

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



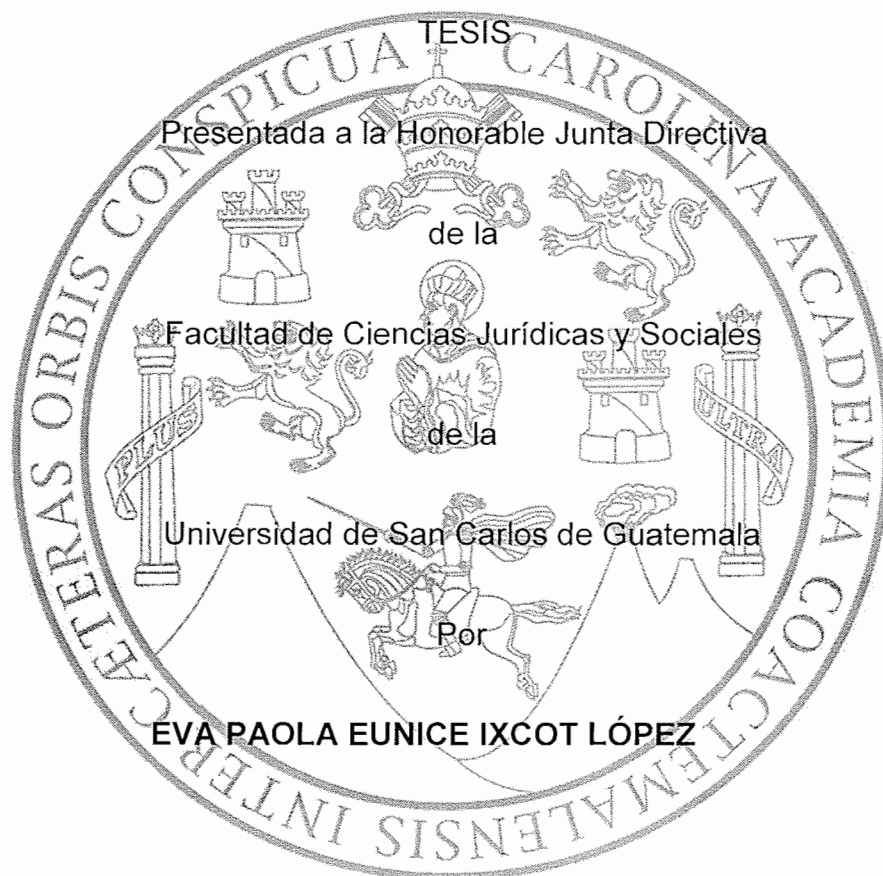
**OBLIGACIÓN DE PROTEGER EL SECRETO EMPRESARIAL EN EL
CONTRATO DE FRANQUICIA EN GUATEMALA**

EVA PAOLA EUNICE IXCOT LÓPEZ

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2016

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**OBLIGACIÓN DE PROTEGER EL SECRETO EMPRESARIAL EN EL CONTRATO DE
FRANQUICIA EN GUATEMALA**



Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de:

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, septiembre de 2016

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidenta: Lic. Gerardo Prado
Secretario: Lic. Carlos Urbina Mejía
Vocal: Licda. Rosa Amalía Cajas Hernández

Segunda Fase

Presidente: Lic. Gustavo Adolfo García de León
Secretario: Licda. Ingrid Coralía Miranda
Vocal: Lic. Víctor Enrique Nol Vásquez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 09 de febrero de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, CÉSAR AUGUSTO CONDE RADA

, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante

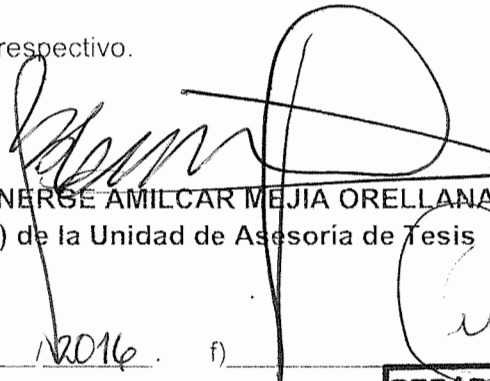
EVA PAOLA EUNICE IXCOT LÓPEZ, con carné 200416149,

intitulado OBLIGACIÓN DE PROTEGER EL SECRETO EMPRESARIAL EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN GUATEMALA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


 DR. BONERSE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 24 102 12016 . f)


CESAR A. CONDE RADA
 ASESORADO
 ABOGADO Y NOTARIO

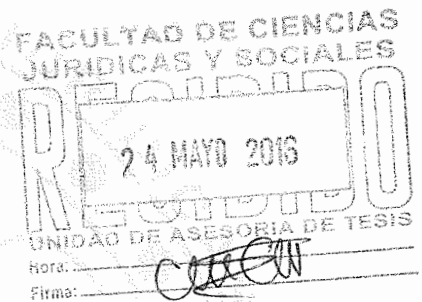




LIC. CÉSAR AUGUSTO CONDE RADA
VÍA 5 3-65 ZONA 4, OFICINA 32
EDIFICIO EL ÁNGEL
CIUDAD DE GUATEMALA
TELÉFONO 23320786

Ciudad de Guatemala, 11 de mayo de 2016

M.A. William Enrique López Morataya
Jefe Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Señor Jefe:

Por medio de providencia de fecha 9 de febrero de 2015 de esa Jefatura, se me designó como asesor de tesis de la estudiante EVA PAOLA EUNICE IXCOT LÓPEZ, carné 200416149, para la evaluación de su trabajo de tesis intitulado "Obligación de proteger el secreto empresarial en el contrato de franquicia en Guatemala."

En primer término se procedió a asesorarla sobre la pertinencia de modificar el bosquejo preliminar de temas y la conveniencia de acudir a fuentes de información no contempladas originalmente, por lo que de común acuerdo con ella se le introdujeron modificaciones a su plan de tesis con el fin de hacer una mejor delimitación del tema. Se intercambiaron impresiones sobre el fondo y se le sugirió enfatizar en la investigación de naturaleza bibliográfica, sin desmedro de acudir a las páginas electrónicas de empresas que, conocido es, recurren al sistema de franquicias para ampliar sus negocios.

Durante los meses de marzo y abril anteriores nos reunimos en varias ocasiones, en las que se dio cuenta de los avances y resultados de la búsqueda de información, pues su trabajo lo hizo básicamente sobre fuentes documentales. No hubo condiciones para recoger datos empíricos.

La alumna Ixcot López recurrió a la técnica del registro, y por ello elaboró ficheros bibliográficos y documentales formados por una serie de tarjetas en donde consignó los datos principales del tema a investigar. No fue sencillo establecer los límites de lo que se conoce como "secreto empresarial"; concepto que hubo necesidad de relacionarlo estrechamente con los elementos que caracterizan al contrato de franquicia.



En lo estrictamente normativo la autora hizo un repaso de las leyes mercantiles y civiles que contemplan aspectos relacionados con el contrato ya señalado, deteniéndose con mayor detenimiento en los aspectos ligados a la protección del secreto empresarial, lo que la obligó a revisar normas del derecho penal y de la propiedad industrial.

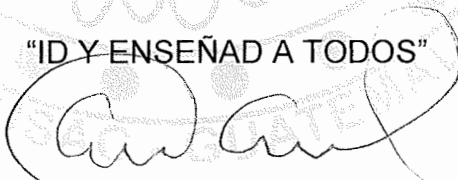
El trabajo contiene conclusión discursiva que se ajusta y responde al desarrollo de los temas planteados, la bibliografía consultada aporta nuevos conocimientos a la autora y aunque el trabajo cumple con los requisitos mínimos exigidos para las tesis de grado, estimo que aporta elementos que mueven a la necesidad de seguir indagando sobre la interesante relación que se da entre contrato de franquicia y secreto empresarial, toda vez que en la medida en que se descubran los límites de este último podría robustecerse el primero y con ello ampliarse el mundo de los negocios en general.

Por todo lo anterior emito opinión favorable y apruebo el trabajo de tesis al que hago referencia en este documento, el cual cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y en consecuencia, salvo mejor opinión, debe continuarse con el trámite correspondiente.

De conformidad con lo establecido en el Art. 31 del citado Normativo, expresamente dejo asentado y declaro que con la alumna asesorada no tenemos parentesco dentro de grados de ley ni ninguna otra relación, mas que la estrictamente académica derivada de la asesoría que motiva este informe.

Sin otro particular, me suscribo seguro y atento servidor.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Lic. César Augusto Conde Rada
Asesor de Tesis
Colegiado No. 2585

CESAR A. CONDE RADA
ABOGADO Y NOTARIO

c.c. archivo
CACR/gadeg



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 18 de agosto de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante EVA PAOLA EUNICE IXCOT LÓPEZ, titulado OBLIGACIÓN DE PROTEGER EL SECRETO EMPRESARIAL EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.

[Handwritten signatures and stamps]

Stamp: FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, SECRETARIA, GUATEMALA, C. A.

Stamp: FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, DECANATO, GUATEMALA, C. A.





DEDICATORÍA

- A DIOS:** Mi padre, gracias por darme sabiduría e inteligencia, para lograr este triunfo que hoy te dedico a ti. Gracias por ser mi guía, mi refugio, mi compañía, mi fuerza, en cada momento de mi vida. Te doy La gloria y honra.
- A MIS PADRES:** Dorita López, gracias mami, por sus oraciones, sus sabios consejos, regaños, ser ejemplo para vida y enseñarme a luchar por mis sueños y nunca darme por vencida. Por cada palabra de aliento, por su comprensión y amor. A Romeo Ixcot por apoyo incondicional, sus consejos. Los amo.
- A MIS HERMANOS:** Jhonatan, por ser mi inspiración para alcanzar esta meta. Becky, por su apoyo incondicional, cariño y comprensión. Jheferson, por su apoyo, los enojos y alegrías compartidas y por sus sabios consejos. Kristhel mi princesa, por acompañarme en mis horas de estudio y apoyarme siempre. Los amo.
- A MIS ABUELOS:** Mamá Vale, (Q.D.E.P.) le dedico este triunfo por que en vida fue un ejemplo para mí. Vitalino López, por cada palabra de aliento, cariño y por creer en mí.
- A MI DEMÁS FAMILIA:** Cuñada por su apoyo y palabras de aliento. A mi tío, tías, primos, primas, sobrinos, quien siempre estuvieron brindando su apoyo y comprensión
Gracias por su amistad y ánimos durante este camino en



A MIS AMIGAS Y AMIGOS:

especial a Hugo, Sarita, Ángel, Pancho, Perla, Magda, Sandra, Sheila, con quienes compartí mis penas, alegría, por su apoyo y ayuda desinteresada y por cada palabra de aliento, cuando lo necesite. No puedo recompensarles lo que han hecho por mí, solo pedirle a Dios que los bendiga. Los quiero mucho.

A MIS PADRINOS:

Por ser ejemplo de esfuerzo, entereza y ser unos grandes profesionales.

A MI ASESOR Y CONSEJERO DE COMISIÓN Y ESTILO:

Lic. Cesar Condé y Lic. Carlos Castro por su colaboración desinteresada, su paciencia para cumplir mi meta.

A MIS MAESTROS Y CATEDRÁTICOS:

Por sus enseñanzas y consejos, los admiro.

A MI ALMA MATER:

La gloriosa Tricentenaria Universidad San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por ser parte fundamental en mi formación profesional.



PRESENTACIÓN

El contrato de franquicia, es un contrato atípico mercantil, en la actualidad es el más utilizado por aquellas empresas que quieren expandir sus productos o servicios a nivel internacional. Dentro de los elementos que son cedidos al celebrar dicho contrato se encuentra el secreto empresarial.

El secreto empresarial, consiste en aquella información no divulgada que es utilizada en cualquier actividad productiva, industrial o comercial la cual se transmite a un tercero. Es importante señalar que esa información para ser secreta debe no ser conocida y no ser de fácil accesibilidad.

Este secreto empresarial, tiene un valor económico en la empresa así como un valor comercial por lo que es importante conservarlo bajo reserva.

La presente investigación: Tiene como objetivo establecer quienes son los obligados a cuidar el secreto empresarial dentro del contrato de franquicia así como indicar cuales son esas obligaciones que tiene que cumplir el franquiciante y franquiciado.

La hipótesis planteada es establecer que la obligación de proteger el secreto empresarial le corresponde al franquiciante y franquiciado para llegar a dicha comprobación de la misma se realizará un estudio jurídico.

El contenido de esta investigación pertenece a la rama del derecho mercantil, ya que el es una rama que tiene por objeto regular aquellas actividades comerciales y debido a que el contrato de franquicia es un contrato eminentemente comercial.



HIPÓTESIS

La obligación de proteger el secreto empresarial en el contrato de franquicia tiene como respuesta la siguiente hipótesis: Entendiéndose que el secreto empresarial, es un elemento de valor comercial dentro de una empresa que presta productos servicios y que por ser un bien inmaterial carece de registro en Guatemala, es imperante establecer quienes son los obligados en proteger ese secreto en el contrato de franquicia. Así como establecer cuales son las obligaciones que cada uno de ellos tiene y proporcionar cuales son los medios legales para su protección.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Los métodos de investigación, deductivo e inductivo y la técnica de investigación bibliográfica y documental, permitieron comprobar que las partes que celebren un contrato de franquicia son los obligados en proteger dicho secreto. Dado que ellos son los obligados en protegerlo. Se plantea que dentro del contrato de franquicia se incluya cláusulas de confidencialidad y de no competencia pues ellas aseguran que dicha información de carácter de reserva no sea divulgada por el franquiciado. Y si llegara a divulgarse, tendrá responsabilidad penal, civil y mercantil ya que en Guatemala la Constitución Política de Guatemala, Ley de Propiedad Industrial, Código Penal, Código Civil y los convenios internacionales ratificados por Guatemala, brindan protección a aquellos que revelen dichos secretos empresariales.



ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN..... I

CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil.....	1
1.1. Concepto de derecho mercantil.....	1
1.2. Principios del derecho mercantil.....	2
1.3. Características del derecho mercantil.....	2
1.3.1. Poco formalista.....	3
1.3.2. Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar	3
1.3.3. Adaptabilidad.....	3
1.3.4. Tiende a ser internacional	4
1.3.5. Seguridad del tráfico	4
1.4. Aspectos históricos.....	5
1.4.1. Edad antigua	5
1.4.2. Edad media	8
1.4.3. Época moderna	9
1.4.4. Época contemporánea	10



Pág.

CAPÍTULO II

2. El negocio jurídico.....	11
2.1. Definición.....	11
2.2. Elementos.....	12
2.2.1. Capacidad legal.....	13
2.2.2. Consentimiento.....	14
2.2.3. Objeto lícito	15
2.3. Modalidades	15
2.3.1. Negocios jurídicos unilaterales.....	16
2.3.2. Negocios jurídicos bilaterales.....	18

CAPÍTULO III

3. Contratos mercantiles	25
3.1 Definición.....	25
3.2. Forma de los contratos mercantiles.....	26
3.3. Elementos del contrato mercantil.....	27
3.4. Clasificación de los contratos mercantiles	27
3.5. Clases de contrato.....	29
3.5.1. Contrato Típico.....	29



Pág.

3.5.2. Contrato Atípico.....	29
3.5.3. Teorías doctrinales de los contratos atípicos	30
3.5.4. Clases de contratos atípicos	31

CAPÍTULO IV

4. Contrato de franquicia.....	37
4.1. Antecedentes y origen.....	37
4.2. Denominación y concepto del contrato de franquicia	38
4.3. Características de la franquicia	40
4.4. Elementos del Contrato de Franquicia.....	41
4.4.2 Elementos formales.....	43
4.4.3 Elementos reales.....	44
4.4.4 Elementos típicos:.....	48
4.4.5 Elementos eventuales:.....	48
4.5. Derechos y obligaciones de las partes	50
4.5.1. Derechos y obligaciones del franquiciante	50

CAPÍTULO V

5. Secreto empresarial.....	53
5.1. Antecedentes.....	53
5.2. Definición.....	53
5.3. Características.....	55
5.4. Naturaleza jurídica.....	57



Pág.

5.5. Diferencia con el know-how	57
5.6. Clasificación del secreto empresarial	59
5.7. El secreto empresarial dentro del contrato de franquicia.....	60
5.8. Obligación de proteger el secreto empresarial	62
5.8.1. Obligación del franquiciado de proteger el secreto empresarial.....	63
5.8.2. Obligación del franquiciante de proteger el secreto empresarial.....	63
5.8.3. Cláusulas en el contrato de franquicia para proteger el secreto empresarial.....	64
5.9. Protección jurídica del secreto empresarial dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco	65
5.9.1. Protección jurídica del secreto empresarial dentro del ordenamiento jurídico internacional.....	72
5.9.2. Organizaciones internacionales que protegen el secreto empresarial	78
5.10. Límites a la protección del secreto empresarial	83
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	85
BIBLIOGRAFÍA	87



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación que presento a continuación a las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, nace a raíz que en la carrera de Abogacía y Notariado recibí el curso de Derecho Mercantil III, cuyo programa en su numeral 2.3.1. titulado El contrato de Franquicia, me interesó profundizar y enfocarlo a la obligación de proteger el secreto empresarial en el contrato en Guatemala.

El secreto empresarial es uno de los elementos esenciales del Contrato de Franquicia que no es nada nuevo en el comercio mundial, pero en Guatemala su aplicación ha ido en crecimiento debido a las constantes empresas nacionales e internacionales que operan dentro del territorio nacional. Lo que hace necesario un estudio desde el ámbito jurídico sobre la protección en Guatemala del secreto empresarial, debido a que es un bien inmaterial que no podemos registrar por lo que es imperativo la protección de este bien ya que si llegara a ser revelado dejaría de tener cierto valor a la empresa y sería de uso común.

El objetivo general fue establecer e indicar quienes son los sujetos obligados en proteger el secreto empresarial dentro del contrato de franquicia, por ello se realizó un estudio dentro ordenamiento jurídico guatemalteco y acuerdos internacionales para alcanzar dicho objetivo. Así mismo se llegó a comprobar la hipótesis planteada en el presente estudio, por lo que el franquiciante y franquiciado tienen la obligación de proteger el secreto empresarial.

En el desarrollo del presente trabajo, se han utilizado los siguientes métodos de investigación, el deductivo aplicado para realizar un estudio general del contrato de franquicia y sus elementos para establecer razonamientos concretos acerca del objeto de estudio. También se utilizó el método inductivo para el estudio en su esencia de cada aspecto del secreto empresarial y su protección y llegar a las conclusiones planteadas. Para luego dar lugar al método analítico que permitió descomponer cada



una de las partes del secreto empresarial y llegar a determinar quién es el obligado de proteger el secreto empresarial. Las técnicas de investigación empleadas han sido la investigación bibliográfica y la documental, las que han servido para la obtención de información para la elaboración del marco teórico de la presente tesis.

Fue difícil realizar la siguiente investigación debido a que existen diferentes puntos de vista en la doctrina respecto al secreto empresarial. Se consultó material en la biblioteca central y la de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad San Carlos de Guatemala. Así como bibliotecas de varias universidades, específicamente en Facultad de Derecho, donde revise ficheros y no fue posible ubicar y atender a literatura reciente sobre el tema a investigar.

La presente tesis que se titula La obligación de proteger el secreto empresarial dentro del contrato de franquicia en Guatemala se desarrolla en cinco capítulos. En el primer capítulo trata de temas generales, como el derecho mercantil desde sus orígenes hasta la actualidad; en el segundo, se desarrolló lo relacionado con la contratación mercantil; los contratos atípicos como lo es el contrato de franquicia, el cual se estudia en el capítulo cuarto; y el quinto capítulo, el más difícil, titulado la protección del secreto empresarial, se analizó desde sus principales elementos, características, la diferencia con el know how, el análisis del secreto empresarial dentro del contrato de franquicia y finalmente se revisará las distintas leyes con que cuenta nuestro ordenamiento jurídico guatemalteco en relación con el tema, lo que abarcó, convenios internacionales ratificados por Guatemala.

Como resultado de la presente investigación donde se utilizaron métodos y técnicas de investigación antes descritas, que ayudaron a llegar a comprobar la hipótesis, de establecer que la protección del secreto empresarial en el contrato de franquicia, le corresponde al franquiciante y franquiciado para ello dentro del contrato de franquicia se debe incluir las cláusulas de confidencialidad y de no competencia para proteger dicho secreto.



CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil

1.1. Concepto de derecho mercantil

El derecho mercantil, es una rama del derecho que se estudia dentro del pensum profesional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales mediante tres cursos que se imparten en el octavo, noveno y décimo semestres de la carrera de Abogado y Notario. A continuación se presentan diferentes definiciones referentes al concepto de derecho mercantil.

Es una rama del derecho privado, que frente al derecho civil regula aquellas relaciones privadas que se constituyen como derecho mercantil. Podemos definir que el derecho mercantil, es el conjunto de principios y normas de derecho sustantivo que regulan la actividad de los comerciantes en su función profesional.

Es el conjunto de normas jurídicas que se aplican a todos aquellos actos de comercio y a los comerciantes en el ejercicio de su profesión. Según René Arturo Villegas “El derecho mercantil guatemalteco es el conjunto de normas jurídicas, codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil”¹

¹Villegas Lara, René Arturo. **Derecho Mercantil Guatemalteco**. Pág. 21.



“Es aquella parte del derecho privado que tiene por objeto principal regular las relaciones jurídicas que dimanen del ejercicio del comercio”²

Concluyo indicando que el derecho mercantil, es una rama del derecho privado que consiste en el conjunto de principios, doctrinas, instituciones y normas jurídicas que regulan las relaciones entre los comerciantes derivados de las actividades comerciales.

1.2. Principios del derecho mercantil

Para Guillermo Cabanellas “principio” es un fundamento u origen de algo. El derecho mercantil cuenta con principios que lo inspira, los cuales se enumeran a continuación:

- La buena fe;
- La verdad sabida;
- Toda prestación se presume onerosa;
- Interés de lucro;
- Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.

1.3. Características del derecho mercantil

El derecho mercantil se caracteriza por estar en constante cambio, ser uniforme e internacional. Las características de las ramas del derecho devienen de la materia que

² Vivante, César, **Derecho Mercantil**. Pág. 19.



trata. En el derecho mercantil, la materia es el comercio y este se da en masa, constantemente cambia el modo en que opera, exige rapidez en los negocios, su ámbito es a nivel nacional e internacional. Para efectos del presente trabajo se presentan las siguientes características:

1.3.1. Poco formalista

En las actividades comerciales del derecho mercantil, la circulación debe ser fluida. Por ello es necesario que cuente con un mínimo de formalidades, por ello este derecho es poco formalista ya que es necesario que se pueda adaptar al tráfico comercial sin requerir de muchos requisitos. Excepto, aquellos casos donde se requiera una máxima seguridad jurídica.

1.3.2. Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar

El derecho mercantil al ser poco formalista y flexible, hace que el tráfico comercial sea más ágil, pues con los avances tecnológicos en las comunicaciones, ha permitido que el comercio sea aún más rápido.

1.3.3. Adaptabilidad

El comercio está en constante cambio, debido a motivos, políticos, científicos, culturales, etc., por ello el derecho mercantil en su normativa debe de ajustarse a las

circunstancias que se presenten en la sociedad, la cual está cambiando constantemente, específicamente en el campo comercial.

1.3.4. Tiende a ser internacional

El comercio de bienes y servicios, no solo está limitada en la prestación de los mismos en un lugar o país determinado, sino que también opera de una forma universal, esto quiere decir que opera en el ámbito internacional, por lo que sus instituciones jurídicas tienden a ser uniformes a través de tratados, convenios y acuerdos internacional que logren facilitar el intercambio internacional.

Un ejemplo de ellos es el “tratado de libre comercio” firmado por países de una región, que consiste en un acuerdo comercial regional cuyo objetivo, es la ampliación del mercado de bienes y servicios entre los países participantes, por ello se contemplan en las diferentes legislaciones, a fin de que ninguna de las partes involucradas en las transacciones, resulte afectada en sus intereses.

1.3.5. Seguridad del tráfico

Se garantiza la seguridad en la observancia estricta de que la negociación mercantil está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse.

1.4. Aspectos históricos

Una de las ramas del derecho privado, es el derecho mercantil, que es un derecho joven si se toma en cuenta la antigüedad de las demás disciplinas jurídicas, debido a que el hombre en sus inicios satisfacía sus necesidades con los bienes que la naturaleza le proporcionaba, sin ser necesario la realización de un trabajo, con el tiempo el hombre empezó a utilizar su inteligencia para realizar todo lo que la naturaleza le brindaba y transformarlo para su propio beneficio sin comercializarlo.

Las actividades que realizaba el hombre fueron evolucionando al comercio. “En principio, ese intercambio era de producto por producto, por medio del trueque. Pero, cuando apareció la moneda como representativa de valor, se consolidaron las bases para el ulterior desarrollo del comercio y del derecho que lo rige.”³

En relación a la historia del derecho mercantil, esta se puede dividir en cuatro etapas: Edad antigua, Edad media, Época moderna y Época contemporánea.

1.4.1. Edad antigua

Durante la edad antigua, algunos pueblos se distinguieron por realizar actividades comerciales, debido a su ubicación geográfica o bien por ser un pueblo conquistador, como por ejemplo: caldeos, fenicios, griegos, asirios, chinos, persas, hebreos, indios, árabes, romanos, etc.

³ Ob.Cit. Pág. 2.



La civilización India, aportó el conocido código de Manú que data del siglo XI A.C. el que contiene todo lo relacionado con el transporte de mercaderías, navegación, arrendamiento, el flete y el préstamo de la gruesa, mientras que en la cultura fenicia surge la modalidad de los puertos y las factorías así como la regulación del comercio a través de tratados, el cual es el más antiguo antecedente de los tratados a nivel internacional.

En el pueblo de Israel, en su libro, la Biblia, se encuentran diferentes figuras mercantiles, principalmente en el Antiguo Testamento como por ejemplo en el libro de Levítico donde se menciona la compraventa, la usura y la prenda; en el libro de Ezequiel hace referencia a la prenda y del comercio marítimo.

Grecia: En la Grecia clásica, debido a la posición geográfica que se encuentra cerca del mar Mediterráneo hace que el comercio marítimo sea la actividad económica más importante, con ello surgen instituciones que en la actualidad forman parte del derecho mercantil.

Citando por ejemplo: “el préstamo a la gruesa ventura era, como el contexto lo sugiere, un negocio por el cual un sujeto hacia un préstamo a otro, condicionando el pago por parte del deudor, a que el navío partiera y regresara exitosamente de su destino. En el fondo, el prestamista corría el riesgo de perder un patrimonio prestado, si ocurría un

siniestro en alta mar. Esta institución se considera como antecedente del contrato de seguro.”⁴

Otra institución que nace en la cultura griega es la “echazón”, la cual consistía en que el capitán del buque podía aligerar el peso de la carga, lanzando las mercaderías al mar, sin tener mayor responsabilidad de su parte si el motivo hubiere sido el de evitar un naufragio o captura. En la actualidad en el derecho mercantil a este acto se le denomina avería gruesa.

Roma: El imperio romano, debido a la gran extensión territorial, permitió la aceleración en el tráfico comercial; pero no generó un derecho mercantil autónomo, el *Ius civile* fué un derecho que normaba la actividad privada de los ciudadanos, fuera está o no de carácter mercantil, una de sus características era la de ser un derecho formalista.

Mientras que el derecho mercantil, se caracteriza por desenvolverse de una forma rápida sin muchos formalismos, para aplicar el derecho civil siendo formalista al derecho mercantil se debía de observar las peculiaridades del fenómeno comercial, se interpretaba de una forma flexible.

Se concluye indicando que en el derecho romano no existió una división del derecho privado, por lo tanto no existió un derecho mercantil como tal, únicamente existía el derecho civil el cual regulaba todas las relaciones jurídicas existentes, el cual estaba a cargo de un juez que intervenía en todo el ámbito del derecho privado.

⁴ Ob.Cit. Pág. 7.



1.4.2. Edad media

En la edad media surge el llamado feudalismo que era un tipo de organización social que consistía, en que una persona llamada feudo ejercía el poder sobre una jurisdicción territorial determinada y todo lo que ahí se producía o realizaba iba exclusivamente para beneficio propio.

Los feudos, era el lugar donde se dedicaban a la realización de las actividades agrícolas, por lo que excluían el tráfico comercial, esta circunstancia dio origen a las denominadas villas o llamadas también pueblos, que dio lugar al nacimiento de la burguesía comerciante, en la que se concentraba la riqueza monetaria producida por el tráfico comercial. Con el poder que obtuvo la monarquía en el campo comercial inicia a definirse lo que se conoce hoy en día como el derecho mercantil.

Debido a esta circunstancia los comerciantes se organizan en corporaciones, regidas por estatutos cuyo contenido eran las reglas de derecho que regulaban todo lo relacionado con el comercio, derechos y obligaciones de los comerciantes, esta época media dio aportes muy importantes para el derecho mercantil.

Se encuentran algunos ejemplos de tan importantes aportes: la letra de cambio, las sociedades mercantiles, el contrato de seguro y el surgimiento del registro mercantil, y lo que es importante resaltar es que el derecho mercantil se convierte en un derecho autónomo desligándose del derecho civil.

1.4.3. Época moderna

En la época moderna, hubo acontecimientos que influyeron en el derecho mercantil, muy trascendentales, tal como el descubrimiento de América, que tenía como objetivo buscar nuevas rutas para llegar a nuevos mercados y así comercializar sus productos. La vía que utilizaban en esa época era el mar, y es por ello que en esta época surge una serie de legislación mercantil.

En Francia en el año de 1673, durante el reinado de Luis XIV, se redacta la Ordenanza del Comercio, la cual rigió hasta la revolución, un dato importante es que fue la primera normativa completa del derecho mercantil, aunque aún dependía del derecho civil.

Suecia: El rey Carlos IX emite en 1667, una codificación mercantil. En España, en el año de 1539, se crea las Ordenanzas de los Consulados de Sevilla, en 1553 las de Burgos y 1737, las Ordenanzas de Bilbao. Fue hasta en el siglo XIX, cuando se codificó el derecho mercantil en toda Europa, el código de Comercio de Napoleón de 1802, que fue un código de exportación, estuvo vigente en los territorios conquistados por él.

En Italia, el código Albertino de 1829, sustituyó al del año de 1865, y este a su vez el de 1882. En España, el código de 1829, realizado por Pedro Sainz, fue sustituido por el código de 1885. En Suiza el Código de las Obligaciones Suizo de 1881, y el de 1911, el que regulaba todo lo relacionado a la rama de derecho civil y mercantil.

1.4.4. Época contemporánea

En la primera mitad del siglo XX, se planteaba la idea de limitar la autonomía de la voluntad, la cual es una característica importante para la libre contratación y hacer que el Estado intervenga como parte en las actividades de comercialización, en algunos países llamados socialistas se aplicó de forma absoluta y en otros se reguló la participación del Estado a ciertas actividades económicas.

En aquellos países que su economía no era socialista, fue común encontrar a banqueros, transportistas, prestadores de servicios, entre otros. Ello influyó en el derecho mercantil, por lo que se tenía el riesgo que fuera a desaparecer y transformarse en un derecho administrativo mercantil, debido a que corriera el riesgo que solo el Estado era el único que podía realizar actividades comerciales.



CAPÍTULO II

2. El negocio jurídico

Al hacer el estudio de la materia en el contexto que se desarrolla la presente investigación de tesis, es menester exponer al respecto del tema relacionado al negocio jurídico, dicho tema toma importancia puesto que parte de la problemática se sitúa en el contexto de la negociación que se realiza en el derecho mercantil.

De esta cuenta, se hace necesario realizar un esbozo conceptual para elaborar una cadena de ideas en las que se pueda situar la problemática en la que esta tesitura se ha centrado.

2.1. Definición

El negocio jurídico, es considerado un acuerdo de voluntades entre personas, con las facultades legales necesarias, por medio del cual crea, modifican y extinguen derechos y obligaciones recíprocamente, o bien de manera unilateral, produciendo efectos jurídicos que recaen sobre un objeto lícito y permitido por la ley.

Haciendo una paráfrasis de lo expuesto por la teoría germano-italiana del negocio jurídico, consiste en un acuerdo lícito por medio del cual las personas se proponen alcanzar el resultado que el derecho estima como de su digna tutela, puesto que son los particulares los que regulan sus propios intereses.



“Todo acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado.”⁵

En conclusión, se puede considerar de una manera general y básica, para la comprensión de la problemática en la presente investigación de tesis, que el negocio jurídico consiste en un acuerdo de voluntades entre personas, que buscan la realización de un fin, a través de la creación, modificación y extinción de derechos y obligaciones, bajo su libre autodeterminación y con observancia de la ley.

2.2. Elementos

Partiendo de las definiciones esbozadas, se puede concluir la existencia de elementos básicos o necesarios que determinan el ser de un negocio jurídico, a lo cual acertadamente la ley logra recabar siendo necesarios tres elementos para su validez, regulados en el Artículo 1,251 del Código Civil y por la doctrina, siendo necesarios “...para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.”⁶

Tanto la doctrina como la ley, posee un criterio unificado en cuanto a los elementos necesarios para considerar la existencia de un negocio jurídico y no otra institución del

⁵ Manuel Osorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Pág. 619.

⁶ *Ibíd.*

derecho, de esta cuenta es que cada elemento da vida al negocio jurídico, siendo necesario comprender en términos generales en que consiste cada uno.

2.2.1. Capacidad legal

El diccionario jurídico define capacidad “Aptitud que se tiene en relaciones jurídicas determinadas, para ser sujeto activo o sujeto pasivo... En consecuencia la capacidad para contratar se determinará a contrario sensu, es decir que la tendrán todas las personas no incluidas en los casos de incapacidad.”⁷

Tanto la doctrina como la legislación han determinado la existencia de dos diferentes capacidades, una es la capacidad absoluta, la cual se adquiere con la mayoría de edad con la cual la persona puede ejercer por su propios medios sus derechos y contraer obligaciones.

Y por la otra existe una capacidad relativa, la cual permite al titular poseer derechos y contraer obligaciones, pero es la ley la que determina expresamente en que actos puede hacerlo de manera propia y sin intervención de otra, o bien que puede ejercer sus derechos pero siempre por medio de una persona con capacidad absoluta que la represente.

⁷ Ibid. Pág. 137.

2.2.2. Consentimiento

El elemento volitivo de todos los negocios jurídicos, es el consentimiento o consenso de las partes, puesto que un negocio jurídico consiste en esencia en crear una serie de normas, procedimientos y obligaciones que únicamente son válidas para las partes; esto debido a que solo para quienes se sujetan al negocio jurídico son las que han determinado de manera voluntaria sujetarse a las normas establecidas.

El consentimiento consiste en un acuerdo de voluntades, la cual será exteriorizada por medio de una manifestación de voluntad y que a partir de esta materialización se tendrá por iniciado los efectos de un negocio jurídico, es importante recalcar que el consentimiento de la voluntad, debe hallarse sin ningún vicio.

Para la legislación en Guatemala, son considerados como vicios de la voluntad o del consentimiento, el error que puede una persona tener sobre la naturaleza del negocio jurídico, bien sea por causas propias, o bien se incurre en error sobre la sustancia o cosa objeto del negocio.

Otro vicio del consentimiento consiste en el dolo, o sea en un perjuicio y una daño que se le provoca a una persona, pero que ha sido querido, buscado y realizado por parte de otra persona, así mismo la violencia es considerada como vicio del consentimiento, puesto que ejercer de manera maliciosa una fuerza exterior física o psicológica sobre alguien provocará una alteración en su estado mental y por ende en el correcto juicio en la creación de un negocio jurídico.

Por último, la simulación es un vicio del consentimiento, puesto que la simulación es toda aquella acción que usa una persona para que otra incurra en un error, si bien es cierto el error parte de la subjetividad y la capacidad cognoscitiva de una persona; la simulación, es el conjunto de actos que se utilizan como artimaña para que otra recaiga en error.

2.2.3. Objeto lícito

En un negocio jurídico, así como muchas de las situaciones que giran en torno al derecho, poseen un objeto, es decir una meta trazada o cosas y servicios que se persiguen obtener con la realización del negocio jurídico; este objeto no puede ser prohibido por la ley.

Puesto que las cosas que son permitidas, son solo aquellas que la ley no hay prohibido su comercio o posesión, es decir el objeto de todo negocio jurídico debe encontrarse permitido en el mercado del hombre, lo cual hace considerar que aquellos negocios jurídicos cuyos objetos son ilícitos no producen efectos legales adecuados.

2.3. Modalidades

Se puede vislumbrar que el negocio jurídico puede ser unilateral, ello sucede cuando la creación del negocio jurídico únicamente resulta de una sola persona, a través de su



voluntad creando, modificando o extinguiendo derechos y obligaciones con efectos sobre algún beneficiario.

Y también existen los negocios jurídicos que son denominados bilaterales, puesto que en estos negocios existen dos o más personas, constituyéndose en una parte distinta y en la cual ambas partes crean, modifican o, extinguen obligaciones; es por esto que los negocios jurídicos bilaterales son denominados contratos.

2.3.1. Negocios jurídicos unilaterales

Se les denomina como negocios jurídicos unilaterales debido a que quien se constituye a crear derechos y obligaciones es solo una persona, la cual normalmente lo hace en calidad de deudor, resultando beneficiada otra persona, con su aceptación inmediata o posterior a la realización del negocio jurídico.

Esta clase de negocios jurídicos poseen un efecto vinculante a la persona que se beneficia de la creación de estos, puesto que quien los crea se constituye como un deudor u obligado, no perjudica su patrimonio sino lo acrecienta, y lo constituye como acreedor de este negocio al momento de su aceptación.

La legislación en Guatemala adopta estos negocios denominándolos como declaraciones unilaterales de voluntad, reguladas a partir del Artículo 1629 del Código Civil, considerando de esta forma la oferta al público, la promesa de recompensa y los



títulos al portador, de esta manera se puede considerar que son numerus clausus los negocios de este tipo.

La oferta al público consiste en la obligación en la que se constituye una persona al ofrecer abiertamente al público una prestación a cambio de un precio, sin embargo la obligación no consiste en la realización de una prestación, sino en sostener el ofrecimiento de la realización de la prestación.

Por su parte, la promesa de recompensa, contiene inmersa una oferta al público, sin embargo, aquí se encuentra limitado y determinado el ofrecimiento que se realiza, puesto que se ofrece una remuneración a cambio de la realización de una prestación que se ha determinado.

Este tipo de negocios jurídicos suelen encontrarse en la vida diaria cuando se ofrece una recompensa a aquella persona que ha encontrado una mascota que se ha extraviado y es devuelta a su dueño, o bien la que realizan las fuerzas de seguridad del Estado cuando piden información certera para encontrar a aquellas personas que se encuentran prófugas de la justicia.

Por último los títulos al portador constituyen una obligación que recae sobre una persona la cual pudo haber creado el título o bien solo se ha comprometido a cumplir con la obligación; pero no poseen un acreedor específico, puesto que estos títulos se caracterizan de no poseer una parte acreedora individualizada o determinada.

El supuesto legal contemplado en el Artículo 1638, que estos no se encuentran expedidos a favor de persona determinada y los mismos solo se transmiten por la simple tradición, es decir con el hecho de tenerlos bajo el dominio, el que los tiene se beneficia.

2.3.2. Negocios jurídicos bilaterales

Denominados contratos debido al origen etimológico de la palabra que proviene de contractus, que proviene de contralto, que significa reunir o juntar; los negocios jurídicos bilaterales son aquellos por medio del cual se crea un vínculo entre dos partes, una como deudora y una como acreedora.

La institución del contrato, se encuentra enraizada desde sus inicios al derecho Romano, y el derecho canónico-germano; actualmente el derecho moderno se ha encargado de modelar y explicar dicha institución, sin embargo desde la creación de esta institución se ha entendido que existe una condición pacta sunt servanda entre las partes, lo cual da el génesis del contrato.

- **Definición.**

Consiste en un "...negocio jurídico bilateral, constituido por el acuerdo pleno, consciente y libre de voluntades de dos o más (...) para crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones..."⁸

⁸Contreras Ortiz, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos**. Pág. 207.



“El contrato en su significación semántica es el pacto o convenio entre las partes sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas las partes que en el intervienen.”⁹

El concepto de contrato según la Enciclopedia Jurídica, se puede determinar por el uso de diferentes términos tales como “Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada... Cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre un acuerdo de voluntad destinada a reglar sus derechos y obligaciones.”¹⁰

En definitiva, puede concretarse que un concepto acertado y concreto para el contrato sería, aquella manifestación bilateral de voluntad en la que se acuerdan la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones entre dos partes que se constituyen en acreedor y deudor.

A su vez, también podría ser definida como aquella determinación libre de voluntades por medio de la cual dos o más personas se constituyen como acreedor y deudor entre sí de contraprestaciones recíprocas, por medio del cual establecen derechos y obligaciones que son exigibles entre sí, con carácter de ley.

En el caso de la contratación mercantil los negocios jurídicos bilaterales se constituyen en función de uno o varios comerciantes, calidad que debe poseer una o ambas partes para considerarse ante un negocio jurídico mercantil; por lo tanto un contrato mercantil

⁹ Cifuentes Barrera, Rebeca. *Consentimiento como elemento esencial de los contratos civiles*. Pág. 28

¹⁰ *Op.Cit.* Pág. 218.

es, "Acto en virtud del cual, el comerciante en su actividad profesional regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros, y al cual el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico social que caracteriza su tipo"¹¹

- Principios

Encontrándose principios como medios rectores de cada institución en el Derecho, los negocios jurídicos bilaterales se ven afectados a los mismos debido a que estos explican y rigen la institución con el fin de proporcionar la exacta amplitud de la misma y su complejidad; los principios fundamentales de esta institución son la libertad contractual y la libre autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad como principio jurídico es el fundamental en la exégesis de las mismas personas, puesto que parte de la propia libertad reconocida por los Estados, y de esta forma es que las personas pueden obligarse en la forma y condiciones que quieran.

Mientras que la "...la libertad contractual constituye una de las expresiones fundamentales y más genuinas de la autonomía jurídica de la persona, del poder que en el orden jurídico corresponde a la persona para ejercitar sus facultades y someter su

¹¹Aragón Chávez, Primo René; Aspectos notariales, fiscales y registrales de los contratos típicos mercantiles. Pág. 1.



comportamiento a determinadas reglas de conducta. "¹² tal y como lo recoge el Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 681.

Estos dos principios muy similares entre sí, se constituyen en una relación de codependencia, puesto que estos existen en función del otro, no se encuentra supeditados uno entre sí, puesto que ambos se constituyen en el principio máximo de la libertad, y por ende estos dos principios son producto de la libertad en el Derecho.

- Elementos

Con base a las diferentes definiciones se puede extraer una serie de elementos que constituyen a los contratos, los cuales son los establecidos por el Código Civil en el Artículo 1251 siendo ellos la capacidad legal, consentimiento y objeto lícito.

La capacidad legal de las partes consiste que solo quienes poseen la capacidad plena para contratar en nombre propio y obligarse por sí mismos son aquellos que pueden ser sujeto de derechos y obligaciones en los contratos, es decir aquellas personas con capacidad según lo que establece la ley en los Artículos 8 y 16 del Código Civil.

Sin embargo para las contrataciones en el derecho mercantil, la capacidad no es solo una de los requisitos para poder contratar, puesto que no se puede hallar ante un contrato mercantil si en la relación jurídica que se crea no existe una parte que sea comerciante, tal y como lo anticipó el Artículo 5 del Código de Comercio de Guatemala.

¹² Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. Pág. 46.

El objeto lícito, constituye desde un punto de vista jurídico, que el objeto posea una creación o transmisión de derechos y obligaciones, así como en la prestación material, es decir en dar, hacer o no hacer, es por esto que el objeto desde el punto de vista jurídico engloba esa transmisión de obligaciones y la concreción de una prestación.

Mientras que desde un punto de vista material, el objeto lícito se hace referencia a la prestación que no sea prohibida, puesto que la ley no puede ser permisiva en la realización de actos que son prohibidos por otras normas.

El consentimiento; "Se define el consentimiento como un acuerdo de voluntades que implica la existencia de un interés jurídico; en el caso particular del contrato, ese interés consiste en la creación o transmisión de derechos reales o personales."¹³

El aspecto principal sobre el consentimiento gira en torno a cómo puede ser trasladado desde la subjetividad del ser a la realidad objetiva; es decir cómo debe ser exteriorizado, para esto la ley establece que el consentimiento se hace a través de una manifestación de voluntad.

La manifestación de voluntad debe ser expresa, tácita y en algunos casos la ley presupone su existencia, además de esto el consentimiento posee intrínsecamente dos elementos, siendo la oferta y la aceptación, ambos elementos son parte de la manifestación de voluntad, y son los percutores de la existencia del consentimiento.

¹³ Ob Cit. Pág. 5.



“El consentimiento es, pues, un acuerdo pleno, genuino, consciente y libre la que se le reconoce categoría de atadura lícita, exigible y eficaz.”¹⁴

¹⁴ Ob. Cit. Pág. 211.





CAPÍTULO III

3. Contratos mercantiles

3.1 Definición

Etimológicamente la palabra contrato proviene del latín contractus que significa sacado junto, acuerdo y formada por el prefijo con que significa convergencia, unión, y tractus participio del verbo trahere que significa contraer.

Podemos definir que un contrato, es un acuerdo de voluntades para crear y transmitir derechos y obligaciones, es una especie dentro de los convenios.

El convenio, según Rojina Villegas “Tiene dos funciones, una positiva consistente en la creación y transmisión de derechos y obligaciones y una función negativa que modifica o extingue derechos y obligaciones”.¹⁵

Según el Código Civil, en su artículo 1517, “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. Cabanellas define contrato como “Es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico”.¹⁶

Ya definido lo que es un contrato podemos indicar que los contratos mercantiles son acuerdos de voluntades que crean y transmiten derechos y obligaciones.

¹⁵ Rojina Villegas, Rafael, **Compendio de Derecho Civil IV, contratos**. Pág. 7.

¹⁶ Cabanellas, de Torres, **Diccionario Jurídico Elemental**, Pág. 74.



Otra definición indica que “Son los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos de naturaleza mercantil.”¹⁷ El Código de Comercio de Guatemala no brinda una definición exacta de lo que es contrato mercantil por lo que, en base a las definiciones anteriormente dadas, se concluye definiendo que el contrato mercantil; es un acuerdo bilateral donde una de las partes es comerciante, y cede a otra persona, tanto derechos como obligaciones desde el momento de convenirse el mismo, cuyo objeto primordial es mercantil y su fin es el lucro.

3.2. Forma de los contratos mercantiles

El derecho mercantil se caracteriza por ser un derecho poco formalista, sus contratos no están sujetos a requisitos especiales para tener validez; dicho de otra manera, los contratos mercantiles pueden ser elaborados de manera libre.

Para Villegas Lara la forma de los contratos mercantiles “Es el modo como es el negocio, es decir, como se presenta a los demás en la vida de relación.”¹⁸

Por lo cual aquellas partes que lo celebren quedan obligadas en la forma y términos en que decidieron comprometerse. El Artículo 671 del Código de Comercio de Guatemala establece que “Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma o el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezcan que

¹⁷ Ob. Cit. Pág. 194

¹⁷ Villegas Lara, René Arturo, **Derecho Mercantil Guatemalteco, Obligaciones y Contratos.** Pág. 39.



quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo se extenderán en el idioma español...”. El Artículo anterior, preceptúa que aquellos contratos celebrados en Guatemala deben ser redactados en español, cuando la norma indique que para su validez deban ser redactados así debido a su solemnidad.

3.3. Elementos del contrato mercantil

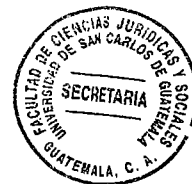
Todo contrato posee los siguientes elementos:

- a) El consentimiento;
- b) La capacidad de las partes:
- c) El objeto: Es la cosa sobre la cual recae la obligación. En la ley nos indica que el objeto debe cumplir con ciertos requisitos. El Artículo 1538 del Código Civil establece que “No solo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que exista”.

El objeto debe estar determinado en cuanto a su género, así lo establece en su parte conducente el anteriormente citado.

3.4. Clasificación de los contratos mercantiles

En la doctrina existen diferentes clasificaciones de contratos mercantiles, entre ellas se encuentra la clasificación que hace Rocco, quien los clasifica en negocios jurídicos unilaterales y plurilaterales, los que a su vez se subdividen en los plurilaterales, siendo



aquellos contratos donde los intereses de las partes son opuestos, y en actos complejos, donde los intereses de las partes son comunes.

Los contratos mercantiles se clasifican en:

- a) Unilaterales: son aquellos contratos en los cuales la obligación recae solamente en una de las partes.
- b) Bilaterales: Cuando la obligación recae en las partes que intervienen en el contrato.
- c) Consensual: Son aquellos contratos que se perfeccionan con el consentimiento de las partes que intervienen en el.
- d) Reales: Son aquellos que para que se perfeccione el contrato es necesario que se entregue la cosa u objeto.
- e) Formales: Cuando para su validez, la ley le establece ciertos requisitos que deben cumplirse para su celebración.
- f) Principales: Aquellos contratos que subsisten por si mismos.
- g) Accesorios: Son aquellos que tiene por objeto el cumplimiento de otra obligación.
- h) Onerosos: Cuando se establecen recíprocamente entre las partes derechos y obligaciones.
- i) Gratuitos: Cuando una de las partes tiene la obligación sin que exista una contraprestación a cambio de esa obligación.
- j) Conmutativos: Cuando las prestaciones ya están determinadas.
- k) Aleatorios: Son aquellos donde la prestación es incierta.
- l) Absolutos: Cuando los contratos no dependen de ningún plazo ni condición.



m) Condicionales: Son los que están sujetos a la realización de un acontecimiento para que se cumpla el contrato.

3.5. Clases de contrato

De acuerdo con la doctrina los contratos mercantiles se dividen en: contratos típicos y atípicos.

3.5.1. Contrato Típico

“Un contrato es típico cuando la ley lo estructura en sus elementos esenciales, aparece en el listado que da la ley. Es típico sin tipicidad cuando no obstante ser contrato, porque crea, modifica y extingue obligaciones, no contempla la ley específicamente.”¹⁹

En resumen se puede indicar que son aquellos contratos que están tipificados en la ley y ella lo estructura en sus elementos esenciales. En Guatemala los contratos mercantiles típicos se encuentran tipificados en el Código de Comercio de Guatemala, así como en las leyes mercantiles especiales.

3.5.2. Contrato Atípico

Los contratos atípicos no son tan modernos como se suele indicar en varias oportunidades en la doctrina, ya que tiene su origen en Roma donde sus primeras

¹⁹ Ibid. Pág. 39.

manifestaciones no se tomaban en cuenta debido a que los romanos solo les prestaban importancia a aquellos contratos regulados en la ley.

Los contratos atípicos surgen a través de la necesidad social, de crear nuevas formas de negociación comercial, distintas a las reguladas en la ley, con ello las partes pueden determinar el contenido de los contratos, de conformidad con el principio de libertad contractual.

“Es atípico sin tipicidad, cuando no obstante ser contrato, porque crea, modifica o extingue obligaciones, no lo contempla la ley específicamente”²⁰

En conclusión, los contratos atípicos, son aquellos que carecen de regulación legal y las partes lo han creado y establecido sus formalidades. En otras palabras son aquellos que por su exclusión, o no están regulados en las leyes comerciales, pero existen de acuerdo con la autonomía de la voluntad de las partes.

3.5.3. Teorías doctrinales de los contratos atípicos

Doctrinariamente existen cuatro teorías que exponen sobre la regulación de aquellos contratos atípicos, estas teorías son:

a) Teoría de la absorción o de la observancia: Según esta teoría, en los contratos atípicos debe de analizarse y establecerse la prestación definitiva o principal para poder

²⁰ *Ibid.* Pág. 39.

identificar cual es el contrato típico adecuado a aplicar a dicha prestación, por lo que el negocio atípico es sustraído en cuanto a su disciplina por un contrato típico.

b) Teoría de la combinación: Es cuando un contrato atípico está compuesto de varios contratos o figuras típicas, se debe aplicar las normas de aquellas figuras típicas de la prestación.

c) Teoría de interés o fin dominante: Ella establece que no se debe aplicar las normas de un contrato típico debido a que dicho contrato no llena los requisitos y la finalidad que las partes contratantes, por lo que propone aplicar las normas de la teoría general de las obligaciones y de los contratos y aplicarlas a aquellos contratos atípicos.

d) Teoría de la analogía: Las normas que deben regular los contratos atípicos deben ser aquellas que regulan los contratos típicos y que se parezcan o sean más semejante a ellas.

3.5.4. Clases de contratos atípicos

A continuación se realiza una pequeña reseña de los contratos atípicos más conocidos en el comercio.

- Contrato de Leasing: Llamado también, arrendamiento financiero.

Definición: Consiste en que el dador adquiere un producto o una mercancía de un proveedor a nombre propio, concediéndole a otra denominada tomador quien se obliga a utilizar y pagar cierta cantidad de dinero por períodos durante un plazo

determinado y al vencer dicho plazo tenga la opción de comprar el producto o mercancía.

Elementos personales: Dador y tomador.

Elementos formales: libertad de forma

Clases: Operativo, no existe una obligación de adquirir el bien, u opción de prorrogar y participar en precio de la venta. Financiero: se tiene la facultad de comprar por un precio menor.

- Renting/ arrendamiento:

Definición: El dador financiero adquiere un producto o mercancía a través de un intermediario a nombre propio, concediéndose a otra denominado tomador, quien se obliga a utilizarlo y pagar una cantidad de dinero por cierto plazo pactado y al vencer este, el tomador pueda optar a comprar el producto o mercadería.

Elementos personales: Dador financiero, tomador o beneficiario, intermediario.

Elemento formal: El beneficiario o tomador no corre con los gastos de mantenimiento del producto.

- Factoring:

Definición: Llamado también Sociedad financiera, consiste en que una sociedad financiera adquiere de otra entidad denominada cliente, créditos de su empresa por una suma pactada a lo cual asume los riesgos de cobro.

Elementos personales: Dador quien es el titular del crédito de la sociedad financiera y el tomador.

Clases: Con financiamiento: Aquí el cliente obtiene el valor de las mercancías que ha vendido. Sin financiamiento: El gestor solo administra el cobro de facturas.

- Holding (Sociedad Auxiliar):

Definición: Es un contrato que consiste en que una compañía mercantil, adquiere acciones de otras sociedades para ejercer un control, con el beneficio de tomar las ganancias y estabilizar una sociedad.

Elementos personales: Sociedad controladora, Sociedad controlada.

Elemento real: Cantidad, emisión de valores, financiamiento, colocación en el mercado.

Elemento formal: Libertad de forma.

- Joint Ventures:

Definición: Consiste en que dos o más personas jurídicas tienen como objeto realizar una meta común mediante la aportación de recursos, su función principal consiste en un conjunto de entidades que aportan recursos para la realización de una actividad pactada o meta común.

Elementos personales: Entidades que se unen.

Elemento real: Las aportaciones que dan cada entidad para la realización de la meta en común.

Elementos formales: Libertad de forma.

- Underwriting:

Definición: Contrato que consiste en que un banco o una sociedad financiera otorga prefinanciamiento a la sociedad emisora sobre la suma que representa el total o parte de los valores a emitir acciones o debentures pagando un precio menor al valor nominal de cada documento los que colocará en el futuro a un precio mayor.

Elementos personales: La entidad que proporciona el prefinanciamiento y la sociedad anónima que recibe el prefinanciamiento.

Elemento real: El prefinanciamiento que se otorga y los títulos que se emiten.

Elemento formal: Es libre por regla general.

- Concesión comercial:

Definición: Consiste cuando un comerciante concesionario, pone su empresa de distribución o venta en su caso, al servicio de otro comerciante llamado concedente para asegurar un territorio determinado, durante un plazo determinado y bajo la vigilancia del concedente, la distribución de sus productos, de los que se le ha sido concedido el monopolio de reventa.

Elementos personales: concedente y concesionario.

Elemento formal: No existe formalidad alguna para los mismos.

- Intercambio de acciones (Pool):

Definición: Contrato que consiste en que los sujetos de derecho intercambian una cantidad de acciones a través de un procedimiento indeterminado de forma para que

una participe en el capital accionado de las otras y viceversa para pactar ganancia o pérdidas o ambas.

Elementos Personales: Sociedades que intercambian acciones.

Elemento real: las acciones que se intercambian.

Elemento formal: libertad de forma.

- Club de campo (Country club):

Definición: Es aquel contrato que consiste en que un empresario ofrece a los potenciales usuarios una membresía para ingresar al club de campo, utilizar de las instalaciones del club, durante los días en que funcione como tal, sin más costos que el precio que paga por ser miembro del club.

Elementos personales: Empresario que da la membresía, cliente, asociado, miembro quien recibe la membresía.

Elemento real: El uso de un bien a cambio de una cuota.

Elemento formal: Libertad de forma.



CAPÍTULO IV

4. Contrato de franquicia

4.1. Antecedentes y origen

La palabra franquicia tiene su origen en la época de la edad media, durante la cual un soberano otorgaba o concedía un privilegio a sus súbditos a través de las llamadas cartas francas, estas consistían en autorizaciones que se designaban, para ello se utilizaba el término “franc”. A través de ellas podían realizarse actividades tales como: pesca y caza en determinadas áreas geográficas del reino.

El primer antecedente de la franquicia surge en los Estados Unidos de América; se presume que fue a través del otorgamiento a los particulares por vía legislativa para la explotación de servicios públicos, como por ejemplo los ferrocarriles y bancos. Fue hasta el año de 1850, a 1860, cuando la compañía Singer Machine Company afrontaba problemas con la distribución de sus productos y decidió renovar, la estructura básica de su funcionamiento y con ello sentó las bases del sistema de franquicia.

Se continuó expandiendo el sistema de franquicias en empresas como Coca Cola, General Motors y Hertz Rent, las que empezaron a adoptar este nuevo sistema en sus prácticas comerciales. En Francia, la fábrica de lanas La Lainiere de Roubaix también empezó a utilizarla. Por estos acontecimientos, los expertos creen que en el año de 1929, surge la franquicia.



4.2. Denominación y concepto del contrato de franquicia

La palabra franquicia proviene del francés “franchisage”, que traducido al inglés es franchise. El diccionario jurídico la define como: “privilegio, patente, concesión social, derecho de votar, franquicia del voto, porcentaje mínimo de responsabilidad del asegurado y en materia aduanera o fiscal, impuesto de privilegio o patente sobre concesión, derecho de licencia”.²¹

En el comercio internacional esta figura contractual denominada franquicia es conocida en algunos países como franchising, se le tiene como: el medio por el cual el titular denominado franquiciante o franquiciador de una marca o designación comercial determinada, llega a un consumidor final a través de una serie de establecimientos comerciales denominados franquiciados, que fabrican y venden el bien o servicio de esa marca de conformidad con las normas del franquiciante.

El Diccionario de la Lengua Española lo define como “Concesión de derechos de explotación de un producto, actividad o nombre comercial, otorgada por una empresa a una o varias personas en una zona determinada”²²

La Asociación Internacional de Franquicia, citada por Rene Villegas Lara, define la franquicia como “Una relación contractual entre un franquiciante y un franquiciado en el

²¹ Ob.Cit. Pág. 32.

²² <http://dle.rae.es/?id=IPOOzfn>. (fecha de consulta, 19 de marzo de 2016)



cual el primero ofrece mantener un interés continuo en el negocio del segundo, respecto a áreas tales como el “know-how” y entrenamiento, en tanto el franquiciado opera bajo un nombre comercial común y de acuerdo con el procedimiento común o patrón establecido o controlado por el franquiciante, haciendo aquel una inversión financiera sustancial con sus propios recursos y en su propio negocio”.²³

Para Juan Farina, la franquicia es “Un sistema o estrategia de negocio, por el cual un empresario franquiciante otorga determinados derechos de uso de marca y transfiere tecnología para la operación de un negocio de éxito comprobado a otro empresario, franquiciatario, a cambio de ciertas cuotas y regalías”.²⁴

La franquicia, para Arrubia Paucar, es “La concesión de una marca de productos o de servicios a la cual se agrega la concesión de los conjunto de métodos y medios de venta.”²⁵

Otra definición de franquicia, viene a ser, la de un contrato por medio del cual una parte permite a otra la reproducción igual de su negocio o una parte de ella sobre la base del uso de los derechos de propiedad industrial del cual es titular, de la asistencia técnica y supervisión constante, a cambio de una prestación económica.

El término franquicia cuenta con un extenso número de definiciones, citadas por varios autores teniendo en común varios aspectos; por lo que se concluye indicando que el

²³ Ob.Cit. Pág. 307.

²⁴ Farina, Juan M, **Contratos Comerciales Modernos**. Pág. 65.

²⁵ Arrubia Paucar, J. Alberto, **Contratos Mercantiles**. Pág. 325.

contrato de franquicia, es una relación contractual existente entre un sujeto denominado franquiciante quien cede a otro sujeto denominado franquiciado, el derecho de explotar un sistema de su propiedad, para comercializar ciertos productos o servicios a cambio de una contraprestación económica.

En este contrato existe un periodo de preparación al que el franquiciado debe someterse, para obtener aquellos conocimientos técnicos y asistencia en la presentación del producto, el entrenamiento del personal, en las ventas, contabilidad, así como el aprovechamiento de la publicidad y servicios comunes durante el tiempo y lugar que indique dicho contrato. El contrato de franquicia debe contener todos aquellos elementos esenciales de todo contrato.

4.3. Características de la franquicia

- Consensual: El contrato de franquicia se perfecciona con el simple consentimiento de las partes.
- Bilateral: Es un contrato en el cual ambas partes se obligan recíprocamente.
- Oneroso: En el que se estipula derechos y gravámenes recíprocamente.
- Principal: Es un contrato que subsiste por sí mismo.
- De cooperación: En el contrato de franquicia requiere de estrecha colaboración
- Atípico: Debido a que en el ordenamiento jurídico guatemalteco, específicamente en el Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República carece de regulación.

- Tracto sucesivo: Por sus prestaciones a las que tienen derecho las partes contrayentes, son de carácter continuo durante el tiempo que dure el contrato.

4.4. Elementos del Contrato de Franquicia

4.4.1 Elementos personales

Los dos sujetos que intervienen en un contrato de franquicia, son:

- a) El franquiciante: Quien en doctrina también se le denomina franquiciador. Pero para efectos de la presente investigación se le llamará franquiciante. Se define como aquella persona individual o jurídica, titular de una empresa que goza de cierto prestigio comercial, así como solvencia en su negocio, posee la propiedad de una marca, tecnología y una serie de herramientas, técnicas y métodos que en su conjunto se le denomina “know-how” de bienes o servicios, concediéndolo a través de un contrato.

En este contrato, el franquiciante cede los derechos de uso de la tecnología como de la marca y suministra asistencia técnica, organización, administrativa de su negocio al franquiciado.

Las características que debe tener el franquiciante son:

1. Debe tener la capacidad para trabajar en equipo, ya que estará en constante comunicación con analistas, colaboradores, empleadores franquiciados.

2. Poseer una marca, servicio o producto, que se encuentre debidamente registrado conforme a la ley y que haya sido introducido en el mercado, debidamente probado y obtenido éxito y que pueda transmitirse.
3. Debe contar con la infraestructura adecuada para poder proporcionar el servicio adecuado a las necesidades de cada franquiciado.
4. Contar con un manual operativo que pueda garantizar el éxito comercial y económico de la transacción.
5. El franquiciante debe garantizar a los franquiciados, servicios permanentes de seguimiento, investigación, capacitaciones, investigación, marketing.

En conclusión, el franquiciante es una persona individual o jurídica, titular de un derecho sobre una marca, servicio o producto, el cual cede a una persona individual o jurídica, a cambio de una determinada cuota.

b) franquiciado: "Es toda aquella persona individual o jurídica que, mediante ciertas condiciones obtiene el derecho a comercializar y explotar productos o servicios bajo técnicas uniformes experimentadas con una rentabilidad probada y con un activo intangible debidamente protegido".²⁶

Se Define el franquiciado, como aquella persona que compra una franquicia por lo cual se le cede una derecho de uso de marca, así como el derecho de producir, vender distribuir y operar esa empresa, bajo su propio riesgo en un área geográfica.

²⁶ Ibid. Pág. 24.

Los sujetos que celebran este contrato deben reunir ciertos requisitos, como por ejemplo: ser de prestigio para lograr el éxito del negocio; por ello los requisitos a aspirantes a obtener una franquicia son definitivos para que el franquiciante conceda la franquicia.

4.4.2 Elementos formales

El contrato de franquicia en Guatemala, carece de normativa jurídica que regule sus elementos formales aunque muchos opinan que por seguridad y por integración de la ley se debe formalizar en escritura pública, debido a la importancia de su contenido.

En países como México y Brasil, el contrato de franquicia es solemne, ya que existen elementos esenciales para que sea considerado así y tenga validez legal, como el registrar dicho contrato en el registro de propiedad industrial cuya inscripción tiene el carácter constitutivo para dar nacimiento y que sea eficaz los derechos y obligación que trae consigo dicho contrato.

Respecto a la forma de celebrar dicho contrato, es por escrito en documento privado o bien en escritura pública. En nuestro país, así como en la mayoría de países, se carece de regulación específica para este tipo de contratos, que como ya se dijo anteriormente son contratos atípicos. Pero debido a la importancia que tiene este contrato, por lo general las partes contratantes lo celebran de forma escrita.



4.4.3 Elementos reales

Entre ellos se tiene:

a) Marca:

La Ley de Propiedad Industrial de Guatemala Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República en el Artículo 1, establece que una marca es “Todo signo que sea apto para distinguir los productos o servicios producidos, comercializados o prestados por una persona individual o jurídica, de otros productos o servicios idénticos o similares que sean producidos, comercializados o prestados por otra.”

La marca puede ser, una palabra, una figura, una letra, una imagen, un sonido, un color y en algunas ocasiones una fragancia, en conclusión puede ser todo, aquel signo o combinación de signos que sirvan como distinción de productos y servicios idénticos o similares. En la Ley de Propiedad Industrial de Guatemala indica en el Artículo 2: “Las marcas podrán consistir en palabras o conjunto de palabras, letras, cifras, monogramas, figuras, retratos, etiquetas, escudos, estampados, grabados, viñetas, orlas, líneas y franjas y disposiciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos. Pueden también consistir en sonidos y olores ...”

La función principal de la marca es ser indicador de la calidad del producto o servicio el cual es el objeto principal del contrato de franquicia el uso de la marca es exclusivo del titular de ella esto quiere decir que debe estar inscrita en el Registro de propiedad Industrial.

El franquiciante al momento de ceder una franquicia al franquiciado, transmite una marca y otros signos distintivos de su empresa. A este elemento real se le denomina, activo intangible. Este elemento real forma parte del derecho de propiedad industrial, incluyéndose todos aquellos signos distintivos como la marca, nombres, nombre de establecimientos, comerciales, emblemas, lemas comerciales, diseños, derechos de autor, know-how y patentes.

Los nombres comerciales se pueden definir como aquellos signos distintivos que identifican una empresa o un empresario si fuera el caso de una persona jurídica de una actividad económica determinada la cual no puede confundir al público con su identidad, actividad o procedencia del mismo.

Los rótulos de establecimiento, son aquellos que la empresa utiliza para distinguir su establecimiento de otros que tiene la misma o similar actividad económica. El emblema es también un signo distintivo utilizado para que el empresario tenga la posibilidad de que de manera conjunta, pueda en un solo registro, inscribir todo lo que identifica a una empresa. En la Ley de Propiedad Industrial, en el Artículo 4 determina que emblema es "Un signo figurativo que identifica y distingue a una empresa, a un establecimiento mercantil o a una entidad".

Los lemas comerciales están conformados por frases que tienen como finalidad hacer publicidad de un servicio o una actividad comercial determinada. En el Artículo 4 de la Ley antes mencionada se brinda una definición de ello, con la única diferencia que esta norma la denomina como expresión o señales de publicidad indicando que es "Toda

leyenda, anuncio, frases, combinación de palabras, diseño, grabado o cualquier otro medio similar, siempre que sea original y característico, que se emplee con el fin de atraer la atención de los consumidores o usuarios sobre uno o varios productos, servicios, empresas o establecimientos mercantiles”.

En conclusión, un lema o como la legislación guatemalteca le denomina, una expresión o señales de publicidad, son todas aquellas frases que distinguen productos o servicios unos de otros y que tienen como función principal captar la atención de las personas, cuentan con cierta fama dentro de una actividad económica determinada.

La protección anticipada de los signos distintivos en el país donde se celebre el contrato de franquicia, es un requisito esencial para el inicio de la transacción.

b) know-How:

Es uno de los elementos del contrato de franquicia. El know-How, “Es el conjunto de conocimientos, técnicos, métodos y procedimientos, procesos, industriales, operativos, comerciales, administrativos, derivados de la experiencia del franquiciador, patentables o no”²⁷

Otra definición, “Comprende invenciones, procesos, fórmulas o diseños que no están patentados o no son patentables, que se evidencian a través de alguna forma física como dibujos, especificaciones o diseños”²⁸

²⁷ *Ibid.* Pág.26.

²⁸ Arce Gargollo, Javier, *Contratos Mercantiles Atípicos*, Pág. 396.

e) La contraprestación:

Consiste en el pago que el franquiciado le da al franquiciante, este elemento está muy ligado a los resultados de dicha operación del negocio franquiciado. Existen dos tipos de los pagos que se realizan dentro del contrato. Uno denominado, canon de entrada; consistente en un pago inicial que realiza el franquiciado cuyo objeto ceder el derecho a la obtención de la franquicia.

Y el otro denominado regalías, que son aquellos pagos periódicos denominados también canon periódico, el cual debe realizar el franquiciado al franquiciante durante la vigencia del contrato de franquicia, este pago se puede realizar en moneda nacional o extranjera. Es importante indicar que dichos pagos dependerán de lo que las partes hayan pactado en el contrato.

También se incluye una serie de pagos relacionados con la celebración del mismo.

Dichos pagos se toma en base a los siguientes aspectos:

- 1) Tiempo que posee el negocio.
- 2) El número de franquicias que están operando
- 3) Interés que tiene el franquiciante para emprender un nuevo mercado
- 4) Exclusividad en un territorio determinado
- 5) Gastos de servicios prestados al franquiciado tales como, administrativos, capacitaciones, publicidad, contables y aquellos relacionados a la infraestructura.
- 6) Valor de marca, tecnología y los pagos.

4.4.4 Elementos típicos:

En este apartado se desarrollaran aquellos elementos específicos esto quiere decir aquellos que lo hacen original y especial, a continuación se enumeran los elementos.

1. Territorialidad: Consiste en el ámbito territorial donde se aplicará o surtirá efecto el contrato de franquicia. Es decir la delimitación territorial, donde se realizaran las funciones de la empresa o negocio franquiciado

2. No competencia o no subfranquiciar: El franquiciante tiene prohibido realizar negocios a futuro con la franquicia cedida con terceras personas.

3. Plazo: Es uno de los elementos esenciales, debido a que en el se estipula el tiempo de duración del contrato de franquicia. Las partes contrayentes lo estipulan al celebrar dicho contrato. En ocasiones se sugiere que dichos contratos se celebren a un plazo largo teniendo como finalidad recuperar la inversión inicial realizada por el franquiciante. Por lo general este plazo es dentro de dos a cinco años, teniendo como opción de ser renovado el contrato.

4.4.5 Elementos eventuales:

Estos elementos son aquellos que pueden o no estar presentes al momento de celebrarlo ya que esto no afecta la validez del contrato. La doctrina indica los siguientes elementos.

a) Cláusulas que impiden la competencia: Esta cláusula surge como medio de protección al franquiciante. Consistente en un convenio celebrado entre las partes que prohíbe al franquiciado realizar o ejecutar negocios que lleven a una competencia con la empresa franquiciada.

b) Cláusula de suministros: Consiste en que el franquiciante debe procurar y velar por que las empresas franquiciadas, posean las mismas características, calidades y cualidades de los productos y servicios franquiciados. Es por ello que al momento de celebrar el contrato, la parte franquiciante debe establecer aquellas normas que sean necesarias para proteger aquella forma de presentación del negocio, por lo que indicara al franquiciado aquellas condiciones que deberá cumplir como la utilización de ciertos materiales, las características que debe poseer el personal que se contrate para el funcionamiento de la empresa, el diseño del uniforme que utilizarán, el comportamiento, y si hablamos de una empresa de comida, estaríamos incluyendo lo que son los ingredientes y el procedimiento para la elaboración de los mismo, como también de la ubicación donde debe funcionar dicha empresa. Así como el entrenamiento del personal.

Este elemento es muy importante y elemental dicho esto no porque los otros no lo sean pero es importante que el franquiciante cuide aquellos elementos necesarios, ya que está en juego el prestigio de su empresa, y que el servicio sea uniforme y con la misma calidad de productos y servicios comercializados.



Condición de criterios de publicidad: Es aquella estipulación o cláusula donde indica que la empresa franquiciante o el titular de la misma, debe cuidar del marketing del producto o servicio franquiciado ya que siempre estará bajo su dirección, ya que su interés deberá ser uniforme. La marca siempre tendrá un valor que dependerá de la forma de su imagen y de su presencia en los medios y establecerá las reglas para la publicidad.

Confidencialidad: Es aquella que consiste en la obligación de guardar un secreto por parte del franquiciado, ya que tendrá acceso a información reservada del franquiciante durante dure el plazo del contrato de franquicia.

4.5. Derechos y obligaciones de las partes

Los derechos y obligaciones del franquiciante y franquiciado depende de la clases de franquicia de que se trata, aquí se mencionan aquellas que son más utilizadas en el sistema de franquicia.

4.5.1. Derechos y obligaciones del franquiciante

- a) La adjudicación del derecho a la explotación de la empresa franquiciada.
- b) Proporcionar al franquiciado, el know how, técnicas e instrucciones necesarias para el funcionamiento de la franquicia.
- c) Conceder al franquiciado la licencia de uso de marca, nombre, emblema de la franquicia.



d) Proporcionar los manuales de procedimientos, técnicas de operaciones de la franquicia.

e) Suministrar toda la información sobre los clientes, las relaciones entre terceros, promociones y características que debe poseer el local.

4.5.2. Derechos y obligaciones del franquiciado

a) Realizar un pago inicial y una regalía periódica sobre las ventas o ingresos al franquiciante, así como el pago para el uso de la marca.

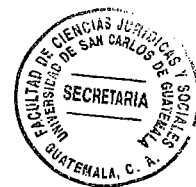
b) Respetar y cumplir con las normas de entrenamiento elaborado por el franquiciante.

c) Mantener en secreto toda la información confidencial revelada por el franquiciante de la empresa franquiciada.

d) Abstenerse a continuar utilizando el nombre y marca de la empresa franquiciada cuando ha vencido el contrato respectivo.

e) Ejecutar la franquicia dentro de los límites territoriales de la franquicia concedida.

f) Tiene beneficio de utilizar la publicidad, estudios de mercadeos de la empresa franquiciada.





CAPÍTULO V

5. Secreto empresarial

5.1. Antecedentes

Al finalizar la segunda guerra mundial, nacen una serie de conocimientos que son de reserva en algunas empresas; el problema que presentaban estos conocimientos era que no podían registrarse como una licencia de patentes debido a que dicho conocimiento no puede ser registrado por su naturaleza, dando origen así al secreto empresarial.

5.2. Definición

Luego de conocer los antecedentes que motivaron el origen del secreto empresarial como institución jurídica del derecho mercantil, y en particular del derecho de propiedad intelectual, se procederá a citar algunas definiciones que permitan comprender este término, además de proporcionarse una definición personal del mismo.

“El secreto empresarial es cualquier tipo de información no revelada propiedad legítima de una persona, natural o jurídica, que ha mantenido esa información salvaguardada y



que pueda usarse en alguna actividad productiva, comercial o industrial.”²⁹

“Es todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva.”³⁰

“Todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario, por su valor competitivo, desea mantener oculto.”³¹

De las definiciones referidas anteriormente se puede determinar y concluir que el secreto empresarial es aquel conjunto de conocimientos técnicos, que se mantiene en reserva en una empresa esta puede ser industrial o comercial, estos conocimientos tienen como objeto el fortalecimiento y mejora de la actividad que este desarrolle, así como adquirir cierta ventaja frente a sus competidores.

El secreto empresarial se entregan bajo reserva y confidencialidad usualmente en la práctica comercial se realiza a través de un contrato de franquicia y que de ser revelado ocasiona el derecho de la persona afectada a deducir las responsabilidades penales, mercantiles y civiles correspondientes

²⁹ www.definición.com secreto empresarial. (fecha de consulta, 6 de abril de 2016)

³⁰ <http://www.inapi.cl/portal/institucional/600/w3-article-832.html> (fecha de consulta, 17 de abril de 2016)

³¹ Gómez Segade, José Antonio, **El secreto industrial (know-how), Concepto y protección**. Pág 66.



El secreto empresarial es una información confidencial, que puede ser de carácter financiero, económico, comercial o tecnológico, que se transmite bajo reserva de confidencialidad a cambio de una ventaja para quien lo trasmite.

5.3. Características

No existe una armonía de criterios respecto a las características que representan al secreto empresarial, esto debido a que existen diferentes criterios. Sin embargo tras las arduas jornadas de investigación y lectura, se ha podido concluir que existen algunas características que se repiten en los textos indagados, además de las legislaciones consultadas.

En tal virtud, se considera pertinente señalar las siguientes, como las características principales del secreto empresarial.

- a) Es una institución jurídica propia del derecho de propiedad intelectual: al tratarse de ideas, conocimientos tradicionales o técnicos que responden a aspectos abstractos con fines lucrativos, solamente se manifiesta dentro de la esfera jurídica del derecho mercantil, y propiamente dentro del derecho de propiedad intelectual.
- b) Se compone por un conjunto de conocimientos industriales o comerciales: este conjunto de conocimientos se caracteriza porque se aplica y desarrolla dentro del ámbito de la industria de manufactura o dentro del ámbito del comercio.

c) Existe una relación jurídica bilateral: la relación jurídica es bilateral porque le confiere a la persona que adquiere los conocimientos el derecho de emplearlos para mejorar su actividad industrial o comercial, así como le confiere a la persona que los otorga, el derecho a cobrar una regalía o cánon por su uso, en tanto que aparejado al derecho conferido, impone la obligación a la persona que lo recibe de no revelar estos conocimientos, bajo apercibimiento que en caso de hacerlo, originará la deducción de responsabilidades penales, mercantiles y civiles correspondientes.

d) Los conocimientos se otorgan bajo reserva: existe la prohibición expresa hacia la persona que recibe los conocimientos de revelarlos, bajo apercibimiento que en caso de hacerlo, generará como consecuencia la deducción de responsabilidades penales, mercantiles y civiles correspondientes.

e) Los conocimientos se otorgan bajo confidencialidad: al tratarse de conocimientos especializados y tecnicados, deben de mantenerse bajo el más estricto sigilo, esto en aras de no perjudicar a la persona que los otorgó, pues al hacerlo da lugar a la deducción de responsabilidades penales, mercantiles y civiles correspondientes.

f) Los conocimientos deben ser secretos no puede ser un conocimiento generalizado esto se relaciona con el interés de la tutelaridad jurídica de este conocimiento debido a que solo se tutela aquel conocimientos que no tiene acceso al público.

g) Su revelación genera como consecuencia la deducción de responsabilidades penales, mercantiles y civiles: al tratarse de una relación jurídica de naturaleza



contractual, es imperioso que se cumpla íntegramente con cada una de las cláusulas contractuales contenidas en el secreto empresarial. Entre las consecuencias penales destaca la comisión de delitos violatorios de la propiedad intelectual, entre las mercantiles la imposibilidad de seguir percibiendo los beneficios lucrativos que el empleo de estos conocimientos produce, y entre las civiles la rescisión contractual y el reclamo de los derechos y perjuicios ocasionados.

5.4. Naturaleza jurídica

El secreto empresarial se caracteriza por ser un derecho de carácter patrimonial, en tal virtud otorga exclusividad de facto a quien lo ostenta, además de ser susceptible de poseer un valor económico.

Aunado a lo anterior, destaca el hecho que el secreto empresarial es de naturaleza intangible, circunstancia similar a lo sucedido con la propiedad intelectual, la propiedad industrial y los derechos de autor.

5.5. Diferencia con el know-how

Aun dentro del ámbito de los profesionales del derecho, es habitual que se confundan los términos de secreto empresarial y know-how, e incluso suele confundirse con el secreto comercial y el secreto industrial.



Sin embargo, aunque los términos relacionados comparten características similares, no son sinónimos, cada uno responde a instituciones jurídicas distintas. Como se ha mencionado en párrafos anteriores, el secreto empresarial es ese conjunto de conocimientos especializados y tecnificados que se otorgan con carácter de reserva y confidencialidad y tiene un valor competitivo para la empresa.

En tanto que el know-how, es el conjunto de conocimientos y actividades desarrolladas por una empresa o persona. Es la forma contractual, mediante la cual se otorgan estos conocimientos. Por lo tanto el know-how a diferencia del secreto empresarial, no tiene como función principal el proteger un secreto ya que este puede ser divulgado y no por ello deja de ser know-how.

La palabra know-how, literalmente significa “saber hacer”. Este término tiene su origen en los Estados Unidos de América en el año de 1916 y se expandió por todo el mundo. Actualmente es uno de los contratos más utilizados a nivel internacional.

La Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial indica que el know-how “Está constituido por los conocimientos y la experiencia de naturaleza técnica, comercial administrativa u otra que sea aplicable en la práctica, para la explotación de una empresa o para el ejercicio de una profesión”.³²

³² <http://www.construdata.com/BancoConocimiento/C/conceptknow-how/conceptknow-how.asp> (fecha de consulta, 8 de abril de 2016)



Como se puede constatar ambos términos comparten similitudes, sobre todo respecto que se refieren a un conjunto de conocimientos especializados y tecnificados que componen a cada institución jurídica, sin embargo la diferencia radica en que el know how constituye la forma mediante la cual se materializa la entrega de estos conocimientos formal y legalmente, es decir se refiere al tipo de contrato que lo contiene, en tanto que el secreto empresarial será la condición bajo la cual se otorgarán estos conocimientos, es decir bajo reserva y confidencialidad.

5.6. Clasificación del secreto empresarial

El secreto empresarial se clasifica en:

a) Secreto industrial: se refiere a ese conjunto de conocimientos que se caracterizan por ser tecnificados, aquellos que se emplean en industrias que se dedican a la manufactura de productos, y que para ello utilizan máquinas y herramientas industriales que requieren de una preparación especializada.

Por ejemplo, las características particulares que incorporará el próximo iPhone, y que a la postre lo harán un producto celular diferente a otros celulares, constituyen un secreto industrial.

b) Secreto comercial: Es el conjunto de conocimientos que se caracterizan por utilizarse exclusivamente dentro del ámbito del comercio, es decir que el conocimiento es



especializado y de mucha utilidad en la gestión de negocios y demás actividades comerciales.

Por ejemplo, los métodos de producción, el plan comercial, la lista de clientes de una empresa comercial, constituyen un secreto comercial.

5.7. El secreto empresarial dentro del contrato de franquicia

El contrato de franquicia, es uno de los contratos atípicos mercantiles más utilizados a nivel mundial, al momento de celebrarse dicho contrato, implica la transferencia de know how cuya definición es "Aquel por el cual una parte se obliga a suministrar a la otra, información y asesorarla para la aplicación de los conocimientos tecnológicos, fórmulas, pericia, especial habilidad técnica, necesarios para obtener un producto o servicio logrado como fruto de un proceso de estudio, investigación y experiencia"³³

Dentro de los conocimientos transferidos a través del know how, hay información confidencial de alto valor para la empresa franquiciada a esto se le denomina secreto empresarial. Dicha información puede ser por ejemplo:

- a) Información del cliente como: requisitos, historial de pago, métodos de adquisición de bienes y servicios entre otros.
- b) Productos o servicios, entre ellos desarrollos, productos, fórmulas, métodos, etc.
- c) Información de planes de la empresa entre los cuales figuran el marketing, nuevos productos/servicios, etc.

³³ Ob.Cit. Pág. 255.



En la legislación guatemalteca, el secreto empresarial se encuentra regulado en la Ley de Propiedad Industrial en el Artículo 4 el que establece “Secreto empresarial: cualquier información no divulgada que una persona individual o jurídica posea, que puede usarse en alguna actividad productiva, industrial, comercial o de servicios, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero”.

El secreto empresarial, es uno de los elementos más importantes al momento de realizar un negocio a través del contrato de franquicia, se puede indicar que en la transferencia del mismo se otorga el permiso de utilizar fórmulas, y/o materias elaboradas por el franquiciante teniendo la capacidad por ejemplo; dar a un restaurante de hamburguesas el peculiar sabor tratándose de una franquicia de comida rápida o el aroma de un perfume que posee cierta característica única que la hace diferente al resto de producto del mismo ramo.

Los anteriores ejemplos dan una perspectiva de lo importante que es esta figura jurídica del secreto empresarial dentro del contrato de franquicia, debido a que da una ventaja competitiva al franquiciante frente a sus competidores. La transferencia del secreto empresarial se ejecuta en un acto único mediante el cual se trasmite cierta información confidencial del cual el franquiciado puede hacer uso durante el plazo determinado.

Es importante señalar qué información, es considerada jurídicamente secreto empresarial por ello se presenta a continuación algunos requisitos que debe cumplir dicha información:

a. La información debe ser aplicable en la industria o comercio.



b. Debe representar una ventaja frente a los competidores.

c. Se deben tomarse estrictas medidas para que la información siga teniendo el carácter de secreto.

5.8. Obligación de proteger el secreto empresarial

En el contrato de franquicia, se adquiere cierta responsabilidad al guardar el secreto empresarial. Debido a que ese desarrollo del conocimiento reservado ha requerido una inversión de la empresa franquiciada cuya inversión será recompensada con la rentabilidad del producto o servicio desarrollado y la ventaja ante sus competidores, mientras que sea protegido de una manera segura el secreto empresarial.

Un ejemplo, es la bebida reconocida internacionalmente como Coca Cola la receta es desconocida por personas que trabajan en la compañía, se cree que solo cinco personas conocen la receta de esta bebida. Es importante indicar que cada uno conoce solo la quinta parte de la receta. El valor comercial que tiene la receta de la Coca Cola se refleja en el crecimiento de la compañía, valor que es gracias a la preferencia de los consumidores a nivel mundial.

Para proteger la receta de la Coca Cola se cree que como medida de protección existe la prohibición que las cinco personas que conocen parte de la receta no pueden estar en la misma ciudad ni comunicarse entre sí.



5.8.1. Obligación del franquiciado de proteger el secreto empresarial

Una particularidad del secreto empresarial, al momento de ser comunicado o cedido al franquiciado, este deberá de cuidar que esta información confidencial sea conocida únicamente por un número reducido de empleados de su empresa, debido a que un secreto empresarial para tenga la calidad de secreto y es importante que exista ese carácter de reserva y el desconocimiento de ello por terceros.

Para prevenir que un secreto, sea divulgado es importante que el franquiciado prevenga a sus empleados, de las consecuencias jurídicas al ser revelado cierta información confidencial, para beneficio propio o de un tercero, a través de la celebración de un convenio o a través de una cláusula especial dentro del contrato individual de trabajo y si fuera necesario dentro del reglamento interno de la empresa franquiciada.

Dentro de un contrato de franquicia el franquiciado se obliga que una vez transmitido el secreto empresarial debe adoptar todas aquellas medidas necesarias para conservar esa información confidencial.

5.8.2. Obligación del franquiciante de proteger el secreto empresarial

El franquiciante debe tomar las medidas necesarias para que el secreto empresarial que está transmitiendo no pueda llegar a ser público por lo que puede suscribir acuerdos de confidencialidad con el personal dentro de su empresa, con los clientes y proveedores. Así como en el espacio físico de la empresa la restricción de personal no

autorizado para acceder a la información, algún sistema de control de intercambio de información, estas medidas cabe mencionar que se pueden optar dentro de su misma empresa.

Ahora bien al momento de celebrar un contrato de franquicia el franquiciante tiene como obligación de tomar aquellas medidas razonables como exigir al franquiciado que adopte las medidas necesarias para conservar en reserva dicho conocimiento secreto, En el siguiente apartado se desarrollará cláusulas que al momento de celebrar un contrato de franquicia el franquiciante protegerá el secreto empresarial.

5.8.3. Cláusulas en el contrato de franquicia para proteger el secreto empresarial

Anteriormente se expuso sobre la obligación que tiene el franquiciante y el franquiciado de proteger el secreto empresarial, aquí se expondrá algunas de las cláusulas un contrato de franquicia, debe contener para que ese secreto empresarial este resguardado por terceras personas.

En importante señalar que es necesario incluir cláusulas que aseguren que el secreto empresarial no será revelado durante la vigencia del contrato aun cuando este llegue a su terminación. A continuación presento una serie de cláusulas que tienen como finalidad proteger el secreto empresarial.

a) Cláusula de confidencialidad: Consiste en obligar a todas aquellas personas, que tengan acceso al conocimiento, a guardar la confidencialidad del secreto empresarial

transferido. Esta cláusula tiene como finalidad la tutela del secreto para evitar que en este caso el franquiciado pueda realizar negocios con terceras personas. La obligación contenida en esta cláusula continúa aún vencido el término del contrato de franquicia.

b) Cláusula de no competencia: Tiene como finalidad proteger el secreto empresarial a través de la obligación de no contraer negocios de forma directa o indirecta, que tengan similitud con el producto o servicio e iniciar sus operaciones en las cercanías donde operaba la franquicia cedida.

En conclusión, estas cláusulas tienen como objeto asegurar que dentro de un contrato de franquicia, el secreto empresarial, conlleve dos elementos para su protección siendo estos la confidencialidad y la no explotación.

5.9. Protección jurídica del secreto empresarial dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco

a) Constitución Política de la República de Guatemala de 1985

Como punto de partida, resulta imperioso señalar que el secreto empresarial es una institución jurídica que se manifiesta exclusivamente dentro de la esfera del derecho mercantil, particularmente en el derecho de propiedad intelectual; derecho que encuentra su protección fundamental en la Constitución Política de la República de Guatemala.

El Artículo 42 de la Constitución Política de la República de Guatemala indica, “Derecho de autor o inventor. Se reconoce el derecho de autor y el derecho de inventor; los titulares de los mismos gozarán de la propiedad exclusiva de su obra o invento, de conformidad con la ley y los tratados internacionales”.

El derecho constitucional guatemalteco reconoce, garantiza y protege el derecho que le asiste a toda persona que ha creado una obra artística original, o bien ha realizado una importante aportación inventiva en beneficio de la humanidad.

b) Ley de Propiedad Industrial

El derecho de propiedad industrial se encuentra específicamente regulado y desarrollado dentro de la Ley de Propiedad Industrial, Decreto No. 57-2000 del Congreso de la República de Guatemala. En este cuerpo normativo se han incorporado los mecanismos de protección del secreto empresarial como institución jurídica.

El Artículo 1 de la ley referida señala, “Objeto de la ley. Esta ley tiene por objeto la protección, estímulo y fomento a la creatividad intelectual que tiene aplicación en el campo de la industria y el comercio y, en particular, lo relativo a la adquisición, mantenimiento y protección de los signos distintivos, de las patentes de invención y de modelos de utilidad y de los diseños industriales, así como la protección de los secretos empresariales y disposiciones relacionadas con el combate de la competencia desleal”.



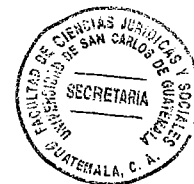
El anterior Artículo recoge a la perfección lo relacionado al secreto empresarial, su reconocimiento, garantía y protección. Así mismo manifiesta la obligación y el compromiso que tiene el Estado para con la industria y comercio, al desarrollar ampliamente los mecanismos de protección que deben de respetarse.

Uno de los principales mecanismos de protección regulados en la Ley de Propiedad Industrial, respecto al secreto empresarial, es la llamada competencia desleal. En términos generales por competencia desleal debe de entenderse como cualquier acto que perjudique la libertad de competencia dentro de la industria y/o comercio de una persona, sea individual o jurídica, en virtud de una práctica anómala que viole los principios de buena fe guardada y verdad sabida, propios del derecho mercantil.

En el Artículo 173, literal g) de la citada ley, establece “El uso no autorizado de un secreto empresarial ajeno, así como cualquier acto de comercialización, promoción, divulgación o adquisición indebida de tales secretos”.

En tanto que en el Artículo 174, se amplía un poco la definición regulada en el apartado de terminología de la ley, en el que regula “Para los fines de esta ley, tendrá la calidad de secreto empresarial la información que tenga un valor comercial por el hecho de que su propietario la mantiene reservada y que:

a) No sea, como conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida, ni fácilmente accesible para personas que se encuentran en los círculos en los que normalmente se utiliza ese tipo de información; y



b) Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta”.

La Ley de Propiedad Industrial restringe el secreto empresarial al determinar los presupuestos que deben de presentarse para que una información sea considerada como reservada o confidencial, esto en aras de garantizar el derecho de protección sobre la misma.

Asimismo, la ley referida establece los presupuestos en los que la violación al secreto empresarial motiva un acto de competencia desleal. El Artículo 175, establece “Actos desleales relativos a secretos empresariales. Constituyen actos de competencia desleal en materia de secretos empresariales, entre otros, los siguientes:

a) Explotar, sin autorización de su propietario, un secreto empresarial al que se ha tenido acceso violando una obligación de reserva resultante de una relación contractual o laboral;

b) Comunicar o divulgar, sin autorización de su propietario, el secreto empresarial referido en la literal anterior en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar a dicho propietario;

c) Adquirir un secreto empresarial por medios ilícitos o contrarios a los usos comerciales honestos;



d) Explotar, comunicar, promocionar o divulgar un secreto empresarial que se ha adquirido por los medios referidos en la literal anterior;

e) Explotar un secreto empresarial que se ha obtenido de otra persona sabiendo, o debiendo saber, que la persona que lo comunicó adquirió el secreto por los medios referidos en la literal c), o que no tenía autorización de su propietario para comunicarlo;

y

f) Comunicar, promocionar o divulgar el secreto empresarial obtenido conforme la literal e), en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar al propietario del secreto empresarial.

Otro de los mecanismos de protección que regula la Ley de Propiedad Industrial, es el llamado medio desleal, que puede entenderse como la adquisición de un secreto empresarial mediante formas contrarias a lo contenido en un contrato u otra obligación, o cuando se adquiere mediante la coacción y/o amenazas, y en general a través de cualquier forma ilícita.

El medio desleal se fundamenta en el Artículo 176, "Medios desleales. Un secreto empresarial se considerará adquirido deslealmente cuando la adquisición resultara, entre otros, del incumplimiento de un contrato u otra obligación, del abuso de confianza, del soborno, de la infidencia, del incumplimiento de un deber de lealtad o la instigación a realizar cualquiera de estos actos".



c) Código Penal, Decreto número 17-73

En el apartado de Violación a los derechos de propiedad industrial, dentro del Artículo 275, literales f), g) y h), se encuentran tipificados los presupuestos penales relacionados con el secreto empresarial.

Dentro del cuerpo legal indicado se establecen los actos que constituyen violación al secreto empresarial: "Artículo 275. Será sancionado con prisión de cuatro a seis años y multa de cincuenta mil a cien mil quetzales, quien realizare cualquiera de los actos siguientes:

f) Revelar a un tercero un secreto industrial que conozca con motivo de su trabajo, puesto, cargo, desempeño de su profesión, relación de negocios o en virtud del otorgamiento de una licencia para su uso, sin consentimiento de la persona que guarde el secreto industrial, habiendo sido prevenido de su confidencialidad, con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarda el secreto;

g) Apoderarse de un secreto industrial sin derecho y sin consentimiento de la persona que lo guarda o de su usuario autorizado, para usarlo o revelarlo a un tercero, con el propósito de obtener beneficio económico para sí o para el tercero o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarda el secreto industrial o a su usuario autorizado;

h) Usar la información contenida en un secreto industrial que conozca por virtud de su trabajo, cargo, puesto, ejercicio de su profesión o relación de negocios, sin consentimiento de quien lo guarda o de su usuario autorizado o que le haya sido revelado por un tercero, a sabiendas de que éste no contaba para ello con el consentimiento de la persona que guarda el secreto industrial o su usuario autorizado, con el propósito de obtener un beneficio económico o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarda el secreto industrial o su usuario autorizado.

Como se puede constatar de los presupuestos referidos en el párrafo anterior, la violación al secreto empresarial no proyecta repercusiones únicamente en el ámbito mercantil y civil, acarrea implicaciones de índole penal, de tal forma que la protección al secreto empresarial está ampliamente garantizada por la legislación nacional, además de ser sólida.

De lo anterior se puede concluir que la trascendencia del secreto empresarial es tal, que de violarse se atenta contra un bien jurídico tutelado, por lo que quien desee hacerlo, deberá de pensarlo muy bien, pues puede hacerse acreedor a una pena privativa del patrimonio, y peor aún, a una pena privativa de libertad.

d) Código Civil

Aparejado a la responsabilidad penal, la responsabilidad civil también se encuentra presente en la violación del secreto empresarial, esta se manifiesta a través del derecho



que tiene la persona que se ha visto afectada a reclamar los daños y perjuicios que se ocasionaran en su contra.

El Artículo 1434 del Código Civil, Decreto Ley 106, establece “Los daños que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios, que son las ganancias ilícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”.

De tal forma, que la ley ampara al perjudicado para poder reclamar por la vía procesal civil correspondiente, que en este caso será un Juicio Ordinario de Daños y Perjuicios, proceso que se ventilará en un Juzgado de Primera Instancia del Ramo Civil y Mercantil, los daños y perjuicios derivados de la violación del secreto empresarial correspondiente.

5.9.1. Protección jurídica del secreto empresarial dentro del ordenamiento jurídico internacional

a) Convenio de Paris para la protección de la propiedad industrial

El Convenio de Paris constituye el principal instrumento jurídico internacional en materia de protección de la propiedad intelectual, misma que ha sido ratificada por el Estado de Guatemala. De tal forma, es obligación de Guatemala promover la protección de la



propiedad industrial y sus diversas instituciones jurídicas, y en relación a la institución que atañe a esta investigación, el secreto empresarial, también.

El Artículo 10 bis, numeral 1) del citado convenio, reconoce la obligación de todo Estado firmante de proteger y sancionar cualquier acto de competencia desleal, “Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal”. Como ya se explicó en párrafos anteriores, la violación al secreto empresarial constituye un acto de competencia desleal.

El numeral 2) del mismo instrumento señala, “Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”. Es en la última frase de este numeral la que encuadra la protección del secreto empresarial, y su violación como acto de competencia desleal.

b) Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial

El Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial constituye el principal instrumento jurídico regional en Centroamérica, en él se desarrolla todo lo concerniente al derecho de propiedad industrial, y por supuesto el secreto empresarial.

El Artículo 115, regula, “Secretos empresariales: Un secreto empresarial se reconocerá como tal para los efectos de este Convenio cuando la información que lo constituye:



- a) No fuese, como conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
y

- b) Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta”.

Como se puede constatar, el Convenio referido reglamenta la protección del secreto empresarial, aunado a esto, estipula los presupuestos para que determinada información sea considerada como parte de un secreto empresarial.

Asimismo, el mismo Convenio, regula en el Artículo 116 una vasta cantidad de actos considerados como desleales, siendo estos:

Artículo 116. Actos desleales relativos a secretos empresariales: “Los siguientes actos relativos a los secretos empresariales serán considerados de competencia desleal:

- a) Explotar, sin autorización de su poseedor legítimo, un secreto empresarial al que se ha tenido acceso con sujeción a una obligación de reserva resultante de una relación contractual o laboral;



- b) Comunicar o divulgar, sin autorización de su poseedor legítimo, el secreto empresarial referido en el inciso a) en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar a dicho poseedor;

- c) Adquirir un secreto empresarial por medios ilícitos o contrarios a los usos comerciales honestos;

- d) Explotar, comunicar o divulgar un secreto empresarial que se ha adquirido por los medios referidos en el inciso c);

- e) Explotar un secreto empresarial que se ha obtenido de otra persona sabiendo, o

- f) Debiendo saber, que la persona que lo comunicó adquirió el secreto por los medios referidos en el inciso c), o que no tenía autorización de su poseedor legítimo para comunicarlo;

- g) Comunicar o divulgar el secreto empresarial obtenido conforme al inciso e), en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar al poseedor legítimo del secreto empresarial”.

Para concluir es importante señalar que también se regulan los llamados medios desleales de acceso al secreto empresarial, mediante el cual se establece que un secreto empresarial se considerará adquirido por cualquier forma contraria a lo



contenido en un contrato u otra obligación, o mediante la coacción y/o amenazas, y en general a través de cualquier forma ilícita.

El medio desleal de acceso al secreto empresarial se fundamenta en el Artículo 117, que indica, “Un secreto empresarial se considerará adquirido por medios contrarios a los usos y prácticas honestos cuando la adquisición resultara, entre otros, del incumplimiento de un contrato u otra obligación, el abuso de confianza, la infidencia, el incumplimiento de un deber de lealtad o la instigación a realizar cualquiera de estos actos”.

c) Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio -ADPIC-

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, relacionados con el Comercio es el convenio por el que se crea la OMC Organización Mundial de Comercio, firmado en 1994. En él se establecen principios básicos sobre la propiedad intelectual tendientes a armonizar estos sistemas entre los países firmantes y en relación al comercio mundial, así como la regularización a lo concerniente al secreto empresarial y su protección.

El Acuerdo sobre los ADPIC incorpora como principios fundamentales los contenidos en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, el Convenio de Berna, la Convención de Roma sobre derechos conexos.



En la parte segunda de la sección 7 del Acuerdo se establecen los parámetros referidos al secreto empresarial, que es lo que a la presente investigación le atañe. El Artículo 39 establece,

1) "Al garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 Bis del Convenio de París (1967), los Miembros protegerán la información no divulgada de conformidad con el párrafo 2, y los datos que se hayan sometido a los gobiernos o a organismos oficiales, de conformidad con el párrafo 3.

2) Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información:

a. Sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y

b. Tenga un valor comercial por ser secreta; y

c. Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.



En los presupuestos indicados en el Artículo 39 se garantiza la protección del secreto empresarial y su divulgación indebida o no acordada, tomando para ello como parámetros los principios de buena fe y de verdad sabida, pilares del derecho mercantil.

5.9.2. Organizaciones internacionales que protegen el secreto empresarial

a) Organización Mundial de Comercio -OMC-

La Organización Mundial del Comercio, es por excelencia la entidad internacional de mayor trascendencia en materia comercial y mercantil, se ocupa de establecer las normas mundiales por las que se rige el comercio entre las naciones. Su principal función es velar por que el comercio se realice de la manera más fluida, previsible y libre posible.

Su sede se encuentra en Ginebra, Suiza, quedando instituida en el año de 1995, como consecuencia de las negociaciones llevadas a cabo en las de las llamadas Rondas de Uruguay, efectuadas entre 1986 y 1994. Actualmente cuenta con 162 Estados miembros, siendo Guatemala uno de ellos, adhiriéndose el 21 de julio de 1995.

b) Organización Mundial de la Propiedad Intelectual -OMPI-



“La OMPI es el foro mundial en lo que atañe a servicios, políticas, cooperación e información en materia de propiedad intelectual. Es un organismo de las Naciones Unidas, autofinanciado, que cuenta con 188 Estados miembros.”³⁴

Su sede se encuentra en Ginebra, Suiza, quedando instituida en el año de 1967. Actualmente cuenta con 188 Estados miembros, siendo Guatemala uno de ellos, adhiriéndose en 1983.

Presta servicios mundiales para proteger la propiedad intelectual en todo el mundo y para resolver controversias, además ofrece infraestructura técnica para conectar los sistemas de propiedad intelectual y compartir los conocimientos. Aunado a esto, organiza programas de cooperación y fortalecimiento de las capacidades para permitir a todos los países utilizar la propiedad intelectual para el desarrollo económico, social y cultural. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual constituye una fuente mundial de referencia para la información en materia de propiedad intelectual.

c) Cámara de Comercio Internacional -CCI-

“La Cámara de Comercio Internacional es la organización empresarial mundial, la única asociación representativa que habla con la voz que emana de las empresas de todos los sectores y de todos los países del mundo”.³⁵

³⁴ <http://www.wipo.int/about-wipo/es/> (fecha de consulta, 20 de abril de 2016)

³⁵ <http://www.iccspain.org/icc/quienes-somos/> (fecha de consulta, 22 de abril de 2016)



La Cámara de Comercio Internacional se encarga de fomentar la apertura del comercio y de la inversión internacionales, así como la economía de mercado:

Su sede se encuentra en Francia, teniendo varias sub sedes alrededor del mundo, quedando instituida en el año de 1919. Actualmente cuenta con 130 Estados miembros, aproximadamente.

d) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI-

“Constituye el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 40 años. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional”.³⁶

Su sede se encuentra en Nueva York, Estados Unidos, y en Viena, Suiza, quedando instituida en el año 1966, mediante la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General de 17 de diciembre. Actualmente cuenta con 60 Estados miembros, aproximadamente.

e) Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-

³⁶ <http://www.uncitral.org/uncitral/es/> (fecha de consulta, 23 de abril de 2016)

“La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ofrece un foro donde los gobiernos puedan trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes. Trabajamos para entender que es lo que conduce al cambio económico, social y ambiental. Medimos la productividad y los flujos globales del comercio e inversión. Analizamos y comparamos datos para realizar pronósticos de tendencias. Fijamos estándares internacionales dentro de un amplio rango de temas de políticas públicas”.³⁷

Su sede se encuentra en París, Francia, quedando instituida en el año 1961. Actualmente cuenta con 34 Estados miembros, siendo México y Chile los únicos países latinoamericanos miembros, pero se encuentran en proceso de adhesión Colombia y Costa Rica.

Su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

f) Secretaría de Integración Económica Centroamericana –SIECA-

Constituye uno de los tantos órganos que componen al Sistema de Integración Centroamericana, siendo el encargado principal de gestionar todas las actividades relativas a la integración económica regional.

³⁷ <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/> (fecha de consulta, 24 de abril de 2016)



“La Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA) es el órgano regional que facilita la integración económica de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, países miembros del Sistema de la Integración Centroamericana.

Vela por la correcta aplicación de los instrumentos jurídicos de la integración económica y la ejecución de las decisiones del Consejo de Ministros para la Integración Económica (COMIECO), en apoyo a los actores del proceso de integración económica (Estados centroamericanos, instituciones regionales, sociedad civil y empresas privadas)”.³⁸

Su sede se encuentra en Guatemala, quedando instituida el 3 de diciembre de 1991, mediante la suscripción del Protocolo a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) o Protocolo de Tegucigalpa, por los Estados de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.

Actualmente cuenta con 7 Estados miembros, siendo estos El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, como países fundadores y posteriormente, se adhirieron como miembros plenos Belice en el año 2000 y, a partir de 2013, la República Dominicana. Esto debido a que en 2015 Costa Rica retiró su adhesión como Estado miembro del Sistema de Integración Centro Americana.

³⁸ <http://www.sieca.int/General/Default.aspx> (fecha de consulta, 24 de abril de 2016)

5.10. Límites a la protección del secreto empresarial

El secreto empresarial, como se ha indicado en párrafos anteriores, es una institución del derecho de propiedad intelectual que se encarga de proteger los conocimientos que no han sido revelados al público.

Existen factores que contribuyen a limitar la protección del secreto empresarial, a continuación se expondrá algunos de esos factores:

- a) La invención de los competidores; El titular de secreto empresarial no puede impedir que terceras personas desarrollen el mismo conocimiento con sus propios medios;
- b) El impedimento de que el secreto se mantenga en secreto, es un poco difícil que ese secreto no sea divulgado en cualquier momento;
- c) Toda la información que sea de dominio público no puede ser protegido como secreto empresarial, entendiéndose como dominio público conjunto de obras u objetos de derechos conexos que toda persona puede explotar sin autorización debido a que no se encuentra protegida o el plazo de protección ha vencido.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En Guatemala el contrato de franquicia carece de regulación específica en la legislación guatemalteca, por lo tanto es considerado como un contrato atípico. Por otra parte, el secreto empresarial, como elemento esencial y ser objeto de estudio del presente trabajo de investigación, es un bien inmaterial no susceptible de ser registrable, por lo que través del análisis de diferentes doctrinas se llegó a la conclusión que en Guatemala la obligación de proteger el secreto empresarial, cuyo objetivo es que no llegue a manos de terceras persona que celebren el contrato de franquicia, corresponde en tanto al franquiciante y franquiciado.

Los secretos empresariales deben ser protegidos, ya que su reserva conlleva el beneficio de la organización de la empresa e implica su eficacia frente a la competitividad. Si el franquiciado violará la confidencialidad y revelará o llegará a terceros el conocimiento del secreto empresarial será responsable civil, mercantil, penal y éticamente frente al franquiciante quien actuó de buena fe al transferirle esa serie de información

Para la protección del secreto empresarial, es imperante que dentro del contrato de franquicia, en las cláusulas escriturarias de confidencialidad y de no competencia, se garantice y asegure la no divulgación del ese secreto entregado bajo reserva y obligue al franquiciado a no exponerlo a terceras personas aun cuando la vigencia del contrato haya llegado a su vencimiento.





BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO BALCORTA, Jaime Antonio. **Derecho mercantil**. México, Universidad Autónoma de Chihuahua, 2000.
- ATHIE GUTIÉRREZ, Amado. **Derecho mercantil**. México; McGraw-Hill, 2002.
- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. Guatemala; Editorial Serviprensa, 2006.
- ARCE GARGOLLO, Javier. **Contratos mercantiles atípicos**. México; Editorial Porrúa, 2009.
- ARAGÓN CHÁVEZ, Primo René. **Aspectos notariales, fiscales y registrales de los contratos típicos mercantiles**, Guatemala; 2007.
- ARRUBIA PAUCAR, Jaime Alberto. **Contratos mercantiles**. Colombia; editorial Dike, 2008.
- BALDÓ DEL CASTAÑO, Vicente. **Conceptos fundamentales del derecho mercantil; las relaciones jurídicas empresariales**. Barcelona; 2007.
- DÍAZ BRAVO, Arturo. **Contratos son bienes inmuebles**. México; IURE editores. 2006.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Régimen jurídico de los conocimientos técnicos**, Argentina; Editorial Heliasta, 2013.
- CACERES BARRANZA, Cesar Augusto. **La protección jurídica de los secretos empresariales**. Ecuador; Cultural Cuzco, 2002.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Argentina; Editorial Heliastas, 1993.
- CIFUENTES BARRERA, Rebeca. **Consentimiento como elemento esencial de los contratos civiles**. Guatemala; Editorial Rafael Landívar, 2013.
- CONTRERAS ORTÍZ, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles**. Guatemala; Editorial Rafael Landívar, 2004.



GÓMEZ SEGADE, José Antonio. **El secreto industrial know how**. Madrid, España, Editorial Tecno, 1974.

KORS, Jorge. **Los secretos industriales**. Argentina; Editorial La Ley, 2006.

OSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Guatemala,

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. **Compendio de derecho civil IV, contratos**. México; Editorial Porrúa, 2001.

SANTIAGO DE LEÓN, Erick Gustavo. **Contratos atípicos modernos**. Guatemala; Estudiantil Felix, 2013.

VASQUEZ MARTINEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Guatemala; Editorial Serviprensa Centroamericana, 1978.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala; Editorial Universitaria, 2006.

VIVANTE, César. **Derecho mercantil**. Madrid; Editorial instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2002.

www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/875/2.pdf (Consultado el 26 de febrero de 2016)

www.bonattipenal.com/violacion-del-secreto-empresarial-i-proteccion-penal-del-secreto-empresarial/ (Consultado el 20 de marzo de 2016)

www.contratodefranquicia.es (Consultado el 26 de febrero de 2016)

www.clarkemodet.com/es/blog/2012/10/Informacion-confidencial-y-secreto-empresarial.html#.VwwSFpzhBko (Consultado el 6 de abril de 2016)

www.clarkemodet.com/es/preguntas-frecuentes/Secretos-Empresariales/Que-es-el-secreto-empresarial (Consulta realizada el 1 de marzo de 2016)

www.construdata.com/BancoConocimiento/C/conceptoknow-how/conceptoknow-how.asp (Consultado el 8 de abril de 2016)

www.definiciona.com/secreto-empresarial/ (Consultado el 6 de abril de 2016)



www.definición.de/derecho-mercantil/ (Consulta realizada el 24 de febrero de 2016)

www.dle.rae.es/?id=IPOOzfn (Consultado el 19 de marzo de 2016)

www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-mercantil/derecho-mercantil.htm
(Consultado el 22 de marzo de 2016)

www.iccspain.org/icc/quienes-somos/ (Consultado el 22 de abril de 2016)

www.inapi.cl/portal/institucional/600/w3-article-832.html (Consultado el 7 de abril de 2016)

www.monografias.com/trabajos96/contrato-franquicia/contrato-franquicia.shtml
(Consultado el 2 de abril de 2016)

www.oecd.org/centrodemexico/laocde/ (Consultado el 24 de abril de 2016)

www.omeba.info/ (Consultado el 12 de marzo de 2016)

www.sieca.int/General/Default.aspx (Consultado el 24 de abril de 2016)

www.uncitral.org/uncitral/es/ (Consultado el 23 de abril de 2016)

www.unla.mx/iusunla36/reflexion/REFLEXIONES%20SOBRE%20LA%20IMPORTANCIA%20DE%20LOS%20SECRETOS%20INDUSTRIALES.htm (Consultado el 28 de marzo de 2016)

www.wipo.int/about-wipo/es/ (Consultado el 20 de abril de 2016)

www.wipo.int/export/sites/www/sme/es/documents/wipo_magazine/05_2002.pdf
(Consultado el 5 de mayo de 2016)

www.wipo.int/wipo_magazine (Consultado el 26 de febrero de 2016)

www.wipo.int/wipo_magazine/es/2013/03/article_0001.html (Consultado el 10 de abril de 2016)

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 2-70, 1970.

Ley de Propiedad Industrial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 57-2000, 2000.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 17-73, 1973.



Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe del Gobierno de la República, Decreto ley No.106, 1963.

Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial.

Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.