido en la norma que tiene por finalidad ser cumplido (son independientes de la voluntad del sujeto ya que éstos no pueden prescindir de su contenido, se debe cumplir la voluntad del legislador)<sup>17</sup>; sin embargo, el mandato normativo no siempre tiene el carácter de una imposición o prohibición al ciudadano, pues en ocasiones,

<sup>16</sup> Sentencia de 7 de mayo de 2010, Expediente 2619-2009.

<sup>17</sup> N. del A.: con estas palabras, el Máximo Tribunal Constitucional del país parece consagrar las concepciones imperativistas y voluntaristas de la norma jurídica, las cuales han sido ampliamente criticadas en la Filosofía del Derecho.



la norma faculta a las personas para decidir la realización de determinado acto u omisión, derivado de intereses particulares (a partir del principio de la autonomía de la voluntad), sobre todo, en el ámbito del Derecho Privado. Desde ese punto de vista, pueden distinguirse dos tipos de normas, a saber:

**"a) normas imperativas**, las cuales se caracterizan por contener un mandato normativo que no permite modificación alguna por los particulares; por lo tanto, la consecuencia jurídica queda obligatoriamente circunscrita a la previsión legal preestablecida derivada del supuesto de hecho, sin que la voluntad contraria de los sujetos intervinientes pueda sustituirlo por otra regla diferente;

**"b) normas dispositivas**, que son mandatos normativos reguladores cuyos supuestos de hecho conllevan la observancia de la consecuencia jurídica contenida en la norma, cuando no existan reglas nacidas de la voluntad expresa de las personas interesadas, en tal caso, la norma jurídica desempeña una función supletoria"<sup>18</sup>.

De esa manera se reconoce a la voluntad privada la eficacia jurídica para normar relaciones entre particulares, con prioridad respecto de la norma legislada, la cual queda con carácter supletorio. Así lo ha reconocido expresamente la Corte de Constitucionalidad en otras ocasiones:

"De las reglas anteriormente transcritas (...) con base en la libertad de contratación referida, característica del Derecho privado, este Tribunal determina que es esta última mencionada la que rige en el asunto (...); ello con observancia del principio ya citado de libertad contractual, que hace prevalecer la voluntad que expresen en cada negocio jurídico las partes por

<sup>18</sup> Sentencia de 7 de julio de 2011, Expediente 387-2010.



sobre las disposiciones generales previstas en la ley, cuando ésta posee carácter privativo. La primacía [de la disposición legal] (...) acaecerá solamente en los casos en los que no haya quedado expresado ningún pacto lícito en contrario”<sup>19</sup>.

Así, el contrato es una de las expresiones jurídicas más características de la autonomía de la voluntad, cuya tutela consagra con rango de derecho humano el Artículo 5º de la Constitución:

“Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; (...)”.

Otras bases constitucionales de importancia para el derecho contractual son la propiedad privada, contemplada en el Artículo 39 de la Carta Magna:

“Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. (...)”.

Dicha norma tutela el derecho fundamental a la libre disposición del patrimonio, que hemos visto como característica principal del contrato y puede entenderse en un sentido amplio, no limitado a los bienes corporales sino también a los incorporales<sup>20</sup>. Para nuestro tema, cabe resaltar que dentro de los bienes

<sup>19</sup> Sentencia de 18 de septiembre de 2008, Expediente 498-2008.

<sup>20</sup> El Código Civil vigente no regula expresamente las categorías de bienes corporales e incorporales, limitándose a mencionar los bienes corporales y derechos en el Artículo 616. Sin embargo, la Exposición de Motivos del Código sí se refiere a la clasificación de bienes corporales e incorporales como un concepto subyacente a la regulación de los bienes, al explicar el Artículo 446.

El Código Civil guatemalteco de 1877 sí establecía, en su Artículo 503, que “Las cosas que pueden ser objeto de propiedad son corporales ó incorporales. / Corporales se llaman las que percibimos con los sentidos: las demás son incorporales, como los derechos y acciones” (la ortografía es del original de la época).

Por su parte, la actual Ley de Garantías Mobiliarias define, para efectos de la misma, los bienes corporales como “todo tipo de bienes (...) físicos”, y los incorporales como “Todo bien (...) que no sea corporal”, en su artículo 2, literales d) y e).

Las normas más generales sobre bienes en el actual Código Civil son las siguientes: “Artículo 442.—Son bienes las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación, y se clasifican en inmuebles y muebles”; “Artículo 443.—Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley”; “Artículo 444.—Están fuera del comercio por su naturaleza, las que no pueden ser poseídas exclusivamente por ninguna persona, y por disposición de la ley, las que ella declara



incorporales se incluyen las obligaciones de servicio personal y los derechos de autor de la propiedad literaria y artística, conforme el Artículo 451, numerales 5 y 6, del Código Civil:

“Son bienes muebles: (...) / 5o. Los derechos de crédito referentes a (...) servicios personales; y, / 6o. Los derechos de autor (...) comprendidos en la propiedad literaria, artística (...)”.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en conexión con lo anterior, que la Constitución también tutela la libertad de industria, comercio<sup>21</sup> y trabajo, en su Artículo 43.

## 1.2. Tipicidad contractual

El contrato de representación musical o *music management*, como tal, no se encuentra regulado en la legislación guatemalteca, y el propósito de este trabajo de investigación es determinar en qué forma su práctica se halla extendida en los medios sociales pertinentes, y las consecuencias jurídicas que eso pueda tener.

Por tanto, una de las nociones jurídicas más importantes con la cual se vinculan todos esos aspectos es el de la *tipicidad contractual*, haciendo necesario detenernos a examinarla como un punto de partida.

### 1.2.1. Doctrina

La autora María Elisa Camacho López define la tipicidad contractual como “el mecanismo a través del cual se regula una figura que anteriormente se encontraba

---

irreductibles a propiedad particular”.

<sup>21</sup> La Corte de Constitucionalidad ha precisado que el comercio se entiende como “la actividad lucrativa que ejerce cualquier persona física o jurídica, sea en forma individual o colectiva, intermediando directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza” (sentencia de 10 de noviembre de 1998, Expediente 444-98).



en la realidad social (...) cuando la figura encontrada en la sociedad cumple una función económico-social relevante para el derecho<sup>22</sup>. Dicha tipicidad cumple dos funciones:

- Función *individualizadora*: “consiste en distinguir las figuras que se pueden encontrar en la realidad social de acuerdo con la materia a la cual pertenecen, es decir, nos permite diferenciar las figuras contractuales de las penales o fiscales ubicándolas como tipos distintos<sup>23</sup>.”
- Función *jurídica*: la cual comprende dos aspectos:
  - **Configuración**: “se hace a través de una descripción de los elementos que la componen, estableciendo el supuesto de hecho<sup>24</sup>.”
  - **Regulación**: “consiste en determinar los efectos jurídicos que corresponden a ese supuesto de hecho<sup>25</sup>.”

La tipicidad puede originarse tanto en la ley como en otras fuentes jurídicas. Por eso la doctrina considera la existencia de dos clases de tipicidad<sup>26</sup>:

<sup>22</sup> Camacho López, María Elisa. *Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana*. Páginas 2 y 3.

<sup>23</sup> *Ibid.* Página 3.

<sup>24</sup> *Loc. Cit.*

<sup>25</sup> *Loc. Cit.*

<sup>26</sup> Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos. Tomo I*. Páginas 16 y 17; Camacho López. *Ob. Cit.* Página 3.

En algunos autores se encuentra una equiparación o sinonimia entre los términos “típico” y “nominado”, y “atípico” e “innominado”, para referirse a los contratos según su tipicidad. En el derecho guatemalteco, hemos encontrado esta sinonimia en la sentencia de casación de 28 de marzo de 1985 (Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil – Considerando III).

Sin embargo, en el presente trabajo no se emplea de este modo, sino que nos adherimos a la terminología que nos parece correcta:

“[L]a equiparación de los conceptos de tipicidad y nominación (...) es erróne[a] por cuanto tales figuras se refieren a fenómenos distintos, así pues, mientras la tipicidad (...) implica la regulación de figuras contractuales (...) mediante la ley, el nominalismo por el contrario es un concepto que en su origen estaba referido a la eficacia obligatoria del contrato (...). [N]o es posible utilizar en forma equivalente el concepto de nominalismo al de tipicidad (...). **[L]a tipicidad es diferente de la nominación, de forma tal que un contrato puede tener un nombre reconocido por la ley pero no estar regulado**” (Camacho. *Ob. Cit.* Páginas 6 y 7; el resaltado es mío).

Un ejemplo de lo anterior, en el medio guatemalteco, es el contrato de *franquicia*. Se menciona por nombre (es nominado) en el último párrafo del artículo 46 de la Ley de Propiedad Industrial: “En lo que se refiere a la



- **Tipicidad legal:** se hace a través de la ley, es decir, referida a los contratos disciplinados en la legislación.
- **Tipicidad social:** proviene de fuentes distintas de la ley, comúnmente la costumbre o la jurisprudencia.

En consecuencia, pueden existir contratos que carezcan de tipicidad legal pero sí tengan tipicidad social. La tipicidad, tanto legal como social, se manifiesta en dos órdenes<sup>27</sup>:

- **Primero, o parte general:** el concepto mismo de contrato. En cuanto el contrato es fuente de obligaciones, éstas solo provienen de relaciones jurídicas que reúnan los requisitos establecidos por la ley para constituir un contrato (salvo la existencia de otras fuentes jurídicas distintas). En la legislación guatemalteca, la tipicidad contractual de primer orden se halla determinada por los Artículos 1517 y 2158 del Código Civil.
- **Segundo, o parte especial:** la descripción de las diversas clases de contratos que se pueden celebrar. Respecto de esta parte especial es que más se conoce la cuestión de la tipicidad, en que se habla de contratos típicos y atípicos.

Para el jurista argentino Ricardo Luis Lorenzetti, “un negocio jurídico bilateral es calificado como típico cuando es un supuesto de hecho que encuadra

---

materia regulada por esta ley, los contratos de franquicia se registrarán también por las disposiciones de este capítulo”. Sin embargo, no puede esto considerarse una tipicidad legal del contrato, ya que “no basta que uno o algunos de los elementos de un contrato encajen en uno o en más de un contrato típico para considerarlo tal, sino que para ser típico la regulación debe ser completa, de ese contrato, no tomando elementos de varios” (Gastaldi, J. *Contratos*. Página 173, citado por Camacho en Ob. Cit., página 7): por tanto, la regulación de la licencia de uso de marca y otras figuras de la Propiedad Industrial, que suelen ser elementos del contrato de franquicia, no constituye una tipicidad propia de dicho contrato, por lo que sigue siendo legalmente atípico aunque se encuentre nominado en ley.

<sup>27</sup> Cfr. Lorenzetti. Ob. Cit. Página 20.



perfectamente en la descripción legal o social, sin apartarse en las finalidades. El apartamiento del tipo se configura cuando las disposiciones del contrato se apartan de la finalidad económico-social del mismo<sup>28</sup>, mientras que "el contrato es calificado como *atípico puro* cuando es obra de las partes sin referencia a ninguna previsión típica. La creación de un contrato novedoso presenta el problema de su admisibilidad, pero no de calificación, ya que no se adapta a ninguna categoría. Una vez admitido se aplican los preceptos elaborados por las partes<sup>29</sup>. Esto último atañe a las disposiciones específicas del contrato, sin perjuicio de que, por el hecho mismo de ser contrato, le resultan aplicables las normas generales de dicha institución jurídica.

Lo que Lorenzetti denomina *contrato atípico puro* es llamado *contrato totalmente atípico* por Camacho: "[C]uando una figura contractual se encuentra en la realidad social pero no es utilizada en forma reiterada por las personas sino que proviene de una excepcional disposición de intereses, lo que explica que no sea regulada por la costumbre o la jurisprudencia, y menos aún por la ley, estaremos frente a un *contrato totalmente atípico*, pues no tiene tipicidad social ni legal; aún así, (...) esta clase de figuras contractuales también tienen lugar en el ordenamiento jurídico en virtud del ya mencionado principio de la autonomía de la voluntad"<sup>30</sup>.

La tipicidad legal puede realizarse de cuatro formas:

- **Directa:** "además de describir la figura contractual en sus elementos y características, dando lugar a su configuración, la regula de acuerdo con dicha descripción, constituyendo una regulación propia e independiente"<sup>31</sup>.
- **Por remisión:** "al compartir un elemento que se reputa como dominante con otra figura contractual, le fijan la regulación prevista para este último"<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Lorenzetti. Ob. Cit. Página 32.

<sup>29</sup> Loc. Cit. El énfasis es mío.

<sup>30</sup> Ob. Cit. Página 3. El énfasis es mío.

<sup>31</sup> Camacho. Ob. Cit. Página 4.



- **Completa:** “cuando el grado de extensión de la regulación sea suficiente, de tal forma que el intérprete no se tenga que remitir a una regulación supletoria o subsidiaria”<sup>33</sup>.
- **Incompleta:** “el legislador (...) señala al intérprete una regulación de carácter subsidiario a la cual puede acudir en caso de presentarse algún vacío, perteneciendo esta última a otra figura contractual con la cual ambos tipos de contratos tienen aspectos en común”<sup>34</sup>.

En cuanto a los contratos atípicos, estos pueden clasificarse de la siguiente manera:

- **Contratos atípicos con tipicidad social:** “aquellos contratos que no han sido regulados por la ley pero cuyo uso reiterado en la sociedad ha permitido su reconocimiento por parte de otras fuentes del derecho como por ejemplo la costumbre y la jurisprudencia”<sup>35</sup>. A su vez, pueden ser:
  - Contratos **mixtos**: “conjugan los elementos de diversos contratos típicos en un solo contrato”<sup>36</sup>. Pueden darse de diversas maneras:
    - Contratos **combinados o gemelos**: “una de las partes se compromete a varias prestaciones correspondientes cada una de ellas a diferentes tipos de contratos, mientras que el otro contratante se obliga solamente a una prestación unitaria”<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> Loc. Cit.

<sup>33</sup> Loc. Cit.

<sup>34</sup> Loc. Cit.

<sup>35</sup> Ibid. Página 13.

<sup>36</sup> Loc. Cit.

<sup>37</sup> Loc. Cit.



- Contratos **mixtos en sentido estricto**: “compuestos por un elemento que representa un contrato de otro tipo”<sup>38</sup>.
- Contratos **de doble tipo**: “todo su contenido encaja en dos o más figuras contractuales de tal forma que se manifiesta como un contrato tanto de una especie como de otra”<sup>39</sup>.
- Contratos **con contenido autónomo e independiente** de otras figuras contractuales: “no resultan de la combinación de prestaciones o elementos de diferentes figuras contractuales sino que (...) debido al particular fin económico social que pretenden alcanzar se separan de dichos elementos para configurar un contrato con un contenido propio y autónomo”<sup>40</sup>. Su naturaleza autónoma se establece a raíz de la causa del contrato.

<sup>38</sup> *Ibid.* Página 14. La autora que seguimos aclara que para algunos estudiosos el contrato mixto es en realidad un contrato simulado, no atípico: por ejemplo, la donación o la transacción que contienen una compraventa, o un contrato de servicios que implica un contrato de sociedad (cfr. *Loc. Cit.* Notas al pie 32 y 33).

<sup>39</sup> *Ibid.* Página 15. Para algunos autores, esta categoría no es realmente un contrato mixto, pues no resulta de la combinación de prestaciones o elementos simples, sino se trata realmente de un “contrato único bifronte”, o no representa realmente dos especies de contratos ya que no encaja íntegramente en cada una de ellas (cfr. *Loc. Cit.*, y nota al pie 35).

<sup>40</sup> *Loc. Cit.* Por ejemplo, aunque el llamado *leasing* es muy similar a la compraventa con reserva de dominio, o al arrendamiento con opción de compra, lo que motiva su celebración no se equipara con lo que motiva las otras figuras: su causa, como fin económico social, es distinta.

Así lo ha considerado la jurisprudencia colombiana, según cita la autora que seguimos (cfr. *Loc. Cit.* Nota al pie 36). En cambio, en Guatemala hemos encontrado algunas sentencias de casación en que, ya sea las partes en sus argumentos o el Tribunal en su consideración, han equiparado el *leasing* con el arrendamiento con opción de compra, o aún denominándole “arrendamiento financiero” no deslindan totalmente su naturaleza de la figura de opción de compra: véase Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, sentencias de 27 de marzo de 2003, 13 de octubre de 2011 (Expediente 393-2010), 19 de septiembre de 2008 (Expediente 217-2007); Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuiicio, sentencia de 9 de marzo de 2005 (Expediente 174-2004).

Por su parte, en la sentencia de 18 de febrero de 2004 (Expediente 83-2003) la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, se refiere al “arrendamiento financiero con opción de compra” (sin llamarle *leasing*) como “mercantil atípico, es decir que no está regulado en la ley y que no obstante se practica en la realidad del comercio”.

También sin denominarle *leasing*, la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil ha considerado que “En términos generales el contrato de arrendamiento financiero es un contrato atípico, consistente en una negociación de determinados bienes que son entregados a título de arrendamiento, en el cual al vencimiento del plazo, es posible continuar con el contrato en nuevas condiciones o bien se tiene la opción de adquirir los bienes en compra” (sentencia de 24 de enero de 2007, citada por Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, en sentencia de casación de 28 de marzo de 2008, Expediente 232-2007).



- **Contratos absolutamente atípicos:** “se caracteriza por no tener tipicidad legal ni social, esto es, falta de reconocimiento por la ley o por las denominadas fuentes materiales del derecho como la costumbre y la jurisprudencia debió a que los particulares no recurren a ellas en forma reiterada (...). Dentro de esta categoría contractual también se pueden distinguir los contratos mixtos y aquellos cuyo contenido es autónomo e independiente de otras figuras contractuales”.

Además de los contratos atípicos, hay figuras afines o similares a éstos que, sin embargo, no suscitan la problemática del régimen jurídico aplicable a los mismos, por lo que es necesario distinguirlos claramente de los contratos atípicos. La autora que seguimos señala los siguientes:

- **Uniones de contratos:** “a pesar de existir múltiples prestaciones éstas provienen de varios contratos y no de uno solo como ocurre con los contratos atípicos (...) mixtos, (...). [E]l elemento que nos permite distinguir entre una y otra figura es la causa del contrato: (...) en el contrato complejo hay unidad de causa, mientras que en la unión de contratos se presenta una pluralidad de ellas. (...) [C]uando las partes combinan elementos, fundiendo prestaciones de diversos tipos contractuales en un contrato único, éste resulta ser atípico y se le somete a la normatividad del tipo prevalente. (...) La unicidad de este tipo de contratos depende del hecho de que las partes lo han querido como unitario, lo que (...) es una cuestión de hecho que en cada caso se debe apreciar. Distinta del contrato complejo o mixto es la figura a que dan lugar varios contratos funcional y teleológicamente coligados (e interdependientes)”<sup>41</sup>. La unión de contratos puede manifestarse de diversas maneras:

---

<sup>41</sup> *Ibid.* Página 17.



- Unión **meramente externa**: “los contratos se encuentran unidos simplemente por el acto de conclusión, (...) si el acuerdo de voluntades se hace constar por escrito en él se recogerán cada una de las figuras contractuales [...] completa e independiente de la otra”<sup>42</sup>.
  
- Unión **con dependencia unilateral o bilateral**: “los contratantes celebran varios contratos queridos como un todo, ya sea porque uno dependa del otro, o porque tengan dependencia recíproca, tal dependencia se sustrae de las estipulaciones consagradas por las partes o de las relaciones económicas existentes entre las diferentes prestaciones”<sup>43</sup>.
  
- Unión **alternativa**: “se presenta por estar pendiente una condición de la cual deriva la naturaleza definitiva de la figura contractual convenida”<sup>44</sup>. A juicio de la autora citada, no existe verdadera unión pues al cumplirse la condición, se concreta una sola figura contractual y no ambas.
  
- **Contratos típicos con prestaciones subordinadas de otra especie**: “la prestación subordinada no resulta suficiente como para hablar de un contrato complejo (...). [S]erá necesario por lo menos respecto de dicha prestación observar por analogía las disposiciones que regulan contractual de la cual proviene”<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> *Ibid.* Página 18.

<sup>43</sup> *Loc. Cit.*

<sup>44</sup> *Ibid.* Página 19.

<sup>45</sup> *Ibid.* Página 20.



- **Subcontrato:** “se celebra un contrato para la ejecución de otro de igual naturaleza, dependiendo entonces el primero, denominado subcontrato, del segundo cual es el contrato originario”<sup>46</sup>.

Por último, la doctrina aborda la problemática del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos, que viene a ser la más importante que surge en torno a ellos<sup>47</sup>:

- En primer lugar, se aplican las **normas generales sobre contratos y obligaciones**. Sin embargo, esto es insuficiente en cuanto atañe solo a la tipicidad de primer grado o primer orden, por lo cual no dará respuesta a todas las dificultades que plantee el contrato atípico considerado en sí mismo y no dentro de la categoría general del contrato.
- En cuanto a las **estipulaciones de las partes**, si éstas disponen expresamente la regulación del contrato atípico, resuelven el problema de su régimen aplicable, haciendo innecesario acudir a los demás mecanismos descritos en la doctrina.

Es claro que la voluntad de las partes ha de ser la principal fuente normativa del contrato atípico (en efecto, de cualquier contrato), pero si la misma no fuere suficiente, la doctrina plantea el siguiente orden de mecanismos para resolver el problema del régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos:

- Para contratos legalmente atípicos con tipicidad social, deben aplicarse primero las normas que según **la costumbre y la jurisprudencia** la rigen.
- Si las normas anteriores son insuficientes para regular contratos legalmente atípicos con tipicidad social, o en el caso de contratos totalmente atípicos, serán aplicables:

<sup>46</sup> *Ibid.* Página 21.

<sup>47</sup> Para todo lo que sigue, cfr. *Ibid.* Páginas 21 a 32.



- Para los **contratos mixtos**: las que correspondan según tres teorías o mecanismos:
  - Teoría de la **combinación**: “consiste en identificar, por una parte, los distintos elementos que componen la figura contractual atípica y por otra, las normas que regulan cada uno de esos elementos en el contrato típico del cual provienen, de manera tal que el régimen jurídico del respectivo contrato mixto se conforme por las normas que regulan cada uno de esos elementos”<sup>48</sup>.
  - Teoría de la **analogía**: “se regulará el contrato atípico por las normas del contrato típico con el cual tenga mayor afinidad”, siendo que “la semejanza debe ser evidente y suficiente para poder recurrir a ella”<sup>49</sup>.
  - Teoría de la **absorción**: “se debe aplicar al contrato mixto las normas correspondientes al contrato típico del cual provenga el elemento o prestación prevalente”<sup>50</sup>.
- Para los **contratos atípicos con contenido autónomo e independiente de otras figuras contractuales**: el juez debe indagar la especial función económico-social que se busca con el contrato.

<sup>48</sup> *Ibid.* Página 26.

<sup>49</sup> *Ibid.* Páginas 28 y 29.

<sup>50</sup> *Ibid.* Página 24.



### 1.2.2. Derecho guatemalteco

En el derecho guatemalteco, la posibilidad de celebrar contratos atípicos se encuentra plenamente acogida tanto a nivel constitucional como de ley ordinaria, en virtud de las normas sobre libertad de acción, de disposición patrimonial, de comercio, y autonomía de la voluntad, que hemos citado antes en el presente capítulo al examinar el marco general de la contratación conforme el ordenamiento jurídico nacional.

Existe, pues, un marco jurídico general atinente a la tipicidad de primer orden o primer grado, como paso inicial para determinar el régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos. Asimismo, hemos visto que las Cortes han sostenido en su jurisprudencia la prevalencia de la autonomía de la voluntad por encima de las normas dispositivas legales.

Con esto, quedan acogidas en el derecho guatemalteco las primeras dos fuentes normativas que la doctrina plantea para los contratos atípicos: ***normas generales de tipicidad de primer grado, y voluntad de las partes.***

Es posible encontrar algunas sentencias<sup>51</sup> que sirven como ejemplos jurisprudenciales en que la contratación atípica ha recibido la debida tutela jurisdiccional, las cuales nos pueden brindar adicionales ideas sobre su regulación.

De entre ellas, nos parece de interés mencionar la sentencia de casación de fecha 18 de febrero de 2004, dictada por la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, dentro del Expediente 83-2003, en la que se reconoce validez jurídica a un

---

<sup>51</sup> Además de las que son citadas en el texto principal, pueden verse también: Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, Expediente 566-2009, 16 de febrero de 2010; Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, Expediente 232-2007, 28 de marzo de 2008.



contrato atípico<sup>52</sup>, se precisan las bases de interpretación que le corresponden según su carácter mercantil<sup>53</sup>, y se hace aplicación supletoria del Código Civil tanto por su supletoriedad general respecto de contratos y obligaciones mercantiles como en virtud de regular un contrato típico cuyos elementos guardan semejanza con la figura contractual atípica bajo examen<sup>54</sup>.

Este último aspecto es importante por cuanto constituye ejemplo de uno de los mecanismos normativos de contratos atípicos que hemos expuesto en la parte doctrina: la Corte no expresa si se ha basado en alguna teoría de las estudiadas, pero nos parece que puede adscribirse al procedimiento que propone la teoría de la absorción, pues prácticamente ha regulado el contrato de *leasing* a través de las normas del arrendamiento civil, si bien ha aplicado también el principio general de interpretación del Código de Comercio, así como normas generales sobre Derecho de Obligaciones en el Código Civil.

Sin entrar a analizar los aspectos específicos del negocio y caso en cuestión, baste al interés de nuestro estudio citar la siguiente afirmación de carácter general hecha por el Tribunal de Casación en la sentencia antes mencionada:

“El contrato celebrado entre las partes (...) es un contrato mercantil atípico, es decir que no está regulado en la ley y que no obstante se practica en la realidad del comercio; ante lo cual su interpretación debe basarse en los principios que inspiran esta clase de contratos, como lo son: el de verdad

<sup>52</sup> Se trata de un “contrato de arrendamiento financiero de vehículo con opción de compra a precio fijo”. En el apartado precedente de este capítulo hemos observado, en el texto principal y en nota al pie, cómo algunos sectores de la doctrina consideran que el contrato de *leasing* es distinto del arrendamiento con opción de compra en virtud de la finalidad económica que persigue, mientras que en la jurisprudencia guatemalteca se ha tendido en cambio a equiparar ambas figuras.

En consecuencia, hay precisiones conceptuales que podrían hacerse en torno a la ubicación de esta figura dentro de las categorías doctrinales de los contratos mixtos o de los contratos atípicos puros. Sin embargo, el presente estudio no tiene por objeto la figura del *leasing*, y lo importante para nosotros es señalar que, teniéndosele como contrato atípico, se ha reconocido su validez jurídica.

<sup>53</sup> Adicionalmente, aunque no de interés directo para nuestro estudio, el Tribunal de Casación estima que también debe interpretarse conforme lo establecido para los contratos de adhesión, por participar de dicha naturaleza el negocio atípico examinado.

<sup>54</sup> En efecto, el Tribunal de Casación aplica en el caso normas del contrato de arrendamiento, así como normas generales del Derecho de Obligaciones relativas al plazo.



sabida y buena fe guardada, establecidos en el Artículo 669 del Código de Comercio. Es así, que las partes obligadas conocen sus derechos, obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar (...)"<sup>55</sup>.

Esta sentencia, una vez calificado el contrato atípico en cuestión como de naturaleza mercantil, lo reconduce a la aplicabilidad de las normas generales sobre contratos y obligaciones mercantiles, como primer paso para determinar su régimen jurídico aplicable. Ciertamente no resuelve esto todos los retos que su examen jurídico pueda plantear, pero es una base adecuada como punto de partida.

Al respecto cabe mencionar que algunas normas generales sobre contratos y obligaciones lo serán respecto de una disciplina jurídica determinada: así, a la normativa general del derecho común (Civil) deberán agregarse (en ocasiones, con carácter prevalente) los principios y normas generales de contratación y obligación en lo Mercantil, en el Derecho de Autor y Derechos Conexos, etc.

Por su parte, la sentencia de casación dictada por la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, el 28 de marzo de 1985, gira en torno a un contrato que la respectiva Sala de Apelaciones calificó como un contrato atípico<sup>56</sup>, respecto de lo

<sup>55</sup> En igual sentido se pronunció el **voto razonado disidente** de la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad dentro del Expediente 193-2004, el 12 de mayo de 2003 (no relacionada con el caso resuelto por la sentencia de casación arriba citada, aunque ambas versan sobre un *leasing*):

"[E]l supuesto arrendamiento al que se alude (...) no constituye en puridad un arrendamiento civil, pues al que se hace alusión en las sentencias es un contrato atípico, de aquellos que la doctrina denomina contratos de *leasing* (arrendamiento con opción a compra) que aún cuando no encuentren una nominación en el actual Código de Comercio, su regulación e interpretación deben hacerse conforme a este último Código de acuerdo con el Artículo 669 del mismo".

Nótese que en el trasfondo de dicha afirmación parece advertirse la equiparación entre tipicidad y nominación, que ya hemos discutido (y rechazado) en la sección anterior.

<sup>56</sup> En el apartado de Antecedentes de la sentencia referida, se resume el contrato de la siguiente manera: "[E]n convenio del veintiocho de agosto de mil novecientos ochenta, los ingenios, Pantaleón y Tululá, se obligaron a suplirle a El Pilar para la zafra de mil novecientos setenta y nueve mil novecientos ochenta, más o menos treinta mil quintales de azúcar cruda que entregarían a la Distribuidora Azucarera Guatemalteca, para completar la cuota de azúcar correspondiente al Ingenio El Pilar. Este ingenio quedaba obligado a devolver el azúcar suplida a más tardar el treinta de noviembre a los ingenios Pantaleón y Tululá, ciento veinte libras de azúcar por cada quintal prestado, o la suma de treinta y ocho quetzales setenta y tres centavos por cada quintal.



cual una de las partes argumentó en casación que “como la Sala (...) lo califico como contrato atípico, debió desestimar todas las peticiones de sentencia formuladas por el demandante, puesto que estaban subordinadas a la calificación del contrato como ‘mutuo’”, criterio que el Tribunal de Casación rechazó, respondiendo en cambio lo siguiente:

“[L]a actividad judicial no puede constreñirse a tipificar los contratos, sino a estudiar el contenido de ellos en orden a que las obligaciones inter partes y las condiciones adoptadas no sean contraventoras de la ley, ilícitas o imposibles. De suerte que bajo tal concepto, habiendo las partes aceptado el contenido del convenio y las condiciones insertas en él, en manera alguna puede aceptarse la tesis de que se otorgó más de lo pedido (...) porque no existe concordancia entre las estimaciones que haga el juez de las obligaciones contractuales, y la calificación que hubiera hecho alguna de las partes del contrato, pues esto resultó irrelevante, y el tribunal en ningún caso queda vinculado o subordinado al juicio que les merezca a los litigantes determinadas formas de contratación”.

Esta afirmación nos parece muy importante por diversos motivos: da importancia a la autonomía de la voluntad más allá de las figuras contractuales típicas reguladas en ley, tanto para efectos de la contratación como del examen judicial de su contenido; reconoce –nuevamente– la validez jurídica de la contratación atípica; vuelve “objetiva” la contratación en el sentido de desvincularla del juicio de calificación jurídica de las partes, permitiendo al juez calificar e interpretar la figura a la luz de la realidad más amplia del medio social (contractual) pertinente. Esto último debe tomarse con la debida cautela, pues la intención de las partes ciertamente es muy importante para desentrañar los efectos jurídicos que deben

---

“El valor del azúcar que supliera Pantaleón y Tuluá, sería entregado por la Distribuidora Guatemalteca a dichos ingenios y aplicado a favor de El Pilar en la liquidación del negocio. Aquellos ingenios notificarían a la Asociación de Azucareros de Guatemala, indicando haberse hecho cargo de las obligaciones del ingenio El Pilar para el abastecimiento de azúcar cruda para el consumo interno. El monto de este convenio se determinaría al aprobarse la distribución del azúcar cruda del ingenio El Pilar. El convenio en cuestión fue suscrito por los representantes de los tres ingenios”.



atribuirse a un contrato, y lo será de modo especial en aquellos que sean totalmente atípicos, de tal suerte que un juez nunca podría desecharla por completo. Sin embargo, nos parece que en el caso concreto lo que el Tribunal de Casación quiso hacer fue apartar la discusión jurídica de un excesivo apego a las figuras típicas legisladas, lo cual estimamos beneficioso para la recta intelección de los contratos atípicos.

Según vimos, los contratos legalmente atípicos pero con tipicidad social encuentran su fuente normativa principalmente en la jurisprudencia y en la costumbre. En este sentido, la “desvinculación” u “objetivación” de la contratación atípica respecto de la calificación u opinión de las partes, operada en la sentencia antes citada, vendría a ser en cierta forma una aplicación del principio jurídico *iura novit curia*, que nuestro Tribunal de Casación ha explicado en la siguiente manera:

“[E]l aforismo “iura novit curia”, de que el juez conoce su derecho y que viene obligado necesariamente a aplicarlo, principio que se consagra en los Artículos 163 y 168 inciso 5, de la Ley del Organismo Judicial y 26 del Código Procesal Civil y Mercantil, que contienen normas contestes en el principio de congruencia de la sentencia con la demanda, es decir respecto de lo que se pide o sea lo que se demanda, mas el juzgador no tiene límite en cuanto a la aplicación del derecho respecto de los hechos establecidos en el proceso, siempre en relación con lo pedido”<sup>57</sup>.

“[E]n aplicación del principio *iura novit curia*, (...) el derecho lo debe aplicar el juez, independientemente de lo alegado por las partes”<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, 15 de mayo de 1986.

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, 24 de noviembre de 2008, Expediente 252-2008.

Además: “Sobre la forma de proceder en las sentencias de casación, sostienen los tratadistas Juan Montero Aroca y Mauro Chacón Corado, en su obra “Manual de Derecho Procesal Civil Guatemalteco”, página trescientos cincuenta y siete, que la Corte Suprema “...debe proceder a resolver la cuestión planteada en el proceso, de modo que asume realmente la función de tribunal de segunda instancia, no estando limitada por las leyes y doctrinas legales aducidas por el recurrente; en este segundo aspecto tiene que entrar en juego la regla de *iura novit curia*.” (Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, 2 de noviembre de 2009, Expediente 32-2008.



Sin embargo, en el derecho guatemalteco existen dos posibles inconvenientes respecto de las fuentes normativas de los contratos legalmente atípicos con tipicidad social:

Respecto de *la jurisprudencia*, el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial establece, en su primer párrafo:

“La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará”.

En Guatemala, existen dos corrientes de interpretación respecto de este precepto:

- Quienes equiparan la “jurisprudencia” en este artículo con la llamada “doctrina legal” y, por tanto, sostienen que la única fuente complementaria de derecho es aquella jurisprudencia que constituye doctrina legal obligatoria, la que algunos autores denominan jurisprudencia en sentido estricto, caracterizada por un número reiterado de fallos contestes y consecutivos señalado por la ley, emitidos por los órganos jurisdiccionales a los que la ley otorga dicha facultad<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> La regulación de la doctrina legal en Guatemala se encuentra en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (en adelante, LAEPyC), en concreto sus Artículos 43 y 190 párrafo segundo, así como en el Código Procesal Civil y Mercantil, en concreto sus Artículos 621 y 627.

Esto es lo que el derecho guatemalteco entiende por doctrina legal: “**Artículo 43. — Doctrina legal.** La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido”; “**Artículo 190. — Cosa juzgada.** (...) Las resoluciones en casos que contengan planteamiento de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general solo causan efecto de cosa juzgada con respecto al caso concreto en que fueron dictadas, pero también tienen efectos jurisprudenciales”; “**Artículo 621. —** [...] Se entiende por doctrina legal la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en casos similares, no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos”; “**Artículo 627. —** [...] Si se alegare infracción de doctrina legal, deben citarse, por lo menos, cinco fallos uniformes del Tribunal de Casación que enuncien un mismo criterio, en casos similares, y no interrumpidos por otro en contrario. [...]”. El Artículo 43 está dentro del articulado que regula la sentencia de amparo, por lo que algunos juristas precisan que no cualquier resolución de la Corte de Constitucionalidad es susceptible de llegar a constituir doctrina legal, sino únicamente aquella que emite en procesos de amparo. Sin embargo, la disposición del Artículo 190 en cuanto que las resoluciones de inconstitucionalidad en casos concretos “también tienen



- Quienes consideran que la “jurisprudencia” a que se refiere el precepto citado es distinta de la doctrina legal y, por tanto, es fuente complementaria del derecho guatemalteco la jurisprudencia en sentido amplio, es decir, cualquier fallo emanado de cualquier órgano jurisdiccional, sin importar su número, ni el hecho de que la ley no le otorgue carácter obligatorio en sentido estricto.

En lo personal, me adscribo a este segundo criterio, por los motivos que he expuesto y sustentado en otros escritos<sup>60</sup>.

Sin embargo, en nuestro país la jurisprudencia solo ha resuelto aspectos concretos de algunos contratos atípicos, pero sin llegar a configurar algo que

---

efectos jurisprudenciales” da lugar a duda, pues por su ubicación material dentro de las “Disposiciones generales” al final de la LAEPyC, en principio afectan a todo lo regulado en ella, siendo que la inconstitucionalidad en caso concreto por su misma naturaleza es conocida en sistema difuso por varios órganos jurisdiccionales, distintos de la Corte de Constitucionalidad.

Sin embargo, el uso de la palabra “también”, y la referencia en el primer párrafo de la misma norma a las sentencias de amparo, en armonía con el artículo 43, dan a entender que son las sentencias de la Corte de Constitucionalidad en materia de inconstitucionalidad en caso concreto las que pueden erigirse en doctrina legal en los mismos términos que el Artículo 43 dispone para las de amparo.

La misma Corte de Constitucionalidad, en la sentencia de 15 de febrero de 1996 (Expediente 882-95), que es de inconstitucionalidad en caso concreto, invoca existencia de doctrina legal con base, entre otros, en los precedentes de los expedientes 454-92, 642-94, y 350-94, todos ellos de inconstitucionalidad en caso concreto. Lo curioso de este ejemplo es que no lo hace con base en el Artículo 190 entendido en la forma que hemos expuesto, sino que se fundamenta directamente en el 43, sin citar el 190 ni siquiera en la sección de “Leyes aplicables”, es decir: la Corte ha entendido que el Artículo 43 fundamenta la obligatoriedad de la doctrina legal contenida en sus propias sentencias, no solo las de amparo, aunque materialmente se ubique dicho artículo dentro de la regulación de la sentencia de amparo. ¿Dónde queda, con este criterio, el Artículo 190? Porque si el 43 es de por sí aplicable a sentencias que no sean de amparo, vuelve a oscurecerse el sentido del 190.

Con todo, parece ser que la intención del constituyente era atribuir (dentro de la LAEPyC) valor de doctrina legal obligatoria únicamente a sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sin que parezca autorizado extender dicha potestad a otros órganos, por mucho que interpretemos el Artículo 190.

Aún así, esto solo afecta a la institución concreta de la doctrina legal obligatoria, sin perjuicio de los “efectos jurisprudenciales” que otro tipo de resoluciones en materia de jurisdicción constitucional puedan tener cuando el Artículo 2 de la LOJ se entiende a la luz del sentido amplio de “jurisprudencia”.

<sup>60</sup> Cfr: Gramajo Castro, Juan Pablo: *La jurisprudencia en el ordenamiento jurídico guatemalteco*. Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín. Año XV, No. 25, junio 2007; *La Técnica Jurídica del Derecho Romano Clásico y su Perenne Actualidad*. Tesis. Facultad de Derecho. Universidad Francisco Marroquín. 2008. 758 pp; y un análisis más pormenorizado en cuanto al sistema jurisprudencial de la jurisdicción constitucional en: *El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad*. *Opus Magna [sic]* Constitucional, Tomo VI. Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la Corte de Constitucionalidad. Guatemala. 2012.



pueda considerarse como constitutivo de una tipicidad social consagrada jurisprudencialmente.

Con esto no quiero adscribirme al criterio según el cual “jurisprudencia” es sinónimo de “doctrina legal”, pues estimo que un solo precedente jurisprudencial podría constituir suficiente consagración de la tipicidad social de un contrato legalmente atípico, independientemente de que no resulte obligatoria en sentido estricto por no configurar doctrina legal mediante su reiteración en varios fallos contestes y consecutivos. Lo que sucede es que, precisamente porque los fallos judiciales se refieren naturalmente solo a los aspectos concretos que se discuten, serían necesarios varios fallos para abordar diversos aspectos de un mismo contrato atípico y así constituir, si no doctrina legal, sí un conjunto de precedentes que regulen una figura contractual socialmente típica, aunque por el propio dinamismo de la vida jurídica esté sujeta a cambio, profundización, ampliación y desarrollo con el paso del tiempo. Esto no es de por sí algo negativo, pues es así como funciona el proceso inherente al desarrollo jurisprudencial del derecho; simplemente, me limito a constatar el hecho de que, hasta donde alcanza mi investigación, en Guatemala no se ha dado respecto de contratos atípicos.

Mediante la investigación jurisprudencial que hemos realizado para el presente trabajo (limitada a la Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad), hemos constatado que el contrato atípico que más veces se ha examinado es el de *leasing*, equiparado con el de arrendamiento con opción de compra (apartándose así nuestra jurisprudencia de los sectores doctrinales que los consideran como dos figuras distintas en virtud de la finalidad económica que respectivamente persiguen). Quizá haya elementos para un estudio monográfico y crítico sobre la tipicidad social del *leasing* en la jurisprudencia guatemalteca, pero no sobre otros contratos legalmente atípicos con tipicidad social, mucho menos sobre el contrato de representación musical o *music management*.



Esto no quiere decir que en Guatemala no existan otros contratos legalmente atípicos con tipicidad social, sino únicamente que su regulación aún no se ha plasmado mediante jurisprudencia de las altas Cortes investigadas. Respecto del contrato objeto de nuestro estudio, nos confirma en la necesidad de indagar mediante investigación de campo en los medios sociales pertinentes para determinar si existe o no tipicidad social de la figura.

Respecto de *la costumbre*, también el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial establece, en su párrafo segundo:

“La costumbre regirá solo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”.

De esta manera, la costumbre es una fuente jurídica subordinada a la ley. Una de las formas más importantes en que la costumbre resulta aplicable “por delegación de la ley” es en cuanto elemento integrante del deber de buena fe, que es una norma general de la contratación y, por tanto, de vital importancia para el tema que estudiamos.

Como hemos visto, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual tienen tutela constitucional y legal en nuestro ordenamiento jurídico, de donde deriva la posibilidad de celebrar contratos atípicos con el reconocimiento de sus efectos jurídicos vinculantes. En tal virtud, les resultan aplicables las normas generales sobre contratación civil y mercantil previstas por nuestra legislación, así como los elementos de su tipicidad social o doctrinal en cuanto representan las legítimas expectativas de las partes contratantes en el ámbito negocial correspondiente.

Esto se fundamenta, especialmente, en los deberes de buena fe. Explica Lorenzetti que “La buena fe es un principio general porque constituye un mandato de optimización, en cuanto ordena reglas de comportamiento cooperativo en la



mayor medida posible en el caso. (...) La buena fe es una cláusula general porque constituye una regla abierta de interpretación y aplicación para que el juez la utilice en el caso, contemplando las circunstancias de tiempo, lugar y costumbres<sup>61</sup>, y cita al pie a Rosado de Aguiar quien agrega: "La buena fe aparece aquí como principio orientador de la interpretación (...). Expresa una exigencia fundamental que se encuentra en la base de la sociedad organizada, desempeñando una función de sistematización de las demás normas positivizadas y direccionando su aplicación. (...) no se concibe la sociedad organizada con base en la mala fe"<sup>62</sup>.

En su faceta jurídica como buena fe *objetiva*, la misma "...se relaciona con el comportamiento leal y honesto en el tráfico. No se refiere a la creencia que un sujeto tiene respecto de la posición de otro, como en el caso anterior [la buena fe *subjetiva*], sino a la manera en que las partes deben comportarse en el cumplimiento de un contrato [en el ejercicio de un derecho]. Es un modelo o *standard* de conducta. En este sentido, **la buena fe es fuente de obligaciones contractuales de origen legal, reclamando para las partes comportamientos objetivos, diferentes de los que tengan su fuente en el contrato.** Los comportamientos objetivos que vienen a integrar el concepto de buena fe surgen del intercambio de este *standard* general con las costumbres negociales y el deber ser de las relaciones jurídicas, introduciendo deberes cooperativos en las relaciones jurídicas"<sup>63</sup>.

La buena fe en el ámbito contractual tiene fundamento legal en el Artículo 1519 del Código Civil:

"Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las

<sup>61</sup> Lorenzetti. *Tratado de los Contratos. Parte General*. Página 145.

<sup>62</sup> *Loc. Cit.*, nota al pie 78.

<sup>63</sup> *Ibid.* Página 148. El resaltado en negrillas es mío.

disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y **debe ejecutarse de buena fe** y según la común intención de las partes” (el resaltado es mío).



También, para el caso de los contratos mercantiles, en el Artículo 669 del Código de Comercio:

“Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y **buena fe guardada**, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales” (el resaltado es mío).

Como norma general, está previsto el deber de buena fe en la Ley del Organismo Judicial, cuyos preceptos fundamentales “son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco” (Artículo 1) y, dentro de los mismos, el Artículo 17 establece:

“Los derechos deben ejercitarse conforme a **las exigencias de la buena fe**” (el resaltado es mío).

Asimismo, el Artículo 18:

“El exceso y **mala fe** en ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos” (el resaltado es mío).

Un último aspecto muy importante de la costumbre es que, al exigir la ley que la misma “resulte probada” para ser aplicada, implícitamente se le está negando carácter propiamente de derecho, pues como norma general lo que se debe probar son los hechos, no el derecho, precisamente porque el juez conoce el derecho y está obligado a aplicarlo. Así, la costumbre como fuente normativa de



los contratos atípicos no podría ser aplicada directamente por el juez conforme al principio *iura novit curia*, sino que sería necesario que la parte que la invoque pruebe su existencia.

Quizá una forma en que la costumbre pueda ser aplicada por un juez al enfrentarse a una discusión sobre un contrato atípico, *aún cuando las partes no la invoquen ni ofrezcan prueba al respecto*, sea el conocimiento que de la misma pueda tener el juez con base en los estudios científico-jurídicos de la tipicidad social del contrato en cuestión, pues ello le permitiría acogerla a través de su integración en los deberes de buena fe como legítima y razonable expectativa de las partes, lo cual sí es ordenado por la ley como norma general de la contratación, según hemos visto.

En el caso de algunos contratos atípicos, especialmente los de naturaleza mercantil, esto puede resultar más fácil debido a que varias figuras se toman casi directamente de prácticas jurídicas extranjeras, a tal punto que incluso se les denomina en el tráfico mercantil con anglicismos que denotan su origen extranjero: nuevamente, el ejemplo más a la mano es el *leasing*, u otras figuras de contratación bancaria y financiera que se inspiran en parámetros y prácticas internacionales, o modelos de negocios que se replican en el país a partir de usos que en la ley o doctrina científico-jurídica de otros países sí se encuentran desarrollados, como podría ser el caso del "tiempo compartido" (*time-share*), así como contratos con indudable vinculación internacional, como sucede con muchas franquicias.

Ante tales realidades, el juez podría estimar que en un caso concreto es razonable acudir a doctrina (o jurisprudencia) extranjera sobre dicho contrato para extraer consecuencias jurídicas aplicables. Al respecto, solo cabría hacer la advertencia de que, aún en tal circunstancia, es importante no perder de vista la necesaria adaptación al medio jurídico nacional, para no "importar" acriticamente figuras que no respondan a la realidad o a la común intención de las partes.



En cuanto al recurso a la **analogía**, el mismo está previsto como norma general también en la Ley del Organismo Judicial, cuyo Artículo 10 establece:

“(...) El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente: (...) c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; (...)”

Cabe observar que la analogía que establece dicha norma es para efectos de interpretar la ley, no los contratos: se prevé como un método para aclarar normas legales existentes, no para determinar normas contractuales inexistentes. Para interpretar los contratos, el Código de Comercio establece los principios de verdad sabida y buena fe guardada para los contratos mercantiles, y el Código Civil como derecho común establece algunas reglas de interpretación en sus Artículos 1593 a 1604: sin embargo, sigue tratándose de normas de interpretación, no de integración.

Aunque la analogía no esté expresamente prevista como mecanismo de integración contractual en el derecho guatemalteco, no vemos obstáculo para su posible aplicación a partir de lo expuesto en la doctrina, en virtud de la obligación de resolver que tiene todo juez<sup>64</sup>.

Respecto de la figura específica del contrato de representación musical o *music management*, habrá que ver más adelante en el capítulo correspondiente las conclusiones a que nos permita arribar la investigación de campo realizada. Por el momento baste decir que, en virtud de su íntima relación con el desarrollo de la industria musical, es poco probable que la doctrina y jurisprudencia extranjeras resulten del todo aplicables a la realidad nacional, y que su vinculación con el

<sup>64</sup> Cfr. Artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial.



Derecho de Autor y Derechos Conexos hace necesaria una especial adaptación al menos en algunos de los aspectos del contrato, a los principios que en dicha materia adopta la legislación guatemalteca, que son distintos a la doctrina del *copyright* en el derecho anglosajón. De hecho, como veremos más adelante, existen diferencias incluso entre las prácticas contractuales del *music management* en Gran Bretaña y Estados Unidos.

Todo lo anterior abona a la importancia de la presente investigación, y al cuidado con que la misma debe ser abordada por el autor.

### 1.3. Contratación civil y mercantil

Los contratos pueden ser de naturaleza civil o mercantil, conforme a diversos criterios establecidos en la doctrina y la legislación de cada país. Esto es especialmente importante en países como Guatemala, en que existe una regulación distinta para las obligaciones y contratos según sean civiles o mercantiles, lo cual afecta al régimen jurídico aplicable. Además, en nuestro país ello también implica consecuencias de carácter procesal, a pesar de que la jurisdicción competente es la misma, pues se sujetan a distintos trámites.

Por tanto, a continuación se expone brevemente el tema a la luz de la doctrina y del derecho guatemalteco, incluyendo el examen de algunos precedentes jurisprudenciales de relevancia.

#### 1.3.1. Doctrina

Según expone el autor José Luis García-Pita y Lastres<sup>65</sup>, “[no] existe una teoría general del ‘contrato mercantil’, (...). La noción de contrato mercantil descansa sobre la del contrato civil, y el concepto del contrato mercantil es exactamente el

<sup>65</sup> *Introducción al derecho de los títulos-valores y de las obligaciones mercantiles.*, 2ª edición, Editorial Andavira. 1999. Págs. 147ss.



mismo que el del 'contrato civil' (...). Los requisitos de uno y otro son los mismos (...). Por este motivo, (...) la existencia de normas jurídicas que constituyan, aunque solo sea de modo muy parcial— una Parte General de los contratos mercantiles, y en la medida en que existe una regulación civil y otra mercantil de diversos contratos, se hace preciso determinar cuándo un contrato es mercantil. (...) el motivo de que existan dos códigos de Derecho privado y de que pueda haber dos regímenes diversos para una misma figura, según que sea ésta declarada civil o mercantil"<sup>66</sup>. En consecuencia, su importancia radica en que "la atribución de la calificación de 'mercantil', a un determinado contrato, habría de suponer la atracción a él, de un determinado régimen jurídico"<sup>67</sup>.

El mismo autor expone los criterios utilizados por el Código de Comercio de España para establecer la mercantilidad del contrato. No interesa aquí exponer las normas españolas que el autor cita y comenta para ilustrarlo, por lo que haremos abstracción de ellas, para exponer únicamente cada criterio en general, y posteriormente confrontarlo con lo propio del Derecho Guatemalteco.

Así, el citado doctrinante expone los siguientes criterios:

- "...se podría afirmar que —en principio— son mercantiles los contratos que estén recogidos en el Código de comercio, por el hecho de estarlo"<sup>68</sup>. Sin embargo, el propio autor expone que ello requiere examinar "sus propios rasgos delimitadores de la mercantilidad"<sup>69</sup>, por lo que señala algunos criterios adicionales que se exponen a continuación.
- "...en las compraventas de mercancías en feria, o mercado o establecimiento abierto al público, se utiliza un criterio geográfico/local"<sup>70</sup>,

<sup>66</sup> Ob. Cit., páginas 146 y 147.

<sup>67</sup> *Ibid.*, página 148.

<sup>68</sup> *Ibid.*, página 163.

<sup>69</sup> *Loc. Cit.*

<sup>70</sup> *Loc. Cit.*



pero otros artículos españoles “se sirven del criterio subjetivo, cuando tratan de las compras de mercancías vendidas por un comerciante que tiene una tienda o almacén abierto al público”<sup>71</sup>.

- “A veces recurren –en apariencia– al criterio de la Forma (...), aunque lo cierto es que se ha de tener en cuenta el criterio de la mercantilidad del objeto social”<sup>72</sup>, referido a la compañía (sociedad) mercantil, criterio que en nuestro país acaso no sea necesario para distinguir entre la sociedad civil y la sociedad mercantil, pues nuestro Código es más explícito en determinar que “Son sociedades organizadas bajo forma mercantil, exclusivamente” las que enumera el Artículo 10 del Código de Comercio guatemalteco.
- “Muchas veces el criterio subjetivo es incluso formalmente determinante, ya por sí solo, ya concurriendo con otros, bien de modo alternativo o cumulativo. (...) califican a determinados contratos como mercantiles, si en ellos interviene un comerciante”<sup>73</sup>.
- “Otras veces, la mercantilidad viene determinada, de forma total, o parcial, por el objeto del contrato: así sucede [con] (...) la transferencia de ‘créditos mercantiles’ y (...) el afianzamiento cuando garantice un contrato mercantil”<sup>74</sup>.
- “...nuestro Código de comercio [el de España] manifiesta, igualmente, la incidencia de la distinción entre actos de comercio principales (básicamente la compraventa), y actos de comercio accesorios, lo que justifica la concurrencia de muchos criterios objetivos, reales, e incluso subjetivos”<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> *Loc. Cit.*

<sup>72</sup> *Ibid.*, página 164.

<sup>73</sup> *Loc. Cit.*

<sup>74</sup> *Loc. Cit.*

<sup>75</sup> *Loc. Cit.*



El autor citado expone que “Las orientaciones más modernas del Derecho mercantil propenden (...) a fundar la condición de ‘mercantilidad’ sobre la base de la pertenencia del negocio al ejercicio por un ‘Comerciante’ (*‘lato sensu’*), de una actividad constitutiva de Empresa”<sup>76</sup>. Respecto de ello, “Es condición imprescindible, aunque no suficiente, la presencia de un Comerciante o Empresario. [...] Pero no basta la presencia de un Comerciante, sino que – además– el negocio debe pertenecer al ejercicio o explotación de su empresa: así se diferencia entre los contratos mercantiles y los contratos privados, no mercantiles, que realiza una persona que, por otro lado, es comerciante”<sup>77</sup>.

Como conclusión general, García-Pita y Lastres considera que “el ‘Contrato Mercantil’ será, fundamentalmente, un contrato que se realiza por el Empresario con el designio de servir o realizar la finalidad peculiar de la empresa que ejercita; un contrato que se halla en relación de ‘pertenencia orgánica’ a la actividad económica constitutiva de Empresa”<sup>78</sup>.

En cuanto a determinar cómo un contrato se relaciona entonces con la actividad empresarial o mercantil, el autor explica que “...la actividad del Empresario tiene dos momentos: / a. el de la organización de su empresa, y / b. el de prestación de sus bienes, mercaderías y servicios al mercado. / (...) cabría imaginar un tercer miembro de esta clasificación, que estaría representado por una fase intermedia, de realización del primer nivel de una actividad intermediadora (...), entonces parece lógico que los contratos hayan de ser mercantiles si constituyen el cauce jurídico de cualquiera de esas dos –o, eventualmente, tres– actividades (siempre, en el caso de la organización, que no se trate de contratos laborales). Así pues, habrá dos grandes tipos de contratos mercantiles; de contratos ‘de empresa’, según sirvan a uno u otro de ambos ‘momentos’ de la actividad del Empresario”<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> *Ibid.*, página 165.

<sup>77</sup> *Ibid.*, páginas 165 y 166.

<sup>78</sup> *Ibid.*, página 168. En nota al pie, el autor refiere que en esta postura sigue al sector mayoritario de la doctrina española, incluyendo a juristas como Garrigues Díaz-Cañabate, Sánchez Calero, Uría González, Cano Rico y Sierra Mallol, Gómez Calero, Jiménez Sánchez.

<sup>79</sup> *Ibid.*, página 170.



La doctrina citada, entonces, nos provee un marco teórico de referencia que es preciso adaptar al medio jurídico guatemalteco, como intentaremos a continuación.

### 1.3.2. Derecho guatemalteco

La Exposición de Motivos del Código de Comercio, al referirse a “los principios que inspiran el Derecho Mercantil” respecto de la aplicabilidad del Código, nos recuerda claramente que los mismos “son esbozados someramente al tratar de la obligación mercantil, aunque esto no agota el tema, pues necesariamente ha de recurrirse constantemente a la doctrina para depurar y deslindar cuanto concierne al Derecho Mercantil”. Es decir, ya en el ánimo de los redactores de nuestro Código existía un llamado a complementar sus disposiciones con estudios como el que abordamos en la presente sección.

Así, con base en lo expuesto por García-Pita y Lastres, el jurista nacional Pedro Mendoza Montano<sup>80</sup> aborda el análisis del Código de Comercio guatemalteco, concluyendo que en nuestro país es posible enunciar tres principales criterios para calificar un contrato como de naturaleza mercantil:

- Por **calificación automática**, son mercantiles los contratos regulados por el Código de Comercio, salvo aquellos que tienen lo que en doctrina se llama “regulación por partida doble”, es decir, que se regulan también por otras leyes distintas de dicho Código, tales como el Código Civil.

Para García-Pita y Lastres, este criterio puede dar problema cuando se trate de contratos que originalmente estuvieron regulados en el Código de

---

<sup>80</sup> Lo expuesto arriba se basa en mis apuntes del curso de Derecho Mercantil IV (Obligaciones y Contratos Mercantiles) del cual él fue mi catedrático en la Universidad Francisco Marroquín (2007), a lo cual agrego algunas observaciones.



Comercio y luego se trasladaron a otras leyes, citando como ejemplo (para el caso español) el seguro, la letra de cambio, la agencia<sup>81</sup>.

En Guatemala, las figuras con que ejemplifica dicho autor la realidad española no ofrecen problema, pues siguen reguladas dentro del Código de Comercio y, si no lo están, lo único que significa es que su mercantilidad no se determinaría directamente por calificación automática según su ubicación material-legislativa, sino que habría que acudir a otros criterios: en cuanto las aseguradoras son comerciantes, la letra de cambio es un título de crédito y por tanto una cosa mercantil, y los agentes son auxiliares de comercio, encajarían en los otros criterios (subjetivo u objetivo o real), y dichas calidades son claras a la luz de nuestro Código de Comercio patrio.

Sin embargo, lo apuntado por el autor español sí es de interés para nuestra materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos, pues contratos que hoy se regulan en la ley específica de esta materia originalmente estaban regulados en el Código de Comercio, y antes de eso en el Código Civil<sup>82</sup>. En consecuencia, estos contratos que anteriormente habrían sido civiles, y luego mercantiles por calificación automática, actualmente están sujetos al régimen propio que se inspira sobre el principio tutelar del derecho autoral, dotándoles de características propias como el requisito de forma escrita, la interpretación restrictiva de las facultades concedidas por enajenación o licencia, la irrenunciabilidad de derechos morales, entre otras.

Ello no obsta a que puedan, en determinados casos, ser mercantiles si, por ejemplo, el contrato de edición se celebra con una editorial organizada bajo

<sup>81</sup> Cfr. Ob. Cit., página 164.

<sup>82</sup> El Código Civil vigente, en su inicio, regulaba dentro de los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios, los de edición, difusión por radio, televisión, cinematografía o grabación, y representación teatral o escénica. Posteriormente fueron trasladados al Código de Comercio, como contratos de edición, de reproducción y ejecución de obras, etc., y finalmente a su regulación actual en la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos como contratos de edición, de representación y ejecución pública, de fijación de obra, con toda la regulación propia de los derechos de autor (morales y patrimoniales), y derechos conexos (artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, organismos de radiodifusión).



forma mercantil, pero sí implica que su mercantilidad tendría que determinarse con base en otros criterios, y en su interpretación debería confluir, según cada caso concreto, los principios filosóficos y reglas de las obligaciones y contratos mercantiles, pero también las normas y principios específicos del Derecho de Autor y Derechos Conexos, en una labor de armonización jurídica que debe llevar a cabo el asesor, el juez, con prevalencia de la tutelaridad autoral cuando proceda.

- Por **criterio subjetivo**, en atención a la **calidad de las partes**, serán mercantiles los contratos en que intervenga un comerciante.

Al respecto, el Código de Comercio de Guatemala es claro en determinar quiénes son comerciantes, describiendo sus actividades en el Artículo 2, y por exclusión determina quiénes no son comerciantes en su Artículo 9. Asimismo, determina en su Artículo 3 que “las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto”, y en su Artículo 10 establece la tipología de sociedades mercantiles como *numerus clausus*. Con ambas disposiciones, elimina el problema de determinar la mercantilidad del objeto social apuntado por García-Pita y Lastres respecto del derecho español, pues en nuestro país se atribuye carácter de comerciante a las sociedades con base en un criterio subjetivo/formal, y se establece taxativamente qué tipos de sociedades encajan en tal forma. Por su parte, el Artículo 334 hace obligatoria la inscripción de los comerciantes individuales y sociales en el Registro Mercantil, lo cual dota de mayor certeza jurídica la determinación de dicho carácter subjetivo.

Ahora bien, es importante mencionar que la aplicabilidad del Código de Comercio a los comerciantes se especifica, en su Artículo 1, a “los comerciantes *en su actividad profesional*” (el resaltado es nuestro), lo cual implica que la mercantilidad del contrato conforme al criterio subjetivo debe



necesariamente complementarse con el criterio de actividad empresarial que hemos visto en la doctrina española, para distinguir aquellos actos o negocios jurídicos celebrados por un comerciante fuera del ejercicio empresarial, es decir, no en ejercicio del comercio.

Respecto de los modos en que un acto se relaciona con la actividad de empresa, los dos (o tres) "momentos" de la actividad empresarial estudiados por el autor español antes citado se ven reflejados en la enumeración que hace nuestro Artículo 2 de las actividades que se consideran mercantiles: cuando se ejerce en nombre propio y con fines de lucro la industria dirigida a la producción o transformación de bienes y prestación de servicios, la intermediación en la circulación de bienes y prestación de servicios, la banca, seguros y fianzas, y actividades auxiliares de las anteriores.

El numeral 4, que considera mercantiles las actividades auxiliares de las demás, abre un campo amplio respecto de qué actividades puedan considerarse como tales, siendo importante mencionar que dicha norma en efecto se refiere a actividades auxiliares de las actividades mercantiles, y no a los "auxiliares de comercio", que también regula el Código. La diferencia no carece de importancia, pues las actividades auxiliares son un criterio objetivo referido a conductas que se vinculan con el ejercicio del comercio, mientras los auxiliares de comercio son sujetos del derecho mercantil, que realizan actividades que, si bien son desde luego actividades auxiliares del comercio, no agotan dicho concepto, es decir, puede haber otras actividades de dicha índole que no se circunscriban a alguna de las figuras subjetivas de auxiliares de comercio previstas en la ley.

Por su parte, el Artículo 5 regula el denominado "negocio mixto", estableciendo que "Cuando en un negocio jurídico regido por este Código intervengan comerciantes y no comerciantes, se aplicarán las disposiciones



del mismo". Esto no establece realmente un criterio adicional, sino únicamente deja claro que será mercantil un acto que conforme el criterio subjetivo deba considerarse tal, como sería el típico ejemplo de un comerciante que vende un producto a un no-comerciante: se tratará, sin duda, de una compraventa mercantil. Al respecto debe entenderse que la frase "negocio jurídico regido por este Código" no se refiere a los contratos mercantiles típicos regulados en el Código de Comercio (criterio de calificación automática), sino a aquellos negocios o contratos, típicos o atípicos, nominados o innominados, regulados o no por el Código de Comercio u otras leyes, a los que resulte aplicable la normativa general sobre obligaciones y contratos mercantiles por tratarse de actos realizados por "comerciantes en su actividad mercantil" según el artículo 1, es decir, por constituir contratos de actividad empresarial en su sentido amplio.

- Por **criterio objetivo o real**, en atención al **objeto del contrato**, serán mercantiles aquéllos que tengan por objeto una cosa mercantil.

Esto se determina cuando el Artículo 1 incluye en la aplicabilidad del Código de Comercio las "cosas mercantiles", que se especifican en el Artículo 4 como títulos de crédito, la empresa mercantil y sus elementos, las patentes de invención y de modelo, las marcas, los nombres, los avisos y anuncios comerciales.

Los títulos de crédito los regula el propio Código de Comercio, estableciendo sus requisitos generales en el Artículo 386, así como requisitos particulares para cada título en su regulación específica. La Exposición de Motivos del Código de Comercio, al explicar esta figura, manifiesta que "Todo título debe contener el nombre de que se trata. No hay títulos innominados". Durante un tiempo se discutió si la intención de los redactores era establecer los títulos de crédito como *numerus clausus*, si por nominación/innominación de los mismos se hacía referencia



realmente a la tipicidad/atipicidad, conforme la confusión (o sinonimia) entre dichos conceptos que se apuntó antes en este capítulo, de la cual no está exenta parte de la doctrina y algunas legislaciones. O bien, si la intención era que todo título de crédito recibiera una nominación, aunque fuere atípico respecto de las figuras reguladas en ley, en cuyo caso bastaría el nombre que le den las partes. Así, un sector de la opinión nacional consideraba que los títulos de crédito eran *numerus apertus*, como especie del género "negocio jurídico". Posteriormente, la discusión quedó zanjada cuando la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, en su Artículo 2 literal a), define como valores "todos aquellos documentos, títulos o certificados, acciones, *títulos de crédito típicos o atípicos*, que incorporen o representen según sea el caso, derechos de propiedad, otros derechos reales, de crédito u otros derechos personales o de participación" (los resaltados son nuestros), reconociendo además la figura de los valores mediante anotaciones en cuenta. Por tanto, parece claro que hoy en Guatemala se admite plenamente la posibilidad de que existan títulos de crédito atípicos.

La empresa mercantil la define el Código en su Artículo 655 como "el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios". En su Artículo 657 enumera sus elementos, incluyendo entre ellos: establecimientos, clientela, fama mercantil, nombre comercial y demás signos distintivos de empresa y establecimiento, contratos de arrendamiento, mobiliario y maquinaria, contratos de trabajo, mercaderías, créditos, y demás bienes y valores similares, patentes de invención, secretos de fabricación y de negocio, exclusivas y concesiones. Dicho artículo da trato distinto a algunos de estos elementos, según los presuma o no incluidos en un contrato sobre empresa mercantil que no exprese los elementos que de ella se han tenido en cuenta, o bien exija pacto expreso para considerarlos incluidos, pero en general todos ellos pueden considerarse elementos de la empresa. Al respecto es importante



recordar que los contratos de trabajo se rigen de modo especial, prevalente por el Derecho Laboral, que tiene sus propios principios que atañen de modo importante a los contratos laborales.

El Artículo 657 menciona algunas figuras que forman parte de la Propiedad Industrial, como lo hace también el Artículo 4 numeral 3º, por lo que se consideran cosas mercantiles. Su regulación específica, en cambio, se desarrolla en la Ley de Propiedad Industrial, que establece en su Artículo 178 literal a) que “Los derechos de propiedad industrial son derechos de orden privado”, y que no es necesario ser comerciante para ser titular de un derecho de propiedad industrial (cfr. Artículo 2). Todo esto implica que, por el criterio objetivo o real, sería mercantil un contrato que verse sobre, por ejemplo, una patente o marca, aunque ninguno de los sujetos contratantes tenga el carácter de comerciante.

En Guatemala, la calificación de un contrato como mercantil o civil no afecta únicamente al régimen jurídico sustantivo que le resulta aplicable (lo cual, de por sí, es ya muy importante), sino también a aspectos procesales tales como la tramitación que ante la jurisdicción ordinaria deba dársele, toda vez que el Código de Comercio dispone que las acciones derivadas de su aplicación se tramiten en juicio sumario; o bien, en determinadas circunstancias, a la procedencia o no del arbitraje.

En el capítulo tercero, sub-sección 1.2., de este trabajo, se citan y comentan diversos precedentes jurisprudenciales que resultan de interés para el tema específico que nos atañe, aunque, en la presente sección conviene exponer otros que son de interés general, para efectos de examinar cómo se ha aplicado en Guatemala lo relativo a la calificación de la mercantilidad de los contratos, su vía procesal idónea, así como la aplicación de los principios específicos de la contratación mercantil que difieren del rigor propio del Derecho Civil o Común. Dentro de los fallos que a continuación se citan, se invoca, a su vez, la doctrina

científica de autores nacionales y extranjeros, enriqueciendo de esta manera la exposición.

De modo general, la Corte Suprema de Justicia ha acogido el criterio expuesto en la doctrina, según el cual son mercantiles los contratos celebrados por uno o más comerciantes en ejercicio de su actividad mercantil, aún cuando se trate de una figura contractual normada en el Código Civil, es decir, no susceptible de calificación mercantil por su ubicación material dentro del Código de Comercio, como lo ilustra la siguiente sentencia:



“...el quid del asunto se divide en dos cuestiones: Primero establecer si el contrato celebrado entre los actores, tiene naturaleza civil o mercantil, y luego con base en ello determinar la vía procesal idónea para demandar. (...). Evidentemente no está en discusión la relación contractual, sino más bien si la naturaleza del contrato es civil o mercantil. Para el efecto esta Cámara hace las siguientes apreciaciones:

“Según el tratadista René Arturo Villegas Lara en su obra Derecho Mercantil Guatemalteco, Tomo III, Segunda Edición, del año mil novecientos noventa y ocho, página treinta y uno, señala que: “El contrato (se refiere al contrato mercantil), como acto jurídico, constituye el medio para que se dé el movimiento en el tráfico comercial; (...) La teoría general del contrato no difiere diametralmente entre el campo civil y el mercantil; de manera que los conceptos fundamentales son aplicables a este tema (...).”

“De conformidad con el Artículo 1º del Código de Comercio, “Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este Código y, en su defecto, por las del Derecho Civil que se aplicaran e interpretarán de conformidad con los principios que inspiran el Derecho Mercantil.” El Artículo 2º del mismo Código regula que: “Son comerciantes quienes



ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera de las actividades que se refieren a lo siguiente: 1º La industria dirigida a producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios. (...)"

“Con base en las normas citadas y lo demás expuesto en este apartado, se determina que el señor (...) es un comerciante individual, y que el trabajo u obra convenida corresponde al objeto social de la empresa, que consiste entre otros, en la transformación de madera. Por lo tanto, las relaciones contractuales en las que intervenga el demandado como comerciante, se regirán por las disposiciones del Código de Comercio. En consecuencia, no obstante que el contrato de obra se encuentra regulado en el Código Civil, el mismo constituye “el medio para que se dé el movimiento en el tráfico comercial” de su actividad profesional, como lo define el autor consultado; es decir que el asunto discutido lo constituye una contratación que corresponde al giro ordinario u objeto social del comerciante, por lo que el contrato celebrado entre las partes debe regularse, además por las normas del derecho mercantil. En tal virtud, esta Cámara arriba a la conclusión de certeza jurídica que el contrato de obra objeto de estudio, es de naturaleza mercantil y consecuentemente, la vía procesal para demandar es la sumaria...”<sup>83</sup>.

Como se observa, de la sentencia anterior y las dictadas en igual sentido que se refieren al pie de página, en esos casos la mercantilidad del contrato fue objeto de discusión no directamente en sentido sustantivo, sino en cuanto la misma determina la vía procesal a seguirse en la tramitación del litigio. Es decir, se llegó hasta casación discutiendo la vía procesal, sin haberse entrado a conocer aún el fondo del asunto, en claro detrimento de la celeridad en la administración de

<sup>83</sup> Cámara Civil, sentencia de 17 de octubre de 2002, Expediente 88-2002. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20021017-0003-88-2002>.

En igual sentido véase, de la misma Corte y Cámara: sentencia de 16 de febrero de 1995, Expediente sin número, disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:19950216-0003-SN>; y sentencia de 29 de enero de 1992, Expediente sin número.



justicia, malgastando recursos valiosos de las partes y del Estado, privilegiando la discusión procesal por encima del fondo. En teoría, los criterios jurisprudenciales sentados deberían servir para evitar estos problemas, pero en determinadas circunstancias la provocación deliberada de tales discusiones puede incluso ser una táctica dilatoria de mala fe en el litigio.

La discusión, al menos en parte, podría evitarse haciendo uso del Artículo 231 del Código Procesal Civil y Mercantil, que establece:

“Las personas capaces para obligarse pueden, por convenio expreso celebrado en escritura pública, sujetarse al proceso sumario para resolver sus controversias.

“Celebrado el convenio, no podrá variarse la decisión; pero si el proceso intentado, por su naturaleza, debiera haberse ventilado en juicio ordinario, habrá lugar al recurso de casación”.

Esta norma puede evitar que se susciten discusiones sobre la idoneidad de la vía procesal ordinaria o sumaria al demandar, y no sería razonable que lleve a discutir la procedencia o no de la casación, pues si el contrato en efecto es mercantil de todos modos procede la casación si es de valor indeterminado o su cuantía excede de dos mil quetzales, conforme el Artículo 1039 del Código de Comercio. Sin embargo, tiene el posible inconveniente de establecer un requisito de forma en cuanto debe constar el convenio en escritura pública, lo cual podría alejarlo de la poca formalidad que se exige a los contratos mercantiles, o incluso en contratos civiles que no requieren la forma de escritura pública. Una posible solución sería que el convenio sobre vía procesal se adopte en escritura pública haciendo únicamente referencia a otro contrato celebrado por aparte (en momento previo o simultáneo) en documento privado u otra forma, pero en tal caso la referencia o descripción que haga el notario respecto del contrato para el cual se opta a la vía sumaria debe ser suficientemente clara, pues si deja lugar a dudas podría suscitar



discusión dilatoria de mala fe sobre si en efecto se refiere o no al contrato celebrado.

En todo caso, lo importante es el fondo, que el carácter civil o mercantil del contrato se desprenda fácilmente de su simple lectura, y en una relación de buena fe no debería surgir este tipo de discusiones procesalistas si no existe una duda real y razonable sobre la naturaleza del contrato, pero el asesor jurídico debe estar al tanto de estas posibles vicisitudes, con el fin de prevenirlas mediante un documento contractual bien elaborado, de tal forma que una eventual duda sobre la calificación jurídica del contrato no influya sobre discusiones procesalistas estériles sino, en todo caso, sobre el régimen jurídico aplicable al fondo, que es lo verdaderamente relevante, como lo ilustran los demás precedentes que se exponen enseguida.

En efecto, los principios filosóficos que inspiran la contratación mercantil tienen un alcance importantísimo para dilucidar las controversias sustantivas que con ocasión de ellos surjan, pues configuran un régimen específico que en varios aspectos se aleja del rigor propio del Derecho Civil o Común, e incluso del Derecho Notarial en cuanto atañe a las formalidades.

De modo general, se explica en la siguiente cita jurisprudencial<sup>84</sup>:

“...los Artículos denunciados establecen lo relativo a los principios filosóficos que inspiran las obligaciones y contratos mercantiles, como lo son, la verdad sabida y la buena fe guardada; así como que los aludidos contratos no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Que al amparo de esos principios, es que el Derecho Mercantil se ha tornado en un derecho ágil y poco formalista, regulando sus operaciones y encuadrándolas dentro de limitaciones justas y necesarias. Lo anterior no

<sup>84</sup> Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, Expediente 589-2011, sentencia de 20 de mayo de 2013.



implica que se deje de observar ciertos requisitos o formalidades considerados hasta cierto punto esenciales, cuando existe un contrato escrito, tal es el caso de la identificación plena de las partes contratantes, esto como punto de partida para perfeccionar la relación comercial o financiera de los que en ella intervienen, y primordialmente, para contar con la evidencia necesaria que demuestre la forma y las condiciones mediante las cuales se obligaron, para hacerlas valer en caso de incumplimiento de alguna de las partes.

“En el presente caso, (...) se evidencia la existencia de dos documentos (...) en los que no se precisan los datos de identificación personal de los contratantes, no obstante que en los mismos se contemplan los espacios correspondientes para ello. Pretender que tal deficiencia sea subsúmida en los principios filosóficos de verdad sabida y buena fe guardada, así como en la poca formalidad del Derecho Mercantil, es improcedente, precisamente porque con los documentos aludidos, en la forma como fueron presentados, se demuestra que la relación financiera no nació a la vida jurídica.

“[...] este Tribunal estima prudente traer a cuenta, entre otras, tres características que inspiran al Derecho Mercantil, las cuales hacen que el mismo se torne en un derecho moderno y ágil que incentive el tráfico mercantil, siendo éstas: **a) La simplicidad o sencillez:** la cual exige ausencia de formalismos innecesarios, así como normas que toleren la rapidez de los negocios; **b) La tipicidad:** que considera que por ser los negocios en masa, regularmente se uniforman en una forma típica, mediante formularios sencillos; y, **c) La seguridad al tráfico jurídico:** la cual informa que la mayoría de los contratos no requieren la legalización de firmas u otra forma especial para otorgarse”.



El efecto de los principios filosóficos de la contratación mercantil se ilustra en diversas circunstancias, como las que ejemplifican los precedentes que se citan enseguida.

El primero de ellos es interesante compararlo con el recién citado, para matizarlos recíprocamente al determinar las diferencias entre ambos, pues aunque en el anterior se hace referencia a “identificación plena” de las partes, también se afirma que no constaban sus datos de identificación, y existían otros medios para determinar que la relación jurídica no había surgido, mientras que en el siguiente la identificación sí constaba, aunque no era “plena” en el sentido del nombre completo o la identificación de personas conforme los Artículos 4 y 5 del Código Civil, la existencia de la relación sí estaba comprobada, y la circunstancia del nombre incompleto se estimó en tal caso como un formalismo excesivo e innecesario. Es decir: aunque a simple vista los criterios aparentan basarse en principios abstractos que podrían parecer contradictorios, en realidad estimo posible conciliarlos a la luz de las circunstancias concretas de cada caso, y en eso precisamente radica la metodología del análisis jurisprudencial:

“Para estudiar la aplicación que tienen los mencionados Artículos [1, 669 y 671 del Código de Comercio], esta Cámara considera conveniente citar al autor Edmundo Vásquez Martínez, quien en su obra «Instituciones del Derecho Mercantil» (Serviprensa Centroamericana, Guatemala, 1978, págs. 523 y 524), expone: «...En el ámbito mercantil el cumplimiento [de las obligaciones mercantiles] se rige por el principio general de la buena fe. (...) Se recoge así por un lado, el valor de la fidelidad, del respeto a la palabra dada, que es el valor fundamental de la vida negocial; y de otro, el de la veracidad, que excluye el engaño de la vida obligacional. Ambos valores “fundamentan la confianza en el comportamiento del otro y la fe en su palabra, sin las cuales es inimaginable un tráfico comercial desarrollado y hasta el mismo intercambio pleno de prestaciones”...».



“Por otro lado, el autor René Arturo Villegas Lara, en su obra «Derecho Mercantil Guatemalteco, Obligaciones y Contratos» (Tomo III, Sexta Edición, Editorial Universitaria, 2006, págs. 25 y 26), manifiesta al respecto: «...por el poco formalismo con que se dan [las obligaciones mercantiles], esos principios funcionan como parte de su propia substancia; de manera que las partes obligadas conocen en verdad sus derechos y obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar, para no darle una interpretación distinta a los contratos, ya que de otra manera se destruiría la seguridad del tráfico comercial. En otras palabras, el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de los derechos es riguroso, porque solo de esa manera puede conseguirse armonía en la intermediación para la circulación de los bienes y la prestación de servicios (...) De ahí que en materia de nulidad de obligaciones y contratos mercantiles, la doctrina aconseje reducirlas al máximo, con el fin de mantener la seguridad del tráfico...».

“De la doctrina citada se concluye que, en el tráfico comercial, debido a la celeridad con que se realizan los negocios jurídicos convenidos, es permitida la ausencia de formalismos, por lo que, para garantizar su cumplimiento, se deben de regir de acuerdo a los principios de «buena fe guardada y verdad sabida», de manera que las partes se comprometen a obrar recta y honorablemente, por lo tanto, deben atender a lo pactado y cumplir con su obligación.

“En el presente caso, en virtud de que las partes actúan en su calidad de comerciantes y que según lo establece el Artículo 5 del Código de Comercio de Guatemala, en los negocios jurídicos en los que intervienen comerciantes se deberán regir por lo dispuesto en la citada Ley, se determina que los Artículos 1, 669 y 671 del Código de Comercio son aplicables al presente caso.



“Al revisar el fallo impugnado, se aprecia que la Sala sentenciadora respecto a determinar la existencia de la persona obligada, consideró que los nombres María Virginia Paredes Segura de Robles y María Virginia de Robles no identifican a la misma persona, criterio contrario totalmente al espíritu de la legislación mercantil y a los principios filosóficos que la inspiran; en consecuencia, esta Cámara arriba a la conclusión que la Sala sentenciadora al aplicar un criterio extremadamente formalista para identificar a una de las partes en un negocio jurídico mercantil, violó por inaplicación los Artículos 1, 669 y 671 del Código de Comercio, los cuales tienen por objeto garantizar el cumplimiento de la obligaciones mercantiles y, en este caso, en observancia de los principios que inspiran las relaciones mercantiles, se estima que la parte involucrada no tenía necesariamente que identificarse con su nombre completo o todas las formas que la identifican, porque ello implica la exigencia de formalismos que van en contra de la filosofía del tráfico mercantil”<sup>85</sup>.

Esta sentencia, pues, es importante por establecer que las partes no están obligadas a comparecer a un documento contractual mercantil utilizando su nombre completo, cuando pueda establecerse su identidad sin necesidad de ello, con las demás observaciones apuntadas previamente, a la luz de su comparación con el otro precedente antes citado.

En similar sentido, la Corte de Constitucionalidad ha sostenido que en algunos aspectos de la contratación mercantil no son aplicables las formalidades del Derecho Notarial:

“...este Tribunal comparte el criterio asumido por el tribunal a quo en cuanto a establecer la existencia de un contrato de designación de distribuidor autorizado de teléfonos celulares, (...) y que por ello la materia del presente

<sup>85</sup> Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, Expediente 394-2013, sentencia de 7 de mayo de 2014, disponible en: <http://juristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20140507-0003-01002-2013-00394>.



caso es de carácter eminentemente mercantil, razón por la que le es aplicable el contenido de los Artículos 669 y 671 del Código de Comercio, en cuanto a que los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales; por lo que se estima erróneo el señalamiento del juez impugnado, en la emisión del acto reclamado, en cuanto a no darle valor probatorio al contrato (...) por considerar que en el mismo se incumplió con las formalidades legales normadas en el Código de Notariado”<sup>86</sup>.

También respecto de formalidades notariales, es de interés la siguiente sentencia, en que el Juzgado sostiene la validez y eficacia jurídica de un contrato mercantil a pesar de haberse incurrido en un error o discrepancia que, desde el punto de vista estrictamente notarial, haría inválido el acto: cabría entender, que acaso la legalización de firmas podría no surtir efecto como acto notarial, pero ello no resta validez sustancial al contrato como manifestación de voluntad privada, que en este caso es mercantil, pero considero que el mismo principio podría extenderse a un contrato civil en que la forma notarial no resulte esencial. Asimismo, es de interés lo que considera respecto de los contratos de adhesión, cuya utilización es amplia en el ámbito comercial, y por acoger una definición doctrinaria del contrato mercantil:

“Para Guillermo Cabanellas de Torres, en el Diccionario Jurídico Elemental el contrato mercantil es el peculiar del Derecho de la contratación comercial o el que, común en ciertos aspectos básicos con el homónimo del Derecho Civil, se rige según la legislación mercantil.

“[...] la excepción perentoria de nulidad absoluta del título no puede ser acogida, ya que la parte demandada no acreditó que el contrato de arrendamiento celebrado en documento privado con la entidad actora sea

<sup>86</sup> Corte de Constitucionalidad, Expediente 326-2005, sentencia de 28 de noviembre de 2005, disponible en: <http://juristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20051128-0000-326-2005>.



un contrato de adhesión y únicamente su afirmación no es suficiente para acreditar dicho extremo. (...) en el presente caso, no se acredita que el contrato de arrendamiento de maquinaria esté sujeto a formas o solemnidades especiales.

“En relación a que el contrato de arrendamiento de maquinaria contenido en documento privado, no se encuentra firmado por el representante legal de su mandante, consta en el mismo contrato que (...) compareció en el contrato y se acreditó su personería con el primer testimonio del instrumento de protocolización (...) mediante el cual protocolizó el mandato general el cual se inscribió en el Archivo General de Protocolos (...) y en el Registro Mercantil de la República (...). Por lo que no habiendo la parte demandada desvanecido este hecho, no es procedente acoger este argumento.

“El hecho que el contrato de arrendamiento de maquinaria contenido en documento privado tenga fecha veintidós de octubre de dos mil uno y el acta de legalización de firmas tenga fecha veintitrés de febrero de dos mil dos, no viola los Artículos 1, 54, 55 y 60 del Código de Notariado ni hace anulable el contrato de arrendamiento de maquinaria, ya que como antes se indicó, los contratos de comercio no están sujetos para su validez a formalidades especiales, cualquiera que sea la forma en que se celebren, las partes quedan obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse; y en el presente caso el contrato fue suscrito por los representantes legales de ambas partes; y se deben respetar los principios filosóficos, que consisten en que las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y



proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales”<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil del Departamento de Guatemala, Expediente 01050-2003-05729, sentencia de 14 de enero de 2014, disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20140114-0034-01050-2003-05729>.

## CAPÍTULO II

### LA FIGURA DEL REPRESENTANTE MUSICAL O MÁNAGER



En este capítulo se exponen algunas ideas generales básicas sobre la figura del representante musical o mánager, a la luz de su desarrollo en la teoría y práctica de otros países donde la figura ha adquirido características más definidas. A tal efecto, dirigimos nuestra atención al mundo anglosajón, pues es donde más desarrollo ha alcanzado tanto a nivel cultural como jurídico, en virtud de la gran influencia que de tales latitudes ha emanado sobre la música como elemento cultural y como “industria” a raíz de la “explosión” de la llamada música popular en la segunda mitad del siglo XX.

Para el público en general vale una aclaración que para los lectores con conocimiento del Derecho puede resultar innecesaria, y es que dicha exposición teórica se hace con fines de claridad, base, referencia, y comparación, sin que pretenda ser aplicable por completo al medio nacional, pues este tiene sus propias características derivadas, tanto de su particular herencia jurídico-cultural, como de las prácticas específicas que en él se observen. Es precisamente la finalidad general de este trabajo indagar cuáles son estas prácticas, y desarrollarlas en el contexto científico-jurídico pertinente, tarea que se abordará en el capítulo posterior.

Asimismo, se hace constar que la voz “mánager”, originada como un anglicismo, se encuentra reconocida en el Diccionario de la Real Academia Española.

#### 2.1. Antecedentes históricos

A lo largo de la historia, las diversas expresiones artísticas han estado ligadas a los contextos culturales y sociales en que se desarrollan, configurando las artes como medios de expresión, tanto individual como social. Así, por ejemplo, la



música ha estado presente desde la antigüedad no solo en expresiones individuales sino además en ritos religiosos, en celebraciones o eventos sociales, etc.

Entre muchos ejemplos posibles, ya en la antigua Grecia encontramos todo un desarrollo del teatro y la lírica donde los autores de obras escénicas y poéticas transmiten conocimientos históricos, mitológicos, filosóficos, por medio de sus creaciones, las cuales generan gusto en el público y, con ello, motivan la construcción de anfiteatros que constituyeron verdaderos centros de vivencia cultural y social.

De esta manera, la expresión artística también ha necesitado de medios que propicien su creación y difusión, y por ello han surgido diversas formas de cooperación social en que unas personas proveen bienes y servicios, tales como los medios económicos e infraestructura (desde los teatros de la antigüedad hasta la radio y las tecnologías de comunicación de nuestros días) que permiten que los creadores puedan dedicarse a su noble propósito, así como satisfacer la demanda que el público hace de sus creaciones.

Piénsese, por ejemplo, en la práctica del mecenazgo, cuyo mismo nombre se remonta a Mecenas, un personaje de la Roma clásica quien dedicaba parte de su fortuna personal a la manutención y patrocinio de los poetas y dramaturgos de su época, sobresaliendo nombres como el inmortal Virgilio, el autor de la *Eneida*. Incluso, una forma de "entretenimiento" tan inhumana como las luchas de gladiadores requería de empresarios denominados lanistas, que organizaban e invertían en el entrenamiento y manutención de los luchadores, la promoción y montaje de los espectáculos de pelea.

El mecenazgo fue el que permitió la edificación de las magníficas obras de arquitectura y la creación de las obras pictóricas que caracterizan el período histórico denominado Renacimiento que, aún hoy, admiramos como obras



cumbres de la humanidad. En la Edad Media, pueblos enteros prestaban su trabajo y bienes para la construcción de las impresionantes catedrales góticas, permitiendo hacer realidad la visión creativa de los grandes arquitectos.

Es claro, pues, que la actividad creativa siempre ha ido de la mano con la prestación de bienes y servicios que sirven para que aquélla pueda producirse, difundirse y desarrollarse, como mediación entre los creadores y el público en general, que en términos económicos viene a constituir propiamente un mercado, en que las obras equivalen a bienes, y la ejecución o interpretación artísticas constituyen servicios<sup>88</sup>.

En el siglo XX, particularmente, el desarrollo tecnológico dio lugar a inventos como la radio, la fonografía, y la televisión. Este desarrollo inusitado permitió que las obras artísticas, en especial las musicales, pudieran llegar a públicos cada vez más amplios: ya no era necesario concurrir a un teatro o auditorio para escuchar la ejecución en vivo de una composición musical, sino que se podía disfrutar de la interpretación o de su fijación fonográfica desde la sala de la casa, el lugar de trabajo o el vehículo; incluso, fue posible adquirir copias del fonograma que podían reproducirse en cualquier momento, no dependiendo, ni siquiera, de los horarios y programaciones de la transmisión por radio o televisión.

Fue en este contexto tecnológico, y en buena medida gracias a él, que se produjo un gran incremento en la producción y difusión de obras musicales, dando lugar a toda una industria de la música y el entretenimiento. Los Estados Unidos de América, a causa de la diversidad cultural que se dio en su sociedad, fue terreno fértil para el surgimiento de nuevos géneros musicales que encontraron gran aceptación entre el público masivo. Por la amplia difusión que alcanzaron, se habla en sentido lato de “música popular”, aunque también se reservan

<sup>88</sup> El uso de tales términos implica simplemente la constatación de una realidad histórica, social y económica (que, en buena medida, está en la base misma del surgimiento del Derecho de Autor y Derechos Conexos), sin que se pretenda en modo alguno menoscabar el valor más profundo, espiritual, que la creación y expresión artística revisten en sí mismas.



acepciones más restringidas de este término para referirse a expresiones más concretas y delimitadas. A partir de la década de 1950, la música popular encontró su gran público, su nicho de mercado, en los adolescentes y jóvenes.

Como consecuencia de la difusión masiva de la música, a través de los nuevos medios de comunicación, de los nuevos modos y tecnologías de explotación económica de las obras musicales, surgieron particulares estructuras y modelos empresariales que propiciaron el surgimiento del representante musical o mánager. La función general del mánager ha sido promover y velar por los intereses artísticos y económicos de los artistas, promoviendo su difusión en los círculos artísticos y culturales, procurando y negociando contratos con compañías disqueras y distribuidoras, estrategias y presencia en los medios de comunicación, entre otras.

En general, se puede afirmar que la figura del mánager es una manifestación del fenómeno social y económico de la división del trabajo, en virtud que los artistas no siempre poseen por sí mismos los recursos (tiempo, financiamiento, conocimientos, destrezas, etc.) para gestionar directamente los intereses empresariales y patrimoniales que derivan de su producción artística, o bien, aunque sí los tengan, asignan el uso de su tiempo y trabajo a la creación misma, que es la actividad más fundamental para la generación de valor.

Algunos mánagers han obtenido notoriedad propia por medio de la gestión exitosa de las carreras de algunos de los artistas más renombrados de su época. En efecto, puede considerarse que su contribución ha sido decisiva para que el público conociera a muchos de los artistas cuya obra ha sido de lo más influyente y representativo en la música moderna. Así, para mencionar solo algunos ejemplos, entre muchos posibles, vale mencionar a aquellos mánagers vinculados con algunos de los artistas y grupos más famosos del siglo XX: el Coronel Tom Parker (Elvis Presley), Brian Epstein (Los Beatles), Andrew Loog Oldham (Los



Rolling Stones), Albert Grossman (Bob Dylan), Allen Klein (Beatles, Rolling Stones), Paul McGuinness (U2).

A pesar de que sus nombres se vinculan históricamente con el o los artistas más conocidos que han representado, los mánagers no siempre se han limitado a un cliente exclusivo, sino que han organizado empresas de representación que han tenido a su cargo a varios artistas a la vez, especializándose en géneros musicales, incursionando y generando, a su vez, otras actividades vinculadas con la industria musical, tales como: estudios de grabación, sellos disqueros, promoción de conciertos, entre otras.

En definitiva, un análisis de caso por caso de la actividad de representación musical o *music management* demostraría las variadas modalidades en que esta se ha desarrollado; sin embargo, es posible aislar y delimitar algunos rasgos comunes o esenciales, como se expondrá en la última sección de este capítulo. Previo a ello, y por el mismo motivo aludido, se hace necesario establecer la diferencia entre el mánager y otras figuras también involucradas en la industria de la música y del entretenimiento.

## 2.2. Diferenciación con otras figuras involucradas en la industria de la música y del entretenimiento

El *Music Managers Forum* (en adelante, MMF) es el mayor cuerpo representativo de *management* artístico en el mundo<sup>89</sup>. Dentro de los lineamientos generales que esta institución ha desarrollado para contratos de mánagers, establece que los deberes del mánager son<sup>90</sup>:

<sup>89</sup> Sitio de internet: <http://www.themmf.net/>

<sup>90</sup> Cfr. *The Music Management Bible*, edición Kindle, Loc. 871ss.

En adelante, toda referencia a esta fuente se indicará simplemente por las siglas "MMB", y la localización de la parte referida en la edición Kindle, o bien el número de capítulo o subtítulo dentro de la misma. Esto en virtud de que las ediciones Kindle o *e-book* no siguen el sistema de páginas de los libros impresos, y cuentan con un sistema de navegación de su contenido que facilita el acceso a capítulos.



- Utilizar sus esfuerzos razonables para avanzar y promover la carrera del artista.
- Asesorar y consultar con el artista respecto de la recaudación de ingresos y realización de gastos, y utilizar sus esfuerzos razonables para asegurar que el artista reciba sus pagos.
- Consultar con el artista y mantenerlo informado sobre toda la actividad sustancial del mánager.
- Discutir con el artista el desarrollo de su carrera, ofreciendo crítica constructiva en forma periódica.
- Llevar registros de todas las transacciones que afecten la carrera del artista, presentando informes periódicos de todos los ingresos, fuentes de ingresos, gastos, comisiones, y demás deudas, riesgos, etc.
- Obtener la aprobación del artista para cualquier gasto o erogación superior a un monto determinado, o dentro de un período de tiempo determinado.
- Asesorar al artista en cuanto a la contratación de agentes, contadores, abogados, patrocinadores, agentes de mercadeo, y demás funciones.

Una vez delimitada, de esta manera, la función del mánager, es importante distinguirla de otras funciones ligadas con el desarrollo de la carrera del artista, sin perjuicio de que, en la práctica, el mánager pueda también desempeñar tales otras actividades.

Sin embargo, la adecuada distinción entre ellas, y su expresión clara en documentos contractuales, es importante para efectos legales, entre otros motivos



porque la prestación de cada diferente servicio constituye una distinta relación jurídica y fuente de remuneración, lo cual repercute para fines de contabilidad, efectos fiscales, entre otros.

### 2.2.1. El productor musical y el productor de fonogramas

Aunque quizá no es probable que estas dos figuras se confundan con la del *mánager*, sí es de interés distinguirlas entre sí, pues es una terminología que se utiliza de manera distinta en la industria musical y en la legislación, lo cual puede provocar confusión cuando únicamente se hace referencia a “el productor”.

El productor musical es una persona física que tiene a su cargo los aspectos técnicos y materiales de la fijación de una interpretación o ejecución artística en un fonograma, una labor que también conlleva ciertos aspectos artísticos y creativos. Es decir, es quien estará en el estudio de grabación realizando, supervisando y dirigiendo la actividad de grabación en sí, pudiendo auxiliarse, para esta labor, de ingenieros de sonido, técnicos de grabación, especialistas en mezcla de audio, entre otros profesionales. Él es quien crea y da forma al fonograma.

En cambio, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, en su Artículo 4, define al productor de fonogramas como

“Persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación, u otros sonidos o representaciones de sonidos”.

El Artículo 20 del Reglamento de la ley, Acuerdo Gubernativo 233-2003, complementa la noción legal del productor de fonogramas<sup>91</sup>, así:

<sup>91</sup> En realidad, la definición legal de productor de fonogramas surge de este artículo del Reglamento, pues ni el Decreto 33-98 (la Ley original) ni el 56-2000 (reformas a la Ley) habían incluido tal definición, sino únicamente la de “Productor audiovisual”. La definición legal del Artículo 4 fue adicionada por el Artículo 83 del Decreto 11-2006.



“De conformidad con el Artículo 58 de la Ley, productor de fonogramas toda persona individual o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos o la representación digital de los mismos y es responsable de la edición, reproducción y publicación de fonogramas”.

El productor musical es siempre una persona física, pues, es materialmente imposible que una persona jurídica desempeñe las funciones correspondientes en la actividad de grabación. En cambio, un productor de fonogramas en el sentido legal puede ser tanto una persona física como jurídica y, por lo general, lo son las compañías disqueras.

El productor musical, por lo general, agota su función dentro del estudio de grabación, post-producción y mezcla, una vez terminado el fonograma, y no asume las funciones de edición, reproducción y publicación de los fonogramas, como sí lo hace el productor de fonogramas.

En este sentido, un productor de fonogramas puede ser una persona jurídica que, para llevar a cabo la realización del fonograma, contrata a un productor musical, quien tendrá respecto de aquélla una relación de servicios o laboral. O bien, un artista puede contratar directamente a un productor musical, producir el fonograma, y luego ofrecerlo a compañías disqueras para efectos únicamente de publicación, comercialización, distribución, etc. Todo dependerá de la modalidad y

---

Estas definiciones tienen su base en algunos instrumentos internacionales, tales como:

La Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Convención de Roma), cuyo Artículo 3, literal c), establece: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por: (...) (c) « productor de fonogramas », la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos”.

El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), que en su artículo 2, literal d), define: “A los fines del presente Tratado, se entenderá por: (...) (d) “productor de fonogramas”, la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos”.

El Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, Artículo 1, literal b): “Para los fines del presente Convenio, se entenderá por: (...) b) «productor de fonogramas», la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos”.



decisiones que dentro del marco legal adopten las personas, pero es importante conocer la diferencia para no incurrir en confusión al referirse a “el productor”.

Esto tiene implicaciones legales en que, por ejemplo, si un artista ya está contratado por una disquera que asumirá el carácter legal de productor de fonogramas, se establecería en el contrato que los vincula quién de ellos decidirá la contratación del productor musical, si será una decisión conjunta o no, por ejemplo.

Algunos productores musicales han alcanzado fama y son considerados artistas por su propio mérito, por el estilo personal y las técnicas de grabación que emplearon, tales como Quincy Jones o Phil Spector, por citar solo dos ejemplos notorios.

En ocasiones, el mánager puede ser también productor musical, como el caso de Andrew Loog Oldham, quien produjo las grabaciones de los Rolling Stones en la década de 1960. En cambio, otros mánagers se han dedicado exclusivamente a su rol como tales, con otras personas encargadas de la producción musical. Así, por ejemplo, fue Sam Phillips (propietario de la disquera Sun) quien produjo los primeros discos de Elvis Presley, y no el Coronel Parker. El enorme talento musical de los Beatles fue complementado por el talento de Brian Epstein como mánager, y el de George Martin como productor musical, cuyo influjo creativo sobre los discos de los Beatles fue tal que le han apodado “el quinto Beatle”. U2 ha tenido como mánager a Paul McGuinness, y han trabajado con diversos productores musicales de renombre, como Steve Lillywhite, Brian Eno, Daniel Lanois, Flood.

En efecto, muchos discos sobresalen no solo por la calidad de las canciones en sí mismas, sino también por la creatividad y estilo de la producción musical, de manera que algunos productores musicales se han cotizado altamente como tales, pues su función no se limita a la corrección técnica de la fijación, sino implica

también aspectos creativos y artísticos propios, por ejemplo la conocida técnica de la “pared de sonido” creada por Phil Spector, que dota a sus grabaciones de un carácter peculiar<sup>92</sup>.



### **2.2.2. El promotor de conciertos, el agente de contratación, y el mánager de giras**

En cuanto las funciones del mánager, se enuncian de forma general como la promoción y avance de la carrera del artista, una vía importante para lograr dichos fines es la promoción de presentaciones en vivo, o conciertos.

Dependiendo de la identidad artística del artista, y la estrategia que en virtud de ella se diseñe con ayuda del mánager, las presentaciones en vivo podrán ir desde presentaciones locales en bares o restaurantes, eventos sociales, hasta giras mundiales de mayor o menor escala. Lógicamente, la magnitud y frecuencia de las presentaciones en vivo irán de la mano con el incremento de su fama, la necesidad de promover nuevos discos, o incluso la preferencia personal del artista, etc. Por ejemplo, es conocido el hecho de que los Beatles decidieron, en 1966, dejar de presentarse en vivo, y dedicarse únicamente a la grabación de nuevo material.

Quizá en las primeras etapas de la carrera de un artista, el mánager pueda desempeñar la función de gestionar la contratación del artista para presentarse en vivo, o incluso de organizar dichas presentaciones desde el punto de vista logístico, por ejemplo. Sin perjuicio de que pueda auxiliarse a tal efecto de asistentes o sub-contratar esporádicamente a terceros, se trata de funciones que, en principio, asume como propias.

---

<sup>92</sup> Un ejemplo interesante de cómo la producción musical puede influir sustancialmente en la forma artística de un fonograma puede encontrarse en las dos versiones del álbum “Let It Be” de los Beatles, originalmente producido por Phil Spector en 1970, y re-editado en 2003 como “Let It Be... Naked” (“Let It Be al desnudo”) bajo la supervisión de Paul McCartney, debido a diferencias entre la visión artística de McCartney y la de Spector.



Sin embargo, conforme se ha ido desarrollando la industria de conciertos, estas tareas se han vuelto más complejas, propiciando la especialización y división del trabajo, además de que siempre han existido promotores que, sin ser *mánagers*, se dedican como labor empresarial a la organización de conciertos, festivales, giras, programas musicales, etc.

Al hablar de **agente de contratación**, el lector con conocimientos jurídicos puede pensar inmediatamente que se trata de un concepto bastante amplio y abstracto, dentro del cual caben muy diversas actividades concretas, o pensar en figuras como algunos auxiliares de comercio, la agencia mercantil, los comisionistas o promotores de bienes raíces y seguros, entre otros.

Sin embargo, aquí, nos referimos específicamente a lo que la MMF denomina "*agents*", cuyas funciones describe como consistentes en representar al artista en el campo de las presentaciones en vivo, buscando acuerdos para que el artista se presente frente a públicos, en radio o televisión, entre otros. No solo busca obtener presentaciones con la mejor remuneración para el artista, sino, además, toma en consideración si dichas presentaciones sirven para fomentar su carrera y aumentar su prestigio. Algunos también se dedican a presentar ante el artista ofertas de patrocinio mediante las cuales el artista sea remunerado por el valor que la asociación con su imagen pueda generar para la publicidad de ciertos productos o servicios. De esta manera, el *agente* viene a cumplir con un mayor grado de especialización una función que, en principio, corresponde al *mánager*, por lo que, dependiendo de la configuración legal que se dé a sus servicios, podría considerarse como un delegado de aquél. El agente es, principalmente, un intermediario entre el artista y los promotores, aunque con frecuencia no se limita a una intermediación neutral sino que vela por los intereses del artista<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> Cfr. MMB, Capítulo 7.

En este contexto, la palabra “agente” se usa con cierta similitud respecto del agente mercantil reconocido como auxiliar de comercio en el Código nacional de la materia, cuyo Artículo 280 lo caracteriza así:



“Son agentes de comercio, las personas que actúen de modo permanente, en relación con uno o varios principales, promoviendo contratos mercantiles o celebrándolos en nombre y por cuenta de aquellos. Los agentes de comercio pueden ser: 1) Dependientes, si actúan por orden y cuenta del principal, forman parte de su empresa y están ligados a éste por una relación de carácter laboral; 2) Independientes, si actúan por medio de su propia empresa y están ligados con el principal por un contrato mercantil, contrato de agencia”.

Como se ve, la figura del agente de comercio en el derecho guatemalteco es amplia, por lo que puede acoger las más variadas actividades mercantiles. Sin embargo, en principio, los contratos que un agente promueve respecto de artistas no son de naturaleza mercantil, pues la ejecución e interpretación de obras musicales están regidos por los principios específicos del Derecho de Autor y Derechos Conexos, de donde resulta que el “principal” en un contrato que tenga por objeto la promoción de contratos de presentaciones artísticas no tiene el carácter legal de comerciante.

El contrato entre un artista y un agente puede ser de naturaleza mercantil si el agente tiene la calidad de comerciante<sup>94</sup>, pero ello no encaja por completo en la caracterización legal del contrato de agencia, pues ésta implica que los contratos que el agente promueve sean a su vez también mercantiles. Se trataría, quizá, de una figura atípica muy similar a la figura típica, conforme los parámetros y criterios

---

<sup>94</sup> Según el Artículo 2 del Código de Comercio, “Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente: (...) 2°. La intermediación en (...) la prestación de servicios”.



expuestos en el primer capítulo, con las consecuencias que ello conlleve para normar el contrato atípico.

Podría quizá darse el caso que el artista desarrolle su actividad a través de la figura legal de una sociedad mercantil o empresa individual, en cuyo caso los contratos que respecto de tal actividad promueva un agente sí serán mercantiles, encajando plenamente en la tipicidad legal de la agencia mercantil. En tal supuesto, la relación mercantil se daría entre el agente y la sociedad mercantil a través de la cual opera el artista, cuya actividad comercial sería la intermediación en la prestación de servicios artísticos, pues nunca podría una sociedad mercantil, como tal, prestar directamente servicios de esta naturaleza (una sociedad, como persona jurídica, no canta, no toca instrumentos).

Por su parte, el **promotor de conciertos** es, por lo general, un empresario independiente que se dedica a proveer lugares donde los artistas puedan presentarse, publicidad y mercadeo de la venta de boletos, suministrar los requerimientos del artista para cada presentación, gestionar la seguridad del artista y del público durante el concierto, obtener las licencias y permisos que sean necesarios para su montaje, parqueo y acceso, etc. Si se trata de presentaciones en lugares pequeños, es posible que exista un diferente promotor para cada una, mientras que giras más extensas pueden involucrar a promotores nacionales, regionales, etc<sup>95</sup>.

Adicionalmente, las presentaciones en vivo requieren de un **tour manager o mánager de giras**, que se encargue de supervisar y velar por el correcto desarrollo de todo lo relacionado con cada presentación en vivo, incluyendo transporte, instalación del equipo de sonido e iluminación, escenografía, etc. En presentaciones de poca magnitud, el mismo mánager puede cumplir estas

<sup>95</sup> Cfr. MMB, Capítulo 8.

funciones, mientras que para presentaciones o giras más grandes o complejas, la función de *tour manager* puede delegarse en otra persona<sup>96</sup>.



Conforme más compleja y larga sea una gira, requerirá de más personal con división y especialización de funciones, que pueden ser desarrolladas bajo diversas modalidades, como delegados o asistentes del *mánager*, o por terceros independientes, por vía de sub-contratación, relación de servicios o laboral, entre otros.

### 2.2.3. El *mánager* de negocios

En Estados Unidos ha existido la tendencia a dividir funciones entre el llamado *mánager* general (*general manager*) y el *mánager* de negocios (*business manager*).

Mientras el *mánager* general cumple la función de auxiliar al artista en la determinación de la estrategia global de su carrera y la implementación de dicha estrategia en el día a día, pudiendo tener además algún influjo sobre aspectos creativos y artísticos, el *mánager* de negocios se encargará propiamente de asuntos financieros. Por este motivo, el *mánager* de negocios tiende a ser un contador u otro profesional con conocimientos financieros, y cuando existe esta figura trabaja más de cerca con el asesor jurídico del artista<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Cfr. *Ibid.*

<sup>97</sup> Cfr. MMB, Capítulo 1, sección 1.6.



### 2.3. El contrato de representación musical o *music management* en la práctica y derecho anglosajón<sup>98</sup>

La MMF, basándose en su estudio sobre la práctica en el medio y sobre el marco jurídico anglosajón, ha recopilado una serie de lineamientos y recomendaciones sobre la contratación del *music management*.

Estos se presentan en la MMB bajo la forma de un modelo y comentarios de "contract" y "schedule"<sup>99</sup>, documentos que juntos integran la relación jurídica entre artista y mánager.

Para nuestros propósitos, hacemos abstracción de esta práctica documental anglosajona a fin de presentar todos los lineamientos de forma reunida, así como adaptándolos –en la medida de lo posible– a la terminología jurídica equivalente del derecho nacional, buscando facilitar con ello la comprensión del lector.

Así, según la MMF, las principales cláusulas y estipulaciones que se incluyen en un contrato de representación musical o *music management*, son las siguientes:

#### 2.3.1. Las partes:

El artista puede ser una o varias personas individuales, o una persona jurídica<sup>100</sup>. Debería aparecer el nombre real del artista y su pseudónimo o nombre artístico (si lo tuviere), así como su dirección. De igual manera, si el artista es una banda, debería aparecer esta información tanto respecto de cada miembro individual

<sup>98</sup> Para toda esta sección, Cfr. MMB, Capítulo 2. En algunas partes he traducido párrafos completos.

<sup>99</sup> El "schedule" establece el significado que tienen algunas palabras utilizadas dentro del "contract", pero no se limita a ser un simple glosario de referencia sino que, al establecer el contenido y alcances de la terminología contractual, tiene efectos normativos sustanciales. Cfr. MMB, posición 736.

<sup>100</sup> La MMB utiliza la terminología del derecho anglosajón "an individual, a partnership or a limited company". No es objeto de este trabajo estudiar estas figuras en comparación con nuestros conceptos de persona individual o jurídica, contrato de participación, etc., para establecer sus similitudes y diferencias, pero baste observar que el derecho inglés no limita el elemento personal de este contrato a personas individuales, que es un aspecto muy relevante a tener en cuenta, como se verá en el siguiente capítulo.

como de la banda en su conjunto. Si se trata de una banda, debe preverse que si hay cambios en su personal, los nuevos miembros estarán obligados a formar parte del presente contrato<sup>101</sup>. Si el artista contrata a través de una persona jurídica, debe establecerse que el artista asuma responsabilidad personal por lo previsto en el contrato.



El mánager puede ser persona individual o jurídica. Si el mánager contrata por medio de una persona jurídica, el artista puede pedir que se inserte una "key-man clause", esto es, que se establezca la obligación de prestar los servicios a través de una persona individual específica, so pena de incumplimiento contractual (convirtiéndolo en *intuitu personae*, aunque en principio no lo es).

### 2.3.2. Obligaciones del mánager:

- a) Utilizar sus esfuerzos razonables para avanzar y promover la carrera del artista. Por "carrera del artista" se entienden todas las actividades dentro de la industria de la música o el entretenimiento, incluyendo sin limitación la creación de obras definidas en la sección correspondiente.
- b) Asesorar y consultar con el artista respecto de la recaudación de ingresos y realización de gastos, y utilizar sus esfuerzos razonables para asegurar que el artista reciba sus pagos.
- c) Consultar con el artista y mantenerlo informado sobre toda la actividad sustancial del mánager.
- d) Discutir con el artista el desarrollo de su carrera, ofreciendo crítica constructiva en forma periódica.

---

<sup>101</sup> Aparte, la banda deberá tener su propio contrato interno en cuanto banda, donde se prevea, entre otras cosas, lo relativo a distribución de ingresos, cambios en los integrantes, etc.



- e) Llevar registros de todas las transacciones que afecten la carrera del artista, presentando informes periódicos de todos los ingresos, fuentes de ingresos, gastos, comisiones, y demás deudas, riesgos, etc. Los informes suelen ser trimestrales, y la obligación de presentarlos se pacta que deba cumplirse en un plazo máximo que puede determinarse entre 30 a 120 días. Es recomendable que el plazo sea amplio, pues a veces es difícil preparar todas las cuentas a tiempo y, si no se hace, el artista podría reclamar incumplimiento contractual.
- f) Obtener la aprobación del artista para cualquier gasto o erogación superior a un monto determinado, o dentro de un período de tiempo determinado.
- g) Asesorar al artista en cuanto a la contratación de agentes, contadores, abogados, patrocinadores, agentes de mercadeo, y demás funciones.

### **2.3.3. Obligaciones del artista:**

- a) Desempeñar según su mejor posibilidad, y en forma puntual y sobria, todos los acuerdos obtenidos o aprobados por el mánager, incluyendo contratos, presentaciones, actividades promocionales, etc.
- b) Acudir a todas las citas y mantener al mánager razonablemente informado de su paradero y disponibilidad en todo momento.
- c) Revelar al mánager todo ingreso, incluyendo pero no limitado a, los ingresos provenientes de Sociedades de Gestión Colectiva y entidades similares, giras, apariciones en radio y televisión, etc.
- d) Referir a su mánager todo acercamiento y oferta de terceros relativos a la carrera del artista.



- e) No contratar a otra persona para actuar como mánager o representante con relación a ningún aspecto de la carrera del artista.
- f) Consultar regularmente con el mánager sobre la carrera del artista y aceptar que es parte de la función del mánager ofrecer crítica constructiva de vez en cuando.
- g) Mantener al mánager completamente informado y consultarle regularmente sobre todo gasto anticipado a realizarse por el artista, y obtener la aprobación del mánager con relación a costos de grabación, vídeo, equipo y giras.

#### **2.3.4. Territorio:**

Si el mánager no actuará a nivel mundial, es importante que tenga claro quiénes son los mánagers en otros territorios y cuáles son sus papeles en el plano internacional. Si el mánager es un mánager principal, podría establecerse el derecho de designar a terceros como mánagers en otros territorios. En tal caso es importante tener claros los acuerdos sobre comisión, y que el artista no pague doble comisión.

#### **2.3.5. Plazo:**

Se estipula un plazo básico en años o meses (normalmente entre 6 meses y 5 años), y que una vez concluido dicho plazo, el contrato automáticamente se prorroga hasta que cualquiera de las partes dé aviso de terminación con cierto tiempo de anticipación (suele ser 3 meses).

Otros arreglos pueden ser:



- a) Tener un plazo inicial de 2 ó 3 años, con opción a una prórroga de 1 ó 2 años, que solo puede ejercitarse si el mánager ha logrado cierto nivel de ingresos para el artista.
- b) Definir el plazo en álbumes, no en años. Esto se puede combinar con un plazo condicional, por ejemplo: el plazo más largo entre: i) dos años desde tal fecha, o, ii) hasta 6 meses después de la publicación del tercer álbum.
- c) Dar un plazo (por ejemplo, 12 o 18 meses) dentro del cual el mánager deba obtener un contrato de grabación para el artista y, de no lograrlo, el contrato de *management* expira antes.

### 2.3.5. Retribución (comisión):

Establecimiento de la retribución del mánager a través de la figura de comisión, debiéndose determinar:

- a) Tasa o tarifa de comisión: en Inglaterra, lo más aceptado es 20%, aunque en la práctica puede ser desde 10% hasta 25%. Suele ser 25% cuando el mánager acepta exclusividad, es decir, ser mánager solo de un artista o banda.
- b) Plazo de comisión: un principio general aceptado en materia de contratos entre artista y mánager es que es que éste último debe percibir comisión aún después de expirado el plazo del contrato, en atención a los logros que efectuó durante la vigencia del mismo<sup>102</sup>. Para la MMF, la comisión debería ser a perpetuidad, al menos en lo directamente relativo a derechos de autor y derechos conexos, ya que el éxito de las canciones y los discos (fonogramas) depende de los esfuerzos combinados del artista, la disquera,

<sup>102</sup> En el Reino Unido se le denomina "comisión post-término" (*post term commission*), y en los Estados Unidos la "cláusula del atardecer, de la caída del sol, o del ocaso" (*sunset clause*).



y el mánager, y los primeros dos percibirán ingresos durante toda la vigencia del respectivo derecho de autor o conexo, por lo que se estima lógico que el mánager también deba participar de sus beneficios por todo ese plazo legal. Como es probable que los asesores del artista se opongan a esto, se puede alcanzar un acuerdo en virtud del cual la comisión continúe a la tasa o tarifa completa durante cierto tiempo después de finalizado el contrato, seguido por dos o tres plazos en que la tarifa se reduzca, el último de los cuales sea a perpetuidad: por ejemplo, tarifa completa durante dos o tres años después de finalizado el contrato, y después tarifa al 50% en perpetuidad (o hasta la expiración legal del derecho patrimonial de autor o conexo). A tal efecto se debe definir qué obras serán "comisionables" después del plazo del contrato: todo lo creado durante el plazo (composición o grabación); todo lo grabado durante el plazo; todo lo publicado durante el plazo. Esto debido a que cada situación, cada paso del proceso artístico y comercial, no siempre se da necesariamente dentro del plazo del contrato de *management*.

- c) Ingresos afectos a comisión: en general, se establece que la comisión se paga respecto de todo ingreso relacionado con la carrera del artista dentro de la industria de la música o el entretenimiento, incluyendo la creación de obras (grabaciones sonoras –incluyendo demos–; grabaciones visuales –incluyendo películas y vídeos–; obras literarias, dramáticas y musicales; mercadeo ("*merchandising*"), patrocinio de nombres, logotipos, arte o marcas propiedad del artista o asociadas con él; presentaciones o apariciones del artista en concierto o radio, televisión o películas; grabaciones de otros artistas en que el artista funja como productor, ingeniero, programador o arreglista; todas ellas creadas o creadas sustancialmente dentro del plazo del contrato de *management*). Es "comisionable" (afecto a comisión) todo ingreso bruto y suma de dinero que se deba al artista respecto de la explotación de las obras, o que de otra manera se derive de las actividades del artista, excluyendo los ingresos



“no-comisionables” (no afectos a comisión). Entre los ingresos no afectos a comisión suele incluirse: sumas pagadas por el artista o en su nombre como costos presupuestados, costos de grabación recuperables, o costos de vídeo presupuestados y recuperables; regalías, anticipos u honorarios pagados o acreditados por el artista o en su nombre a terceros incluyendo productores, mezcladores, programadores o ingenieros, conforme un presupuesto acordado; dinero pagado o acreditado al artista en concepto de apoyo para giras, conforme un presupuesto acordado; si el artista tiene un contrato distinto con el mánager por concepto de producción y/o publicación, los ingresos de esos contratos no estarán afectos a comisión por concepto del contrato de *management*. Mánager y artista deben acordar juntos el presupuesto para las actividades que requieren un presupuesto aprobado. Cuando se pagan anticipos al artista por grabación, a veces incluye costos de grabación, por lo cual debe acordarse en ese momento cuánto del anticipo se destinará efectivamente para grabación, pues esa porción no estará afecta a comisión. Esto puede acordarse cada vez que se recibe un anticipo para un nuevo disco. Puede insertarse una cláusula según la cual, al concluir la grabación, las partes se pongan de acuerdo en cuánto del anticipo será afecto a comisión. Asimismo, si el artista compra equipo para grabación con dinero del anticipo, debería ser afecto a comisión, pues el artista está adquiriendo un activo.

- d) Ingresos por giras: se estipulan disposiciones especiales relativas a los ingresos afectos a comisión que provengan de giras, que van desde 20% sobre ingresos brutos a 20% sobre ingresos netos. Ello debido a que muchas giras no generan mucho ingreso, únicamente recuperan costos, o incluso generan pérdida, y el mánager suele incurrir en gastos que le pueden representar pérdida. Por eso, la MMF recomienda estipular que el mánager reciba por lo menos entre el 10% y el 15% de ingresos brutos (menos impuestos), o entre 20% y 30% de ingresos netos, el que sea mayor. Otra solución es que el mánager cobre un honorario fijo por sus

servicios en la gira, que se llegue a un acuerdo por cada gira con referencia a su presupuesto, o que se estipule que reciba por lo menos lo mismo que la persona mejor pagada en la gira. En esto influye el hecho de si el mánager del artista es o no al mismo tiempo el mánager de la gira, quién está a cargo de controlar los costos de la gira, si el artista es solista o una banda, etc. La MMF recomienda que los ingresos por *merchandising* (por ejemplo, venta de gorras y playeras de la gira) y patrocinio relacionados con la gira, se traten dentro de los ingresos afectos a comisión normal, sin incluirlos en los acuerdos relativos a ingresos de gira, ni contabilizarlos como ingresos de gira. Se recomienda que, al negociar con la disquera sobre apoyo económico para gira, se establezca que la comisión del mánager es un costo de gira aceptable. La MMF sugiere que "gira" se defina como una serie de más de seis presentaciones ("fechas") dentro de cualquier periodo mensual.



- e) Ingresos no afectos a comisión: no están afectos a comisión las sumas pagadas por el artista o en nombre del artista como costos de grabación o de vídeo presupuestados y recuperables; regalías, anticipos o cantidades pagadas por el artista o en nombre del artista a terceros productores, mezcladores, programadores, o ingenieros, según presupuesto acordado; cantidades pagadas al artista en concepto de apoyo para giras, según presupuesto acordado; los ingresos que perciba el artista en virtud de un contrato distinto de producción y/o publicación con el mánager. Cuando se pagan anticipos en virtud de un contrato de grabación, suelen incluir costos de grabación, por lo que debe determinarse cuánto del anticipo será costo de grabación, y cuánto será comisionable. Esto puede determinarse caso por caso.

#### **2.3.6. Obras:**

Para efectos del contrato, se entiende por "obras":



- a) Grabaciones sonoras, incluyendo demos.
- b) Grabaciones visuales, incluyendo películas y vídeos.
- c) Obras literarias, dramáticas y musicales.
- d) *Mercadeo (merchandising)*, patrocinio de cualquier nombre, logotipo, arte o marca propiedad del artista o asociada con el artista.
- e) Presentaciones y apariciones del artista en concierto, radio, televisión o películas.
- f) Grabaciones de otros artistas en que el artista sea productor, ingeniero, programador o arreglista.

En todo caso, las obras creadas o sustancialmente creadas durante el plazo del contrato de *management*.

### **2.3.7. Gastos**

Se establece qué gastos estarán a cargo de cada una de las partes, debiendo cada una pagar los que respectivamente le correspondan:

- a) Gastos del *mánager*: los costos generales de oficina y negocios, incluyendo:
  - i. Alquiler de oficina.
  - ii. Impuesto de propiedad sobre la oficina. En Guatemala, se trataría del IUSI, dependiendo de si la oficina es alquilada o no y, en tal caso,

si el contrato de alquiler obliga a que el mánager como arrendatario deba pagar el IUSI, o si lo pagará el propietario del inmueble. Para efectos fiscales, el obligado es siempre el propietario independientemente de los pactos privados que sobre su pago pueda celebrar.



- iii. Honorarios y salarios del personal al servicio del mánager, así como los correspondientes pagos al seguro social (en Guatemala, el IGSS, y demás prestaciones obligatorias según las normas de trabajo y previsión social).
  - iv. Equipo de oficina del mánager, incluyendo: computadoras, máquinas de fax, fotocopadoras, teléfonos móviles, localizadores, sistema telefónico de oficina, equipo de audio y audiovisual.
  - v. Vehículo del mánager y costos asociados (reparaciones, gasolina, etc.).
  - vi. Honorarios por servicios profesionales pagados por el mánager a terceros en concepto de servicios prestados directamente a él, tales como asesores jurídicos del mánager.
  - vii. Gastos misceláneos de oficina.
- b) Gastos del artista: cualquier gasto en que razonablemente se incurra vinculado a la carrera del artista, distinto de los gastos del mánager, sea que los pague directamente el artista o el mánager. Si los paga el mánager, la obligación del artista de cubrirlos se convertiría en una relación que implica la obligación del artista de reembolsar al mánager, y el derecho de este último para repetir ante el artista por los gastos en que por tal concepto haya incurrido. Incluye, de modo no limitativo:

- i. Comisión pagable a un agente de contratación u otros agentes.
- ii. Costos y remuneraciones pagables a un mánager de gira.
- iii. Envíos de correo en nombre del artista.
- iv. Publicidad a favor del artista.
- v. Arte (*artwork*) a favor del artista, tales como diseños de portadas para discos, diseños publicitarios, etc.
- vi. Cargos de teléfono y fax por larga distancia en que incurra el mánager, si son específicamente a favor del artista.
- vii. Estadías en hoteles.
- viii. Tarifas de transporte aéreo, terrestre y marítimo.
- ix. Alimentación del mánager (comida, hoteles, etc.) cuando esté de gira con el artista o viaje fuera de su oficina a favor del artista.
- x. Alquiler de vehículos, taxis y demás gastos de transporte o viaje cuando el mánager o el asistente personal del mánager se movilicen en desempeño de funciones a favor del artista.
- xi. Gastos incurridos por el mánager antes del inicio del contrato con el artista, hasta una cantidad determinada.





Los gastos que deba cubrir el artista en que se incurra por actividades de mánager a favor de aquél, se distribuirán a pro-rata si a la vez se está llevando a cabo trabajo a favor de otros artistas.

### **2.3.8. Derecho de auditoría mutua:**

Entre el artista y el mánager, definiendo:

- a) Período de meses dentro del cual se podrá ejercer el derecho de auditar, y cantidad de veces que se podrá ejercer dentro de dicho período. Lo común es no más de una vez en un período de 6 ó 12 meses.
- b) Plazo de pre-aviso para realizar la auditoría.
- c) Plazo para impugnar informes contables, pasado el cual se tendrá por correcto y vinculante. Usualmente es de 2 ó 3 años.
- d) Es común pactar que si la auditoría demuestra que la parte auditada tiene un déficit mayor a 10% entre lo que debería haber pagado y lo que efectivamente pagó a la otra parte, no solo debe reembolsar la diferencia (más intereses), sino además absorber el costo de la auditoría.

### **2.3.9. Manejo de cuentas y dinero:**

Puede adoptarse una de las siguientes modalidades:

- a) El mánager recaudará todos los ingresos en nombre del artista, y depositarlo a una cuenta bancaria dedicada exclusivamente al artista, cuyos fondos podrá utilizar únicamente para fines directamente vinculados con la carrera del artista; o,



- b) El artista será responsable de toda la contabilidad relativa a su carrera, incluyendo libros, impuestos, facturación, recibos, pagos, etc. Cada cierto tiempo el mánager facturará al artista su comisión, la cual deberá pagarse dentro de cierto plazo (usualmente entre 10 a 30 días) de haberse recibido.

**2.3.10. Informes y pagos posteriores al plazo:**

Luego de expirado el plazo del contrato, el artista cada cierto tiempo (normalmente cada 3 meses) deberá rendir informe al mánager sobre ingresos y comisión debida, y deberá pagar ésta dentro de cierta cantidad de días (usualmente entre 10 a 30) luego de recibir factura del mánager.

**2.3.11. Terminación anticipada:**

Cada parte tendrá derecho de dar por terminado el contrato antes del vencimiento del plazo, mediante aviso escrito, si la otra parte incurre en alguna de las siguientes causales:

- a) Es declarada en quiebra o inicia concurso voluntario (convenio extrajudicial o judicial) de acreedores, o concurso necesario de acreedores.
- b) Es condenada por delito que implique deshonestidad.
- c) Incumple con el contrato, y no subsana dicho incumplimiento dentro de 30 días de haber sido requerido para ello por escrito.
- d) Queda incapacitada por enfermedad o accidente por un periodo mayor al estipulado, que suele ser de 3 ó 4 meses (la MMF recomienda 4 meses), pero puede también serlo de entre 6 semanas a 12 meses. Algunos contratos prevén que, durante tales circunstancias, se provea un mánager temporal de reemplazo. Téngase en mente que dicha previsión no se

refiere a la incapacidad jurídica declarada judicialmente (estado de interdicción) que conocemos en el derecho guatemalteco, sino al hecho de no poder materialmente desempeñar las funciones asumidas bajo el contrato, aunque legalmente no sea incapaz en sentido estricto.



Si cualquiera de las partes da por terminado el contrato anticipadamente, ello no afectará los derechos u obligaciones de ninguna de las partes que, por su naturaleza, deban continuar vigentes más allá del plazo.

**2.3.12. Modificaciones:**

Las modificaciones al contrato solo serán válidas y vinculantes si se hacen por escrito y van firmadas por ambas partes.

**2.3.13. Comunicaciones:**

Cualquier aviso o consentimiento que deba darse en virtud del contrato se considerará efectivo si se envía por correo certificado a la otra parte en la dirección prevista.

**2.3.14. Efectos:**

Nada de lo previsto en el contrato se interpretará en el sentido de constituir una sociedad ("*partnership*") entre el artista y el mánager.

**2.3.15. Previa advertencia:**

Ambas partes manifiestan y reconocen que se les recomendó buscar asesoría independiente y especializada en la industria musical de un abogado cualificado previo a firmar este acuerdo. Esta previsión se adopta debido a los efectos que, en



el derecho anglosajón, puede tener sobre la validez del contrato si las partes no tuvieron la asesoría adecuada, previo a consentir.

**2.3.16. Facultad para negociar:**

El mánager tiene el derecho y la facultad para negociar con terceros en nombre del artista.

En este aspecto es donde adquiere mayor relevancia la diferencia conceptual y jurídica entre el mánager y el “representante” en el sentido estricto jurídico del término, ya que la representación propiamente jurídica implica la facultad legal de obligar directamente al representado ante terceros.

**2.3.17. Derecho aplicable y fuero:**

Elección de ley aplicable al contrato, y pacto de sumisión a fuero jurisdiccional. Esto es importante sobre todo si el artista es extranjero, o si parte de su actividad artística se desarrolla en el extranjero.

**2.3.18. Forma:**

En Inglaterra, tienen fuerza de ley los contratos celebrados verbalmente, mientras que en Estados Unidos se exige que sean por escrito. A veces se prefiere que sean acuerdos verbales pues simplifican la negociación, pero ello puede conllevar dificultades probatorias si a futuro surge un conflicto entre las partes.

En Guatemala, dependerá de si el contrato tiene naturaleza mercantil o civil. En lo mercantil, no se exige una forma especial para reconocerles validez. En lo civil, debe constar por escrito si el monto es superior a Q.300.00. Esto se discutirá en el capítulo siguiente.



### **2.3.19. Otras modalidades:**

Como nuestro trabajo se centra en los detalles de la relación contractual entre mánager y artista, no profundizaremos en otros acuerdos alternativos que se dan en la práctica del derecho anglosajón. Sin embargo, mencionaremos brevemente que la MMB contempla la posibilidad de que, en vez de un contrato con los detalles antes descritos, se firme una sencilla carta de intención, que a nuestro criterio en el derecho guatemalteco constituiría propiamente un contrato, sin importar la simplicidad de su redacción. Lo relevante en tal caso sería que su plazo de duración es más breve, pues se estipula a modo de prueba.

Asimismo, se ha dado la práctica de que en lugar de configurar la relación mánager-artista como un contrato de servicios (en el capítulo siguiente discutiremos si, en el derecho guatemalteco, se trataría o no propiamente del contrato típico de servicios profesionales regulado en el Código Civil, o de una figura atípica), se establecen modalidades distintas tales como:

- a) Un acuerdo de asociación con el artista en virtud del cual los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos sobre las obras que produzca son tenidos en co-propiedad con el mánager.
- b) Constitución de una sociedad mercantil en que el mánager y el artista sean socios y la sociedad sea titular de los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos.
- c) Constituir una entidad que sea productora de fonogramas, y que en tal calidad sea titular de derechos conexos sobre las obras del autor, siendo el mánager quien como socio mayoritario controle dicha entidad, o juntamente con el artista.

Estos acuerdos alternativos tienen como denominador común que en ellos el mánager pasa a ser cotitular de todos o algunos de los derechos patrimoniales de autor y/o derechos conexos sobre las obras del artista. Son de sumo interés para la materia del Derecho de Autor y Derechos Conexos, pero sobrepasan el objeto propio de nuestra investigación, por lo cual nos limitamos a enumerarlos, sugiriendo el ulterior desarrollo de otros estudios académicos sobre estas figuras específicas.



## CAPÍTULO III



### EL REPRESENTANTE MUSICAL O MÁNAGER EN GUATEMALA

En el presente capítulo, se describe la investigación llevada a cabo para determinar el objeto principal de esta tesis, se exponen y discuten sus resultados, y se propone una teoría general basada en los resultados de la investigación, como base para concluir con una propuesta de modelo contractual del mismo, a la luz de lo investigado.

#### 3.1. Investigación de la práctica guatemalteca

Como objeto principal de esta tesis, se procedió a investigar la figura de la representación musical o *music management* en el medio nacional. A tal efecto, se investigó si existía jurisprudencia aplicable a la materia de estudio, se entrevistó a abogados y mánagers con experiencia en el tema, y se tuvo a la vista para su análisis un modelo de contrato de representación musical utilizado en el país.

A continuación se presentan los hallazgos y conclusiones de la investigación antes descrita.

##### 3.1.1. Descripción del método investigativo empleado para su determinación

Se elaboró una encuesta con el objeto de uniformar un cuestionario general que permitiera establecer los rasgos principales de los contratos de representación musical o *music management*. Dicha encuesta tuvo por destinatarios específicos a mánagers, fue revisada y aprobada por el Director de Tesis, y por un abogado adicional con experiencia en la materia, y se incluye el formulario como anexo del presente trabajo.



El formulario se diseñó tomando como base los aspectos jurídicos y prácticos expuestos en el documento del MMF que sirvió de base a la sección sobre la práctica anglosajona en el respectivo capítulo anterior, con la finalidad de permitir un análisis comparativo sobre la base de un modelo desarrollado en una jurisdicción con mayor desarrollo histórico y jurídico de la figura objeto de investigación.

Adicionalmente, se investigó si existía jurisprudencia nacional aplicable a la materia, cuyos resultados se exponen a continuación.

### **3.1.2. Jurisprudencia nacional de interés**

Para establecer si existe jurisprudencia nacional aplicable al tema, se acudió a la plataforma en línea IURISTEC, que recoge sentencias tanto de las altas Cortes del país (Corte de Constitucionalidad, Corte Suprema de Justicia), como de diversas Salas de Apelaciones o Juzgados de Primera Instancia.

A raíz de estas consultas, se estableció que en el país no existen precedentes jurisprudenciales que traten de modo directo y específico sobre el contrato de representación musical o *music management*. Sin embargo, sí existe jurisprudencia sobre temas relacionados con el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, que ofrece algunos criterios que pueden resultar de mucha ayuda para temas vinculados, de modo principal o accesorio, con dicha figura contractual, y por ello resulta de interés exponerla en la presente sección.

Es decir: existe jurisprudencia indirectamente relacionada con el contrato estudiado, cuyos criterios son extrapolables a situaciones que en la práctica pueden suscitarse con ocasión de la relación contractual que nos ocupa.

Empezando por aspectos formales relacionados con la constitución y eficacia de los contratos, encontramos un precedente que trata precisamente sobre un



contrato de servicios artísticos. Si bien no se trata de un contrato de representación musical o *music management*, es análogo al mismo en cuanto a la relación discutida involucra a un artista y a una entidad mercantil, por lo que las consecuencias jurídicas atribuidas al mismo por el Tribunal de Casación podrían estimarse aplicables de igual forma a uno de *music management* en circunstancias que participen de dicho elemento análogo, conforme lo preceptúa la Ley del Organismo Judicial, específicamente en sus Artículos 2 y 10 literal c).

Sobre este último, es preciso acotar que, si bien se refiere a la analogía de las leyes y no de los precedentes jurisprudenciales, la analogía es también por excelencia un método jurisprudencial, y la sentencia estudiada constituye una aplicación de la ley, por lo que nada obsta a que el mismo razonamiento se haga al aplicar, interpretar e integrar la ley a un caso análogo, como podría serlo un contrato de *music management*, por vía de la complementariedad de la jurisprudencia como fuente del ordenamiento jurídico nacional que estatuye el artículo 2 de la LOJ.

La sentencia<sup>103</sup> considera lo siguiente:

“...manifiesta la entidad recurrente que la Sala sentenciadora incurre en error de derecho, ya que no se percató de que el contrato de servicios artísticos celebrado en la ciudad de México, (...) es un contrato mercantil que debió ser legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de conformidad con lo regulado en el Artículo 37 de la Ley del Organismo Judicial, para poder ser admitido dicho documento en la República de Guatemala, y que pueda producir sus efectos en el proceso; que la falta de estos requisitos hacen que el documento no sea admisible, y como consecuencia de ello, el [demandante] carece de legitimación activa para promover la demanda de daños y perjuicios (...). Al hacer el análisis

<sup>103</sup> Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, sentencia de 4 de noviembre de 2013, Expediente 01002-2012-00366. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20131104-0003-01002-2012-00366>.



correspondiente, se advierte que el relacionado documento es un típico contrato mercantil, por lo que de conformidad con los principios que rigen el Derecho Mercantil, está desprovisto de formalismos con el objeto de facilitar el tráfico comercial y permitir que las transacciones comerciales sean rápidas y efectivas, especialmente en atención al régimen de globalización que impera internacionalmente, por lo que no le son aplicables las formalidades reguladas en el Artículo 37 ibídem, ya que según el Artículo 42 de ese mismo cuerpo normativo, se exceptúan de tales requisitos, aquellos documentos regidos por normas especiales, de orden internacional, cuando las exigencias se opongan a su naturaleza, finalidad o régimen particular. En tal virtud, se concluye que por la naturaleza del referido contrato, la Sala no tenía la obligación de exigir las legalizaciones que sugiere el recurrente”.

“...la entidad casacionista argumenta que la Sala incurrió en error de derecho en la apreciación del mismo contrato, al haberle reconocido valor probatorio, sin que éste estuviese firmado por su representada, por lo que no puede probar en su contra, ya que por tratarse de un documento privado, debía estar reconocido ante juez competente o legalizado por notario; que la falta de estos requisitos hacen que el documento no pueda ser admisible, y no pueda surtir sus efectos en Guatemala.

“Al examinar dichos aspectos, se advierte que el relacionado contrato de servicios artísticos (...), por sus características, es un documento privado no suscrito por las partes que litigan en este proceso, que fue aportado al mismo con el objeto de justificar las pretensiones del actor en contra de la entidad demandada; es decir, que pretende que esta sea responsable por los efectos derivados de dicho contrato. En tal virtud, para que el citado documento pudiera surtir efectos, era imperativo que fuera reconocido ante juez o legalizado por notario. Efectivamente, el último párrafo del artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece como condición imperativa, que un documento privado solo surte efectos frente a terceros,



desde la fecha en que haya sido reconocido ante juez competente o legalizado ante notario. En el caso que nos ocupa, el contrato privado ~~aportado por la parte actora, no fue reconocido ante juez competente ni legalizado por notario, por lo que en estricto cumplimiento de una norma expresa imperativa, éste no puede surtir los efectos pretendidos en el proceso, es decir que su contenido no puede afectar a la entidad demandada. Debe aclararse que un tercero frente a un documento privado, es aquella persona que no interviene ni suscribe este; entonces, desde esa perspectiva, el demandado resulta ser un tercero frente al contrato de servicios relacionado, por lo que, para que pudiera producir efectos contra éste, es decir, para ser considerado prueba eficaz para justificar las pretensiones del actor en contra de la entidad demandada, debía cumplirse con las formas y condiciones establecidas en la ley. Obviamente si no se respeta la ley, la prueba no puede surtir los efectos pretendidos.~~

“Efectivamente, a pesar de tratarse de un contrato mercantil, no existe ninguna excepción para que a los documentos de esa naturaleza se les exima de tales exigencias, pues el asunto trasciende al campo de las normas jurídico procesales, que para efectos probatorios, establece las mismas exigencias para todos los documentos privados, independientemente de su naturaleza. El análisis no se enfoca sobre formalidades que deba cumplir un contrato mercantil para efectos puramente mercantilistas, porque sobre ese punto no hay discusión; para agilizar el tráfico comercial, no deben exigirse estas formalidades; sin embargo, lo que se discute son las ritualidades que debe cumplir un documento privado para surtir efectos probatorios dentro del proceso”.

De esta sentencia se extraen los criterios importantes que se enuncian a continuación:



- Un contrato que involucre a un artista y una entidad mercantil es de naturaleza mercantil.
- Dada su naturaleza mercantil, cuando dicho contrato se celebra en el extranjero, no está sujeto al requisito de “pases de ley” para surtir efectos en el país.
- Sin embargo, sí está sujeto a las normas procesales aplicables para efectos puramente procesales, especialmente en lo relativo a la afectación de terceros.

Dichos criterios son aplicables, en general, a todos los contratos mercantiles, por lo que su interés va más allá de lo que atañe a nuestro tema específico. Respecto de los contratos mercantiles, los principios que los rigen, y su formalidad, también han sido desarrollados por la Corte en este otro precedente jurisprudencial<sup>104</sup>:

“...los Artículos denunciados establecen lo relativo a los principios filosóficos que inspiran las obligaciones y contratos mercantiles, como lo son, la verdad sabida y la buena fe guardada; así como que los aludidos contratos no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Que al amparo de esos principios, es que el Derecho Mercantil se ha tornado en un derecho ágil y poco formalista, regulando sus operaciones y encuadrándolas dentro de limitaciones justas y necesarias. Lo anterior no implica que se deje de observar ciertos requisitos o formalidades, considerados hasta cierto punto esenciales, cuando existe un contrato escrito, tal es el caso de la identificación plena de las partes contratantes, esto como punto de partida para perfeccionar la relación comercial o financiera de los que en ella intervienen, y primordialmente, para contar con la evidencia necesaria que demuestre la forma y las condiciones mediante

<sup>104</sup> Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, Expediente 589-2011, sentencia de 20 de mayo de 2013.



las cuales se obligaron, para hacerlas valer en caso de incumplimiento de alguna de las partes.

“En el presente caso, (...) se evidencia la existencia de dos documentos (...) en los que no se precisan los datos de identificación personal de los contratantes, no obstante que en los mismos se contemplan los espacios correspondientes para ello. Pretender que tal deficiencia sea subsumida en los principios filosóficos de verdad sabida y buena fe guardada, así como en la poca formalidad del Derecho Mercantil, es improcedente, precisamente porque con los documentos aludidos, en la forma como fueron presentados, se demuestra que la relación financiera no nació a la vida jurídica.

“[...] este Tribunal estima prudente traer a cuenta, entre otras, tres características que inspiran al Derecho Mercantil, las cuales hacen que el mismo se torne en un derecho moderno y ágil que incentive el tráfico mercantil, siendo éstas: **a) La simplicidad o sencillez:** la cual exige ausencia de formalismos innecesarios, así como normas que toleren la rapidez de los negocios; **b) La tipicidad:** que considera que por ser los negocios en masa, regularmente se uniforman en una forma típica, mediante formularios sencillos; y, **c) La seguridad al tráfico jurídico:** la cual informa que la mayoría de los contratos no requieren la legalización de firmas u otra forma especial para otorgarse”.

Merece comentario especial la circunstancia de que un contrato de servicios artísticos haya sido considerado de naturaleza mercantil, pues en Guatemala los contratos en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos fueron trasladados, primero, del Código Civil al Código de Comercio, y luego a la Ley específica de la materia, sujetándose al principio de tutelaridad que inspira el derecho autoral.

Con esto nos parece que la Corte adopta el criterio según el cual un contrato es de naturaleza mercantil cuando en él interviene una parte en ejercicio de una actividad comercial, y esto halla sustento en los Artículos 1, 2, 3 y 5 del Código de Comercio. Especialmente, el Artículo 5 regula los denominados “negocios mixtos”, disponiendo que:



“Cuando en un negocio jurídico regido por este Código intervengan comerciantes y no comerciantes, se aplicarán las disposiciones del mismo”.

En el supuesto de un contrato en que una de las partes sea comerciante y la otra sea artista, no estamos en presencia de un “negocio mixto” en los términos del Artículo 5 citado, ya que no se trata de un contrato regulado por el Código de Comercio. El de *music management*, en concreto, tampoco se regula en la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Nos parece, más bien, que la Corte ha entendido que el negocio mixto será de naturaleza mercantil, o al menos se regirá bajo principios mercantiles aunque su naturaleza no sea cien por ciento mercantil, aún cuando no se trate de un contrato con tipicidad legal regulada en el Código de Comercio, con lo cual estaría realizando una interpretación extensiva del artículo recién citado. Esto es importante para nuestra investigación en tanto y en cuanto el contrato de *music management* pueda celebrarse por el artista con un comerciante individual o social.

Es importante también tener en cuenta lo que la Corte ha establecido en el sentido que, aún cuando el Derecho Mercantil se inspire en principios de poco formalismo, no puede considerarse que bajo estos se proteja la omisión de elementos esenciales del contrato. En ese orden de ideas, debemos recordar que la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos establece como norma general que todo acto de transmisión o enajenación de los derechos establecidos por ella debe formalizarse por escrito (Artículo 52, disposición que se reitera en otras normas tales como los Artículos 72, 84, 82, entre otros). Un contrato de *music management* no necesariamente implica enajenación o licencia de los derechos



de autor o conexos que correspondan al artista, aunque ciertamente incidirán sobre su ejercicio como resultado directo o indirecto de la actividad de *management*. Por eso, es aconsejable que se formalice por escrito, para dotarlo de mayor seguridad jurídica (lo cual, en general, es cierto para cualquier contrato) y, aunque pueda formalizarse verbalmente, no podrán entenderse incluidos en el mismo actos para los cuales la Ley de la materia sí exige de modo expreso la forma escrita.

Otro aspecto que es de interés evaluar, se refiere a la posibilidad de que un contrato de *music management* se confunda con una relación laboral. En general, y por motivos que oportunamente se explican en otras partes del presente trabajo, no debería existir ese riesgo, pues no concurren en él los elementos que caracterizan a la relación laboral. Sin embargo, en situaciones concretas podría suscitarse esa duda, y ello lo demuestra precisamente un caso en que un artista demandó ante la jurisdicción de Trabajo y Previsión Social a una entidad mercantil para la cual prestaba servicios artísticos. En esa ocasión, la Corte de Constitucionalidad reiteró un pronunciamiento de interés<sup>105</sup>:

“...en el Juzgado (...) de Trabajo y Previsión Social (...), promovió juicio ordinario laboral (...) manifestando que fue destituido en forma directa e injustificada del puesto que desempeñaba como cantante, bailarín, animador y encargado de eventos, y reclamó el pago de indemnización y demás prestaciones laborales a las que según él tenía derecho; b) la entidad demandada planteó cuestión de incompetencia por razón de la materia, aduciendo que la relación jurídica que sostuvo con el actor no fue de índole laboral, sino que de naturaleza mercantil, ya que celebraron un

<sup>105</sup> Corte de Constitucionalidad, sentencia de 10 de junio de 2011, Expediente 62-2011. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:62-2011-0000>.

La misma Corte en dicha sentencia invocó sus precedentes jurisprudenciales, integrantes de doctrina legal obligatoria: “El criterio relativo a la inviabilidad de calificar por medio de una incidencia sobre competencia, la naturaleza de la relación en virtud de la cual se promueve un proceso laboral, fue asentado por este Tribunal en sentencias de veintitrés de julio y dos de diciembre, ambas de dos mil nueve, y veintinueve de enero de dos mil diez, emitidas en los expedientes un mil ciento veintisiete, tres mil setecientos nueve y cuatro mil ochenta y ocho todos de dos mil nueve (1127, 3709 y 4088-2009), respectivamente”.

contrato técnico-mercantil, cuyo objeto era la prestación de servicios de representación escénica, por lo que su pretensión no debía ser tramitada ante un Juez de Trabajo y Previsión Social; (...)."



"...el vínculo jurídico que caracteriza la relación laboral, no puede ser evaluado liminarmente, salvo aquellos casos en que exista una evidencia irrefutable que lo permita, lo cual no ocurre en la mayoría de ocasiones. Además, ese vínculo que genera la relación de trabajo muchas veces amerita un estudio profundo que justifica llevar el caso a sentencia, para así efectuar un análisis que permita despejar las dudas que puedan existir sobre la naturaleza de la relación que se dio entre las partes, y que haya dado lugar al planteamiento de la demanda laboral. Por otro lado, cabe resaltar que la cuestión de incompetencia no tiene como objeto especial dilucidar la naturaleza de una relación que se repute de carácter laboral, sino determinar si el asunto sometido al conocimiento de un juez es o no de su competencia, siempre que no exista duda razonable al respecto.

"...no era pertinente basar la cuestión de incompetencia por razón de la materia, en las razones expuestas por la parte patronal, que consistían en que la relación se concretó por medio de un contrato técnico-mercantil, y que por lo mismo la controversia la debía conocer un juez del orden civil".

Las circunstancias del caso deben cuestionarse a la luz de los principios que rigen la integración jurídica por analogía, para cuya aplicabilidad es necesario que el elemento de similitud entre las circunstancias o hechos comparados sea lo suficientemente relevante para ameritar la aplicación al nuevo caso de la misma *ratio decidendi* adoptada en el caso previo. En tal virtud, considero que la relación jurídica que se establece entre un artista y un mánager difícilmente podría confundirse con una relación laboral como lo era susceptible de ocurrir en el caso citado, en que un artista formaba parte de un conjunto musical organizado como sociedad mercantil.



Es aquí donde este criterio podría plantear una posible colisión con el expuesto en los precedentes antes examinados, según los cuales la relación sí revestía carácter mercantil, haciendo necesario su análisis integral. En efecto, el criterio de la Corte se limita a establecer que es inviable cuestionar la naturaleza de la relación mediante una cuestión de competencia en sede laboral, haciendo necesario su análisis en sentencia, por lo que incluso es posible que en sentencia se haya decidido que la relación era, en efecto, de carácter mercantil. En cambio, ante una relación de *music management*, es muy probable que sí cobre vigor la salvedad apuntada por la Corte para "aquellos casos en que exista una evidencia irrefutable que lo permita", es decir, en tal caso quizá sí sería viable dilucidarlo mediante cuestión de incompetencia.

Un aspecto muy interesante está ilustrado por las siguientes dos citas jurisprudenciales, que se vincula con diversos aspectos importantes discutidos en el presente trabajo, tales como la calificación de la mercantilidad del contrato (ver capítulo uno, sección tercera), con la diferencia entre el contrato de derecho privado (civil o mercantil) frente a la relación laboral (ver más adelante, la subsección dedicada a las figuras afines en el derecho nacional con el contrato de *music management*) y, muy especialmente, por lo que considera respecto de que un contrato de servicios profesionales puede, a su vez, tener carácter mercantil:

"...la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social dictó la sentencia (...) (acto reclamado en este proceso de amparo), en la que, entre otros aspectos, consideró que: "obra en autos el oficio (...) donde consta que el demandante aparece inscrito en el libro de comerciantes individuales en virtud de estar registrado como propietario de la Empresa (...) en donde consta su actividad (sic) es la de Agencia de Publicidad y Relaciones Públicas, razón por la cual vende su material informativo que produce a cambio de un precio que le pone al mismo. Por tales consideraciones el contrato no puede ser de carácter laboral sino



claramente es un contrato mercantil, (...) del cual se deduce que dicho contrato no tiene ningún elemento ni característica que le diera carácter laboral (...). Aparte de ello, consideró además que "De conformidad con las cláusulas del contrato celebrado entre las partes, se establece que el demandante no trabajó bajo la dependencia ni subordinación de la entidad demandada, elementos esenciales del contrato de trabajo, así como ya se indicó anteriormente, él no devengaba un salario, ya que de conformidad con las facturas que obran en autos, él cobraba honorarios por sus servicios profesionales prestados. Por lo tanto se concluye que no existió una relación laboral entre las partes sino mercantil. (...)".

"[...] la fase procesal en la que se emitió el acto reclamado era efectivamente la idónea para dilucidar en definitiva y conferir, (ahora sí) seguridad jurídica al aspecto debatido sobre la naturaleza del contrato (...) que originaba la procedencia de la pretensión, pues de lo estipulado en dicho contrato eventualmente se hubiesen originado obligaciones que viabilizaran el pago de las prestaciones laborales reclamadas. De ahí que no pueda advertirse violación alguna del derecho a la seguridad jurídica, (...) tampoco configura violación, ni esta Corte de oficio lo advierte, de los principios constitucionales de tutelaridad de las leyes laborales e irrenunciabilidad de los derechos derivados de ellos"<sup>106</sup>.

"...no se puede analizar la procedencia de prestaciones laborales, sin antes establecer la existencia de una relación laboral, y en el presente caso la parte actora (...) expresó claramente (...) que existió únicamente una relación de servicios mercantiles de promoción y publicidad para la entidad mercantil (...) y que las factura emitidas fueron por concepto de la prestación de servicios mercantiles. (...) con la información recabada en auto para mejor fallar se presume y confirma que el actor ha prestado sus

<sup>106</sup> Corte de Constitucionalidad, Expediente 1026-2000, sentencia de 21 de febrero de 2002. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:1026-2000-0000>.



servicios para varias entidades, lo que significa, que el actor no solamente tenía que haber demostrado las calidades de trabajador, circunstancias que evidentemente no fueron demostradas por él en la secuela del juicio (...).

“[...] en el presente caso claramente se constata que la relación suscitada entre las partes es de naturaleza mercantil profesional ya que dicha persona colocaba productos etílicos en otras tiendas de comercio y por lo mismo fue únicamente recomendado a las entidades demandadas para comercializar sus servicios, para la compra venta de licores y consignación del producto, no llenando los requisitos esenciales y fundamentales que establece nuestra legislación laboral para que se entienda que exista una relación laboral (...)”<sup>107</sup>.

En la primera sentencia se utiliza la terminología “servicios mercantiles”, aunque se refiere a actividades (la publicidad y las relaciones públicas) que, si bien no requieren estrictamente título facultativo para su ejercicio, sí cuentan con cierta profesionalización a nivel universitario que puede implicar colegiación profesional<sup>108</sup>. En la segunda, en cambio, llama la atención que el Tribunal se refiera a la relación como “de naturaleza mercantil profesional”, también referida a la promoción y publicidad de productos.

No es objeto de este trabajo profundizar en algo que, al final, podría no ser más que una imprecisión terminológica por parte de órganos jurisdiccionales que estaban resolviendo litigios de otra naturaleza, pero sí es de interés para nuestra temática observar que una actividad de servicios, que en principio podría considerarse regida enteramente por el Código Civil como contrato de servicios profesionales (dependiendo de la interpretación y alcance que se dé al Artículo

<sup>107</sup> Sala Tercera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social, Expediente 01173-2012-01466, sentencia de 26 de junio de 2013. Disponible en: <http://iuristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:20130626-0024-01173-2012-01466>.

<sup>108</sup> En algunas facultades del país, la carrera de Publicidad se ofrece junto con la de Diseño Gráfico, y ésta a su vez se halla incorporada al Colegio de Arquitectos; las relaciones públicas pueden ser objeto de la carrera universitaria de Comunicación.



2036 de dicho cuerpo legal, como se verá más adelante), ha sido considerada por tribunales laborales como de carácter mercantil, si bien lo relevante en esos casos era contraponerlas como relaciones de derecho privado frente al derecho laboral-público, y el tema es susceptible de ulteriores matizaciones y profundizaciones dentro del ámbito del derecho privado.

Asimismo, es de interés notar que, en el primero de los dos casos recién citados, el material informativo que producía el prestador de servicios en cuestión consistía específicamente en "producción y grabación de reportajes, documentales y de cualquier tipo de información fílmica" (según consta en cita del contrato incluida en la sentencia, mas no en el pasaje que hemos transcrito), es decir, involucraba la creación de obras audiovisuales, de donde podrían surgir interesantes relaciones y consecuencias en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos, que sin embargo no fueron objeto del litigio resuelto por la sentencia, ni corresponde al objeto de la presente investigación, pero se deja apuntado como sugerencia de futuros puntos a discutir dentro de nuestra materia general.

Por último, se encontró un precedente relacionado con el daño patrimonial causado por violación de los derechos de autor, específicamente un error que incidió en desconocer la paternidad de un autor respecto de su obra<sup>109</sup>:

"Al admitirse como plenamente establecido, por la confesión prestada por (...) [la] propietaria de "Discos Ayarza" (...) que ella fue quien cometió el error que originó el cambio de nombre del autor (...), atribuyendo la paternidad de la melodía en disputa, a [otra persona] y que, además, autorizó la explotación de esa obra, en el contrato celebrado con "Discos Centroamericanos, Sociedad Anónima" (Dicesa), en recta aplicación de la doctrina contenida en el Artículo 1645 del Código Civil (...) resulta que ella es la única responsable de la situación creada. Finalmente, es indiscutible

<sup>109</sup> Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, sentencia de 13 de febrero de 1974, Expediente sin número. Disponible en: <http://juristec.com.gt/index.php?title=Sentencia:19740213-0003-SN>.



que [el autor] sufrió daños en su patrimonio, al no percibir los beneficios que le corresponden por derecho de autor, así como los perjuicios consecuenciales, (...). Por otra parte, el razonamiento obligado es que, careciendo "Discos Centroamericanos, Sociedad Anónima" (Dicesa) de responsabilidad en el caso, es imperativo absolverla de la demanda, sobre todo, porque en tratándose de contratos de naturaleza mercantil, se deben interpretar, ejecutar y cumplir las obligaciones que contengan, sobre la base de "verdad sabida y buena fe guardada", a menos de producirse evidencia en contrario, lo cual no sucede en el caso sublitis".

Este precedente es una aplicación bastante sencilla de conceptos civiles básicos, acerca de la atribución de responsabilidad, con el interés específico de que en el caso concreto el daño patrimonial se originó en que el autor dejó de percibir regalías al haberse atribuido la paternidad de la obra a persona distinta.

Sin embargo, merece comentario el hecho de que, en ese caso, el contrato sí era claramente de naturaleza mercantil pues, en la época en que se resolvió, los contratos sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos aún estaban regulados dentro del Código de Comercio. Ello no obstante, ya hemos visto que a pesar de que ahora se regulan en la Ley propia de la materia, siguen siendo susceptibles de encuadrarse en principios mercantiles por vía de la aplicación extensiva de la figura del negocio mixto, cuando en el contrato interviene un comerciante en ejercicio de su actividad mercantil.

Adicionalmente, es de interés resaltar que bajo la normativa hoy vigente, el derecho de paternidad, por estar regulado como un derecho moral, podría originar un daño también moral, que en circunstancias concretas podría considerarse distinto y adicional al daño puramente patrimonial consistente en la omisión de regalías, por afectar no solo el interés patrimonial de percibir ingresos por la explotación de la obra (derecho patrimonial de autor), sino además menoscabar esferas intangibles del honor y reputación del autor que también son objeto de

tutela jurídica. No es objeto del presente trabajo dilucidar el punto, pero se ha apuntado para ulterior profundización, y sirve a nuestro tema en cuanto podría resultar aplicable en un contexto de *music management*.



### **3.1.3. Principales rasgos que reviste la figura del representante musical o mánager en la práctica guatemalteca**

La investigación de campo realizada incluyó entrevistas y/o encuestas con mánagers de diversos grados de experiencia y especialización en el medio nacional, así como abogados cuyo ejercicio profesional les ha permitido conocer de primera mano esta temática. Asimismo, se tuvo a la vista algunos modelos de contrato de *music management* utilizados en el país.

Respetando el derecho de confidencialidad de los interesados, se indican a continuación los rasgos generales que para efectos de la investigación resultan pertinentes. En la sección siguiente, se ofrecen algunos comentarios a los mismos.

- En Guatemala, la relación de *management* artístico o musical se ha establecido tanto en la modalidad de contratar el mánager como persona individual, como en la de contratar a una sociedad mercantil que tiene por objeto la prestación de dichos servicios.
- En el medio nacional, existen tanto mánagers que se dedican a atender a un solo artista como a varios artistas. Cuando sí se ha pactado la exclusividad, se ha practicado tanto la bilateral, como la unilateral en cuanto el artista solo puede tener un mánager.



- La edad de los *mánagers* tiende a ser joven, ubicándose por lo general entre los 25 y los 30 años, algunos de ellos con más de 4 años de experiencia en la actividad.
- Entre los géneros musicales que desarrollan los artistas que han sido sujetos de *music management*, se puede mencionar: rock alternativo en inglés, pop latino, urbano, EDM (*electronic dance music*, o música electrónica de baile).
- Los motivos para iniciar la relación de *management* van desde amistad personal previa con el artista, hasta la experiencia previa en la actividad.
- En consonancia con lo anterior, algunos *mánagers* no han tenido estudio, capacitación o profesionalización anterior para ejercer la actividad, como hemos visto que puede ser común también en otros países, mientras que otros han empezado a capacitarse a través de cursos de manejo de talento, aunque ninguno a nivel de educación superior formal (universitario). En el caso de *mánagers* que no han recibido capacitación especial, indican que sí han acudido a otros *mánagers* locales para recibir consejo sobre el desempeño de su actividad.
- Existen *mánagers* que ejercen su actividad en forma personal e independiente, y otros que tienen empresas que se dedican en forma organizada y permanente a prestar dichos servicios, algunas organizadas además como sociedad mercantil, según lo antes apuntado.
- Algunos *mánagers* no han recibido asesoría legal antes de establecer su relación con el artista, mientras que otros sí lo han hecho. De estos últimos, no se ha acostumbrado que cada parte contractual tenga su propio asesor, sino que han recibido asesoría conjunta del mismo profesional del Derecho.



- En cuanto a la forma contractual, se ha utilizado tanto el acuerdo verbal como el contrato escrito con legalización notarial.
- Por lo general, ha existido la necesidad de establecer o definir nuevos aspectos o estipulaciones para la relación jurídica con el artista en forma posterior y adicional al contrato original (verbal o escrito).
- Las funciones del *mánager* se han descrito globalmente en nuestro medio como actividades de promoción, representación, organización y asesoría. Dentro de tal contexto general, todos los *mánagers* han considerado que sus funciones incluyen la totalidad de lo enumerado en el formulario de encuesta (ver Anexo), que a su vez se basa en las funciones descritas por el contrato modelo MMF. Esto, aún en el caso de acuerdos verbales, o aún cuando los contratos escritos quizá no lo enumeren de modo exhaustivo.
- Los servicios de *management* más profesionalizados incluyen además la asesoría artística, profesional, técnica, jurídica y económica que se requieran para mejor aprovechamiento del artista, autorizándose a sub-contratar a terceros para desempeñar estas funciones específicas. Asimismo, se ha previsto la posibilidad de sub-contratar agentes para presentaciones en vivo, o "*booking agents*" como se explica en la sección correspondiente de este trabajo.
- Adicionalmente a las funciones enumeradas conforme lo indicado en el inciso anterior, algunos *mánagers* han citado otras adicionales que resultan de interés, tales como: fomentar el respeto y armonía entre los miembros de la banda para la resolución de conflictos; cuidar el consumo de bebidas alcohólicas por miembros de la banda durante conciertos; establecer relación con los familiares para transmitir buenas sensaciones respecto de



la carrera del artista; asesorar a la banda en cuanto a su actividad artística, específicamente si se dedicarán únicamente a la interpretación de "covers" (versiones de canciones ya existentes de otros artistas), o bien si también se enfocarán en la creación de música original.

- En algunas ocasiones, especialmente en cuanto a *mánagers* de mayor experiencia y capacitación, han combinado su función de *mánager* con la de productor musical.
- Por lo general, no se acostumbra prever estipulaciones sobre territorio y plazo. Sin embargo, en algunos casos sí se ha visto cláusula de ambos elementos, en que el plazo consiste en seis meses renovables por sucesivos períodos iguales, y el territorio abarca toda la República de Guatemala y el extranjero.
- En cambio, sí se prevén estipulaciones sobre retribución, en que se ha practicado tanto la comisión como un sistema mixto de honorario fijo de base más comisiones. Asimismo, para las comisiones se ha previsto estipular lo relativo al plazo de las mismas, utilizándose tanto la figura de recibir comisión únicamente durante la relación de *management*, como la de recibir comisión una vez finalizada la relación si deriva de fuentes creadas o establecidas durante su vigencia.
- Se acostumbra acordar sobre ingresos afectos a comisión, y gastos que correrán por cuenta de cada parte. En algunos casos, también se ha estipulado sobre ingresos no afectos a comisión, gastos reembolsables, derechos de auditoría inter-partes, rendición de informes y cuentas, causales de terminación, derecho aplicable, juzgados competentes, o acuerdos de arbitraje. Lo expresado en la primera parte del presente inciso



ha sido una práctica general, mientras que lo segundo se ha dado en casos de *mánagers* con mayor experiencia y profesionalización.

- En materia de pagos, los contratos escritos más detallados han estipulado que se deban pagar inmediatamente a su percepción, y cuando sea necesario hacer liquidaciones, se ha previsto que se hagan a la brevedad posible, es decir, no se prevé liquidaciones periódicas de pagos diferidos.
- Cuando se ha previsto, se ha estipulado que los gastos de sub-contratación de terceros para funciones específicas vinculadas al *management* sean asumidos por el artista. En cambio, se ha estipulado que el *mánager* asuma el pago de honorarios, transporte, viaje, hoteles, manutención, cuando se contrate de común acuerdo a una persona que acompañe al artista a presentaciones y actividades que requieran apoyo. También se ha previsto, en contratos escritos más detallados, que el *mánager* en general puede, a su cargo, contratar terceros colaboradores. En cambio, el artista no podrá delegar sus obligaciones en terceros, por tratarse de obligaciones artísticas de carácter personalísimo.
- En general se ha acostumbrado que el *mánager* pueda negociar directamente en nombre del artista, sin necesidad de trasladar a él para decisión final. Sin embargo, esta facultad no siempre ha ido acompañada de la constitución de un mandato para ejercer representación legal en sentido estricto. En algunos contratos se detallan el tipo de negociaciones que se puede concluir en nombre del artista, y el compromiso de éste de cumplir lo que de esta forma se acuerde por medio del *mánager*, extendiéndose no solo a su actividad artística propiamente dicha, sino también a otras facetas conexas o derivadas, tales como publicitarias, actorales, utilización del nombre artístico, explotación de su imagen, y la mercadotecnia que de ello se derive. El artista, en contratos más detallados,



se obliga a poner en conocimiento del mánager las propuestas u ofertas que reciba, y el mánager de igual manera recíproca se obliga a ponerlas en conocimiento del artista cuando las reciba aquél.

- Se ha estipulado algunas veces que el compromiso del artista de cumplir con las obligaciones adquiridas en su nombre durante la vigencia del *management*, subsiste aún cuando deban cumplirse después de finalizado el *management* propiamente dicho.
- Los mánagers de mayor experiencia han acudido, algunas veces, a la constitución de una empresa o sociedad en conjunto con el artista para el manejo de sus negocios e ingresos comunes.
- Los contratos escritos más detallados cuentan con cláusula de confidencialidad, aplicable también a los dependientes del mánager cuando éste sea una persona jurídica o sub-contrate a terceros.

Como conclusión, puede afirmarse a raíz de lo investigado que en nuestro medio se practica actualmente el *management* musical siguiendo en lo general las pautas que marca la práctica internacional, si bien no con el detalle y desarrollo que hemos visto, por ejemplo, al resumir el contrato modelo de la MMF, pero sí se han tomado algunos elementos que empiezan a volverse comunes.

Asimismo, al igual que en la práctica extranjera, en Guatemala se dan tanto mánagers “caseros” como mánagers más especializados como ocupación habitual, y en ello radica el hecho de que se observa una tendencia a que, a mayor grado de habitualidad en el ejercicio de la actividad, más se incorporan elementos de la práctica extranjera, se practican modalidades adicionales al *management* (producción musical, mandato, empresas conjuntas, etc.), se acude

a la asesoría jurídica para el establecimiento del contrato, y en el mismo se intenta prever mayor cantidad de circunstancias y elementos.



#### 3.1.4. Discusión de resultados

Sin perjuicio de lo que los hallazgos antes enumerados permita tomar como base para las propuestas que más adelante se hacen, en esta sección ofrecemos breves comentarios sobre aspectos de interés surgidos de ellos.

La contratación de mánagers, tanto individuales como personas jurídicas mercantiles, que se practica en el país, hace posible afirmar que en la práctica nacional este contrato no se configura dentro de los cánones tradicionales del contrato de servicios profesionales o personales, siendo susceptible de constituir una figura mercantil. El primer aspecto es importante por los motivos que se explican más adelante, cuando se discute acerca de las figuras afines con el contrato dentro del Derecho Guatemalteco, en cuanto su diferencia esencial con el contrato de servicios profesionales regulado por el Código Civil. El segundo, es relevante por lo que antes se explicó respecto de los contratos mercantiles al observar la jurisprudencia al respecto, y también se complementa más adelante en la sección de figuras afines.

La exclusividad, aunque se utiliza en algunos casos, no se ha generalizado como un elemento que se considere esencial.

En nuestro medio ya existen mánagers que han desarrollado la actividad como una ocupación estable que les ha permitido adquirir nuevos clientes, así como la modalidad más básica de los llamados "mánagers caseros", cuya relación se inicia por motivos de confianza y amistad. En cuanto a estos últimos, es muy interesante el hecho de que expresamente indican que han acudido a otros mánagers con mayor experiencia para obtener consejo en el desempeño de su actividad: esto es importante, pues permite conocer que existe un cierto intercambio de



conocimiento y experiencia, que es precisamente la base sobre la cual se van configurando los usos, prácticas y costumbres del medio.

Para la actividad del *music management*, especialmente en el caso de *mánagers* “caseros” o no-profesionalizados, no es costumbre en el país acudir a asesoría jurídica para la negociación del contrato que la establece, y cuando se ha hecho, ha sido un solo asesor quien atiende a ambas partes. Esto, por sí solo, no es necesariamente algo negativo, pues es propio de la contratación privada que, en principio, sean los particulares quienes van configurando libremente sus relaciones, a veces a base de prueba y error. Sin embargo, conforme la actividad se va volviendo más especializada, más competitiva, y los interesados adquieren mayor conciencia de las implicaciones jurídicas que conlleva, es de prever que se dará un incremento en la demanda de asesoría jurídica para el efecto, lo cual a su vez conllevará el surgimiento de una demanda de especialización en la materia para los profesionales del Derecho que busquen prestar con mayor competencia y calidad dicha asesoría. Este proceso ya se ha iniciado, y es a ello que busca contribuir el presente trabajo.

El hecho de que los *mánagers* espontáneamente consideren que sus funciones incluyen todas las enumeradas en el modelo contractual de la MMF, aun en el caso de contratos verbales y no detallados, lo consideramos un hallazgo importante y de especial interés, pues indica que en el medio existe conciencia de la figura del *mánager* en términos que coinciden con la práctica internacional.

Cuando los *mánagers* han descrito entre sus funciones algunas que se vinculan de un modo más personal con el artista, ha sido en el caso de *mánagers* “caseros” que lo son por amistad previa con el artista. Esto es interesante, pues implica el elemento de confianza que, en lo jurídico, tiende a dotar una relación contractual con carácter *intuitu personae*, es decir, que la consideración de las cualidades personales del otro contratante resulta ser algo importante, siendo en ocasiones causa misma del contrato o elemento esencial. En cambio, cuando los servicios se

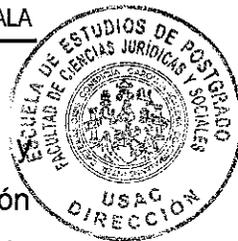


profesionalizan, se uniforman, se da una tendencia a cierta “masificación” que lo puede volver impersonal, y a veces no satisface las necesidades de atención personalizada que exigen los artistas o clientes, que es lo que en otras jurisdicciones se ha intentado remediar mediante la introducción de la llamada “*key-man clause*” que hemos visto antes en la práctica extranjera. En Guatemala, en cambio, no hemos visto este tipo de cláusula en contratos de *management* con entidades mercantiles.

En cuanto al territorio en que se ejercerá el *management*, cuando se prevé tal aspecto y se determina que incluye el extranjero, cabe considerar que “el extranjero” es una denominación amplísima y genérica, que podría dar conflicto si no se delimita claramente, sobre todo cuando el artista ya cuente con contratos previos en otros países, no necesariamente de *management*, sino otras figuras: por ejemplo, en algunos contratos con disqueras de ámbito internacional, que se produce especialmente en artistas nacionales con proyección internacional, algunos son contratados bajo la figura de los denominados “acuerdos 360” o “360 deals”, que en tiempos recientes han desarrollado las disqueras internacionales, mediante los cuales ejercen mayor control sobre la carrera del artista, incluyendo aspectos de *management*, más allá de la sola grabación y distribución tradicionales.

### **3.2. Teoría general del contrato de representación musical o *music management* en el Derecho Guatemalteco**

A partir de las características que presenta la figura del *mánager* en la práctica extranjera y, especialmente, en el ámbito nacional según se ha determinado mediante la investigación de campo, estamos en condiciones de formular una teoría general del contrato de representación musical o *music management* en el contexto del ordenamiento jurídico guatemalteco.



No cabe duda que la representación musical o *management* es de origen y carácter contractual: si la figura como tal ni siquiera está regulada en la legislación nacional, menos aún puede considerarse que el artista y mánager formen parte de tal relación jurídica por ministerio de la ley, sino que ella siempre surgirá de un acuerdo de voluntades que genera obligaciones y derechos de contenido patrimonial (por cuanto se refiere a obligaciones personales que tienen por objeto prestaciones de hacer y de dar), encajando plenamente en la noción de contrato o tipicidad de primer grado, que ya hemos estudiado en el primer capítulo.

Como primer punto, es necesario precisar el concepto de “representación”, cuestión que no es “meramente” terminológica, pues conlleva importantes implicaciones jurídicas.

### **3.2.1. Concepto de “representación”**

En cierta forma, podría considerarse impropio denominar “representación” a la relación jurídica que estudiamos, pues esta palabra tiene acepciones propias en el ámbito del derecho, que no corresponden a la realidad jurídica, económica y social que constituye el *management*.

Sin afán de incurrir en un excesivo nominalismo conceptual y legalista, estimamos necesario y oportuno delimitar la noción, pues una incorrecta comprensión del término puede conllevar consecuencias jurídicas muy distintas de lo que en realidad caracteriza la representación musical o *music management*.

El problema no radica meramente en que se denomine “representación musical” a la actividad del mánager, como si el solo hecho de denominarle de otra forma fuera suficiente para evitar la confusión, haciendo innecesaria la aclaración que en esta sección pretendemos, sino que puede presentarse aún cuando se utilice otra forma para referirse a la relación y práctica del *management*. En efecto, por la manera en que se ejerza el *management*, es posible que surjan en la práctica



dudas como: ¿Puede el mánager concluir negociaciones y asumir obligaciones que vinculen directamente al artista, aún sin consultarle?, ¿Qué acción tendrán los terceros contra el artista si el mánager diere la impresión razonable de contratar en nombre de él? Un representante, en el sentido jurídico tradicional y propio, sí puede (dentro de las facultades que se le han conferido, desde luego) obligar directamente al representado. Es ahí donde radica verdaderamente la importancia de distinguir entre la actividad del mánager y la representación propiamente dicha, independientemente y más allá de si se utilizan o no las palabras “representación musical” para referirse a aquélla.

El Artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial establece:

“El idioma oficial es el español. Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente.

Si una palabra usada en la ley no aparece definida en el Diccionario de la Real Academia Española, se le dará su acepción usual en el país, lugar o región de que se trate.

Las palabras técnicas utilizadas en la ciencia, en la tecnología o en el arte, se entenderán en su sentido propio, a menos que aparezca expresamente que se han usado en sentido distinto”.

Cuando hablamos de representación musical, nos referimos a un concepto, una relación jurídica contractual, que no está prevista ni mucho menos definida en la ley, por lo que en principio este artículo no rige, no es aplicable, para dilucidar lo que por tales términos debe entenderse. Podría haber duda sobre si resulta o no aplicable el tercer párrafo, en cuanto se trate de una palabra técnica utilizada en el arte: estimo que no lo es, pues dicho párrafo se debe entender en el contexto como parte de la regulación general sobre intelección de palabras utilizadas en la



ley, y la noción a que nos estamos refiriendo no está legislada. Por tanto, de entrada descartamos la utilidad y aplicabilidad de este artículo como norma obligatoria para entender el concepto de representación musical al que nos referimos, por tratarse precisamente de un contrato legalmente atípico.

En cambio, la palabra “representación”, aisladamente, sí se emplea en la ley y se refiere a una institución jurídica con caracteres propios, y es por eso que puede surgir la confusión que aquí intentamos evitar.

Lo que caracteriza a la representación, en el sentido que aquí denominamos jurídico tradicional propio, es que un sujeto de derecho (representante) actúa en nombre de otro sujeto de derecho (representado), y en tal virtud sus actos producen consecuencias directamente en la esfera jurídica personal o patrimonial del representado. Es decir: para todo efecto legal, el sujeto de derecho en las actuaciones jurídicas del representante es el representado; el representante únicamente interviene materialmente en el acto jurídico, pero quien está asumiendo obligaciones, ejercitando derechos, enajenando o gravando bienes, contrayendo matrimonio, etc., es el representado.

A decir del jurista guatemalteco Rubén Alfonso Contreras Ortiz, “conviene también distinguir la representación necesaria, forzosa o legal (sin mandato) y la representación voluntaria (con mandato). La primera encuentra su origen en la imposibilidad insuperable del interesado de actuar por sí mismo, por cuya circunstancia es indispensable que otra persona (padres, tutores, defensores judiciales, administradores o gerentes, según sea la persona de que se trate), actúen en su defecto. Las facultades del representante provienen, en tales circunstancias, de la ley. Tal es el caso, por ejemplo, de los menores de edad, los incapaces, los ausentes y las personas jurídicas.

“La segunda, es decir, la representación voluntaria, tiene su razón de ser en la voluntad del mandante y del mandatario. Las facultades del mandatario provienen por consiguiente, del acuerdo de voluntades de las partes”<sup>110</sup>.



Por su parte, el también patrio doctrinante Ernesto Viteri Echeverría precisa que “La representación legal nace de disposiciones legales, las que también determinan y fijan las atribuciones o facultades del representante, en tanto que el mandato nace de un contrato, que se otorga a una persona libremente designada por el mandante, quien también es libre de determinar las atribuciones (facultades) del mandatario. Es así clara la diferencia existente entre esas figuras jurídicas, tanto en cuanto a su fuente, como a su contenido y consecuencias jurídicas. [...] Algunos autores señalan que en el caso de las personas jurídicas, no existe una verdadera representación legal como la que encontramos en los casos de menores, incapaces, interdictos y ausentes, ya que aunque tiene rasgos que la asemejan a la representación legal típica, también tiene mucho de voluntario (particularmente, en la selección del representante y su revocación y en la ampliación o restricción de las facultades que les señala la ley), por lo que se trata de una *representación legal especial*”<sup>111</sup>. La representación de la persona jurídica es legal o forzosa en cuanto la ley exige que exista por la imposibilidad material que la persona jurídica como tal tiene de actuar, por carecer de existencia corpórea, pero voluntaria en cuanto la libertad de designación y otorgamiento de facultades.

Podemos agregar que, en el caso de la patria potestad del menor, la tutela del incapaz o interdicto, y la representación legal del ausente (representación legal propiamente dicha), la ley establece a qué personas corresponde, o que su designación debe contar con aprobación y discernimiento judicial, así como limitaciones y requisitos previos para enajenar o gravar los bienes del representado, y requiere la intervención obligatoria de la Procuraduría General de

---

<sup>110</sup> R. A. Contreras Ortiz. *Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles (Parte Especial: Contratos)*. Página 71.

<sup>111</sup> E. R. Viteri Echeverría. *Los Contratos en el Derecho Civil Guatemalteco (Parte Especial)*. Páginas 20 y 21.



la Nación en la mayoría de asuntos que afecten sus intereses. En cambio, para la representación legal voluntaria, el mandante o la persona jurídica tienen libertad de designar sobre quién recaiga, sin más limitaciones que las consistentes en que el designado debe ser civilmente capaz y no encontrarse en supuestos específicos de prohibición o incompatibilidad, y pueden libremente enajenar o gravar bienes del representado, si tal facultad les ha sido expresamente conferida, y dentro de los límites señalados, si los hubiere.

Con lo anterior, queda explicada la noción de “representación” en su sentido jurídico tradicional o propio, de aplicación general en el derecho, pero en nuestra materia es preciso observar también que dentro de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, la palabra “representación” se utiliza en cuatro acepciones o sentidos:

- Como forma de difusión pública de una obra, referido al derecho de representación comprendido dentro de los derechos patrimoniales de autor como acto de comunicación al público de la obra, es decir, como modalidad de explotación de ésta.

Este sentido se encuentra utilizado en los Artículos 4 (dentro de las definiciones legales de Fonograma y Grabación efímera), 6, 21 literal d) numeral 1), 83, 93, 94, 95, 96 literal b), y 100, estos últimos dentro de la regulación del contrato de representación o ejecución pública de obras, incluyendo las musicales.

Ninguna de estas acepciones es aplicable a nuestro tema de estudio, pues se refieren a la representación de obras, que para efectos legales son bienes (el *corpus mysticum* sobre el que recaen los derechos de autor), objetos de derecho y no sujetos, por lo que esta acepción ni siquiera es cercana a la representación entre sujetos que constituye el concepto jurídico tradicional de “representación”.



En este sentido, “representar” una obra, en específico una obra musical, significa simplemente interpretar o ejecutar la misma: en términos coloquiales, cantar la canción, tocar la música en instrumentos. De ninguna manera se refiere al artista como sujeto de derecho.

- En el sentido de la representación que ejercen las Sociedades de Gestión Colectiva respecto de sus asociados y de los derechos confiados a ellas, según los Artículos 115 y 116.

Aunque en un sentido muy lato se podría denominar “representación musical” a esta actividad, en realidad nada tiene que ver con la actividad del mánager, pues las Sociedades no se dedican a atender personalmente al artista con el objeto de avanzar y promover su carrera, proveyendo diversos servicios tendientes a dicho fin, sino que únicamente proveen el servicio de recaudar regalías. Aunque puedan desarrollar actividades de beneficencia, asistencia social, difusión y promoción de la música como cultura, concientización sobre los derechos de autor y conexos, etc., que repercutan indirectamente en la promoción de la carrera de un artista, no se hace de modo directo respecto de un artista, sino con carácter general respecto de las categorías de obras cuya “defensa y administración” se les ha encomendado en cuanto a los derechos patrimoniales.

Cuando una Sociedad de Gestión Colectiva representa a sus asociados ante autoridades judiciales y administrativas, estamos en presencia de un supuesto de representación en el sentido jurídico tradicional, es decir: un sujeto de derecho que actúa en nombre de otro, en este caso originado en el acto jurídico voluntario y formal por el cual el titular de derechos de autor o conexos se asocia a la entidad.



Por extensión, se habla también de “representación” respecto de los derechos de los cuales son titulares dichos asociados, aunque en sentido estricto los derechos, en tanto objetos y no sujetos de derecho, no son elemento personal en una relación jurídica de representación.

Ninguno de estos dos sentidos se refiere a la actividad del mánager.

- En el contexto de contratos de representación recíproca entre Sociedades de Gestión Colectiva nacionales y extranjeras, según los Artículos 113 bis literal g), 115 literal e), y 122.

La representación recíproca es un acuerdo en virtud del cual las Sociedades de Gestión Colectiva establecen que una se encargará de recaudar en su territorio las regalías correspondientes por la explotación de las obras cuya gestión se ha encargado en otro territorio a otra Sociedad de Gestión Colectiva, y ésta a su vez hará lo mismo en su territorio respecto de las obras confiadas a la otra, trasladándose mutuamente los ingresos que por tal concepto hayan obtenido para que cada Sociedad a su vez los entregue a sus asociados.

Las Sociedades de Gestión Colectiva no son mánagers, y la “representación recíproca” que entre tales entidades se establece de ninguna manera se refiere a la representación musical en el sentido en que lo hace un mánager. Además, la representación recíproca es una relación jurídica entre dos Sociedades de Gestión Colectiva, lo cual lo aleja aún más de las características propias de la relación entre mánager y artista.

- En cuanto a la representación legal de las Sociedades de Gestión Colectiva, Artículo 120. Se trata de la representación legal de la persona jurídica, ya explicada.

- En la disposición según la cual, para el ejercicio de los derechos de autor y conexos, las orquestas y grupos vocales o instrumentales serán representados por el director del conjunto o por un mandatario legalmente constituido, conforme al Artículo 56.



También nos encontramos aquí ante la representación propiamente dicha entre sujetos de derecho.

En el caso del mandato (representación voluntaria) la norma parecería implicar que en tal supuesto únicamente puede darse el mandato con representación, y no el mandato sin representación que también admite la legislación civil.

En el caso del director del conjunto, se trata de un supuesto interesante de representación por ministerio de la ley. No nos parece que sea propiamente una representación legal o forzosa, pues en principio nada impide que los miembros de la agrupación puedan ejercer directamente y por sí mismos los derechos que la ley les reconoce. Más bien, parece establecerse con el fin de facilitar sus actividades, para reducir los costos que implicaría el que deban comparecer todos al otorgamiento de un contrato, a la presentación de una demanda (aunque después debieran unificar personería para efectos procesales), etc.

Esta disposición, en la práctica, debe complementarse con las disposiciones contractuales que los miembros de la orquesta o grupo adopten para regir sus relaciones internas, pero lo importante aquí es que para efectos ante terceros basta la representación que la ley atribuye al director respecto del conjunto considerado como tal, en forma análoga a como ocurre con las personas jurídicas<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> La representación del conjunto por su director podría ubicarse como un supuesto específico de otros casos en que la ley atribuye representación a agrupaciones que funcionan como tales aún sin estar formalmente



Nada impide que la designación de mandatario recaiga sobre el mismo director del conjunto (en cuyo caso su actuación tendría fundamento contractual y no legal), o que el mandatario sea una persona ajena al conjunto; como tampoco hay impedimento para que el director o el mandatario sean a su vez propiamente el *mánager* de la agrupación. Esto nos hace considerar y admitir la posibilidad de que la relación de *management*, no solo en el caso previsto por el Artículo 56 sino respecto de cualquier otra modalidad de actividad artística, pueda establecerse en el contexto específico de un mandato con representación.

Sin embargo, para efectos de la aclaración conceptual que venimos realizando, lo importante es resaltar que tampoco los supuestos del Artículo 56 se refieren a la actividad del *mánager*.

Nos parece que en la materia que tratamos resultan aplicables algunas de las normas generales sobre interpretación de los contratos que establece el Código Civil, a saber:

---

constituidas como personas jurídicas, como sucede con el artículo 44, párrafo cuarto, del Código Procesal Civil y Mercantil, que dispone: "Las uniones, asociaciones o comités cuando no tengan personalidad jurídica, pueden ser demandadas por medio de sus presidentes, directores o personas que públicamente actúen a nombre de ellos".

Sin embargo, tal representación es para efectos procesales, mientras que la norma sustantiva (artículo 23 del Código Civil) atribuye responsabilidad solidaria directa a "quienes integren uniones, asociaciones o comités que se propongan llevar a cabo fines de socorro o de beneficencia u obras públicas, monumentos, exposiciones, festejos y similares, cuando no tengan personalidad jurídica", si bien dicha norma es un tanto limitada en cuanto únicamente concierne a "los fondos que recauden y de su inversión en la finalidad anunciada", sin decir nada respecto de otros actos jurídicos que tales agrupaciones sin personalidad jurídica puedan realizar, quizá por el hecho de que las mismas se organizan para fines determinados muy específicos con limitación en el tiempo.

En cambio, para el caso de las orquestas y grupos vocales o instrumentales, se trata de agrupaciones cuya proyección temporal es más de carácter permanente y cuya actividad puede ser más variada, y se observa que la norma citada es mucho más amplia y general en cuanto a las facultades que parece atribuir al director, pues le confiere representación "Para el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente ley".

Es este un desarrollo interesante de la figura de las agrupaciones sin personalidad jurídica en el derecho guatemalteco, si se compara con la forma más limitada que regula el artículo 23 del Código Civil, o con las disposiciones del Código de Comercio sobre sociedad irregulares o sociedades de hecho que llevan a cabo actividades mercantiles (artículos 223 y 224).



“Artículo 1593. Cuando los términos o conceptos del contrato son claros no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. / Si las palabras fueren diferentes o contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”.

“Artículo 1594. Por muy generales que sean los términos en que aparezca redactado un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él, cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar”.

“Artículo 1595. Las frases y palabras que puedan interpretarse en diverso sentido, deben entenderse en aquel que sea más conforme con la materia del contrato”.

El Artículo 1593 operaría con mayor propiedad si dentro del contrato se define qué debe entenderse por representación musical o si, sin denominarlo de esa forma, queda claro que por el mismo no se está confiriendo al mánager la representación del artista en el sentido jurídico tradicional, lo cual incluso puede establecerse de forma expresa dentro del texto contractual. Si se pretendiere dar a la palabra “representación” el sentido jurídico tradicional, sería contrario a la intención de las partes, y por tanto inadmisibles para normar su relación contractual. Al mismo efecto contribuye el Artículo 1594, en virtud del cual no podría entenderse comprendido en el contrato de representación musical el hecho de conferir representación en su sentido jurídico tradicional, pues ello no sería conforme con la materia del contrato, según establece el Artículo 1595.

Vale mencionar que existe en el derecho guatemalteco por lo menos otro caso en que la propia legislación utiliza el término “representación” en un sentido distinto

del tradicional: el del auxiliar de comercio llamado “representante”, que el Artículo 280 del Código de Comercio regula así:



“Son distribuidores o representantes, quienes por cuenta propia, venden, distribuyen, promueven, expenden o colocan bienes o servicios de una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, llamada Principal a quien están ligados por un contrato de distribución o representación”.

Es fácil ver que un “representante” que actúa “por cuenta propia” sería, en el sentido estricto, una radical contradicción. Resulta admisible, entonces, el uso de este término en acepciones distintas, cuyas particularidades deben precisarse a fin de no incurrir en confusión respecto de su contenido y efectos jurídicos.

A la luz de lo expuesto y considerado, es procedente afirmar, sin lugar a dudas, que la representación en su sentido jurídico tradicional y propio no es inherente ni esencial a la actividad del *mánager*, sino se trata de dos usos muy distintos de la palabra que no deben confundirse ni equipararse, ni considerarse la una incluida en la otra aún cuando el *mánager* no se denomine “representante musical”.

### **3.2.2. Figuras afines**

En el derecho guatemalteco, existen varias figuras reconocidas en la legislación que guardan diversos grados de similitud con la representación musical o, por lo menos, con algunos de sus aspectos. Se trata de figuras de carácter general en que las actividades de las partes involucradas no se definen ni delimitan de forma específica en la ley, sino que quedan abiertas al contenido que le otorguen las partes conforme las múltiples posibilidades de la vida social, por lo que constituyen marcos dentro de los cuales la autonomía de la voluntad podría hacer encajar las características del *music management*.

Conviene examinarlas para ver en qué medida puedan utilizarse como base para la relación contractual entre mánager y artista, y las similitudes que presentan pueden en un momento dado constituir analogía suficiente para normar dicha relación o aspectos de ella en cuanto contrato atípico. Sin embargo, también presentan importantes diferencias que pueden no hacerlas aptas ni aplicables para la figura que estudiamos.



La **gestión de negocios**, normada en Artículos 1605 y subsiguientes del Código Civil, es un acto lícito sin convenio previo, fuente de obligaciones, en virtud del cual una persona se encarga voluntariamente de los negocios de otro.

La Exposición de Motivos del Código Civil precisa que:

“[L]a gestión de negocios se realiza sin el consentimiento del propietario y aún sin su conocimiento, de manera que la voluntad unilateral del gestor decide el hecho de la gestión. [...] La gestión de negocios se realiza sobre cosas o negocios abandonados, en la mayoría de los casos, involuntariamente. (...) Siendo el motivo de la gestión la ausencia del propietario y la falta de apoderado, es natural que la gestión termine inmediatamente que aquél aparezca o que, designado un representante, se apersona en los negocios”<sup>113</sup>.

La representación musical, en cambio, tiene su origen en un acuerdo de voluntades entre el artista y el mánager, es un contrato, por lo que no podría producirse como una gestión de negocios. Si mucho, podría darse la gestión de negocios respecto de un artista velando por sus intereses patrimoniales ante su ausencia, como sucedería respecto de cualquier persona y, al hacerlo, se realicen actos que ordinariamente corresponderían a un mánager, pero nunca encajaría plenamente en dicha función.

---

<sup>113</sup> Libro V, sección 45.



En cuanto al **mandato**, hemos visto que se caracteriza esencialmente como una forma de representación voluntaria en su sentido jurídico tradicional y propio, cosa que no es inherente ni esencial a la representación musical. También hemos admitido la posibilidad de que el artista libremente decida conferir representación propiamente dicha al mánager, y materialmente las características propias de la relación de *management* podrían incluirse como estipulaciones dentro del contrato de mandato, pero tales supuestos serían una cuestión adicional, accidental, y que en principio no parece concordar con la función de asesoría y negociación que desempeña el mánager: no es lo mismo negociar a favor del artista y aconsejarle sobre las obligaciones que deba asumir, quedando siempre en él la decisión final, que poder celebrar contratos que lo obliguen directamente aún sin su conocimiento.

Por tanto, el mandato debe considerarse una figura ciertamente compatible con la representación musical si así lo deciden libremente las partes por convenir a sus intereses, pero no es equiparable a ella, pues cada una cumple finalidades distintas, ni las disposiciones legales sobre el mandato son suficientes para normar los aspectos específicos del *management*.

En la práctica nacional, hemos visto que en ocasiones sí se utiliza el mandato como figura complementaria al *management*, con la finalidad de dotar de mayor seguridad jurídica las contrataciones que el mánager celebre en nombre y por cuenta del artista. En tales casos, en el contrato escrito de *management* se inserta una cláusula por la cual las partes asumen la obligación de otorgar escritura adicional de mandato con representación.

Lo recomendable en dicha situación es que el asesor jurídico haga encajar armónicamente el mandato con el contrato de representación musical o *music management*, de tal forma que los negocios que el poderdante o mandante encomienda al apoderado o mandatario queden adecuadamente limitados y

coincidentes con lo que constituye el objeto del *management* y que, por su carácter complementario o accesorio, el mandato quede supeditado a la vigencia del contrato principal de *management*, lo cual se lograría, por ejemplo, haciendo referencia expresa al mismo como antecedente del mandato, vinculando la terminación del *management* por cualquier causa como causal a su vez de expiración del mandato.



Inversamente, como la ley determina el mandato como esencialmente revocable (ver Artículo 1699 del Código Civil), es decir, no se puede renunciar al derecho de revocar un mandato, también sería recomendable establecer alguna cláusula que regule el caso de, por ejemplo, qué sucede si el artista revoca el mandato, ya que tal situación podría hacer inviable el cumplimiento del *management*, si la existencia de la facultad jurídica de ejercer mandato fuere considerada esencial al mismo. En tal caso, aunque no puede obligarse al artista a renunciar a su derecho de revocar mandatos, podría pactarse que la revocación sea causal de terminación del *management*, reforzarlo con una cláusula penal que desincentive la revocación arbitraria, etc.

El **contrato de servicios profesionales** y el **contrato de trabajo**, son dos figuras no solo similares entre sí, sino que también podrían serlo con la representación musical.

El contrato de servicios profesionales se regula en los Artículos 2027 y subsiguientes del Código Civil. El Artículo 2027, al establecer el contrato, no lo define de la misma manera que lo hace con los demás contratos<sup>114</sup>, sino que se limita a establecer que:

“Los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago”.

---

<sup>114</sup> Cfr. Viteri. Ob. Cit. Página 487.



Afirma Ernesto Viteri que “el tratamiento del Código Civil al contrato de servicios profesionales es, en nuestra opinión, totalmente equivocado, al *materializarlo* y omitir profundizar en otros aspectos fundamentales del mismo, como lo son la responsabilidad del profesional ante su cliente, los principios éticos que rigen la prestación del servicio y las obligaciones del profesional ante el cliente”<sup>115</sup>. Por su parte, Contreras Ortiz coincide en que “El Código no contiene ninguna norma que exprese, o de la cual pueda deducirse, cómo considera el contrato de servicios profesionales en lo que se refiere a su naturaleza y principios esenciales”<sup>116</sup>.

Sin embargo, en nuestra opinión ello se debe a que la existencia misma de profesiones muy diversas hace hasta cierto punto imposible una generalización que permita regular aspectos más desarrollados que se apliquen a toda prestación de servicios profesionales, y por tanto las deficiencias que los renombrados juristas observan en la regulación del Código debe suplirse con los Códigos de Ética Profesional de los Colegios Profesionales respectivos. De alguna manera esto lo confirma el mismo Código, al establecer en su artículo 2033:

“El profesional está obligado a prestar sus servicios con toda dedicación y diligencia y con arreglo a las prescripciones de la ciencia o arte de que se trate (...)”.

Lo anterior implica, a nuestro juicio, una regulación por remisión a las normas emanadas de los Colegios Profesionales dentro de sus competencias legales, que encuentran sustento en la Constitución y en la Ley de Colegiación Profesional Obligatoria.

Además, si bien el Artículo 2027 no utiliza la misma forma del lenguaje con que el Código define otros contratos, sí se refiere a cada uno de sus elementos

<sup>115</sup> *Loc. Cit.*

<sup>116</sup> *Ob. Cit.* Página 484.

esenciales: las partes (el profesional y quien solicita sus servicios, o cliente), y sus obligaciones fundamentales recíprocas (la prestación del servicio, el pago del honorario).



Por su parte, el Código de Trabajo define el contrato de trabajo en su Artículo 18, de la siguiente manera:

“Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma”.

Para explicar cada uno de estos contratos, así como la distinción entre ellos, nos valdremos de la jurisprudencia nacional, y sobre esa base comentaremos la distinción de ambos respecto de la relación de *management*:

“El contrato de servicios profesionales, si bien tiene cierta similitud con el contrato de trabajo, ostenta características propias, entre otras: el profesional no pone a disposición de una persona, determinada cantidad de energía de trabajo, sino que desarrolla sus conocimientos científicos, en ocasión de un asunto o trabajo de su especialidad que le ha sido confiado. Se compromete a aplicar sus conocimientos, pero éstos no quedan sometidos a la voluntad de un patrono. La retribución no se hace por medio de un sueldo o de salario, sino de un honorario, que es libre de pactarse entre las partes y, a falta de convenio, se regula por el arancel respectivo y si no hubiere, será fijado por el Juez, tomando en consideración la importancia y duración de los servicios y las circunstancias económicas del que debe pagarlos. Hay en la relación de servicios profesionales, independencia económica y ausencia de subordinación entre las partes; no



existe la posibilidad jurídica de mando, por parte de un patrono. El profesional, en las condiciones apuntadas no forma parte de la empresa, ni integra su personal. Es, además, requisito indispensable que la persona que presta los servicios tenga título facultativo o autorización legal; de lo contrario incurre en sanciones penales; pierde el derecho al pago de honorarios y queda responsable de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado. Por otra parte, existe la posibilidad de rescisión unilateral por inconformidad del contratante con los servicios, actos o conducta del profesional, mediante el pago del trabajo y gastos efectuados, sin dar lugar a la indemnización por despido injustificado como en el contrato de trabajo”<sup>117</sup>.

“Zamora y Valencia define el contrato de servicios profesionales “como aquel en virtud del cual una persona llamada profesional o profesor se obliga a prestar un servicio técnico a favor de otra llamada cliente a cambio de una retribución llamada honorario; éste contrato de servicios profesionales se opone al contrato de trabajo precisamente en la independencia que, en todo sentido, caracteriza la prestación del profesional, ya que en este tipo de contratos no existe una relación de dependencia ni sujeción a la dirección del cliente, sino precisamente una relación contractual civil entre dos partes económicamente iguales, en donde el Derecho no tiene tutelar a una de ellas ni establece garantías mínimas irrenunciables y en donde rige la libre contratación, el mismo tienen sus características y elementos propias”. El profesor Manuel Osorio y Florit, define los honorarios: “Como la retribución que percibe por su trabajo quien ejerce o practica una profesión o arte liberal. La contratación de dichos profesionales puede hacerse en forma verbal o escrita. En la primera el cliente establece en forma directa con el profesional del derecho el monto de los honorarios correspondientes por la prestación del

<sup>117</sup> Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil (Casación en Contencioso Administrativo), 22 de julio de 1974.

servicio; en la segunda, se da cuanto entre el cliente y el profesional del derecho, se celebra contrato de servicios profesionales, regulado en los Artículos 2027 al 2036 del Código Civil<sup>118</sup>.



“Tanto el contrato de trabajo como el de servicios profesionales tienen una finalidad común como lo es la realización de un trabajo, pero esto no quiere decir que el contrato de servicios profesionales por ello se convierta en uno de trabajo. Cada uno de estos contratos tienen sus características particulares que los diferencian. [...] Para que un contrato sea considerado de naturaleza laboral debe cumplir con tres requisitos especiales que le son propios, y estos son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario. [...] no existe en realidad para los contratos de servicios profesionales una forma específica que la ley señale para comunicarse con el profesional, para fijarle un lugar en donde prestar sus servicios, un horario o para determinar el monto de su remuneración; y aunque lo hubiera, se trataría solo de circunstancias accidentales o accesorias que no serían causa suficiente para modificar la naturaleza de la relación contractual. [...] Cuando un abogado es contratado para la prestación de sus servicios profesionales no se convierte en un empleado asalariado de su "cliente" por el solo hecho de que constantemente le esté llamando y enviando notas dándole instrucciones sobre sus asuntos, o porque le pague periódicamente sus honorarios conforme le va llevando testimonios, memoriales y notificaciones, o porque por un error le paga a él un trabajo que le hizo uno de sus empleados. Ninguno de estos hechos se constituirían en causa suficiente para modificar la naturaleza esencial de la relación original de prestación de servicios profesionales y convertirla en una relación laboral<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> Juzgado de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social y de Familia del Departamento de Chiquimula, Expediente 228-2009, 28 de octubre de 2009.

<sup>119</sup> Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, 24 de noviembre de 2003, Expediente 663-2002.



Respecto del contrato de servicios profesionales, en Guatemala ha prevalecido el criterio según el cual “Es (...) requisito indispensable que la persona que presta los servicios tenga título facultativo o autorización legal”, según lo expresa la Corte Suprema de Justicia en la primera sentencia citada, así como en esta otra:

“Desde ningún punto de vista, podría existir válidamente un contrato de servicios profesionales, si la persona que ofrece sus servicios falsamente afirma ser profesional”<sup>120</sup>.

También en la doctrina nacional, así lo exponen Viteri y Contreras.

“[P]ara celebrar válidamente el contrato de servicios profesionales, se requiere por parte del obligado a prestarlos, título facultativo o autorización legal (lo que interpretamos como el título o grado otorgado por las universidades que legalmente funcionan en el país o por el Estado dentro de sus atribuciones). [...] El contrato de servicios profesionales celebrado con quien carece de título facultativo (grado universitario) o autorización legal, es ineficaz (...)”<sup>121</sup>.

“El profesional, además de ser persona capaz, debe tener título o autorización legal que acredite su calidad y estar activo conforme a las reglas del correspondiente colegio profesional”; “Si el contrato de servicios profesionales se celebrare por persona que no tenga la calidad profesional que la ley exige, el mismo sería nulo absolutamente por faltarle un elemento esencial: la capacidad específica que es imprescindible para las obligaciones propias del contrato”<sup>122</sup>.

Dicho criterio se basa en el Artículo 2036, que establece:

<sup>120</sup> Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, 31 de marzo de 2003, Expediente 216-2002.

<sup>121</sup> Viteri. Ob. Cit. Página 495.

<sup>122</sup> Contreras Ortiz. Ob. Cit. Páginas 485 y 486.



“Las personas que, sin tener título facultativo o autorización legal, prestaren servicios profesionales para los cuales la ley exige ese requisito, además de incurrir en las penas respectivas, no tendrán derecho a retribución y serán responsables de los daños y perjuicios que hubieren ocasionado”.

Sin embargo, este artículo admite otra interpretación: *contrario sensu*, la persona que sin tener título facultativo o autorización legal prestare servicios para los cuales la ley *no* exige ese requisito, no incurriría en las sanciones y responsabilidades establecidas. De esta manera, el Artículo 2036 sería una norma específica aplicable únicamente a aquellos casos en que el título o autorización sí es requisito legal, dejando a salvo otras prestaciones de servicios que no lo requieren. No obstante, la inclusión del adjetivo “profesionales” para referirse a los servicios, sigue siendo problemática, y refuerza la tendencia al criterio que hasta el momento ha prevalecido.

Pero, ¿dónde quedarían entonces otras prestaciones de servicios que no tengan carácter profesional en el sentido de requerir título facultativo o autorización legal? Para nuestro tema esto es fundamental, pues en Guatemala no existe profesionalización universitaria del representante musical y, como expone la MMF, el cargo de *mánager* puede recaer en familiares o amigos del artista, incluso sin experiencia previa de *management*, en virtud de que se basa en la confianza y no necesariamente en la capacitación técnica que el *mánager* pueda tener: son los que la MMF denomina *home-grown managers*, que podemos traducir como “*mánagers caseros*”<sup>123</sup>.

Esto refuerza el carácter atípico del contrato de representación musical, pues no encaja plenamente en la interpretación prevaleciente del contrato de servicios profesionales. Si en algún momento se aceptare el criterio alternativo de que el

---

<sup>123</sup> Cfr. MMB. Capítulo 1, sección 1.7, Loc. 306.



Artículo 2036 no es limitativo sino específico, podría decirse que la representación musical es un contrato de servicios profesionales, pero ello no resolvería el problema apuntado de que la regulación de dicho contrato en el Código Civil es muy elemental y limitada, por lo que siempre sería necesario definir el contenido de la relación por vía contractual.

Por lo demás, a la luz de la interpretación prevaleciente del Artículo 2036, no estimo que el *mánager* podría incurrir en las sanciones en él previstas, pues si el contrato que celebra no es propiamente de servicios profesionales, y la ley no exige título o autorización para ejercer tal actividad, menos aún tendrá necesidad de presentarse como un profesional. Se trataría de un contrato atípico plenamente válido en virtud de la libertad de contratación y autonomía de la voluntad. Especialmente en el caso de los llamados *home-grown managers*, la causa que lo motiva es la confianza y no necesariamente la capacitación técnica, por lo que la voluntad de las partes se fundamenta en eso. Distinto es el caso de contratos de servicios profesionales en que se puede acudir al profesional tanto por motivos de confianza, como aún sin conocerlo personalmente sino sobre la base de su prestigio o recomendación de terceros.

Otro aspecto importante es que "El profesional será siempre una persona individual, nunca una persona jurídica. Así se deduce del carácter *intuitu personae* que es consubstancial al contrato de servicios profesionales (...)"<sup>124</sup>, "El profesional que asume la obligación de prestar sus servicios, debe ser una persona individual, pues no es lógica ni prácticamente posible que una persona jurídica preste un servicio para el que se requiere poseer un título, grado o diploma"<sup>125</sup>.

En cambio, en la práctica inglesa se admite que el *mánager* puede ser una persona jurídica, aunque el contrato puede convertirse en *intuitu personae* si, aún

<sup>124</sup> Contreras Ortiz. Ob. Cit. Página 485.

<sup>125</sup> Viteri. Ob. Cit. Páginas 495 y 496.

contratando con una persona jurídica, se inserta una denominada *key-man clause* (que podríamos traducir como “cláusula del hombre-clave”), en virtud de la cual la persona jurídica designa a la persona individual que desempeñará materialmente las funciones del *management*, cuya falta constituiría incumplimiento<sup>126</sup>.



Esta es otra característica que aleja la figura del contrato de servicios profesionales, pues se admite que la representación musical puede contratarse con una persona jurídica, incluso de naturaleza mercantil, mientras que según el Código de Comercio, Artículo 9:

“No son comerciantes: / 1º. Los que ejercen una profesión liberal”.

Una persona jurídica en general, o una sociedad mercantil en particular, aunque no pueden por sí mismas prestar servicios profesionales, pueden ejercer la intermediación en la prestación de dichos servicios, como ocurre, por ejemplo, con un Hospital, un Estudio, o un Bufete, organizados como sociedades que intermedian entre los clientes y los médicos, arquitectos, o abogados. Estos arreglos plantean cuestiones sobre asuntos como responsabilidad ante el cliente, que no es preciso abordar aquí, pero son lícitos y se practican. Como la representación musical no está sujeta al régimen de profesionalización y colegiación profesional obligatoria del país, estos interrogantes no son necesarios en el presente momento. Si algún día llega a estarlo, lógicamente deberá sujetarse por analogía a lo que la ley y la jurisprudencia establezcan al respecto. Hoy por hoy, se trata de otro ámbito en que las partes interesadas pueden y deben regularlo, por ser de carácter atípico.

Sobre todo, la sola posibilidad de contratar con una persona jurídica sin una *key-man clause*, junto con lo demás expuesto y considerado, hace claro que el contrato de representación musical no es un contrato de servicios profesionales en

---

<sup>126</sup> Cfr. MMB. Capítulo 2, Loc. 747ss.

el sentido en que éste último se encuentra regulado en la ley y entendido en la jurisprudencia y doctrina del país. Hemos visto que esta modalidad, de hecho, ya se practica en el país.



Sobre este aspecto, debe remitirse nuevamente a lo apuntado en la sub-sección 1.2 del presente capítulo, específicamente, sobre los dos precedentes jurisprudenciales en que órganos jurisdiccionales de Trabajo y Previsión Social sostuvieron que tenía carácter mercantil una actividad de servicios prestada, no por una sociedad mercantil, sino por un comerciante individual, e incluso por una persona individual no-comerciante, de donde sería posible entender por analogía que el mánager puede prestar servicios de carácter mercantil aún cuando no lo haga a través de una organización como sociedad mercantil. Considero que esto sería posible si el mánager ejerce su actividad como comerciante individual, pero difícilmente en el caso de que lo hiciera como persona individual no-comerciante, pues en tal circunstancia ni él ni el artista tendrían carácter de comerciantes. Distinto sería el caso, por ejemplo, en que el artista se organice jurídicamente para ejercer su actividad como comerciante individual o social, pues en ese caso podría cobrar vigor el criterio de mercantilidad del contrato por el carácter del artista, aunque no del mánager, pues el mánager estaría realizando una actividad auxiliar o de intermediación en la prestación de servicios artísticos organizados mercantilmente, conforme al Artículo 2, numerales 2º y 4º, del Código de Comercio. Si bien es posible prestar servicios no-mercantiles a un comerciante individual o social (típico ejemplo del abogado que asesora comerciantes) sin que ello constituya un contrato mercantil, considero que, por el carácter de las funciones que desempeña el mánager, su actividad sí es auxiliar o de intermediación y, por tanto, sería una actividad mercantil aunque el mánager no sea comerciante, si el artista sí lo es para la prestación de sus servicios artísticos.

Respecto del contrato de trabajo, tampoco coincide con el contrato de representación musical, pues faltan las tres características que determinan la relación laboral:



- La prestación personal del servicio, aunque existe, no es esencial, pues el mánager puede delegar o sub-contratar el desempeño de funciones específicas de su actividad, sin perjuicio de su responsabilidad.
- No existe la subordinación, pues el mánager no responde a los dictados del artista, sino que ejerce iniciativa personal en el desempeño de sus funciones, y lo asesora con criterio personal. Las decisiones se toman en forma conjunta, coordinada, y no como imposición del artista al mánager, ni viceversa.
- La retribución del mánager no constituye salario ni está sujeta a los parámetros legales del mismo (salario mínimo, tiempo de pago, prestaciones, etc.). Al respecto nos parece de interés lo que se afirma en una de las sentencias que antes hemos citado, según la cual la existencia de instrucciones del cliente al profesional, y el pago periódico de honorarios, no convierten la relación de servicios profesionales en laboral. En forma análoga, tampoco tales circunstancias harían laboral la relación de representación musical, que tampoco es una de servicios profesionales.

Respecto de algunas figuras de auxiliares de comercio, téngase en mente lo apuntado en el capítulo anterior al tratar del agente de contratación para presentación artísticas en vivo: el artista no es un comerciante, por lo que en principio ninguna figura de auxiliar de comercio es asimilable al mánager. Aún admitiendo la posibilidad de que el artista utilice una sociedad o empresa mercantil para llevar a cabo sus actividades, vale mencionar diferencias esenciales entre el *management* y los auxiliares de comercio:

- **Agentes, distribuidores o representantes (comerciales):** de ellos hemos tratado ya previamente. El mánager no promueve contratos mercantiles,

como lo hace el agente; no promueve los servicios del artista por cuenta propia, como lo hace el distribuidor o representante, sino a favor del artista. Y, en general, sus funciones son muy distintas de las que desempeñan estos auxiliares de comercio, aunque en algunos aspectos guarden similitud.



- **Corredores:** “Es corredor el que en forma independiente y habitual se dedica a poner en contacto a los interesados en la conclusión de un negocio, sin estar ligado a ninguna de las partes por relaciones de colaboración, dependencia o representación” (Código de Comercio, Artículo 292). El *mánager*, en cambio, sí está ligado al artista por una relación de colaboración.
- **Comisionistas:** “Comisionista es quien por cuenta ajena realiza actividades mercantiles” (Código de Comercio, Artículo 303). El *mánager*, si bien actúa por cuenta del artista, no realiza actividades mercantiles. Aunque la actividad de *management* podría revestir carácter mercantil si se trata de una sociedad o empresa mercantil que organice la prestación de dichos servicios, no son mercantiles las actividades del artista. Si el artista, a su vez, organiza sus actividades por intermediación de una sociedad o empresa mercantil, podría el *management* asemejarse mucho a la comisión. Sin embargo, las disposiciones que desarrollan la figura del comisionista tienen diferencias importantes respecto de la actividad de representación musical, pues no se limita a promover la contratación del artista y cobrar comisión por ello, sino que conlleva funciones de asesoría y, en general, de velar por los intereses del artista.

Todas las figuras afines que hemos examinado en la presente sección, en definitiva no son equiparables cien por ciento a la representación musical o *music management*. Sin embargo, por el hecho mismo de ser afines, es decir, de guardar algunas similitudes con dicha relación, podrían en un momento dado tomarse

como referencia en cuanto a algunos de sus aspectos para normar puntos concretos de la relación de representación musical, a falta de acuerdo entre las partes, si existe analogía suficiente. Ello, sin embargo, obedecerá a un análisis caso por caso que no es el objeto del presente trabajo.



### 3.2.3. Características principales del contrato

Conforme lo estudiado, investigado, y expuesto, es posible ubicar el contrato de *music management* o representación musical en las categorías de contratación previstas por la legislación guatemalteca, específicamente en la teoría general del contrato que establece el Código Civil ("División de los contratos", Capítulo V, del Título V, de la Primera Parte del Libro V).

Esto es importante, pues según cada categoría a que pertenezca un contrato, las consecuencias jurídicas para situaciones determinadas pueden ser diferentes. Dichas categorías no son mutuamente excluyentes, sino que concurren en un contrato específico.

Así, tenemos que este contrato, en Guatemala, presenta las siguientes características (todas las referencias a Artículos son del Código Civil):

- Es **bilateral**, pues ambas partes se obligan recíprocamente (art. 1587).
- Es **consensual**, pues basta el consentimiento de las partes para que se perfeccione (art. 1588).

No debe confundirse el carácter consensual con la formalidad: es posible contratar verbalmente, especialmente cuando sea de carácter mercantil.

La formalidad atañe a si la ley exige o no una forma determinada de contratación para la existencia del contrato (forma *ad solemnitatem*, o



solemnidad, que suele ser la forma escrita), o para su plena eficacia jurídica (forma *ad probationem*, o probatoria; por ejemplo, para poder inscribirse en un Registro público).

En cambio, la categoría opuesta al contrato consensual es el contrato real, en que se requiere para su perfección la entrega de la cosa (típico ejemplo: el comodato, en que primero debo estar en posesión de la cosa para que surja la obligación de devolverla). Así, pueden haber contratos consensuales válidos si se celebran verbalmente (por no ser a su vez solemnes), como pueden haber contratos reales otorgados hasta en escritura pública pero que nunca lleguen a nacer a la vida jurídica pues nunca se entregó la cosa.

En cuanto a la formalidad, como la ley nacional ni siquiera regula el contrato de *music management*, lógicamente tampoco exige formalidad (solemne o probatoria) para su existencia o eficacia, pudiendo celebrarse verbalmente, con mayor motivo si es de carácter mercantil. Sin embargo, si por sí mismo o por combinación con otras figuras contractuales, incluyera una cesión, transmisión o licencia sobre los derechos patrimoniales de autor o conexos del artista (elemento no esencial al *management*, y que en la investigación práctica no hemos visto presente), sí debería constar por escrito, aunque fuere únicamente en lo concerniente a dicha cesión, transmisión o licencia.

- Es **principal**, pues subsiste por sí mismo. En cambio, cuando derivado de la relación de *management* se constituya mandato del artista a favor del mánager, dicho mandato será accesorio, pues tiene por objeto el cumplimiento de otra obligación, es decir, de las obligaciones contraídas en virtud del *management* (art. 1589).
- Es **oneroso**, pues en él se estipulan provechos y gravámenes recíprocos entre las partes (art. 1590).



- Como contrato oneroso, es a su vez **aleatorio**, pues la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice. En el caso del *management*, las obligaciones de las partes, especialmente lo relativo a los ingresos económicos que cada una perciba y esté obligada a pagar al otro, dependerá de cómo se vaya desarrollando la actividad artística (art. 1591).
- Es **absoluto**, pues su realización es independiente de toda condición (art. 1592). Al respecto, es importante no confundir esta característica con el carácter aleatorio recién apuntado, pues lo que depende de hechos inciertos no es el nacimiento mismo del contrato a la vida jurídica (en cuyo caso sería un contrato condicional), sino únicamente las ganancias o pérdidas: es decir, el *mánager* iniciará su actividad de promover al artista, y el artista cumplirá las obligaciones que de dicha promoción se deriven, independientemente de, por ejemplo, cuántos discos se logren grabar y vender, cuántos conciertos se logren tocar y si estos producen ganancia o pérdida, etc.

#### 3.2.4. Elementos del contrato

Todo contrato presenta una serie de elementos, que la doctrina científica clasifica así:

- **Elementos esenciales:** "aquellos sin los que el contrato no puede darse; forman parte de su existencia e intervienen en su fondo y configuración.



Sobre los mismos no puede actuar la autonomía de la voluntad privada<sup>127</sup>

A su vez, se subdividen en:

- **Esenciales comunes:** “intervienen en toda clase de contrato”<sup>128</sup>.  
Siguiendo lo expuesto por Puig Peña respecto del Derecho Español, en el Guatemalteco hemos de ubicarlos en el Artículo 1251 del Código Civil:
  - **Capacidad legal** del sujeto que declara su voluntad.
  - **Consentimiento** que no adolezca de vicio.
  - **Objeto lícito.**
  - **Forma**, cuando la ley lo exija como requisito esencial para su validez (ver art. 1518 del Código Civil).
  - La **causa** no se contempla ya como elemento esencial común del negocio jurídico en Guatemala, pero puede originar la nulidad relativa del mismo por vía de lo dispuesto en los Artículos 1258 y 1259 del Código Civil<sup>129</sup>.
- **Esenciales propios:** “intervienen solo en algunos grupos de contratos aislados”<sup>130</sup>.

<sup>127</sup> Puig Peña, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Obligaciones y Contratos. Vol. II. De los contratos en particular y demás fuentes de la obligación.* 2ª edición. Página 20.

<sup>128</sup> *Loc. Cit.*

<sup>129</sup> Al respecto, véase por ejemplo las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, de 2 de julio de 2003 y 30 de septiembre de 1965. Ambas citadas en: Gramajo Castro, Juan Pablo. *Código Civil Comentado y Anotado.* 2ª edición. Tomo II. Página 501.

<sup>130</sup> Puig Peña. *Loc. Cit.*



- **Elementos naturales:** “aquellos que acompañan normalmente al contrato, como desprendidos de su índole particular, y la ley presume su existencia. En ellos sí puede actuar la voluntad de las partes, pudiendo quedar excluidos por imperativo de la misma”<sup>131</sup>. Para algunos autores, “más que elementos constitutivos del negocio son consecuencias que el acto está destinado a producir. Es decir, no actúan sobre el nacimiento del contrato, sino sobre su contenido y efectos. (...) el desarrollo de los mismos se encuadra en el examen especial de cada tipo particular del contrato”<sup>132</sup>, que es precisamente la tarea que nos ocupa respecto del *music management*.
- **Elementos accidentales:** “solo tienen vida, modificando la forma abstracta del contrato, si las partes lo incorporan a él. Son, pues, fruto absoluto de la autonomía de la voluntad, ya que el contrato en su formulación genérica no los comprende. Los más importantes de estos elementos son la *condición*, el *plazo* y el *modo*”<sup>133</sup>.
- **Elementos negativos:** “surgen del acomodamiento del mismo a las normas propias del Derecho objetivo y a su sustancia o fondo. En su consecuencia, aquél no puede referirse a nada que sea *imposible*, ni puede ir en contra de una *prohibición legal*, ni puede atentar contra las *buenas costumbres*, ni, en definitiva, atacar a la *moralidad general*”<sup>134</sup>.

Los elementos esenciales y negativos corresponden a la Teoría General del Negocio Jurídico y del Contrato, y por tanto no constituyen objeto del presente trabajo. En alguna medida fueron tratados en el primer capítulo, y no se profundizará sobre ellos en la presente sección.

---

<sup>131</sup> *Loc. Cit.*

<sup>132</sup> Puig Peña. *Ob. Cit.* Página 28.

<sup>133</sup> *Loc. Cit.*

<sup>134</sup> *Ibid.* Página 30.

En cambio, lo que sí es objeto de nuestro análisis es determinar cuáles sean los elementos naturales y accidentales del contrato que estudiamos. A tal efecto, adoptamos la metodología con que los doctrinarios nacionales Rubén Alberto Contreras Ortiz y Ernesto R. Viteri Echeverría abordan el estudio de las figuras contractuales, quienes coinciden en examinar los elementos naturales de cada contrato conforme tres categorías: los elementos (a) subjetivo o personal, (b) objetivo o real, y (c) formal<sup>135</sup>.



Como hemos visto, la ley establece que “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación” (art. 1517, Código Civil), y que “Toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer” (art. 1319, *ibid.*). Es por ello que las categorías empleadas por Contreras y Viteri expresan los elementos naturales más fundamentales de cada figura contractual, ya que siempre habrá dos o más personas, y por lo menos una obligación sobre la cual verse el acuerdo de voluntades. Aparte de la forma (cuando resulte esencial), todo lo demás que contenga un contrato podrá considerarse complementario, secundario, accesorio, (aunque no por ello menos importante al momento de considerar la relación contractual en su integridad), pero a efecto de indagar los elementos naturales del contrato, lo que interesa es responder: **¿quiénes son las partes, y a qué se obligan?**

De igual manera, tomamos como punto de partida el análisis que ambos autores hacen del contrato de servicios profesionales, pues si bien hemos considerado antes que el contrato de representación musical o *music management* no encaja en el de servicios profesionales ni constituye una modalidad de éste, sí presenta con él una semejanza o analogía suficiente a nivel abstracto que nos permite estimarlo como un marco conceptual adecuado a la luz del cual estudiar los elementos del de *music management*, desde luego con las adaptaciones que resultan propias.

<sup>135</sup> Cfr. Ob. Cit. de cada autor, en que se usa dicha metodología a lo largo de todos sus respectivos capítulos.



Con base en lo expuesto, podemos explicar los elementos naturales del contrato de representación musical o *music management* así:

- **Elemento *subjetivo o personal*:** lo constituyen:
  - El mánager, que puede ser persona individual o jurídica. En el caso de ser persona jurídica, puede incluirse la llamada *key-man clause*, que convertiría al contrato en *intuitu personae*, pero tal cláusula sería un elemento accidental del contrato, no esencial ni natural.
  - El artista, que puede ser individual o grupal (una banda, un conjunto). Tómense en cuenta los supuestos de los Artículos 55 y 56 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos<sup>136</sup>, aunque nos parecen insuficientes para dar certeza jurídica al contrato. Si se trata de una banda musical, el consentimiento (elemento esencial común) deberían prestarlo todos los integrantes en lo individual, o el que esté debidamente facultado para contratar en nombre de la banda por mandato u otro acuerdo legalmente suficiente.
- **Elemento *objetivo o real*:** se integra por las obligaciones principales que asumen las partes, en virtud de las cuales podemos afirmar que, en el contexto de la clasificación más genérica de los contratos atípicos<sup>137</sup>, este constituye uno de la clase "*facio ut des*" ("hago para que des"), así:
  - Los servicios y funciones que el mánager se obliga a prestar y desempeñar, que en su expresión más esencial y básica pueden

---

<sup>136</sup> "ARTÍCULO 55. Cuando varios artistas intérpretes o ejecutantes participen en una misma ejecución, la autorización será dada por el director del grupo y en ausencia del mismo, por la mayoría de sus integrantes".

"ARTÍCULO 56. Para el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente ley, las orquestas y los grupos vocales o instrumentales serán representados por el director del conjunto o por un mandatario legalmente constituido".

<sup>137</sup> Cfr. J. Iglesias. *Derecho Romano*. 13ª edición. Página 279.



describirse como procurar el mejor desarrollo y avance de la carrera artística del artista, a tal efecto negociando en su favor y brindándole asesoría. La especificación y descripción de las funciones y la forma de ejercerlas, etc., se determina libremente por las partes en cada caso. La obligación principal del mánager, por tanto, constituye una obligación de hacer.

- La retribución que el artista se obliga a pagar a cambio de ellos, que puede adoptar principalmente la modalidad de la comisión, o un honorario base más comisión, así como otras determinaciones que puedan acordar las partes. En tal virtud, la obligación principal del artista es una obligación de dar.
  
- **Elemento *formal*:** el contrato no está sujeto a formalidades especiales para su validez, especialmente cuando sea de naturaleza mercantil. Sin embargo, para efectos probatorios y de certeza jurídica es recomendable que conste por escrito. Si como elemento accidental incluyere una cesión o licencia de derechos de autor o conexos, sí debe por imperativo legal constar por escrito, aunque sea únicamente ese elemento específico y accesorio.

Acaso la función más importante del asesor jurídico al encontrarse frente a la negociación de un contrato de *management* musical será la de establecer adecuadamente la determinación de los elementos reales, es decir, regular las funciones del mánager, la forma de determinar la retribución, y todos los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del cumplimiento de ello, instituyendo los mecanismos que faciliten un buen desarrollo de la relación contractual sirviendo a tales fines esenciales.

Más allá de eso, se encontrarán elementos accidentales, de los cuales quizá el más frecuente es el plazo. Como hemos visto, en los contratos de *management*



musical la función del plazo no se limita a señalar fin a la relación, sino hace necesario también determinar la proyección en el tiempo de los derechos obligaciones adquiridos por las partes durante la vigencia del contrato y que sean susceptibles de tener efecto aún después de terminada la relación. También podrían haber condiciones, en su sentido jurídico propio: hecho incierto de cuyo acaecimiento depende el inicio o cese de efectos jurídicos, y no como la genérica e inadecuada traducción del "terms and conditions" de los contratos en inglés (por su parte, el "término", en español jurídico guatemalteco, es sinónimo precisamente del plazo<sup>138</sup>).

De lo estudiado hasta el momento, ya el propio lector podrá intuir otros elementos usados en contratos de *management* musical que correspondería incluir en la categoría de accidentales: exclusividad, territorio (que en la realidad práctica suelen ser muy importantes), *key-man clause*, mandato accesorio, etc.

Cabe cerrar esta sección con una consideración importante: mi Gran Maestra, la Doctora María Luisa Beltranena Valladares de Padilla, me enseñó que un contrato siempre es una realidad plena en sí misma, específica entre las partes, es decir, que la clasificación, división, jerarquización, que la doctrina científica hace de sus diversos elementos sirve principalmente para facilitar su comprensión y dominio, aunque ciertamente tiene mucha importancia práctica: por ejemplo, si falta un elemento esencial común, poco importará analizar otros aspectos, pues se verá comprometida la misma existencia o eficacia del contrato. Sin embargo, en las expresiones concretas de la realidad contractual del día a día, cada contrato es singular y pleno, pues cada uno vincula a personas en circunstancias particulares, por lo que, al momento de contratar, todos los elementos adquieren en cierto sentido igual importancia, pues es ese el contrato celebrado por esas partes. Me parece que esta manera de pensar contribuye a humanizar el Derecho y la

---

<sup>138</sup> Sinonimia establecida por disposición expresa del art. 206 de la LOJ, para zanjar discusiones bizantinas sobre si término y plazo eran lo mismo.



contratación, devolviendo la función del jurista a la realidad concreta en que está llamado a realizar la justicia, como es la visión clásica del Derecho.

Esto se pone de manifiesto en el contrato de *management* musical, por ejemplo, ya que adquieren muchísima importancia algunos elementos como el territorio y el plazo, que a nivel teórico son de carácter accidental, pero en la práctica pueden ser determinantes para motivar la contratación al influir decisivamente sobre las ganancias y pérdidas que el mismo puede producir para las partes.



## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN Y PROPUESTA

#### 4.1. Evaluación de hipótesis

Sobre si las hipótesis de trabajo fueron probadas o improbadas, se estima:

La primera hipótesis se estima **probada**, en virtud de que los hallazgos de campo permitieron concluir que en Guatemala el contrato de representación musical o *music management* se practica en diversos grados de especialización y desarrollo dentro de la industria musical, abarcando desde lo que la doctrina extranjera denomina “mánagers caseros o hechos en casa” (“*home-grown*”), cuya actividad por lo general tiene como antecedente la amistad personal con el artista y se refiere a artistas de carrera incipiente y no formalmente organizada, hasta la existencia de entidades mercantiles que se dedican en forma habitual y estable a proveer servicios de representación artística o *management*.

Se estima probada la hipótesis por cuanto, a pesar de tratarse de situaciones de diverso alcance y formalidad económica y jurídica, presentan elementos comunes que permiten hablar ya de una cierta tipicidad social, en que incluso se observaron tendencias al uso de figuras o estipulaciones que ya se encuentran establecidas en la práctica internacional.

Sin embargo, también en su análisis comparativo con la práctica internacional se puede ver que algunos aspectos más complejos de la relación aún no se practican o regulan de modo uniforme o extendido en el ámbito del *music management* en Guatemala, lo cual permite afirmar que dicha tipicidad social es incipiente, y en vías de mayor desarrollo.



La segunda hipótesis se estima **probada**, pues se determinó que las funciones del *mánager*, y su remuneración mediante comisión, se encuentran previstos en la tipicidad social del contrato en el medio guatemalteco, con suficiente extensión para considerarlo en la forma antes expresada, y que constituyen además las obligaciones principales con relación al objeto contractual. En cuanto a los aspectos más específicos, en cambio, (incluyendo la regulación más detallada de la actividad del *mánager* y el cálculo de la comisión), en efecto se probó la hipótesis de que es susceptible aún de mayor desarrollo y estructuración, según lo permite conocer su examen comparativo con la práctica internacional.

La tercera hipótesis se estima **probada**, por cuanto en efecto fue posible sugerir diversas bases o lineamientos para un modelo de contrato de representación musical o *music management* en Guatemala.

Para considerar probada dicha hipótesis es importante tener en cuenta que dicha posibilidad se fundó sobre los hallazgos observados en la práctica nacional ya existente, es decir, existía suficiente información y uso en el medio nacional que sirviera como base para proponer un modelo contractual.

Desde luego, la propuesta se nutrió de lo estudiado en la práctica extranjera, pero no se limitó a una "importación" de un modelo sobre una realidad inexistente o sumamente distinta en el país, sino que el medio guatemalteco no solo existe, sino además presenta suficiente similitud con la práctica internacional, como para permitir una base real de la propuesta.

#### **4.2. Sugerencia de modelo contractual del contrato de representación musical o *music management***

Como resultado concreto de la investigación, se pretende tomar todos los aspectos teóricos y prácticos expuestos e investigados, como base para formular una sugerencia de cómo regular un contrato de representación musical o *music*

*management* en el medio guatemalteco. Es decir, una vez conocida la teoría jurídica aplicable (incluyendo la formulación nacida de la práctica extranjera) investigada la realidad ya existente en la práctica nacional, y unidas ambas a nivel teórico en el último capítulo, nos consideramos en capacidad de concretar todo eso en una propuesta contractual que resulte de utilidad directa a quienes desempeñan esta actividad en Guatemala.



Dicha propuesta adoptará la forma de un modelo de contrato, el cual desde luego no pretende ser exhaustivo (ningún contrato, en realidad, puede serlo, pues siempre habrán situaciones imprevistas que ni las partes ni el legislador están en capacidad de regular *ab initio*) sino únicamente establecer, en la manera que nos parece adecuada, una regulación adaptada al Derecho y práctica del país.

A su vez, la misma se enfocará en los elementos principales o más usuales del contrato en sí mismo, por lo que no incluirá: **a)** cláusulas más específicas o detalladas cuya determinación considero debe quedar a la voluntad de las partes para cada caso concreto; **b)** cláusulas accesorias que no siempre forman (o, a mi criterio, no necesariamente deberían formar) parte de los acuerdos básicos de *management*; ni, **c)** cláusulas adicionales que, aunque suelen incluirse en contratos, no atañen directamente a la figura contractual abstracta, tales como renunciaciones de fuero, acuerdos de arbitraje, cláusulas de notificaciones y comunicaciones, cláusulas de aceptación general, selección de foro y/o ley aplicable (cuando el contrato contenga elementos de conexión con jurisdicciones extranjeras), etc.

En cuanto al tipo de cláusulas mencionado en la literal c) anterior, se hace la observación que para quienes pretendan utilizar nuestro modelo de contrato en la práctica, será necesario incluir varias de ellas conforme lo sugiera la asesoría jurídica personal que reciban, la cual el presente modelo no puede ni pretende sustituir. Lo mismo, desde luego y con mayor razón, vale para las mencionadas en las literales a) y b) del párrafo precedente, pues son en cierta forma más

importantes y dependen aún más de la relación concreta que se vaya a establecer.

El modelo de contrato se redactará como un documento privado, al cual podría o no añadirse la legalización notarial de firmas. En lo personal, recomiendo que sí se legalicen las firmas, y se firme en tres ejemplares originales, quedando uno en poder de cada parte y el tercero protocolizado ante Notario. La redacción puede, además, servir de base para una escritura pública, con las añadiduras y modificaciones pertinentes según los requisitos legales propios de un instrumento público.



#### 4.2.1. Modelo de contrato

En [lugar], el [fecha], nosotros:

Por una parte, [*Nombre del mánager o representante legal de la entidad de management*], de [*datos de identificación general: edad, estado civil, nacionalidad, domicilio, profesión, ocupación u oficio*], identificado con el [*documento de identificación legal, DPI o pasaporte según el caso*], y actuando en calidad de [*cargo que le confiere representación legal de la entidad compareciente*], acreditada con [*documento que acredita la personería ejercida, describiéndolo en su naturaleza, fecha, funcionario autorizante, y datos de inscripción registral, si fuere el caso*]. En el transcurso del presente documento, se le podrá denominar indistintamente como "EL MÁNAGER".

Por otra parte, [*Nombre del artista*], de [*datos de identificación general: edad, estado civil, nacionalidad, domicilio, profesión, ocupación u oficio*], identificado con el [*documento de identificación legal, DPI o pasaporte según el caso*], y también conocido con el nombre artístico [*insertarlo, si fuere el caso; si se trata de una banda, aquí iría el nombre colectivo de la misma*]. En el transcurso del presente documento, se le podrá denominar indistintamente como "EL ARTISTA".

Los comparecientes manifestamos conocernos mutuamente con anterioridad, y haber tenido a la vista los documentos de identificación y personería antes descritos, aseguramos hallarnos en el libre ejercicio de nuestros derechos civiles, hablar y entender el idioma español, y nos reconocemos en forma mutua la capacidad y representación suficiente para la celebración del presente acto, en virtud del cual es nuestra voluntad otorgar el **CONTRATO DE REPRESENTACIÓN MUSICAL O *MUSIC MANAGEMENT*** contenido en las cláusulas siguientes:



**PRIMERA: OBJETO:** por el presente contrato, EL MÁNAGER se obliga a desempeñar a favor de EL ARTISTA las funciones que se enumeran más adelante, con el objeto de procurar el mejor desarrollo y avance de la carrera artística de EL ARTISTA, a tal efecto negociando en su favor y brindándole asesoría, a cambio de una retribución que se calculará en la manera que también más adelante se determina.

Por "carrera del artista" se entienden todas las actividades dentro de la industria de la música o el entretenimiento, incluyendo, pero no limitado a, la creación de obras definidas en la sección correspondiente de este documento.

**SEGUNDA: FUNCIONES DEL MÁNAGER:** por el presente contrato, EL MÁNAGER se obliga a desempeñar a favor del artista las siguientes funciones:

- a) Utilizar sus esfuerzos razonables para avanzar y promover la carrera del artista.
- b) Asesorar y consultar con el artista respecto de la recaudación de ingresos y realización de gastos, y utilizar sus esfuerzos razonables para asegurar que el artista reciba los pagos que le correspondan.



- c) Consultar con el artista y mantenerlo informado sobre toda la actividad sustancial del mánager.
- d) Discutir con el artista el desarrollo de su carrera, ofreciendo crítica constructiva en forma periódica.
- e) Llevar registros de todas las transacciones que afecten la carrera del artista, presentando informes periódicos de todos los ingresos, fuentes de ingresos, gastos, comisiones, y demás deudas, riesgos, etc. Los informes serán [*establecer periodicidad, se recomienda trimestrales*], y la obligación de presentarlos deberá cumplirse en un plazo máximo de [*establecer número de días*] días después de finalizado cada [*período según lo antes pactado, se recomienda trimestre calendario*].
- f) Obtener la aprobación del artista para cualquier gasto o erogación superior a [*establecer monto*].
- g) Sub-contratar agentes, contadores, abogados, patrocinadores, agentes de mercadeo, y otras funciones, cuando a criterio del mánager ello resulte necesario o útil para el adecuado cumplimiento de sus funciones y del objeto del presente contrato.
- h) Las demás que se vinculen con las anteriormente enumeradas, o que de ellas razonablemente se deriven, conforme la buena fe, los usos y prácticas del medio, y el objeto del presente contrato.

**TERCERA: OBLIGACIONES DEL ARTISTA:** por el presente contrato, EL ARTISTA se obliga a llevar a cabo las siguientes actividades:

- a) Desempeñar según su mejor posibilidad, y en forma puntual y sobria, todos los acuerdos obtenidos o aprobados por el mánager, incluyendo contratos,



presentaciones, actividades promocionales, etc. A tal efecto, el **mánager** tiene el derecho y la facultad para negociar con terceros en nombre del **artista**.

- b) Acudir a todas las citas y mantener al **mánager** razonablemente informado de su paradero y disponibilidad en todo momento.
- c) Revelar al **mánager** todo ingreso, incluyendo pero no limitado a, los ingresos provenientes de Sociedades de Gestión Colectiva y entidades similares, giras, apariciones en radio y televisión, etc.
- d) Referir a su **mánager** todo acercamiento y oferta de terceros relativos a la carrera del artista.
- e) No contratar a otra persona para actuar como **mánager** o representante con relación a ningún aspecto de la carrera del artista.
- f) Consultar regularmente con el **mánager** sobre la carrera del artista y aceptar que es parte de la función del **mánager** ofrecer crítica constructiva.
- g) Mantener al **mánager** completamente informado y consultarle regularmente sobre todo gasto anticipado a realizarse por el artista, y obtener la aprobación del **mánager** con relación a costos de grabación, vídeo, equipo y giras.
- h) Las demás que se vinculen con las anteriormente enumeradas, o que de ellas razonablemente se deriven, conforme la buena fe, los usos y prácticas del medio, y el objeto del presente contrato.

**CUARTA: TERRITORIO:** EL MÁNAGER fungirá como tal a favor de EL ARTISTA en todo el territorio de la República de Guatemala, así como en el de los países

siguientes: [establecer en qué otros países fungirá el mánager, designándolos individualmente conforme su denominación oficial].



EL ARTISTA declara que no tiene acuerdos con mánagers ni con otras figuras similares en ninguno de los territorios y países antes enumerados, que puedan afectar el desempeño de las funciones que por el presente contrato asume EL MÁNAGER.

**QUINTA: PLAZO:** el presente contrato tendrá una vigencia de [establecer número de meses] meses, contados a partir de la fecha de su celebración. Una vez concluido dicho plazo, el contrato se prorrogará automáticamente por sucesivos períodos iguales, hasta que cualquiera de las partes dé aviso de terminación a la otra con por lo menos [establecer número de meses para el preaviso de terminación] meses de anticipación a la fecha en que el mismo deba surtir efecto.

Dicha terminación podrá ser sin justa causa, y no generará responsabilidad para las partes, sin perjuicio de lo establecido sobre obligaciones pendientes al momento de terminación, o remuneraciones que EL MÁNAGER tenga derecho a percibir aún después de concluida la relación que por el presente contrato y sus prórrogas se establece. Asimismo, dicha terminación sin justa causa se entenderá sin perjuicio de otras causales de terminación que procedan conforme el contrato y demás normativa aplicable, y de la responsabilidad que ellas generen para cualquiera de las partes en caso de producirse.

**SEXTA: RETRIBUCIÓN:** por el desempeño de sus funciones, EL ARTISTA retribuirá a EL MÁNAGER mediante comisión, que se establece de conformidad con lo siguiente:

- a) **Tasa o tarifa de comisión:** la comisión consistirá en un [establecer porcentaje] por ciento ([XX]%) sobre los ingresos que se detallan en la presente cláusula.



- b) **Plazo de comisión:** EL MÁNAGER tendrá derecho a percibir comisión sobre todos los ingresos generados por la carrera del artista durante el plazo de vigencia del presente contrato o de sus prórrogas, de conformidad con lo establecido en la presente cláusula sobre ingresos afectos a la misma.

Adicionalmente, EL MÁNAGER tendrá derecho a percibir comisión aún después de finalizada, por cualquier causa, la relación que por el presente contrato se establece o sus prórrogas, sobre todos los ingresos originados de la explotación de los derechos de autor o conexos sobre las obras creadas y/o grabadas y/o publicadas por el artista dentro del plazo de vigencia de este contrato o sus prórrogas, durante todo el plazo de protección legal aplicable a dichas obras en todos y cada uno de los países que conforman el territorio definido en el presente contrato.

En el caso de ingresos que se originen de cualquier actividad del artista, incluyendo pero no limitado a presentaciones y mercadeo, que haya sido obtenida en virtud de la actividad de EL MÁNAGER, aún en el caso de que la contratación final se haya establecido fuera del plazo del presente contrato o sus prórrogas, también tendrá EL MÁNAGER derecho a percibir comisión sobre los mismos.

- c) **Ingresos afectos a comisión:** la comisión se pagará respecto de todo ingreso relacionado con la carrera del artista dentro de la industria de la música o el entretenimiento, incluyendo la creación de obras, de conformidad con lo establecido en la cláusula siguiente del presente documento.

Será afecto a comisión todo ingreso bruto y suma de dinero que se deba al artista respecto de la explotación de las obras, o que de otra manera se

derive de las actividades del artista, excluyendo los ingresos no afectos a comisión conforme lo establecido en la presente cláusula.



- d) **Ingresos por giras:** en cuanto a los ingresos afectos a comisión que provengan de giras de presentaciones en vivo, la comisión se calculará sobre sus ingresos brutos. Para el efecto de lo establecido en la presente cláusula, "gira" se define como una serie de más de seis presentaciones dentro de cualquier periodo mensual.

Los ingresos por concepto de *merchandising* y patrocinio relacionados con la gira, se tratarán dentro de los ingresos afectos a comisión normal, por lo que no están incluidos en la presente estipulación especial sobre ingresos por giras, ni serán contabilizados como ingresos de gira.

- e) **Ingresos no afectos a comisión:** no estarán afectos a comisión las sumas pagadas por EL ARTISTA o en nombre suyo como costos de grabación o de vídeo presupuestados y recuperables; regalías, anticipos o cantidades pagadas por el artista o en nombre del artista a terceros productores, mezcladores, programadores, o ingenieros, según presupuesto previamente acordado con visto bueno de EL MÁNAGER; cantidades pagadas al artista en concepto de apoyo para giras, según presupuesto previamente acordado con visto bueno de EL MÁNAGER; los ingresos que perciba el artista en virtud de un contrato distinto de producción y/o publicación con el mánager.

Cuando se paguen anticipos en virtud de un contrato de grabación, que incluyan costos de grabación, deberá determinarse caso por caso cuánto del anticipo será considerado costo de grabación, y cuánto será afecto a comisión. Si el artista compra equipo para grabación con dinero del anticipo, el mismo estará afecto a comisión.

**SÉPTIMA: OBRAS:** para efectos del presente contrato, se entiende por "obras":



- a) Grabaciones sonoras, incluyendo demos.
- b) Grabaciones visuales, incluyendo películas y vídeos.
- c) Obras literarias, dramáticas y musicales.
- d) Mercadeo (*merchandising*), patrocinio de cualquier nombre, logotipo, arte o marca propiedad del artista o asociada con el artista, y en general toda explotación comercial de los derechos de nombre e imagen del artista.
- e) Presentaciones y apariciones del artista en concierto, radio, televisión o películas.
- f) Grabaciones de otros artistas en que el artista sea productor, ingeniero, programador o arreglista.

En todo caso, se entenderá referido a todas las obras creadas o sustancialmente creadas durante la vigencia del presente contrato o sus prórrogas.

**OCTAVA: GASTOS:** estarán a cargo de cada una de las partes, quien deberá pagar los que respectivamente le correspondan, los gastos siguientes:

- a) **Gastos de EL MÁNAGER:** los costos generales de oficina y negocios, incluyendo:
  - i. Alquiler de oficina.
  - ii. Impuesto inmobiliario sobre el inmueble en que se ubique la oficina, si legalmente corresponde pagarlo al mánager.



- iii. Honorarios y salarios del personal al servicio del mánager, así como los correspondientes pagos al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y demás prestaciones obligatorias según las normas aplicables de Trabajo y Previsión Social.
  - iv. Equipo de oficina del mánager, incluyendo: computadoras, máquinas de fax, fotocopadoras, teléfonos móviles, localizadores, sistema telefónico de oficina, equipo de audio y audiovisual.
  - v. Vehículo del mánager y costos asociados (reparaciones, gasolina, etc.).
  - vi. Honorarios por servicios profesionales pagados por el mánager a terceros en concepto de servicios prestados directamente a él, tales como asesores jurídicos del mánager.
  - vii. Gastos misceláneos de oficina.
- b) **Gastos de EL ARTISTA:** cualquier gasto en que razonablemente se incurra vinculado a la carrera del artista, distinto de los gastos del mánager, independientemente de que los pague directamente el artista o el mánager. Si los paga el mánager, la obligación del artista de cubrirlos se convertirá en obligación del artista de reembolsar al mánager, surgiendo para el mánager el derecho para repetir ante el artista por los gastos en que por tal concepto haya incurrido.

Los gastos del artista incluyen, de modo enunciativo y no limitativo:

- i. Comisión pagable a un agente de contratación u otros agentes, costos y remuneraciones pagables a un mánager de gira y, en

general, honorarios por servicios profesionales pagados a terceros sub-contratados para desempeñar funciones a favor del artista.



- ii. Envíos de correo en nombre del artista.
- iii. Publicidad a favor del artista.
- iv. Arte (*artwork*) a favor del artista, tales como diseños de portadas para discos, diseños publicitarios, etc.
- v. Cargos de teléfono y fax por larga distancia en que incurra el mánager, si son específicamente a favor del artista.
- vi. Estadías en hoteles.
- vii. Tarifas de transporte aéreo, terrestre y marítimo.
- viii. Alimentación del mánager (comida, hoteles, etc.) cuando esté de gira con el artista o viaje fuera de su oficina a favor del artista.
- ix. Alquiler de vehículos, taxis y demás gastos de transporte o viaje cuando el mánager o el asistente personal del mánager se movilicen en desempeño de funciones a favor del artista.
- x. Gastos incurridos por el mánager antes del inicio del contrato con el artista, hasta por la cantidad de [*establecer cantidad y moneda*].

**NOVENA: AUDITORÍA Y RENDICIÓN DE CUENTAS:** las partes tendrán derecho de auditoría mutuo, y obligación mutua de rendición de cuentas, para fiscalizar todo lo relativo al cumplimiento de las obligaciones que en virtud del presente contrato adquieren.



Cada parte podrá ejercer su derecho de auditoría un máximo de [establecer número de veces] veces dentro de cada período de [establecer número de meses] meses, dando al efecto un pre-aviso a la otra parte de por lo menos [establecer número de meses o días] días previo a la fecha en que deba dar inicio la auditoría.

Los informes contables podrán impugnarse por la parte interesada dentro de un plazo máximo de [establecer número de años] años, contado desde el día en que la parte interesada los reciba. Transcurrido dicho plazo sin haberse impugnado, los informes contables se tendrán por correctos y vinculantes.

Si como resultado de la auditoría se demuestra que la parte auditada tiene un déficit mayor a [establecer porcentaje] por ciento ([XX]%) entre lo que debería haber pagado y lo que efectivamente pagó a la otra parte, deberá reembolsar la diferencia, más el interés legal correspondiente, y adicionalmente deberá absorber el costo de la auditoría practicada que reveló dicho déficit.

**DÉCIMA: MANEJO DE CUENTAS Y DINERO:** EL MÁNAGER recibirá y recaudará todos los ingresos en nombre de EL ARTISTA, los cuales depositará a una cuenta bancaria dedicada exclusivamente al artista, cuyos fondos podrá utilizar únicamente para fines directamente vinculados con la carrera de éste.

**UNDÉCIMA: INFORMES Y PAGOS POSTERIORES A LA TERMINACIÓN:** una vez terminado el presente contrato o sus prórrogas, por cualquier causa o motivo, EL ARTISTA deberá rendir informe cada [establecer número de meses] meses a EL MÁNAGER sobre ingresos percibidos y comisión debida, y deberá pagar ésta dentro de [establecer número de días] días después de recibir factura del mánager por tal concepto.

**DUODÉCIMA: TERMINACIÓN ANTICIPADA:** cada parte tendrá derecho de dar por terminado el presente contrato antes del vencimiento del plazo o de cualquier

prórroga vigente, dando aviso por escrito a la otra parte, si la otra parte incurre en alguna de las siguientes causales:



- a) Es declarada en quiebra o inicia concurso voluntario (convenio extrajudicial o judicial) de acreedores, o concurso necesario de acreedores.
- b) Es condenada por delito que implique deshonestidad.
- c) Incumple con el contrato, y no subsana dicho incumplimiento dentro de [establecer número de días] días de haber sido requerido para ello por escrito.
- d) Queda incapacitada por enfermedad o accidente por un periodo mayor a [establecer número de meses] meses. Si la parte afectada por la enfermedad o accidente fuere EL MÁNAGER, de común acuerdo con el artista se proveerá un mánager temporal de reemplazo por todo el periodo establecido en la presente cláusula. La presente causal no se refiere a la incapacidad jurídica declarada judicialmente (estado de interdicción), sino al hecho de no poder materialmente desempeñar las funciones asumidas bajo el contrato, aunque legalmente no sea declarado incapaz.
- e) Es declarada judicialmente en estado de interdicción.

Si cualquiera de las partes da por terminado el contrato anticipadamente, por cualquiera de las causales previstas en la presente cláusula, o por otros motivos previstos en el presente contrato, ello no afectará los derechos u obligaciones de las partes que, por su naturaleza, deban continuar vigentes más allá del plazo.

**DÉCIMO-TERCERA: NORMATIVA APLICABLE:** Toda la relación jurídica que en virtud del presente contrato se establece, se regirá de conformidad con lo estipulado en este documento, y los usos y prácticas del medio, pudiendo



integrarse, a falta de estipulación en el presente contrato o de usos y prácticas en el medio nacional, con lo establecido por las normas jurídicas, usos y prácticas del medio equivalente en el extranjero, cuando no resulte contrario al orden público de la República de Guatemala.

En su defecto, se regirá por las leyes, jurisprudencia, y costumbres, que correspondan de conformidad con las normas generales de aplicación, interpretación, e integración, del ordenamiento jurídico guatemalteco.

*[Además de las cláusulas previstas en el presente modelo, se recomienda incorporar otras que son de uso común en la contratación, principalmente las relativas a: forma de modificaciones para su validez, forma y direcciones de comunicaciones entre las partes, derecho aplicable (si el contrato tuviere elementos de vinculación con jurisdicciones extranjeras), pacto de sumisión a fuero elegido o acuerdo de arbitraje].*

#### **4.2.2. Comentarios sobre algunas cláusulas específicas**

Para entender mejor el modelo de contrato, y como guía práctica para su elaboración en casos concretos, téngase en mente todo lo apuntado al resumir el contrato modelo de la MMF en el capítulo segundo de la presente tesis, especialmente cuanto ahí se indica sobre plazos o porcentajes sugeridos, o modalidades alternativas que se pueden utilizar para regular determinados aspectos, de las cuales hemos elegido una para el contrato modelo, entre dos o más posibles que sugiere la práctica internacional. Asimismo, remítase el lector a los hallazgos relativos a la práctica nacional y lo comentado al respecto en el tercer capítulo.

Adicionalmente, a continuación se ofrecen observaciones sobre algunas de las cláusulas del modelo de contrato que hemos propuesto. Algunas son de contenido



estándar o, a mi criterio, fácilmente inteligibles, por lo que no todas serán objeto de comentario.

**Comparecencia:** tratándose de un documento privado, no es estrictamente necesario insertar los datos de identificación general (salvo, obviamente, el nombre completo, aunque con la salvedad apuntada de que para contratos mercantiles incluso esto no es requisito esencial, como se vio en el precedente jurisprudencial sobre uso de nombre incompleto: lo importante es que no quede duda sobre la identidad de las partes, y es buena práctica que conste el nombre legal completo), documentos de identidad, ni acreditar la personería con el detalle sugerido (al menos, sí se debe mencionar que se actúa en representación de la entidad tal), especialmente cuando el contrato sea de naturaleza mercantil. Sin embargo, en mi práctica profesional suelo incluir todo esto aún en documentos privados cuya redacción realizo o asesoro, como si se tratase de una comparecencia que cumpla todos los mismos requisitos de una escritura pública, pues brinda mayor certeza jurídica sobre la identidad y personería de las partes, evitando posibles conflictos futuros en que ello pudiera tener relevancia.

En nuestro medio se ha vuelto común incluir en la comparecencia una indicación sobre una denominación genérica que se le podrá dar a las partes dentro del texto contractual, según el carácter jurídico que en virtud del mismo asumen ("EL ARTISTA", "EL MÁNAGER", "EL COMPRADOR", "LA PARTE VENDEDORA", etc.). Esto se hace con el objeto de no tener que insertar el nombre de las partes en las diversas cláusulas del texto, reduciendo así la probabilidad de errores, el tiempo ocupado en la redacción, y facilitando la adopción de modelos generales de contratos estandarizados que requieren menos adecuaciones al caso concreto y, cuando las requieren, son más de carácter sustantivo que puramente de redacción. Por estos motivos decidí incluir esta práctica en el modelo de contrato, sabiendo que otros colegas serán de criterio distinto, y que no resulta esencial al contrato hacerlo o no.



Si el *management* se va a contratar con un artista que sea una banda, en la práctica he colocado en la comparecencia (y, por ende, como firmantes) a todos los integrantes de la misma, también para brindar mayor certeza y seguridad jurídicas. Es posible que la banda tenga un acuerdo entre ellos en virtud del cual faculten a uno de sus miembros a contratar en nombre de todos, pero si tal acuerdo no consta por escrito y se tuvo a la vista (como si se tratase de calificar personería para comparecer en escritura pública), lo más recomendable es que todos los artistas individuales que conforman la banda comparezcan y firmen.

Los acuerdos entre bandas, o *band agreements*, también son importantes en la industria musical, y algunos aspectos regulados en ellos pueden incidir sobre el ejercicio del *management*, pues contemplan aspectos como: qué sucede si un miembro de la banda no puede acudir a una grabación o presentación en vivo, o si abandona la banda o es expulsado de ella, cómo se rige el uso del nombre colectivo de la banda, etc. Es por ello que, si existe el *band agreement*, el asesor jurídico debería tenerlo a la vista para elaborar el contrato de *management*.

Si la representación conferida a un miembro de la banda por los demás integrantes adopta la forma jurídica de un mandato, habrá que acreditarlo y describirlo en la misma forma que cualquier documento de personería. En este aspecto también es importante recordar lo establecido por la ley sobre la representación de conjuntos musicales, según lo antes apuntado, pues de ser el caso podría comparecer únicamente el director dotado de representación suficiente por ministerio de la ley, pero ya hemos indicado que en el caso de otros tipos de bandas, es posible que esa norma no se considere aplicable (y mi criterio se inclina a que no lo es).

Es posible que la banda se organice como persona jurídica (sociedad civil o mercantil) para la prestación de sus servicios: por ejemplo, que la banda opere como una sociedad de la cual ellos, como músicos, sean sub-contratados, como sucede en la práctica con relaciones entre un bufete jurídicos y sus abogados y



notarios, un hospital y sus médicos, un estudio arquitectónico y sus arquitectos, y otras situaciones similares, en cuyo caso el asesor debe tomarlo en cuenta para dilucidar cómo estructurar jurídicamente de modo adecuado el contrato de *management*.

Las situaciones de una banda musical compareciendo a contratar (no solo en el *management*, sino en cualquier otro tipo de contrato) con sus músicos individuales, mediante un representante común, o como persona jurídica, puede tener repercusiones importantes de carácter procesal, al momento que deban demandar o ser demandados ante los tribunales del país. La debida acreditación de personalidad (en el sentido de legitimación sustantiva y procesal) y, en su caso, de personería, es de vital importancia para actuar ante los órganos jurisdiccionales, y una incorrecta determinación de las mismas podría, incluso, llevar al fracaso de una acción o defensa judicial. Por eso el asesor debe tener esto en mente, no solo al momento de un eventual litigio en que la banda sea actor o demandado, sino ya desde el momento de redactar y celebrar los documentos contractuales que en un futuro podrían ser conocidos por los tribunales.

Aún con la flexibilidad y poco formalismo de los contratos mercantiles (para casos en que el *management* u otras figuras lo sean), y que hemos visto que los tribunales han, por lo general, reconocido efectos y resuelto casos sobre contratos en que se discutió la legitimación o la personería con base en formalidad (o formalismo), descartándolo en casos como excesivo, impropio de la agilidad mercantil, es buena práctica dotar a los contratos desde un inicio con la adecuada seguridad y certeza jurídica que el detalle formal provee. Para el caso de personas individuales y jurídicas, la identificación legal y acreditación de personería deben ser suficientes.

En cambio, sí puede haber problema en el caso de que un miembro de la banda, individualmente, contrate en nombre de toda la banda como tal, pues podría en

tales circunstancias cuestionarse la legitimación y vinculación jurídica de los demás miembros. Por eso es que recomiendo que todos comparezcan a contratar o que exista un *band agreement* que regule adecuadamente el régimen interno de la banda. Pero, si estamos ante un contrato ya celebrado, en que tales circunstancias no son jurídicamente claras y sólidas, existen diversas figuras sustantivas y procesales que podrían servir de apoyo para resolver el asunto, a fin de no dejar sin solución sustantiva y justa al caso en favor de formalismos excesivos, estériles, y contraproducentes. Esto ameritaría, sin duda, un estudio más detenido, pero baste aquí mencionarlas de modo general:



- En lo **civil**, se contempla la institución de la **gestión de negocios**, como acto lícito sin convenio que produce efectos jurídicos una vez ratificada o aprovechada la gestión por el gestionado (cfr. Artículos 1605 a 1615 del Código Civil). Así, por ejemplo, debería entenderse que un músico que se presentó públicamente como integrante de una banda, que percibió remuneraciones por ventas de discos o presentaciones en vivo de esa banda, etc., ejecutó con ello actos constitutivos de ratificación o aprovechamiento de la gestión, por lo que no podría desvincularse de responsabilidad jurídica alegando que no compareció personalmente a un contrato gestionado y celebrado a favor de dicha banda.

Si bien la gestión de negocios se contempla en su origen (y así lo reflejan varios pasajes de su regulación legal, y lo declara la Exposición de Motivos del Código Civil) como operante respecto de negocios abandonados, por ausencia del propietario y falta de apoderado, nada impide que por integración analógica se extiendan sus principios y consecuencias a situaciones como la que comentamos, y otras similares, según lo establecido en los Preceptos Fundamentales de la Ley del Organismo Judicial.



- En lo **mercantil**, existe la figura de la **representación aparente**, en virtud de la cual “Quien haya dado lugar, con actos positivos u omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar como su representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena fe” (Artículo 670 del Código de Comercio). Esto también podría cobrar vigencia, e incluso de modo más claro y directo que la gestión de negocios civil, en situaciones como la antes descrita o similares.

También es importante guardar en mente los criterios sobre mercantilidad del contrato expuestos en el presente trabajo, pues en tal virtud la representación aparente se podría aplicar incluso en contratos que, conforme a uno o más de dichos parámetros, tengan carácter mercantil, aún cuando el artista no sea comerciante: piénsese, por ejemplo, en un contrato de *management* en que el mánager sea comerciante y el artista no, o en un contrato de presentación musical en vivo en que quien contrate al artista sea comerciante, etc.

Más aún, considero que la representación aparente podría invocarse incluso fuera de contextos mercantiles, por ser una regla o principio del derecho privado basado en la justicia, la equidad y en la preservación de la eficacia de la buena fe negocial, y en tal medida podría extenderse a otros casos o situaciones análogas, conforme las reglas de integración jurídica de la Ley del Organismo Judicial.

- En lo **procesal**, se establece la figura del **litisconsorcio necesario**, que el Artículo 53 del Código Procesal Civil y Mercantil regula así: “Si la decisión no puede pronunciarse más que en relación a varias partes, éstas deben demandar o ser demandadas en el mismo proceso. / Si éste es promovido por algunas o contra algunas de ellas solamente, el juez emplazará a las otras dentro de un término perentorio”.

Desde luego, corresponde al juez evaluar, a la luz de la demanda promovida (los hechos alegados, la prueba ofrecida, los documentos adjuntados, etc.) cuándo la misma deba decidirse con relación a varias partes, determinando así el ejercicio de su facultad de lo que en términos técnico-procesales se denomina “integrar el contradictorio”. De esta manera, nos parece que la institución del litisconsorcio necesario y la facultad que ella confiere al juez se convierten en el instrumento procesal para efectivizar la solución de casos como los ejemplos antes mencionados, o similares, sin que ello prejuzgue sobre la existencia o no (directa o analógica) de gestión de negocios o representación aparente, que es aspecto sustantivo a decidirse en sentencia o, en su caso, en auto si la legitimación se cuestiona mediante una excepción previa.



Se observa, entonces, que el derecho privado (tanto civil como mercantil, tanto sustantivo como adjetivo) cuenta con instituciones, reglas, y principios, a los que se puede acudir legalmente para resolver cuestiones que surjan con motivo de falta o deficiencia en la representación de bandas musicales, cuando no resulte directamente aplicable la representación por ministerio de la ley que establece el Artículo 56 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos para el caso de orquestas y conjuntos vocales o instrumentales. Vale decir, desde luego, que aún cuando una banda musical no encaje del todo en el supuesto de dicho Artículo 56, éste a su vez es también una regla que puede invocarse por integración analógica en refuerzo de las instituciones civiles y mercantiles apuntadas, e incluso con mayor razón por tratarse de una norma propia del Derecho de Autor y Derechos Conexos. Por tanto, nos parece que no debería haber problema para resolver adecuadamente casos de duda como los expuestos, por lo que no deberían quedar sin solución justa, de fondo, en virtud de aspectos puramente formalistas.



También por motivos de seguridad jurídica, suelo incluir un equivalente adaptado del llamado “cierre de comparecencia” que se utiliza en escrituras públicas, como el incluido en el modelo de la sección anterior.

**Causa del contrato (¿?):** En algunos contratos, entre la comparecencia y el inicio de las estipulaciones, se inserta una breve descripción de antecedentes que exponen las cualidades de los contratantes que llevaron a la otra parte a decidir contratar con ella: por ejemplo, si el *mánager* tiene experiencia, si el artista tiene necesidad de asesoría y *management*, etc. Esto lo he visto en varios contratos basados en modelos extranjeros, incluyendo algunos de *music management*.

Su origen quizá debemos atribuirlo a que es una práctica común en Estados Unidos, por lo que ha sido “importado” en algunos aspectos de la práctica contractual guatemalteca, especialmente con relación a figuras contractuales que tienen su origen en el país del norte<sup>139</sup>. En el derecho estadounidense, esto corresponde a las llamadas “*representations*”, que pueden entenderse como “una afirmación de hecho que induce a una parte a celebrar un contrato. La afirmación, hecha antes o al momento de contratar, se refiere a un hecho pasado o circunstancia existente relacionada con el contrato, que influye en la parte para otorgarlo”, y cuyo efecto jurídico consiste en que “ante una falsa *representation* (o *misrepresentation*), la parte defraudada puede elegir anular todo el contrato y recuperar cualquier monto pagado. Ello debido a que las *representations* deben ser afirmaciones hechas por una de las partes luego de haber investigado y con la creencia de que dichas afirmaciones son veraces”<sup>140</sup>.

<sup>139</sup> Por el mismo motivo, a veces se observan textos contractuales que son traducciones inadecuadas de terminología jurídica en inglés, como traducir “*terms and conditions*” como “términos y condiciones”, cuando en realidad se hace referencia a las estipulaciones del contrato, mientras que en el lenguaje jurídico de nuestro país, el “término” y la “condición” son elementos accidentales del negocio jurídico que señalan el inicio o cese de sus efectos en atención a una fecha determinada o un hecho incierto que puede o no producirse, es decir, tienen un significado muy propio que no corresponde a lo que el contenido del contrato verdaderamente refleja, y quizá podría, en algunas circunstancias o casos, dar origen a conflictos de interpretación.

También he visto leyes que contienen artículos con redacción que me induce a la razonable sospecha de que el texto fue preparado por un asesor (o funcionario...) de otro país.

<sup>140</sup> Millien, Raymond. *Contracts 101: Covenants, Representations and warranties in IP License Agreements*. Disponible en: <http://www.ipwatchdog.com/2013/04/05/contracts-101-covenants-representations-and-warranties-in-ip-license-agreements/id=38621/>.

Adaptándolo al medio guatemalteco, podríamos decir que tal figura hace referencia al concepto de la causa en el contrato o negocio jurídico, por lo que es necesario tener en cuenta que en el actual Código Civil guatemalteco se optó por eliminar la causa como uno de los requisitos de validez del negocio jurídico, por las razones que la Exposición de Motivos explica así:



“La causa que enumera el Artículo 1406 del Código del 77, como requisito para la validez del contrato, la suprimimos. Tomada como el motivo jurídico, la obligación de cada una de las partes tiene por causa la obligación de la otra, y en este sentido se ha interpretado la causa en nuestro derecho. A pesar de la autonomía de esta circunstancia proclamada por eminentes autores causalistas, la discusión con los no menos grandes civilistas que sostienen su falsedad, sigue interminable y no se llega a una conclusión definitiva, por lo que siguiendo el ejemplo de códigos tan importantes y modernos como el alemán, el suizo de las obligaciones, el mexicano, el brasileño y el peruano, decidimos no mencionarla, tomando en cuenta que en los contratos onerosos la causa se confunde con el objeto y en los gratuitos, con el consentimiento”.

Es decir, nuestra legislación en principio no reconoce la causa como requisito de validez del negocio jurídico en general o del contrato en particular, por lo que no habría necesidad de hacer referencia al equivalente de las “*representations*” de la contratación extranjera en un documento contractual guatemalteco. Sin embargo, nuestra ley sí contempla lo siguiente en el Código Civil:

---

La traducción es mía; el original dice así: “A **representation** is a statement of fact that induces a party to enter into the contract. The statement, made before or at the time of making the contract, regards a past fact or existing circumstance related to the contract which influences such party to enter the contract. [...] Upon a false representation (or misrepresentation), however, the defrauded party may elect to void the entire contract, and recover any sums paid. (...) This is because “representations” should be statements made by a party after investigation and with a belief that such statements are true, (...)”.

“Artículo 1258. El error es causa de nulidad cuando recae sobre la sustancia de la cosa que le sirve de objeto, o sobre cualquiera circunstancia que fuere la causa principal de la declaración de voluntad” (el subrayado es mío).



“Artículo 1259. El error sobre la persona solo invalidará el negocio jurídico cuando la consideración a ella hubiere sido el motivo principal del mismo” (el subrayado es mío).

A la luz de esto considero viable afirmar que, no obstante la intención del legislador al suprimir la causa como requisito de validez del negocio jurídico, los Artículos 1258 y 1259 sí dan lugar a que pueda existir anulabilidad (nulidad relativa) del mismo si las motivaciones que condujeron a las partes a celebrarlo resultan erróneas, es decir, no era real la percepción razonable que las llevó a obligarse. Con ello, y dado que la anulación tiene como resultado la obligación de restituir las cosas al estado previo, devolviéndose lo que hubieren recibido como consecuencia del negocio anulado (ver Artículo 1314 y subsiguientes del Código Civil), el efecto sería el mismo que en la contratación extranjera se logra en caso de *misrepresentation*.

En tal virtud, en determinados casos sí puede ser recomendable explicitar en el texto obligacional la causa o motivos principales que se tuvieron en cuenta para llegar a la declaración de voluntad que produce el negocio jurídico (en nuestro tema, el contrato). Para efectos del modelo no lo he considerado necesario, pero es importante que el asesor jurídico lo tenga en cuenta para poder juzgar si en un caso concreto sería conveniente incluirlo.

**Objeto:** en esta cláusula se ha procurado expresar todos los elementos naturales propios y fundamentales del contrato, describiendo en forma general su objeto, y delimitando lo que se entiende por “carrera del artista”. Lo demás queda remitido a las cláusulas del resto del contrato en que se desarrollan y regulan las

obligaciones principales de las partes inmersas en el objeto, tal y como se hace al regular cualquier contrato en las leyes.



En ella se puede ser más explícito en cuanto incluir de modo expreso la mención de otros aspectos que integran la carrera del artista, tales como explotación de derechos de imagen, aunque hemos optado por incluirlo en la cláusula de "Obras", cuya función propia es desarrollar el alcance de la carrera del artista que se sujeta al *management*.

**Funciones del mánager:** se ha incluido la última literal para que las funciones sean *numerus apertus*, evitando caer en discusiones innecesarias sobre si alguna función secundaria o no prevista expresamente puede o no encajarse dentro de las que sí se enumeran. Con esto, se pretende abrir el contrato a su cumplimiento integral de buena fe, aunque en principio esto ya está previsto de forma general en la ley: todo contrato debe cumplirse conforme la buena fe y la común intención de las partes procurando su plena eficacia.

**Obligaciones del artista:** también se ha incluido una literal que las haga *numerus apertus*, conforme lo explicado respecto de las funciones del mánager. En la literal a) se prevé de forma expresa la facultad del mánager para negociar con terceros en nombre del artista, y la obligación que en ella asume éste da seguridad jurídica a la exigibilidad de su cumplimiento.

Si se desee dar mayor solidez jurídica, en esta cláusula podría pactarse la obligación de otorgar mandato con representación como complemento al contrato de *management*.

La diferencia jurídica entre otorgarlo o no radicaría en que, al ejercerse un mandato con representación, el tercero contrata directamente con el artista que comparece a través de su mandatario, es decir, legalmente todas las obligaciones se atribuyen directamente al artista como polo subjetivo de la relación establecida.



En cambio, si el *mánager* únicamente comparece ante terceros en ejercicio de la facultad que le confiere el contrato de *management*, habría duda sobre si el tercero tendría acción directa contra el artista en caso de incumplimiento.

Así, en términos procesales, la facultad de *management* podría dar lugar a una excepción de falta de personalidad (legitimación) si el tercero demanda al artista, mientras que en el caso de mandato sí lo podría demandar directamente. En el primer escenario, si el *mánager* fuere demandado en virtud del incumplimiento del artista, y fuere condenado en juicio, conservaría el derecho a repetir contra el artista por cuanto su condena devino de un incumplimiento de éste de una obligación contraída directamente con el *mánager* en el contrato de *management* que los vincula.

En resumen: el mandato con representación permite al *mánager* establecer relaciones “externas” directas entre el artista y terceros; la facultad del *management*, en cambio, crea una situación más compleja en que el *mánager* contrata con terceros en nombre del artista, pero si éste incumple, es posible que un juzgado no considere que el artista es responsable ante el tercero sino únicamente ante el *mánager* por su relación “interna”.

Por tales motivos, en algunos casos puede estimarse recomendable otorgar el mandato complementario.

**Obras:** la función de esta cláusula es delimitar el alcance de la “carrera del artista”, previendo que dentro de la misma se incluyen no solo las actividades directamente vinculadas con los derechos de autor y conexos, sino también la explotación en general del nombre y la imagen, o actividades artísticas en colaboración con terceros artistas, pues actualmente los artistas se ven involucrados en una amplia gama de actividades lucrativas más allá de lo puramente artístico tradicional, y esto es algo que la industria musical activamente

ha buscado en virtud de los cambios tecnológicos y económicos que han hecho disminuir los ingresos que antes se percibían por la sola venta de discos.



Para especificar aún mejor su contenido, conviene tener a la vista la enumeración que la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos realiza de lo que constituye una obra sujeta a su protección, así como lo que la misma ley dispone sobre las interpretaciones y ejecuciones artísticas, su contenido y protección.

Podría ser conveniente definir mejor lo que se entiende por obras “sustancialmente creadas” durante la vigencia del contrato, aunque esto considero que queda establecido en la cláusula sobre comisiones posteriores a la terminación (la llamada “*sunset clause*”).

**Normativa aplicable:** esta cláusula cobra especial relevancia cuando el contrato contiene elementos de conexión con jurisdicciones extranjeras, es decir, que al menos algunas de sus obligaciones se cumplirán en un país distinto, etc., ya que entonces sería necesario determinar qué ley resulta aplicable en caso de controversia. La sola elección de ley aplicable podría no ser suficiente para resolver el punto, ya que podría darse el caso de que ocurra en un país que no reconoce aplicabilidad a la ley guatemalteca. Para definir mejor la cláusula, y/o en cada caso concreto que se suscite la necesidad de dilucidar algo así, sería recomendable acudir a un experto en Derecho Internacional Privado, disciplina jurídica de cierta complejidad y especialización.

Como aparece redactada en el modelo, su finalidad es no solo establecer la aplicabilidad de ley guatemalteca, sino ante todo establecer una jerarquía normativa contractual que por voluntad expresa de las partes deberá normar su relación. Al respecto es importante mencionar que la incorporación por remisión que se hace tanto a “los usos y prácticas del medio”, como a “las normas jurídicas, usos y prácticas del medio equivalente en el extranjero” tiene su origen en la expresa voluntad de las partes, por lo que su intención no es pactar en contra de

lo que la Ley del Organismo Judicial establece sobre fuentes del Derecho y jerarquía normativa, aplicación, interpretación, e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco, o aplicabilidad de derecho extranjero, ni podría restarse o desconocerse eficacia a la cláusula sobre esa base, ya que al ser incorporado voluntariamente por las partes, se convierte en parte del contrato mismo, por lo que dentro de la jerarquía normativa aplicable al contrato conforme la ley nacional, estas fuentes adquirirían precedencia sobre las normas generales y supletorias nacionales, por ser parte de la voluntad de los contratantes, y no porque con ello pretendan pactar en contra de normas nacionales imperativas, que no es el caso.





## CONCLUSIONES

El contrato de representación musical o *music management* es aquél por el cual una persona, denominada representante o *mánager*, se obliga a prestar a favor de otra, denominada artista, un conjunto de servicios y funciones con el objeto de procurar el mejor desarrollo y avance de su carrera artística, a tal efecto negociando en su favor y brindándole asesoría, a cambio de una retribución, generalmente consistente en una comisión sobre los ingresos que genere la carrera del artista.

Los rasgos fundamentales de cómo se practica en Guatemala el contrato de representación musical o *music management*, coinciden en lo sustancial con la práctica internacional en cuanto a las funciones y contraprestaciones de las partes. Se observó que, a mayor grado de experiencia y profesionalización del *mánager*, más se van incorporando elementos accesorios o complementarios que se practican en otros países.

En Guatemala, el contrato de representación musical o *music management* es legalmente atípico, socialmente típico en sus elementos naturales fundamentales, con variaciones en sus elementos accidentales según cada caso, y se practica como actividad civil o mercantil. Conforme la división general de los contratos prevista en el Código Civil de la República de Guatemala, el contrato de representación musical o *music management* tiene los caracteres siguientes: bilateral, consensual, principal, oneroso, aleatorio, absoluto.

El contrato de representación musical o *music management* no está sujeto a formalidades especiales para su validez, aunque se recomienda celebrarlo por escrito, lo cual sí deviene necesario si como elemento accidental conlleva la enajenación o licencia de algún derecho de autor o derecho conexo.

El contrato de representación musical o *music management* confiere atribuciones para negociar en nombre del artista, pero no las facultades propias de un representante legal en el sentido tradicional pleno, es decir, de un mandatario. En algunos casos, puede ser recomendable celebrar un mandato que complementa el contrato de *management*, dando mayor formalidad y eficacia a las facultades del *mánager*.

Con base en la observación de la práctica nacional, su análisis comparativo con la práctica extranjera, y la doctrina científico-jurídica que proveyera el contexto teórico adecuado, fue posible proponer un modelo básico contractual que permita mejorar la dimensión jurídica del *management* musical en el país, a manera de propuesta como resultado específico de la presente investigación.



## BIBLIOGRAFÍA



### Libros

1. Adame Goddard, Jorge. *Los Pactos en las 'Sentencias de Paulo' – Análisis del Título 1 del Libro Primero*. En *Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau*. Tomo I. González Martín, Nuria (Coordinadora). Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). México, 2006. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/7.pdf>.
2. Bohórquez Orduz, Antonio. *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*. Volumen 1. 3ª edición. Ediciones Doctrina y Ley. Colombia, 2004.
3. Camacho López, María Elisa. *Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana*. Revista e-mercatoria, No. 1, 2005. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2005. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3625884>.
4. Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles (Parte Especial: Contratos)*. Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Guatemala, 2008.
5. García-Pita y Lastres, José Luis. *Introducción al derecho de los títulos-valores y de las obligaciones mercantiles*. 2ª edición. Andavira Editora. España, 1999.
6. Gramajo Castro, Juan Pablo. *Código Civil Comentado y Anotado*, 2ª edición, Tomos I y II. Guatemala, 2012.



7. \_\_\_\_\_. El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad. *Opus Magna [sic] Constitucional*, Tomo VI. Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la Corte de Constitucionalidad. Guatemala, 2012.
8. \_\_\_\_\_. *La jurisprudencia en el ordenamiento jurídico guatemalteco*. Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín. Guatemala, Año XV, No. 25, junio 2007.
9. \_\_\_\_\_. *La Técnica Jurídica del Derecho Romano Clásico y su Perenne Actualidad*. Tesis. Facultad de Derecho. Universidad Francisco Marroquín. Guatemala, 2008.
10. Gutiérrez de Colmenares, Carmen María; Chacón de Machado, Josefina. *Introducción al Derecho*.
11. Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos. Tomo I*. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina, 1999.
12. Morgan Sanabria, Rolando. *Planeación del proceso de investigación científica para elaborar tesis de grado*. 2ª reimpresión corregida. Guatemala, 2010.
13. Music Manager's Forum (MMF) (Compilador). *The Music Management Bible*. 2ª edición, 2004. Sanctuary Books, Gran Bretaña.
14. Puig Peña, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Obligaciones y Contratos. Vol. II. De los contratos en particular y demás fuentes de la obligación*. 2ª edición. Editorial Revista de Derecho Privado. España, 1947.



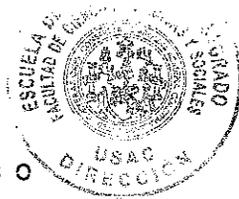
15. Viteri Echeverría, Ernesto R. *Los Contratos en el Derecho Civil Guatemalteco (Parte Especial)*. 1ª reimpresión de la 2ª edición actualizada. Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Guatemala, 2005.

### Obras de referencia

1. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición. Disponible (con reformas incorporadas hasta 2012) en el buscador en línea: <http://www.rae.es>.

### Legislación

1. Constitución Política de la República de Guatemala, dada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985.
2. Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República, y sus reformas.
3. Código Civil, Decreto-Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República, y sus reformas.
4. Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República, y sus reformas.
5. Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Decreto 33-98 del Congreso de la República, y sus reformas.
6. Reglamento de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Acuerdo Gubernativo 233-2003 del Presidente de la República.



## Tratados internacionales

1. Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecho en Roma el 26 de octubre de 1961.
2. Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, del 29 de octubre de 1971.
3. Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

## Jurisprudencia

*(Se indica fecha de sentencia, y número de expediente, en orden cronológico).*

1. Corte de Constitucionalidad:
  - a. 10 de noviembre de 1998, Expediente 444-98.
  - b. 21 de febrero de 2002, Expediente 1026-2000.
  - c. 12 de mayo de 2003, Expediente 193-2004.
  - d. 28 de noviembre de 2005, Expediente 326-2005.
  - e. 18 de septiembre de 2008, Expediente 498-2008.
  - f. 7 de mayo de 2010, Expediente 2619-2009.
  - g. 10 de junio de 2011, Expediente 62-2011.
  - h. 7 de julio de 2011, Expediente 387-2010.



2. Corte Suprema de Justicia:

a. Cámara Civil:

- i. 13 de febrero de 1974, Expediente sin número.
- ii. 22 de julio de 1974, Expediente sin número.
- iii. 15 de mayo de 1986, Expediente sin número.
- iv. 16 de febrero de 1995, Expediente sin número.
- v. 15 de junio de 2000, Expediente 200-99.
- vi. 27 de mayo de 2002, Expediente 22-2002.
- vii. 17 de octubre de 2002, Expediente 88-2002.
- viii. 27 de marzo de 2003, Expediente 219-2002.
- ix. 31 de marzo de 2003, Expediente 216-2002.
- x. 18 de febrero de 2004, Expediente 83-2003.
- xi. 28 de marzo de 2008, Expediente 232-2007.
- xii. 19 de septiembre de 2008, Expediente 217-2007.
- xiii. 24 de noviembre de 2008, Expediente 252-2008.
- xiv. 2 de noviembre de 2009, Expediente 32-2008.
- xv. 13 de octubre de 2011, Expediente 393-2010.
- xvi. 20 de mayo de 2013, Expediente 589-2011.
- xvii. 4 de noviembre de 2013, Expediente 01002-2012-00366.
- xviii. 7 de mayo de 2014, Expediente 394-2013.

b. Cámara de Amparo y Antejuicio:

- i. 24 de noviembre de 2003, Expediente 663-2002.
- ii. 9 de marzo de 2005, Expediente 174-2004.
- iii. 16 de febrero de 2010, Expediente 566-2009.



3. Sala Tercera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social:

a. 26 de junio de 2013, Expediente 01173-2012-01466.

4. Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil del Departamento de Guatemala:

a. 14 de enero de 2014, Expediente 01050-2003-05729.

5. Juzgado de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social y de Familia del Departamento de Chiquimula:

a. 28 de octubre de 2009, Expediente 228-2009.