

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



**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL CONTRATO DE LICENCIA DE
PERSONALITY MERCHANDISING Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA**

BRYAN RODRIGO ABARCA OCHOA

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2016

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL CONTRATO DE LICENCIA DE
PERSONALITY MERCHANDISING Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

BRYAN RODRIGO ABARCA OCHOA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre 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:

Presidente: Lic. Jaime Rolando Montealegre
Vocal: Licda. Ana Beatriz Conde De León
Secretario: Lic. Juan Carlos Ríos Arévalo

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Hector René Granados Figueroa
Vocal: Lic. Carlos Alberto Cáceres Lima
Secretaria: Licda. Olga Araceli López Hernández

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 05 de junio de 2013.

ASUNTO: BRYAN RODRIGO ABARCA OCHOA, CARNÉ No. 200923721, solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 20130273.

TEMA: "ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL CONTRATO DE LICENCIA DE PERSONALITY MERCHANDISING Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA".

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor de tesis al Licenciado SAULO DE LEÓN ESTRADA, Abogado y Notario, colegiado No. 3246.

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS



Adjunto: Nombramiento de Asesor
cc.Unidad de Tesis
BAMO/yr.

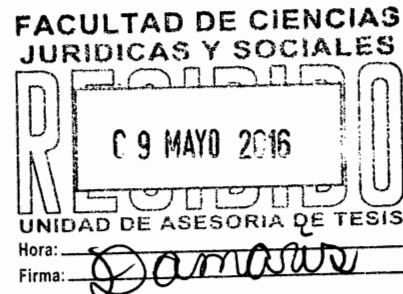


Bufete Jurídico
Lic. Juan Carlos Ríos Arévalo
Abogado y Notario



Guatemala, 09 de mayo de 2016

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



De acuerdo al nombramiento de fecha veintinueve de abril del presente año, he procedido a asesorar la tesis intitulada: **ANÁLISIS JURÍDICO DOTRINARIO DEL CONTRATO DE LICENCIA DE PERSONALITY MERCHANDISING Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA**, del bachiller **BRYAN RODRIGO ABARCA OCHOA**, motivo por el cual emito el siguiente,

DICTAMEN:

- a. El contenido científico de la presente tesis, es demostrable en las técnicas y métodos utilizados y, con respecto al contenido técnico, considero está presente, ya que está correctamente escrito, asimismo en la redacción al utiliza un lenguaje jurídicamente adecuado, el cual es acorde a un trabajo de este grado.
- b. El bachiller usa las referencias adecuadamente, menciona las fuentes de todo el trabajo no original, asimismo contiene suficientes referencias bibliográficas, abrigando el derecho de autor, elemento base que ha servido para mantener el tema tratado y por ende el desarrollo del mismo, es decir que refleja lo indicado por el título.
- c. Cada capítulo de esta tesis se desarrolla adecuadamente, cada uno de los apartados se fundamenta en la comprobación de la hipótesis, esto presenta contribuciones originales científicas al campo del derecho mercantil guatemalteco.
- d. Las conclusiones y recomendaciones se relacionan entre sí y con el contenido del trabajo referido. Asimismo durante la revisión de la tesis, señalé al bachiller que debía realizar una serie de modificaciones, las que estime necesarias para comprender de una mejor forma el tema abordado, asimismo la bibliografía utilizada tiene concordancia directa con los capítulos y con las citas bibliográficas de la tesis.

6^a. Avenida 0-60, Gran Centro Comercial de la Zona Cuatro,
Torre Profesional I, Oficina 701, zona 4, Guatemala, Guatemala
Teléfono: 5916-5885



Bufete Jurídico
Lic. Juan Carlos Ríos Arévalo
Abogado y Notario



- e. Declaro que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Por lo anterior, y habiendo cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público emito **DICTAMEN FAVORABLE** al bachiller **BRYAN RODRIGO ABARCA OCHOA**, para que prosiga con los trámites necesarios para su graduación.

Atentamente,

Lic. Juan Carlos Ríos Arévalo
Asesor de Tesis
Colegiado No. 7792

Licenciado
Juan Carlos Ríos Arévalo
Abogado y Notario



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 19 de mayo de 2016.

Atentamente, pase a la LICENCIADA LILIANA DEL ROSARIO NATARENO NORIEGA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante BRYAN RODRIGO ABARCA OCHOA, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL CONTRATO DE LICENCIA DE PERSONALITY MERCHANDISING Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultada para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, 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, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".



M.A. WILLIAM ENRIQUE LÓPEZ MORATAYA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
WELM/darao.





Licda. Lilitiana del Rosario Natareno de Villagrán
ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, 10 de junio de 2016

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



Según resolución originada de esta Unidad de Tesis, el diecinueve de mayo del año dos mil dieciséis, fui nombrada Revisora del trabajo de tesis del bachiller **BRYAN RODRIGO ABARCA OCHOA**, intitulado: "**Análisis Jurídico Doctrinario Del Contrato de Licencia de Personality Merchandising y su Aplicación en Guatemala**"

A través del presente escrito procedo a dictaminar sobre el referido trabajo:

a. Contenido científico y técnico de la tesis:

El escritor demostró empeño y atención en el transcurso de cada uno de los temas que desarrollo en su trabajo de tesis, el cual posee un contenido científico muy amplio, utiliza el debido lenguaje técnico acorde al tema desarrollado.

b. Metodología y técnicas de investigación fueron utilizadas:

Utilizó de manera correcta los métodos deductivo, analítico y sintético.

c. Opinión sobre la redacción:

Al respecto, hago notar que el estudiante prestó especial atención en cuanto a las correcciones y modificaciones recomendadas por mi persona, asimismo realizó las debidas consultas bibliográficas de autores en el ámbito jurídico.



Licda. Liliana del Rosario Natareno de Villagrán
ABOGADA Y NOTARIA

d. Contribución científica del tema presentado:

El trabajo constituye una contribución científica al estudio del Derecho Mercantil en Guatemala, pues pone de manifiesto que será necesario regular lineamientos básicos y crear normas adecuadas y claras, que regulen el derecho a la protección de la imagen de las personas, ya que actualmente es posible utilizar la imagen de cualquier persona sin que esta lo sepa.

e. Opinión acerca de las conclusiones y recomendaciones a las que se han llegado en el trabajo:

El autor llega a conclusiones y recomendaciones congruentes con su trabajo, confirma las teorías desarrolladas durante la investigación, sintetizando y solventando las afirmaciones sustentadas durante su trabajo.

f. Opinión respecto a la bibliografía utilizada.

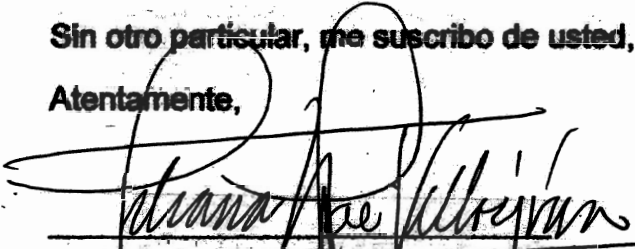
Es evidente, el escritor realmente investigo acerca del tema, acudió a las fuentes bibliográficas, doctrinales y legales adecuadas para el desarrollo de la presente tesis.

El referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la revisión prestada, teniendo en cuenta el cumplimiento a los supuestos de forma y fondo, exigidos por el artículo Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Por lo que me permito indicar que en el presente dictamen se determina expresamente que cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos.

En mi calidad de Revisora, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado del autor amerita seguir su trámite respectivo hasta su total aprobación.

Sin otro particular, me suscribo de usted,

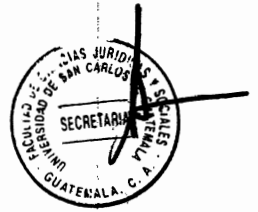
Atentamente,


Licenciada Liliana del Rosario Natareno Noriega
Revisora de Tesis
Colegiado No. 7330

Licda. Liliana Natareno de Villagrán
Abogada y Notario



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 20 de septiembre de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante **BRYAN RODRIGO ABARCA OCHOA**, titulado **ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL CONTRATO DE LICENCIA DE PERSONALITY MERCHANDISING Y SU APLICACIÓN 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/darao.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Al creador, por colmarme de considerables bendiciones.
- A MI MADRE:** Mirthala Elizabeth Ochoa Altún por infundir valores y por ser feliz siendo mi madre.
- A MI PADRE:** Miguel Angel Abarca Contreras quien es mi inspiración para ser mejor persona.
- A MI FAMILIA:** Por todo su apoyo; a José Freddy Must Yupe, quien sin estar obligado me formó como un hijo.
- A MIS AMIGOS:** Por ser el complemento de afecto, cariño pasión y ayuda que siempre necesito, en especial a Karina Galindo Escobar.
- A:** La grande entre las grandes Universidad de San Carlos de Guatemala.
- A:** Esta prestigiosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala de quien siempre será un orgullo ser egresado.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico.....	1
1.1. Origen y desarrollo del negocio jurídico	1
1.2. Definición de negocio jurídico.....	5
1.3. El hecho y acto jurídico	8
1.3.1. Hecho jurídico	8
1.3.2. Acto jurídico.....	10
1.3.3. Diferencia entre hecho y acto jurídico	11
1.4. El negocio jurídico mercantil	12
1.5. El contrato	13
1.6. Definición de contrato	18
1.7. Obligaciones mercantiles	20
1.8. Contrato mercantil.....	22
1.8.1. Principios de la contratación mercantil	23
1.9. Características de los contratos mercantiles	24
1.9.1. La representación para contratar	24
1.9.2. Forma del contrato mercantil.....	25
1.9.3. Clausula compromisoria	26
1.9.4. Contrato de adhesión	26
1.9.5. Libertad de contratación	28
1.9.6. Clausula rec sic stantibus.....	28
1.10. Clasificación de los contratos.....	29



CAPÍTULO II

2. El contrato de personality merchandising	33
2.1. Consideraciones preliminares	33
2.2. El mercadeo o merchandising; antecedente del personality Merchandising	36
2.3. Definición de personality merchandising	39
2.4. Naturaleza jurídica del personality merchandising	41
2.5. Objeto del contrato de personality merchandising	44
2.6. Sujetos que intervienen en el contrato de personality merchandising	45
2.7. Características del contrato de personality merchandising	46
2.8. Contenido del contrato de personality merchandising	48
2.9. Derechos y obligaciones del licenciante	49
2.10. Obligaciones y derechos del merchandiser	51
2.11. Formas de extinción de contrato	52

CAPÍTULO III

3. El derecho a la explotación de la propia imagen	55
3.1. El reconocimiento al derecho de la propia imagen	57
3.2. Concepto y contenido del derecho a la propia imagen	61
3.2.1. El derecho de la propia imagen dentro del derecho a la privacidad	61
3.2.2. El derecho a la propia imagen como una forma de explotación comercial	64
3.3. La protección del derecho a la propia imagen en tratados y convenios internacionales	66
3.4. El derecho a la propia imagen y la legislación guatemalteca	68



CAPÍTULO IV

4. Aplicación del contrato de personality merchandising en Guatemala	73
4.1. Causa y perfección del contrato, su validez en Guatemala	73
4.2. Ventajas de la regulación del contrato de personality merchandising en Guatemala	76
4.3. Contrato de personality merchandising y contrato de servicio profesionales .	78
4.4. Análisis jurídico doctrinario del contrato de personality merchandising y su aplicación en Guatemala	80
CONCLUSIONES	85
RECOMENDACIONES	87
BIBLIOGRAFÍA	89



INTRODUCCIÓN

La presente tesis de grado analiza, dentro del ámbito del derecho jurídico mercantil guatemalteco, el contrato de Licencia de personalidad merchandising y la importancia de los derechos de privacidad y derechos de protección de imagen que posee una persona, dichos derechos son la esencia del aludido contrato. Asimismo, se establecieron los parámetros para ser parte de el relacionado contrato y como pueden obligarse entre sí; tratando además, de determinar si estos derechos están o no contenidos en el sistema jurídico guatemalteco y si es necesario regularlos de una forma clara y expresa, asimismo los efectos que podrían surgir de la incorporación de estos derechos en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

El objetivo fundamental de esta investigación se alcanzó, ya que a través de ésta se determinó la conveniencia de regular de una forma clara y expresa los derechos de privacidad y derechos de protección de imagen que posee una persona dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, puesto que estos derechos, aunque no esten contenidos en forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico, son los que dan razón de ser al contrato de Licencia de personalidad merchandising.

Se estableció la vulnerabilidad de las personas, ya que estos derechos al no estar incorporados a la legislación nacional vigente, se puede dar que los sujetos obligados dejen de cumplir con alguna de sus obligaciones, y que a través de esta forma de negociación mercantil se tiendan a violentar los derechos de privacidad y de protección de imagen, debido a que es muy difícil determinar cuáles son los efectos jurídicos de este contrato, sin que exista regulación legal vigente sobre esta forma contractual.

La presente tesis está organizada en cuatro capítulos, el primero, se desarrolla lo referente al negocio jurídico, desde su origen y posterior evolución histórica hasta



nuestros días así como su regulación legal en Guatemala; abordando el tema de contratación, empezando desde la rama del derecho civil hasta llegar a la rama del derecho mercantil; así como la clasificación de los mismos y su regulación legal en Guatemala; el segundo capítulo, contiene en sí un análisis detallado del contrato de Licencia de personality merchandising, desde sus antecedentes, definición, características, y función económica; el tercer capítulo, se da una explicación jurídica del contrato objeto de este estudio, enfocado en la explicación de los derechos de privacidad y protección de imagen, y finalmente, en el capítulo cuarto se analizó la conveniencia y necesidad de la regulación de estos derechos para una mejor aplicación del contrato atípico mercantil de licencia de personality merchandising en el sistema jurídico guatemalteco, teniendo en cuenta la importancia de la titularización en el contrato, ventajas y desventajas para las partes así como determinar la conveniencia o no de su regulación legal en Guatemala.

La metodología utilizada fueron; método deductivo, ya que se abarca desde la forma más amplia y general del derecho mercantil guatemalteco hasta llegar a describir de forma más sencilla la problemática abordada en la presente investigación; el método sintético, por medio del cual, se unen todos los elementos del problema para obtener una visión muchísimo más amplia y clara acerca de lo que es el contrato de licencia de personality merchandising y por qué es conveniente su la inclusión de los derechos de privacidad y de protección de imagen que posee una persona en el ordenamiento jurídico de Guatemala y el método inductivo, a través del cual se hace un análisis de la normativa jurídica que regula todo lo concerniente a los contratos atípicos en el ámbito mercantil dentro de la legislación nacional y la forma en la cual estos son aplicados en Guatemala.



CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico

El negocio jurídico reviste gran importancia en el ámbito del derecho privado, es inseparable de todo contrato, por lo que en el desarrollo de esta tesis es necesario instruirse en su origen y desarrollo.

1.1. Origen y desarrollo del negocio jurídico

Los romanos considerados los máximos precursores del derecho civil, no desarrollaron el negocio jurídico como lo conocemos hoy en día, sin embargo es en estas épocas se encuentran primeros vestigios del negocio jurídico.

Los romanos deseaban crear un estado de derecho, apto para satisfacer sus múltiples necesidades jurídicas dentro del momento jurídico en el cual ellos dominaban el mundo conocido, los legisladores romanos, no meditaron sobre lo que consistía una doctrina general del ordenamiento jurídico privado, debido a que su interés solo consistía en los aspectos de la vida jurídica romana.

Fue hasta en la época clásica que se tuvo conciencia de lo que significaba el negocio jurídico, aunque no elaborada con su doctrina general, como se ha hecho en estos tiempos, ya que los conceptos previos y condicionales comprendidos dentro de la doctrina del negocio jurídico no fue objeto de la reflexión de los juristas clásicos, cuya

mayor inquietud fue la de crear un derecho positivo. Fueron ellos indudablemente quienes armonizaron tanto la teoría como la práctica, así como los principios y la realidad, lo cual les valió la dirección de la vida jurídica, hasta nuestra época.

Se debe afirmar que "contemplando las infinitas variedades de los hechos que se presentaban en la vida social, estos legisladores encontraron siempre la norma adecuada y una solución que estimaron justa. Estos fueron los méritos más relevantes de los juristas que vivieron en la Edad de Oro de la jurisprudencia romana. Después, en el período de Justiniano, aunque el derecho cesó de crearse de modo tan espléndido como en tiempos anteriores, recurriéndose a la recopilación y a la síntesis, tampoco se elevaron a las nociones que integran una doctrina del negocio jurídico propiamente dicho.

Esto transcurrió de esta forma hasta entrado el siglo XVIII y XIX para encontrar una elaboración sistemática del Derecho Privado. En especial la escuela de los pandectistas en Alemania a quienes les estaba reservada la tarea de crear una doctrina conscientemente formulada del negocio jurídico. Siendo especialmente significativa la aportación de Savigny, cuyas líneas de pensamiento fueron las coordenadas de la construcción de todos los pandectistas. En una vía de sucesiva abstracción y generalización llegó este autor a sintetizar unos caracteres comunes a los contratos, testamentos y otras actuaciones del sujeto de derecho, en todas las cuales apreciaba la existencia de una declaración de voluntad con el fin inmediato de engendrar o destruir una relación jurídica. Por ello, el Código germano se caracteriza y distingue de los



demás por su carácter científico y por su técnica casi perfecta, considerándose como producto más valioso de la ciencia jurídica en ese siglo de intensa renovación espiritual. La consagración del negocio jurídico como término técnico y figura básica de la dogmática del derecho privado, se debe al esfuerzo de los pandectistas alemanes para sistematizar la ciencia jurídica la obra de Savigny, quien utilizando como sinónimos los términos declaración de voluntad y negocio jurídico, estudia unitaria y detalladamente la problemática del negocio jurídico; cuya distinción respecto del concepto de acto jurídico resultará desde entonces evidente. El concepto de negocio jurídico puede considerarse generalmente recibido en las doctrinas alemana, austriaca y hasta en la belga de la época.

La más íntima esencia de la categoría del negocio jurídico, como la construyó la escuela pandectística alemana en la primera mitad del siglo XIX, se encuentra en el hecho de ser una categoría elaborada dentro de la teoría del hecho jurídico; punto culminante de la secuencia: hechos, actos, negocios jurídicos, sin embargo, concebida en función de una teoría del sujeto de derecho. Aunque puesto en la base, como categoría predominante, de un sistema de actos intersubjetivos, entre los cuales domina la figura del contrato, el negocio jurídico ha sido construido como la sola declaración de voluntad, para cuyo pensamiento basta la referencia a un solo individuo.”¹

¹ De los Mozos. **La teoría general del negocio jurídico, su oportunidad e importancia.** Pág. 793.



Con lo anterior, es claro que los estudiosos del derecho, empezando con precursores romanos, tardaron un largo tiempo en expresar en los textos legales el negocio jurídico dentro del sistema jurídico de los estados, fue hasta el año de 1836 que en el Código Civil Húngaro avanza en el tema, ya que es el primer Código Civil que contiene una definición de Negocio Jurídico.

De la ciencia pandectística a la época actual los filósofos, juristas y sociólogos han contribuido a crear una teoría fundamental del derecho, se observa claramente un progreso jurídico extraordinario. El concepto universal del derecho, la relación jurídica, el derecho subjetivo, el derecho jurídico y la norma, han sido objeto de investigación desde diversas posturas filosóficas, integrando escuelas que, actualmente, luchan por el predominio dentro del amplio marco de la filosofía y de la ciencia. Estos conceptos condicionantes que constituyen el armazón del derecho, en su más amplio sentido, son aportes logrados que en el futuro indudablemente han de influir en las codificaciones y en el derecho que surja de este momento histórico tan trascendente, en el que se debaten orientaciones y propósitos que han de variar inexorablemente el curso de la vida jurídica y social.

Al estudiar la esencia del negocio jurídico se observa cómo se le reconoce a la voluntad para poder crear relaciones jurídicas reconocidas por el derecho. Los romanos no definieron, desde luego, el negocio jurídico, pero es posible construir como base de sus principios, una definición.



1.2. Definición de negocio jurídico

De conformidad con Violeta Gustela negocio jurídico "es una declaración de la voluntad individual en el orden privado reconocido por el derecho como apta para producir un resultado jurídico. Su elemento esencial como se deduce del concepto anterior, es la voluntad, pero siempre que se manifieste o exteriorice".²

A la voluntad de las personas, no podrá reconocérsele eficacia jurídica, pues ésta es un efecto o consecuencia más importante del derecho privado, de lo contrario se le privaba a este derecho de tal seguridad o certeza jurídica. También puede basarse en diversas declaraciones de voluntad, depende de la naturaleza del negocio jurídico.

Por su parte, Manuel Ossorio apunta que sobre el negocio jurídico: "En la moderna literatura jurídica se da este nombre a 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".³

Para Giorgio del Vecchio el negocio jurídico es: "un acto voluntario y lícito que produce consecuencias jurídicas".⁴

² Gustale, Violeta. **El origen de los negocios jurídicos y sus conexidades con los hechos y actos jurídicos.** Pág. 3

³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.** Pág. 619

⁴ Del Vecchio, Giorgio. **Filosofía del Derecho.** Pág. 414



Carlos Vásquez expresa que: “negocio jurídico no es más que un acuerdo voluntades que producen consecuencias jurídicas.”⁵

Con todas las definiciones proporcionadas, se puede afirmar que negocio jurídico es un acto lícito y voluntario que se da entre dos o más personas, realizado de conformidad con una norma jurídica y en virtud del cual se crean, modifican o se extinguen derechos y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado, creándose entre estas personas una relación que producirá consecuencias jurídicas.

De conformidad con lo dispuesto en el Código Civil vigente, Decreto Ley 106, en su Artículo 1251, indica que para la validez de un negocio jurídico se requiere la capacidad legal del sujeto que declara la voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito, por lo cual estos elementos son indispensables para que el negocio nazca a la vida jurídica y se produzcan todos sus efectos.

Considerando lo antes escrito; se puede afirmar que los requisitos generales del negocio jurídico, son los siguientes:

- a. La declaración de la voluntad
- b. La capacidad en el sujeto
- c. Consentimiento que no adolezca de vicio
- d. Objeto lícito y posible

En cuanto al primer elemento, se destaca su importancia señalando la necesidad que la voluntad se exteriorice. Por su parte la capacidad ya sea de hecho o de derecho, es

⁵ Vásquez, Carlos. **Derecho civil IV**. Pág. 2



una condición sine qua non, es decir sin la cual no puede subsistir ningún acto jurídico, en este sentido la capacidad legal es la aptitud derivada de la personalidad que tiene una persona para contraer obligaciones y ejercer sus derechos. Al referirse que el consentimiento no adolezca de vicio, que es en la declaración de voluntad, no deben de existir circunstancias que hagan ineficaz el negocio las cuales son: el error, el dolo y la violencia.

- a. El error, es la falsa noción que se tiene de una cosa, por supuesto que no todos los errores anulan el acto
- b. El dolo, que tiene lugar cuando una de las partes o un tercero induce a error a la otra para decidirla a prestar su consentimiento, mediante el empleo de fraudulentas acciones con el propósito de obtener una ventaja a sus expensas.
- c. La violencia, no es más que un acto de fuerza material o psicológica ejercida contra una persona para obligarla a prestar su consentimiento en un contrato.

La licitud del objeto es natural que se exija, puesto que las normas legales no pueden amparar nada que sea contrario a derecho.

La posibilidad del objeto está íntimamente relacionada con su existencia tanto física como jurídica. Si se conviene la entrega de una cosa que no puede realizarse físicamente no puede reconocérsele por el derecho validez a este pacto, debido a la inexistencia del objeto.

1.3. El hecho y el acto jurídico

Si se considera al derecho privado, como un sistema de derechos subjetivos, surge la cuestión de estudiar de qué manera nacen a la vida y cuáles son los hechos que tienen la capacidad de crearlos, por consiguiente es necesario analizar los llamados hechos y actos jurídicos.

1.3.1. Hecho jurídico

El concepto de hecho jurídico es uno de los fundamentales del derecho; en términos generales, se suele definir como cualquier acontecimiento, natural o humano, a cuya verificación el ordenamiento jurídico liga cualquier efecto jurídico, constitutivo, modificativo o extintivo de relaciones jurídicas. En este orden, se puede señalar que el hecho jurídico es el conjunto de circunstancias que producidas deben determinar ciertos efectos de acuerdo con la ley.⁶

Por consiguiente, el hecho jurídico se materializa en aquella situación a la que el ordenamiento jurídico le atribuye un efecto con base en una relación de imputación.

Con base en lo expuesto, se puede afirmar que el hecho jurídico, reducido a su expresión más simple, se obtiene como un hecho dotado de ciertos requisitos, presupuestos por la norma, que incide en una situación preexistente inicial y la

⁶ Lastra, Lastra. **Hechos y actos jurídicos**. Pág. 101.

transforma en una situación nueva o final, de modo que constituya, modifique o extinga, poderes y vínculos, o calificaciones y posiciones jurídicas.

En definitiva, son hechos jurídicos aquellos a los que el ordenamiento atribuye trascendencia jurídica, alterando situaciones preexistentes a ellos y configurando situaciones nuevas a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas.

De este modo, la combinación de la situación a modificar y el acontecimiento que sobre ella incide conforman el supuesto de hecho del efecto jurídico que se genera.

Hecho jurídico puede ser un acontecimiento natural, absolutamente independiente de la voluntad del hombre, caracterizado por la relación de causalidad que rige los fenómenos naturales. La ley se limita a contemplar el hecho tal y como se presenta en la naturaleza, atribuyéndole eficacia jurídica.

Según el ejemplo clásico del derecho común, si un río, segrega de su ribera una porción conocida de terreno, y la transporta a las heredades fronterizas o a las inferiores, el dueño de la finca que orillaba la ribera segregada conserva la propiedad de la porción de terreno incorporado; pero si dentro del término de seis meses no ejercitare su derecho, lo perderá en favor del dueño del terreno a que se hubiere agregado como lo presupone el Artículo 676 del Código Civil. En este supuesto se pueden constituir nuevos derechos de propiedad como consecuencia de un simple hecho o evento natural, más allá de la voluntad del hombre. Asimismo un rayo, como fenómeno natural por ejemplo, se vuelve hecho jurídico cuando se convierte en riesgo de un contrato de seguro. Otros supuestos de hechos jurídicos naturales pueden ser el nacimiento, la



enfermedad mental, la muerte, la pérdida de una cosa, el parto de un animal, fructificación de una planta, la ausencia, el comienzo de la mayoría de edad, la aluvión, la avulsión y la formación de isla.

También puede ocurrir que concurra la intervención del hombre para que se dé un hecho jurídico pero que la voluntariedad de dicha intervención sea jurídicamente irrelevante: así, por ejemplo, el propietario del suelo adquiere la propiedad de los frutos del mismo; pero adquiere su propiedad por el advenimiento de un hecho natural, cual es el nacimiento de los frutos del suelo independientemente de la circunstancia que se trate de frutos espontáneos como sucede respecto de árboles, arbustos, etc. o que sean producto del cultivo. Otro supuesto en este tema, es el “hecho doloso o culpable” o “hecho ilícito” a que se refieren los artículos 1645 y 1646 del Código Civil: aquí la expresión se usa con referencia a un comportamiento humano, ya sea éste doloso es decir, intencional o culpable debido a la negligencia, a la impericia o a la imprudencia.

1.3.2. Acto jurídico

El acto, en sentido jurídico, supone un hecho humano producido por voluntad consciente y exteriorizada. Cuando el acto se produce, conforme a las disposiciones del derecho objetivo, un efecto jurídico, es llamado acto jurídico. Este es estrictamente el resultado de la conducta del hombre, pero no de cualquier conducta, sino de aquella que intencionalmente ha querido y buscado la realización de consecuencias jurídicas que concurren.

Lo antes escrito, ratifica que los actos jurídicos constituyen declaraciones de voluntad relativas a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica. No está ligado únicamente a la sola voluntariedad del comportamiento humano, sino al posterior requisito de la llamada voluntad de los efectos.

Es preciso enfatizar que para que el efecto jurídico se produzca, es necesario que el sujeto haya querido también ese efecto. Es el caso del contrato, interpretado como un acuerdo de voluntades entre dos o más personas para crear, modificar o extinguir una obligación como lo regula el Artículo 1517 del Código Civil.

Con esto claro, se afirma que en los actos jurídicos interviene la voluntad de las personas, con la intención de producir los efectos previstos en las normas jurídicas y es considerado el género, siendo el contrato la especie.

1.3.3. Diferencia entre hecho y acto jurídico

El acto jurídico se diferencia del hecho jurídico ya que “produciendo ambos consecuencias en el mundo del derecho, sólo éste es resultado de la voluntad del hombre”.⁷ Es decir, que por excelencia la voluntad está inmersa en el acto jurídico.

En el anterior orden de ideas del autor citado, el hecho jurídico es ajeno a la voluntad; “el acto en sentido jurídico por excelencia debe contar con la voluntad del hombre y es aquel en el que, de una manera u otra, el ordenamiento se plantea la eficacia jurídica

⁷ Llambías, Jorge Joaquín. **Tratado de Derecho Civil**. Parte general, Tomo II, No. 1359. Pág. 259



de la voluntad de los particulares”⁸. Acto jurídico es un concepto suficiente para englobar tanto el acto jurídico en sentido estricto o acto no negocial, y el negocio jurídico.

1.4. El negocio jurídico mercantil

En armonía con lo escrito por el maestro Villegas Lara: “teniendo en cuenta que el derecho mercantil es el conjunto de normas jurídicas codificadas o no que regulan la actividad profesional de los comerciantes, las casas mercantiles y los negocios jurídicos mercantiles”.⁹

Atendiendo a lo escrito por el autor citado, se infiere que el negocio jurídico mercantil, es el negocio que tiene por objeto un acto de comercio, que es todo aquel acto regulado en el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República o cualquier otra normativa que esté relacionada; por lo tanto, el negocio jurídico mercantil debe de ser considerado como un acto por excelencia de comercio en función de la intervención que tendrán las partes, si estos son comerciantes o no, en función de su objeto.

En este sentido, el Artículo dos del Código de Comercio de Guatemala, determina que son comerciantes las personas que en nombre propio y con fines de lucro ejercen las siguientes actividades:

⁸ De Leon Prado, Dimas Juan Carlos. **Análisis jurídico doctrinario del contrato de promesa y de opción, de conformidad con la legislación guatemalteca.** Pág. 4

⁹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil.** Pág. 11.



- a. La industria dirigida a la producción y transformación de bienes y la prestación de servicios
- b. La intermediación de bienes y la prestación de servicios
- c. La banca, seguros y fianzas
- d. Los auxiliares de los anteriores

De la norma anterior se interpreta que actos o actividades se consideran de comercio y que personas se consideran comerciantes. En ese sentido cabe mencionar que de acuerdo con la legislación guatemalteca, se considera comerciantes a las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto.

Por todo lo anterior es preciso determinar que el negocio jurídico mercantil se lleva a cabo cuando intervienen personas, que por la actividad a la que se dedican, son comerciantes realizando los actos calificados de comercio en la legislación, es decir, es un acto voluntario y lícito realizado de conformidad con la norma jurídica en virtud de la cual dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones derivados de actos o actividades comerciales.

1.5. El contrato

Carlos Gherzi, se refiere al contrato de esta forma: “El contrato como herramienta jurídica de acceso a los bienes y servicios, debe de servir para la consolidación de un

derecho justo, imprescindible para el sistema democrático y la convivencia en paz”.

Para tener una idea clara sobre la definición de esta institución jurídica, es necesario analizar la evolución jurídica del contrato.

Para el autor Emilio Betti; “la contratación es uno de los pilares del campo de estudio del Derecho Civil, por lo tanto no es posible hacer un análisis histórico sin tomar en cuenta a los precursores de esta Rama del Derecho. Así es que en primer plano se debe tener en cuenta al derecho romano, donde originariamente, la voz contractus no parece haber poseído un preciso significado técnico-jurídico. Etimológicamente, contractus es el participio pasivo del verbo contrahere, por lo cual designa genéricamente como lo contraído. En ese sentido, lo contraído es un negocio o, más exactamente, una obligación (negotiumcontractum, obligatio contracta). Contractus es, pues, aquella situación que da origen a ese especial vinculum iuris en que la obligatio consiste”.¹¹

Es aconsejable realizar un breve esquema histórico que sirva para esclarecer cuál ha sido la respuesta a un problema que, como problema jurídico, se plantea en términos prácticos y no en términos teóricos. La cuestión no es otra sino la siguiente: prometida cosa o servicio por una persona, bien a cambio de otra cosa u otro servicio, bien a cambio de nada, y siéndole aceptada esa promesa, con promesa respectiva, en su caso.

¹⁰ Gherzi, Carlos. **Contratos civiles y comerciales**. Pág. 34

¹¹ Betti, Emilio. **Teoría del negocio jurídico**. Pág. 70



En cuanto a la promesa a la cual se refiere en el párrafo que antecede hay que señalar que va íntimamente ligada a la observancia de una forma, compuesta de ritos; es la ceremonia lo que confiere a la promesa o al entrecruzamiento de promesas el valor de la certeza y la seguridad que les da la posibilidad de ser jurídicamente exigidas, y sólo por ello, vinculantes.

Avanzando en el tiempo pero siempre dentro de lo normado por el derecho romano, se observó el surgimiento de las obligaciones re contractae, que implican el surgimiento del vínculo porque el acuerdo de las partes va acompañado de la entrega de una cosa, sin cuya dato rei no existe la posibilidad jurídica de exigir alguna obligación, agotándose prácticamente esta posibilidad en la restitución de la cosa entregada, por otro lado, las figuras eran típicas y constituían un número cerrado.

De lo anterior cabe concluir que el llamado iuscivilevetus no conoció la eficiencia obligatoria de la voluntad por sí misma, si no iba encuadrada en una forma o precedida de una entrega.

El ius civile novum introdujo la categoría de las obligaciones consensu contractae, basadas sobre el nudus consensus in ídem placitun de las partes, manifestado en cualquier tipo de forma; de esta manera avanza la idea del contractus como una conventio de voluntades; pero de ninguna manera es una idea general, es decir no se llega a admitir nunca que las obligaciones puedan nacer de cualquier tipo de conventio, sino sólo de los reconocidos con un predeterminado esquema y contenido obligatorio.

La voluntad continúa sin ser por sí sola eficiente, si antes se necesitaba de la forma o de la entrega, ahora sólo produce efectos en moldes típicos predispuestos por el derecho objetivo, pues se considera que sólo así quedan garantizadas la certeza y la estabilidad del tráfico jurídico.

Ni siquiera las fórmulas pretorias que acuñaron los *pacta* implican una admisión generalizada de la voluntad por sí sola como productora de obligaciones jurídicamente exigibles (*ex nudo pacto non oritur actio*): para que ello sea así el *pactum* debe ser un *adiectum* de los contratos típicos, o ir acompañado de un *vestimentum* (*pacta vestita*), solución esta última que nos devuelve a exigencias de forma.

Las cosas continuaron así hasta bien avanzados los siglos intermedios, en los que la influencia del Derecho Canónico a través de su doctrina de la *fides* respecto por razones éticas a la palabra dada, hace pensar en que el puro acuerdo, sin forma, sin entrega de cosa, y sin sujeción a tipo predeterminado, puede engendrar obligaciones; más importancia tuvieron las necesidades del tráfico mercantil naciente, cuyos requerimientos de agilidad, flexibilidad y eficacia soportaban más los formalismos o el imperativo encaje dentro de moldes típicos y predeterminados.

Sólo en estos momentos se puede decir que ha triunfado un principio consensualista en la materia: en esta línea, en el Derecho de Castilla, y con notoria anticipación a su época, se sitúa el principio antiformalista del Ordenamiento español de Alcalá, año 1340, Título XVI. Sin embargo, y aunque el estado de la cuestión es notablemente diverso a las formulaciones históricas anteriores, sigue sin ser verdad absoluta el papel



de la exclusiva voluntad como generadora de obligaciones y por lo tanto, consentimiento de ambas partes contratantes.

Las obras del derecho francés, por su parte, fundamentadas en las ideas propuestas por el Derecho Natural racionalista que, con su exaltación del individuo, conducían a una exacerbación del papel de la voluntad del individuo en el campo del derecho, son especialmente significativas en el sentido de lo que se está afirmando, pues sólo consideran en célebres pasajes, cuya ambigüedad y falta de coherencia interna no empaña el trazo general que aquí se quiere poner de manifiesto, obligaciones jurídicamente exigibles las que tengan causa, como razón suficiente de exigibilidad; y en esa razón de exigir lo prometido en una convención, que es lo que técnicamente se denomina causa de la obligación, está en lo recibido o prometido recibir aún sin la nota de la conmutatividad y siempre que la finalidad sea honesta.

Si no concurren estos requisitos, la pura voluntad por sí sola nada obliga: no lograron los citados juristas un congruente cierre de su propio cuadro en relación con la promesa gratuita, pero en términos generales la cuestión venía resuelta por los ordenamientos, puesto que para la efectividad de aquélla, se proveía a imposiciones de forma solemne.

Por lo que es acertado afirmar que con estas ideas fue fundamentado el llamado "Código de Napoleón", el cual fue promulgado durante la revolución francesa y sobre el cual se han basado la mayoría de códigos civiles.

1.6. Definición de contrato

Manuel Ossorio define el contrato de esta forma: “hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a regir sus derechos”.¹²

Ahora bien, Díez Picazo manifiesta que “contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan”.¹³

Para Puig Peña, el contrato es: “acuerdo de voluntades anteriormente divergentes por virtud de la cual las partes dan vida, modifican y extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial”.¹⁴

El Código Civil francés en su Artículo 1101 indica que “el contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan hacia otras o a varias mas, a dar, hacer o no hacer una cosa”.

Lasarte define el contrato así: “el contrato es un mecanismo de generación de derechos y obligaciones respecto a las partes, quienes se encuentran vinculadas a la realización de su promesa por el mero hecho de haberse comprometido a ello, por haber prestado su consentimiento”.¹⁵

¹² Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág.167

¹³ Díez Picazo. **Fundamentos de derecho civil patrimonial**, pág. 121

¹⁴ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil Español**. tomo III. Pág. 329

¹⁵ Lasarte Álvarez, Carlos. **Principios del derecho civil**. Pág. 6



El Código Civil español establece una amplia reglamentación de los contratos, particularmente en el título segundo del libro IV, específicamente en el Artículo 1254 el cual versa de esta manera: “el contrato existe desde que una persona o varias personas consientan en obligarse respecto de otras u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio. Al respecto el Código Civil expresa que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

Con esto claro, se puede observar lo que la ley expresa sobre el contrato, el Código Civil en su Artículo 1517 estipula: “Hay contrato cuando dos o más personas, convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

Se puede deducir de este concepto legislativo dos notas características:

- a) En el contrato hay siempre un consentimiento común de dos o más personas: el contrato existe desde que varias personas consienten.
- b) El contrato tiene siempre como consecuencia la creación de una obligación que tiene fuerza ley entre las partes contratantes.

En esta línea de pensamiento, se puede afirmar que el contrato es fuente de obligaciones o medio de alterarlas, transmitir las o extinguirlas. En todo caso, el contrato convierte a sus protagonistas en acreedores y deudores.



1.7. Obligaciones mercantiles

Es menester mencionar, que el término obligación en el campo del derecho implica la existencia de “un vínculo jurídico por el cual una persona llamada deudor se encuentra constreñida en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa a favor de otra persona llamada acreedor; cuando dicha relación entre la persona denominada acreedor y el deudor se origina a partir de un acto de comercio, la obligación se entenderá que es de carácter mercantil.”¹⁶

Además, hay que observar que los elementos de las obligaciones son las siguientes:

- a) Los sujetos de la obligación serán las personas individuales o colectivas que son capaces de obligarse.
- b) La relación jurídica, que es el lazo que se establece entre el acreedor –sujeto activo- y el deudor-sujeto pasivo.
- c) El objeto de la obligación, que se caracteriza por la prestación de dar, de hacer o bien una abstención que el deudor debe observar a favor del sujeto activo. Entre las características del objeto de la obligación está el hecho de que debe ser determinado en género y en especie; debe ser posible física y jurídicamente y por ende requiere estar dentro del comercio.

Las modalidades de las obligaciones son:

¹⁶ Athié Gutiérrez, Amado. **Derecho Mercantil**. Pág. 225

- a) La obligación condicional, que es aquella que su existencia o su resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto. Éste tipo de obligación se divide en: condición suspensiva y condición resolutoria. La primera existe cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación y la segunda, cuando cumplida la condición trae como resultado la resolución de la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si la obligación no hubiera existido nunca.
- b) Otro tipo de obligación es la llamada a plazo. Su característica es que su cumplimiento está determinado por un día preciso.
- c) A la par de este tipo de obligación se ubica la obligación conjuntiva y alternativa. La primera existe cuando el deudor se ha obligado a diversas cosas o hechos en conjunto, debe dar las primeras y prestar todos los segundos. En cuanto a la obligación alternativa, existe cuando el deudor se ha obligado a uno o dos hechos, o a una de dos cosas, un hecho o una cosa, y presta cualquiera de esos hechos o cosas más no puede, contra la voluntad del sujeto activo prestar parte de una cosa y parte de otra o bien, ejecutar en parte un hecho.
- d) Obligación mancomunidad y obligación solidaria. La primera existe cuando hay pluralidad de deudores y acreedores al tratarse de una obligación. Cuando esto sucede, el crédito o la deuda se considerarán divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros. La obligación solidaria puede tener dos variantes. El ser activa cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí el cumplimiento



total de la obligación. Y ser pasiva, cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí en su totalidad, la prestación debida.

Desde otra perspectiva las obligaciones pueden ser: de dar, de hacer o de no hacer; las obligaciones de dar, consisten en la prestación de una cosa. A la par están las obligaciones de hacer, que tiene por objeto una prestación a favor del acreedor. Finalmente las obligaciones de no hacer, que consisten en la abstención del deudor de realizar un determinado acto.

1.8. Contrato mercantil

En el derecho español, un contrato mercantil es un negocio jurídico bilateral que consiste en un acto de comercio.

Un contrato puede ser considerado acto de comercio en función del estado de las partes que intervienen en él, es decir, si estos son comerciantes o no, en función de su objeto, si tiene un objeto que el Código de Comercio de Guatemala reputa mercantil o no, o en función de los dos criterios tornados conjuntamente, con todo esto en base a los Artículos dos, cuatro y cinco del Código de Comercio de Guatemala en el cual el epígrafe indica lo anterior como negocio mixto.

Por ejemplo, el contrato de constitución de sociedad anónima es eminentemente mercantil ya que se puede decir que en función de su objeto, que radica en la puesta en común de bienes y/o servicios para la realización de una actividad económica con



ánimo de lucro, es independiente el carácter de comerciantes o no comerciantes de las partes que lo suscriban, así como en el contrato de mutuo será mercantil si cualquiera de las partes es comerciante, en la legislación guatemalteca se da en el caso de que el mutuante sea una entidad bancaria o financiera.

1.8.1. Principios en la contratación mercantil

De conformidad con la doctrina, existen distintos principios dentro de los cuales se pueden citar los siguientes:

- a. La verdad sabida
- b. La buena fe guardada
- c. Toda prestación se presume onerosa
- d. La intención de lucro
- e. Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.

Por otro lado en el Artículo 699 del Código de Comercio de Guatemala, se confirma que las obligaciones mercantiles se interpretan, ejecutan y cumplen de conformidad con los principios de verdad sabida, y de buena fe guardada.

Por excelencia el derecho mercantil es poco formalista, esto permite el desarrollo de las obligaciones mercantiles, puesto que al mismo tiempo se interpretan, ejecutan y cumplen de conformidad con los principios de verdad sabida, buena fe guardada y la seguridad del tráfico comercial.



El cumplimiento de los deberes y el ejercicio de los derechos son rigurosos porque solo de esa manera puede conseguirse armonía en la intermediación para la circulación de los bienes y la prestación de servicios.

1.9. Características de los contratos mercantiles

A continuación se presentan características que poseen los contratos mercantiles en general de tal manera que sea más simple el entendimiento del estudio de las obligaciones en el ámbito mercantil.

1.9.1. La representación para contratar

En el derecho mercantil, se utiliza la figura denominada representación aparente es decir que una persona puede representar a otra sin necesidad de mandato.

El Artículo 670 del Código de Comercio de Guatemala, establece lo siguiente: “Quien haya dado lugar, con actos positivos u omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar como representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena fe.”



1.9.2. Forma del contrato mercantil

Según el Código Civil, que se aplica supletoriamente en el Derecho Mercantil Guatemalteco las personas pueden contratar y obligarse:

- a. Por medio de escritura publica
- b. Documento privado
- c. Acta levantada ante el alcalde del lugar
- d. Por correspondencia y verbalmente

En cuanto al derecho mercantil la forma se encuentra más simplificada, los contratos de comercio no están sujetos para su validez a formalidades especiales en virtud de que una de las principales características de este derecho es el poco formalismo, por lo tanto, en cuanto al derecho mercantil cualquiera que sea la forma de contratación, las partes quedan vinculadas en los términos que quisieron obligarse.

Lo anterior encuentra fundamento en el Artículo 1518 del Código Civil vigente que preceptúa que: “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.”



1.9.3. Cláusula compromisoria

En el ámbito del Derecho Mercantil Guatemalteco un contrato puede discutirse mediante arbitraje sin necesidad de que la cláusula compromisoria conste en escritura pública, que viene a ser una característica del contrato mercantil, según el Artículo 671 del Código de Comercio de Guatemala.

1.9.4. Contrato de adhesión

El contrato por adhesión que ha sido muy criticado, puesto que se tiene la noción que pone en desventaja al consumidor frente a la persona que ofrece un bien o un servicio; sin embargo, quienes lo defienden consideran que es el medio más adecuado para aquellas transacciones que se dan en grandes cantidades. Por eso se ha considerado que esta modalidad de contrato es más susceptible de darse en el campo mercantil.

Por lo tanto el Código de Comercio de Guatemala establece reglas para interpretar los contratos por adhesión con el objeto de proteger al contratante que recibe la oferta del contrato. Estos contratos son producto de la negociación en masa, son elaborados en serie, estos son sometidos a leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce al mínimo el esfuerzo de las partes y la pérdida de tiempo.

El Código de Comercio de Guatemala, Decreto Legislativo 2-70, en su Artículo 672, divide los contratos de adhesión en dos situaciones:

a. Contrato mediante formularios, Artículo 672: En los contratos estandarizados mediante formularios, su interpretación se rige mediante las siguientes reglas.

a.1. Se interpretan en caso de duda, en sentido menos favorable de quien preparo el formulario.

a.2. Cualquier renuncia de derecho tiene validez, si en la redacción del documento aparecen caracteres tipográficos más grandes o diferentes al resto del documento.

a.3. Las cláusulas adicionales predominan sobre las generales del formulario, aunque estas no hayan sido dejadas sin efecto.

b. Contrato mediante pólizas, establece el Artículo 673, del Código de Comercio de Guatemala lo siguiente; hay contratos que se celebran mediante pólizas, como el contrato de seguro; mediante facturas, y mediante órdenes o pedidos en el suministro. En estos contratos puede suceder que los términos en que se contrató difieran de lo que dice el documento, para ello se puede pedir una rectificación dentro de quince días siguientes a aquel en que se recibe el documento; de lo contrario, se consideran aceptadas las condiciones consignadas. Asimismo, si la persona contra quien reclama no contesta dentro de quince días, se considera aceptada la rectificación. En estos dos casos debe tenerse silencio como táctica manifestación de voluntad. A estas formas de contratar también se les aplica las reglas de interpretación antes descritas.

También conocida como teoría de la imprevisión, la que quiere decir que el contrato se cumple siempre y cuando las circunstancias o sucesos, se mantengan, en las condiciones iniciales. El Artículo 688 del Código de Comercio de Guatemala establece, que el deudor puede demandar la terminación del contrato únicamente en los de tracto sucesivo y en los de ejecución diferida, si sobrevienen hechos extraordinarios e imprevisibles que hagan oneroso el cumplimiento de la presentación.

De esta manera la terminación que se diera por esas circunstancias no afectarían las obligaciones ya ejecutadas ni aquellas en las que ya se ha incurrido en mora.



1.10. Clasificación de los contratos

Existen diversas clasificaciones de los contratos, atendiendo a sus características se da la siguiente clasificación:

- a. Unilaterales: Si la obligación recae solamente sobre una de las partes.
- b. Bilaterales: Ambas partes se obligan recíprocamente.
- c. Consensuales: Son los contratos que se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes.
- d. Reales: Si para su perfección se requiere de la entrega de la cosa objeto del negocio.
- e. Formales: Cuando es necesario determinado acto solemne, el cual es impuesto por la ley.
- f. No formales: Cuando el vínculo entre las partes no deja de surgir por la ausencia de alguna formalidad. Esto es regla del Derecho Mercantil Guatemalteco (Art. 671 de Código de Comercio de Guatemala).
- g. Principales: Son los contratos que subsisten por sí solos.
- h. Accesorios: Son los contratos que tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación.
- i. Onerosos: Son aquellos contratos en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.
- j. Gratuitos: Se fundan en la liberalidad, se da algo a cambio de nada. En el Derecho Mercantil por sus características no existen los contratos gratuitos, porque estaría en contra de la naturaleza de esta rama del derecho.

- k. **Conmutativos:** Son los contratos en que las partes, desde el momento de su celebración saben cuál es el alcance y su obligación, aprecian el beneficio o la pérdida que causa el negocio.
- l. **Aleatorios:** Son los contratos que dependen de la realización de un acontecimiento futuro que determina la pérdida o ganancia para las partes.
- m. **Condicionales:** Son los contratos cuya realización depende del cumplimiento de una condición.
- n. **Absolutos:** Son los contratos en los cuales su realización es independiente de toda condición.
- o. **Típicos o nominados:** Son los contratos que están regulados por la ley, la misma les da los elementos esenciales. Estos contratos tienen características especiales, estructura diferenciada por la ley, poseen un objeto particular, efectos muy concretos requeridos por las partes y una especial disciplina, están descritos y regulados por la norma civil o mercantil, o bien, por una ley especial.
- p. **Atípicos o innominados:** Atípico, quiere decir, sin tipicidad, es decir cuando no obstante ser contrato, porque crea, modifica o extingue obligaciones, no lo contempla la ley específicamente. En este caso, son los interesados quienes le dan la forma que juzguen conveniente, según lo que regula el Código Civil en su Artículo 1256.
- q. **De ejecución instantánea:** Son aquéllos contratos que se cumplen en un sólo momento.
- r. **De tracto sucesivo:** Consisten en que los efectos del contrato ocurren en forma sucesiva, en momentos o etapas por la forma en que se cumplen las prestaciones que se deben las partes.

Existe también otra clasificación, a la cual se refiere el Doctor Edmundo Vásquez Martínez, en su obra Instituciones de derecho mercantil; atendiendo a su función económica, los clasifica de esta forma:

- a) “Contratos de cambio o transferencia: Son los que procuran la circulación de la riqueza, ya sea dando un bien a cambio de un hacer o servicio, (transporte, hospedaje).
- b) Contratos de colaboración, tanto asociativa (contrato de sociedad), como simple, en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra (agencia, corretaje, comisión, edición, difusión y representación escénica, participación).
- c) Contratos de conservación o custodia. (depósito irregular, depósito en almacenes generales y fideicomiso).
- d) Contratos de crédito. En los que al menos una parte concede crédito a la otra (apertura de crédito, descuento, cuenta corriente, reporto, carta orden de crédito, tarjeta de crédito, crédito documentario).
- e) Contratos de prevención de riesgo. En los que una parte cubre a la otra, las consecuencias económicas de un determinado riesgo (seguro y reaseguro).
- f) Contratos de garantía, que aseguran el cumplimiento de las obligaciones (fianza y reafianzamiento).”¹⁷

¹⁷ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Págs. 545- 546.



Es importante comprender la teoría de los contratos, para que se establezca el vínculo entre ésta y el contrato que se analizará dentro de esta tesis, pues para que un contrato se considere valido debe estar fundamentado en las leyes mercantiles vigentes del Estado, así como estar coadyuvado por la doctrina, en caso contrario, carecería de eficacia dentro de Guatemala, por lo cual no podría nacer a la vida jurídica.

CAPÍTULO II

2. El contrato de personality merchandising

En este capítulo, se desarrolla el contrato de personality merchandising, desde los orígenes, su definición, sus características y su forma de aplicación.

2.1. Consideraciones preliminares

Las personas célebres son una gran herramienta del mercado para generar negocios; es decir, el hecho que una persona famosa aparezca a la vista pública, inmediatamente atraerá la atención de los consumidores, de estilos diversos los cuales están interesados en descubrir algún aspecto más de ella y en lo posible imitar su forma de vestir, o de verse.

Los comerciantes no han dejado pasar el hecho que las personas prestamos atención a otras personas que son famosas, han logrado lucrar de la atracción que sienten los consumidores hacia estas personas famosas; de tal forma que los comerciantes, tratan de estimular la demanda de los productos aprovechando la persuasión que poseen sobre las masas algunas personas famosas; por citar un ejemplo los futbolistas famosos promocionando zapatos de determinadas marcas, con el objetivo de vender esos zapatos, utilizando el pretexto que ese jugador los utiliza.



Dentro de este contexto, se debe encuadrar al Merchandising como la figura consistente en presentar un producto o identificar un servicio en el mercado con el nombre o el aspecto de la imagen de una persona famosa. Este concepto se utiliza también para calificar la práctica que consiste en identificar el producto o el servicio con una marca de renombre o con una creación original reconocida. El empresario que emplea este mecanismo para distinguir sus productos o servicios en el mercado consigue que éstos sean fácilmente reconocidos y adquiridos por el público.

Con esto claro, la Constitución Política de la República de Guatemala regula, en su Artículo 5, que todas las personas tienen derecho de hacer lo que la ley no prohíbe, así mismo reconoce la libertad de industria y de comercio, además reconoce el derecho al trabajo que poseen todas las personas el cual está regulado en el Artículo 101, entendiendo como trabajo la prestación de imagen de una persona reconocida para la explotación de un producto determinado, con el objetivo de obtener un beneficio económico.

Por su parte, el Código de Comercio de Guatemala; responde a las necesidades económicas por su orientación filosófica con un toque de realismo mercantil; sin embargo, los legisladores tomando en cuenta el constante cambio del derecho mercantil, se enfocaron en que el Código de Comercio de Guatemala, poseyera un ámbito de flexibilidad y amplitud; de tal forma que se estimule la libre empresa así como el tráfico mercantil en Guatemala.

Como se puede observar y de acuerdo a lo escrito en párrafos anteriores; es preciso aseverar que los comerciantes, con el objeto de obtener mayores ganancias han implementado dentro de la práctica mercantil; nuevas formas de contratación, lo cual ha desembocado en la utilización frecuente de los llamados “contratos atípicos”, esto es que no se encuentran tipificados dentro del Código de Comercio de Guatemala vigente.

Estas formas de contratación se originan dentro de la vida jurídica basándose en lo que se denomina como libertad de configuración interna; que tiene como única limitante la creatividad de las personas para idear nuevas formas de contratos, tomando en cuenta únicamente que no vayan en contra de leyes prohibitivas expresas, ni del orden público; cabe mencionar sobre la falta de codificación de este tipo de contratos que es una tarea muy difícil, si no imposible tipificar la totalidad de contratos atípicos mercantiles existentes, debido a la naturaleza cambiante de las transacciones comerciales y la propia evolución del derecho mercantil.

Si se analiza lo escrito con anterioridad, se concibe, que la imagen de determinadas personas posea un poder sugestivo que puede llegar a adquirir un valor muy relevante en el mercado. Por consiguiente, el titular del derecho a comercializar la propia imagen goza de un derecho con un marcado carácter patrimonial, que le puede llegar a proporcionar grandes beneficios económicos. El uso expansivo de las operaciones de personality merchandising ha convertido esta técnica en un instrumento eficaz que favorece el intercambio de bienes y que satisface enteramente los intereses de las partes implicadas.



Verdaderamente, por un lado, existe el interés del titular del derecho a la propia imagen a obtener un rendimiento económico mediante la explotación de su imagen, y, por otro, el interés del empresario en captar la atención y el deseo del consumidor a través de la comercialización de sus productos o servicios con la imagen de un personaje famoso.

2.2. El mercadeo o merchandising; antecedente del personality merchandising

En el tráfico económico actual surgen nuevas actividades u organizaciones que tratan de dar respuesta a las necesidades de rapidez y eficacia en el comercio.

En definitiva, los empresarios se adaptan a las modernas transacciones que relacionan entre sí a distintos sujetos del mercado en una compleja trama. En este proceso, destaca la progresiva intervención de especialistas que, indudablemente, constituye un medio adecuado para elevar el nivel de competitividad en el mercado. Con frecuencia, las nuevas actividades económicas adquieren cierta extensión y habitualidad y alcanzan así relevancia en el tráfico. El incremento y la extensión de las nuevas transacciones, así como la intervención de distintos sujetos en las relaciones comerciales comportan la adopción de un conjunto de medidas que aseguren su correcto desenvolvimiento en el mercado.

Muchas de estas nuevas actividades o figuras tienen un origen angloamericano, como claramente se desprende de su denominación que ha sido adoptada paulatinamente tanto en nuestro país como en los de nuestro entorno. Entre ellas son conocidas, el



sponsoring, el franchising, el project financing, bartering, catering etc.; y también habiéndose que añadir en un lugar destacado el “merchandising”.

Este concepto de origen anglosajón, “responde a dos acepciones diferentes que se relacionan en tanto que su finalidad fundamental consiste en aumentar la venta de productos y servicios en el mercado”.¹⁸

La actividad económica denominada como merchandising tradicional, es la que se realiza presentando el producto en el mismo punto de venta.

Con esto claro considerar a este contrato como: “por el contrato de Merchandising una empresa colabora con otra haciendo que sus productos sean más competitivos, haciendo estudios de producto, elementos identificativos o envoltorios, a fin de que resulten fácilmente diferenciables; facilitando su almacenamiento y transporte; e incrementando la eficacia de los puntos de venta”.¹⁹

Otra definición la brinda el autor Rosenberg, quien apunta: “Merchandising, son aquellas actividades realizadas para asegurar que un producto se encuentra disponible para los consumidores a los que va dirigido y visiblemente destacado en los comercios en los que se vende. De modo que este concepto se hallaría relacionado con las decisiones relativas al producto o a la línea de ese producto.”²⁰

¹⁸ Martín, A.J. **El merchandising**. Pág. 23.

¹⁹ Pérez-Serrabona, José Luis. **Derecho mercantil 2**. pag.557

²⁰ Rosenberg, J.M. **Dictionary of retailing & merchandising**. Pág. 136.

Por lo que respecta al régimen jurídico aplicable a este contrato, interesa especialmente su calificación como un contrato de arrendamiento de imagen. La empresa de Merchandising se obliga a prestar estos servicios al fabricante de acuerdo con sus indicaciones y durante un período de tiempo.

Se trata de un contrato mercantil. Esta afirmación nos llevará a aplicar la disciplina general que contiene el Código de Comercio de Guatemala sobre los contratos mercantiles. Su mercantilidad viene dada, por una parte, porque ambos contratantes son comerciantes y todo acto entre comerciantes se presume mercantil. Con esto claro, es obvio que de un lado de la relación contractual, se encuentra la empresa de Merchandising que se encarga de la realización de los estudios de producto y, por otro, el empresario que solicita los servicios de investigación, asesoramiento y control de mercado. Además, se trata de una actividad que se ejercita de manera habitual y profesional por un empresario.

La celebración de este contrato, de carácter consensual y oneroso, y su aplicabilidad, puede plantear interesantes cuestiones jurídicas. A título de ejemplo, es posible citar la que hace referencia a la delimitación del alcance de la facultad de decisión sobre las promociones y ofertas que se otorga a la empresa de Merchandising, las posibles similitudes entre las empresas intermediarias y las agencias de publicidad, la aplicabilidad de las normas sobre competencia, la responsabilidad por los daños causados al consumidor, los límites del control que puede ejercer el comerciante en su establecimiento, la utilización del espacio cedido al fabricante para la exposición de sus productos, los efectos del incumplimiento por parte del comerciante de su obligación de

organizar el espacio de su establecimiento y de atender las necesidades de los clientes debidamente.

El término Merchandising proviene de la fusión de una palabra y una forma gramatical:

1. Merchandise, palabra francesa equivalente a Mercancía. “El uso de esta palabra nos puede indicar que el Merchandising se centra principalmente en el producto y el espacio que éste ocupa”.²¹

2. Ing., terminación correspondiente a la forma gramatical inglesa del gerundio. Eso nos indica que el Merchandising se articula en torno a una serie de acciones sobre el producto.

El Merchandising es una parte del Marketing que engloba las técnicas comerciales que permiten presentar al posible comprador el producto o servicio en las mejores condiciones materiales y psicológicas. El Merchandising tiende a sustituir la presentación pasiva del producto o del servicio por una presentación activa, apelando a todo lo que puede hacerlo más atractivo: colocación, fraccionamiento, envase y presentación, exhibición, instalación. Etc.²²

2.3. Definición de personality merchandising

Para María Teresa Franquet Sugrañes, el contrato de personality merchandising consiste en “la utilización de la imagen o de una parte de ella de una persona física o

²¹ Bort, Muñoz, Miguel Ángel. **Merchandising: Como mejorar la imagen de un establecimiento comercial.**Pag.17.

²² **Ibid.**Pag.18.

jurídica para designar, distinguir o individualizar los productos o servicios de un determinado empresario”.²³

Por su parte, Antoni Font Ribas dentro de la Revista jurídica de Cataluña se refiere al personality merchandising de esta forma: “Desde el punto de vista jurídico, la forma de obligarse denominada personality merchandising requiere básicamente de un acuerdo de voluntades en dos actos jurídicos distintos. Efectivamente, por un lado, tendrá que concurrir el asentimiento de las partes sobre la cesión de la facultad a explotar la imagen de una persona a otra por un tiempo y en un espacio determinado. Y, por otro, las partes deberán pactar la autorización relativa a la concreta explotación comercial de la imagen. La explotación comercial de la imagen hace referencia, en este caso, a la incorporación material del aspecto de la personalidad acordado en un producto para distinguirlo y comercializarlo en el mercado, o bien, a la designación del servicio prestado por el empresario con un aspecto de la imagen de la persona famosa.”²⁴

Al analizar ambas definiciones se estará de acuerdo en que personality merchandising es aquella forma de obligarse en la cual una persona reconocida, conviene con una empresa a prestar su imagen, para promocionar un producto a favor de este, recibiendo a cambio una remuneración económica.

²³ Franquet Sugrañes, María Teresa. **Personality Merchandising**. Pág. 201.

²⁴ Font Ribas, Antoni. **El conflicto entre los nombres de dominio y los signos distintivos**. Revista jurídica de Cataluña, núm. 2. 2002

2.4. Naturaleza jurídica del contrato de personality merchandising

Existen tres ópticas para explicar la naturaleza jurídica del personality merchandising.

La primera forma de explicar la naturaleza jurídica de este contrato, es a través de la mera práctica contractual, es decir la suscripción directa de un contrato personalmente o a través de sus representantes, entre la persona famosa titular del derecho a la propia imagen y el empresario que pretende comercializar sus productos o prestar sus servicios distinguiéndolos con un rasgo de la imagen de la persona famosa. En estos casos, será habitual que la persona famosa que prestará su imagen suscriba un contrato de colaboración con una tercera persona natural o jurídica con el fin de que promueva y negocie estos contratos.

En cuanto a este punto de vista, hay que tener en cuenta lo siguiente: “Los personajes famosos vinculados por una relación laboral, como sucede con los deportistas, suelen ceder su derecho a la explotación comercial de la imagen a una sociedad para evitar que los beneficios de esta explotación sean considerados como retribuciones salariales y eludir, de este modo, la fuerte imposición que recae sobre este concepto. En la práctica, estos personajes constituyen sociedades con fines únicamente fiscales que se convierten en las titulares del derecho a la explotación comercial de la propia imagen. De manera que, el supuesto habitual correspondiente a esta hipótesis consistirá en la negociación directa entre la sociedad titular del derecho a explotar comercialmente la imagen del personaje famoso y el empresario que desea comercializar los productos o

prestar servicios que se distinguen en el mercado mediante el rasgo de la imagen del personaje seleccionado.”²⁵

Otro punto de vista, el cual no se puede descartar, es una eventual inscripción de la marca efectuada por la misma persona famosa, o bien, por otra persona con la debida autorización, de un aspecto concreto de su imagen como marca.

Una vez inscrito un aspecto bien definido como marca, el titular del derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico podrá conceder una licencia de marca a un tercero para que la use en el mercado para distinguir un producto o un servicio.

En realidad, en este caso, desde el punto de vista jurídico se realiza un contrato de licencia o de merchandising de marca; este contrato limita la comercialización de la imagen a la distinción de los productos o servicios para los que ha sido registrada y, única y exclusivamente, en la forma o en el aspecto en que lo ha sido. Esta circunstancia contrasta con la amplitud de facultades de que dispone el titular del derecho a la imagen cuando la hace objeto de una cesión para explotarla comercialmente. Ciertamente, el titular de este derecho puede, libremente, delimitar qué aspectos de su imagen pueden ser explotados comercialmente por un empresario, porque su derecho exclusivo recae todos los aspectos que forman parte de su imagen.

Y finalmente la tercera forma, en la que puede suscribirse este contrato, es necesario tener en cuenta la posibilidad de que se celebren dos contratos diferentes. Por una

²⁵ Pedreira Menéndez, José, **La tributación de los derechos de imagen de los deportistas vinculados por relaciones laborales**. Revista de contabilidad y tributación, enero 2001, núm. 214

parte, puede suscribirse un primer contrato a través del cual la persona titular del derecho a la propia imagen, cede su derecho a comercializarla a una persona física o jurídica una agencia, un club, una sociedad anónima, etc. Y por otra, un segundo contrato mediante el cual dicha persona celebra un negocio jurídico con un empresario a quien le cede la facultad de explotar una determinada imagen, nombre o voz en unos productos o servicios concretos y durante un tiempo limitado. Dicha persona celebrará tantos contratos de merchandising como estime conveniente.

La tercera hipótesis es, en realidad, la que mejor se corresponde con la práctica habitual en el mercado. Efectivamente, las personas son normalmente famosas por su destacable habilidad para el ejercicio de una actividad de difusión pública, como sucede, por ejemplo, con los deportistas, los cantantes o los actores. De manera que la ocupación principal de estos personajes famosos será la preparación y realización de estas actividades específicas. En consecuencia, las cuestiones ajenas al ejercicio de la actividad en la que, precisamente, han destacado serán gestionadas por otros profesionales con la finalidad de facilitar su efectiva resolución. Este argumento constituye una de las razones que justifican el tratamiento separado y diferenciado de los dos actos jurídicos que, básicamente, son necesarios para llevar a cabo la actividad económica de personality merchandising. Es decir, la cesión de la facultad de comercializar la imagen en abstracto y la licencia para comercializar un determinado producto o prestar un servicio.

2.5. Objeto del contrato de personality merchandising

El objeto es un requisito esencial del contrato. Entendido éste como la realidad o la materia sobre la cual recae el negocio, no hay inconveniente en afirmar que el objeto de este contrato es el derecho a explotar comercialmente la imagen de una persona física o jurídica. Por lo tanto, el objeto del contrato hace referencia a la realidad social que, tomada como materia, es sobre la que va a incidir el contrato.

Igualmente, es obligado precisar que esta realidad puede adquirir una materialidad física o simplemente jurídica. En relación con este contrato, el objeto adquiere una entidad jurídica, puesto se trata de un derecho que recae sobre un bien inmaterial.

En definitiva, el objeto de este contrato es, como he apuntado, el derecho a explotar comercialmente la imagen de una persona física o jurídica.

En este punto, es acertado indicar que la explotación comercial de la imagen presupone que ésta posee un alto grado de popularidad y reputación. En efecto, la explotación del valor patrimonial de la imagen es viable cuando los especiales rasgos de una persona famosa y su pericia en la realización de una determinada actividad generan un deseo ampliamente extendido entre un determinado sector de los consumidores o usuarios de identificarse con los valores que representan esa imagen. Esa identificación o acercamiento a la persona famosa se produce mediante la adquisición de los productos o servicios con un aspecto de su imagen.

Este proceso de identificación entre los consumidores y usuarios y la persona famosa implica necesariamente que ésta ha adquirido un alto grado de popularidad, notoriedad o estima entre el público.

Del mismo modo que sucede con respecto al contrato de merchandising de marcas, cuyo objeto es el derecho exclusivo que recae sobre una marca de renombre, el objeto del contrato de personality merchandising es el derecho exclusivo a explotar comercialmente un aspecto de la imagen de una persona famosa.

2.6. Sujetos que intervienen en el contrato de personality merchandising.

El contrato de Personality merchandising es un negocio jurídico celebrado entre dos partes que genera obligaciones a cargo de ambas. Este contrato se caracteriza porque se celebra entre dos empresarios, de los cuales uno de ellos como requisito necesario, debe de ser una personalidad reconocida.

Indudablemente, el personaje famoso que decide comercializar su imagen, tal y como he advertido anteriormente, puede explotar su derecho por cuenta propia, o bien, como sucede con mayor frecuencia, puede ceder su derecho a explotar comercialmente su imagen a un tercero. En cualquier caso, el titular de este derecho se dedicará profesionalmente y de manera habitual a esta actividad. Su actividad económica consiste en obtener el máximo rendimiento de la explotación del derecho a comercializar la imagen.

El titular del derecho, en la mayoría de los casos, fija de antemano las cláusulas de este convenio. Los diferentes empresarios interesados en la explotación de este derecho suscribirán un contrato con el titular de este derecho, aunque puede suscribirse en sentido contrario, no es muy común dentro de la práctica mercantil.

Por lo que se refiere a la transmisión limitada a un fin determinado del derecho a explotar la imagen, el sujeto puede denominarse licenciante, el sujeto que transmite limitadamente este derecho podría denominarse también “merchandiser”.²⁶

2.7. Características del contrato de personality merchandising

Los contratos, como sucede, en general con todos los negocios jurídicos, pueden clasificarse de acuerdo con distintos criterios. En este sentido, y sin ánimo de exhaustividad, el contrato de personality merchandising puede ser caracterizado de esta forma:

- a. Principal: este contrato, no depende ni está subordinado a ningún otro contrato pudiendo existir por sí mismo.
- b. Consensual: nace del acuerdo de voluntades de dos personas, la personalidad y el propietario de la empresa que desea contratar su imagen.

²⁶ Adams, John. **Merchandising intellectual property I**. Pág. 3.

- c. Formal: se considera que es necesario para la seguridad jurídica de las partes contratantes y por lo tanto, no estaría de más celebrar el contrato en escritura pública.
- d. De tracto sucesivo: Su ejecución se prolonga en el tiempo y no se consuma en un solo momento.
- e. Mercantil: Debido a la naturaleza onerosa del contrato, y que las partes que participan en la consignación del contrato, serán comerciantes.
- f. Atípico: Es atípico en virtud de que en la legislación guatemalteca no hay regulación en cuanto a este contrato.
- g. Nominado: debido a que este contrato tiene nombre propio.
- h. Bilateral: En la creación del contrato de personality merchandising solo existirán dos partes.
- i. Oneroso: Este contrato es oneroso debido a que su finalidad es el lucro.

Por último, es menester mencionar que este es un contrato que se perfecciona por el mero consentimiento, es decir, no es necesaria la entrega de una cosa para que el acto jurídico quede formado.

2.8. Contenido del Contrato de personality merchandising

El contrato de personality merchandising es, un contrato atípico cuyo objeto es el derecho a explotar comercialmente la imagen.

Ambas afirmaciones constituyen razones poderosas para alentar a las partes para que consigne atentamente el contenido del contrato, de manera que éste refleje exactamente su voluntad y determine los límites del derecho cuyo ejercicio es autorizado.

Sin embargo, esta declaración de intenciones se encuentra, en la práctica, obstaculizada, ya que generalmente no existen negociaciones entre las partes. En efecto, tal y como hemos puesto de relieve, cuando una de las partes, normalmente el licenciante, se encuentra en una posición de poder, desvirtuando así la naturaleza de estos contratos, que hasta podrían ser clasificados en la categoría de los contratos de adhesión, puesto que la parte contractual que se halla en una posición fuerte redacta y presenta el acuerdo a la otra. La declaración de voluntad de esta otra parte contratante se limita a expresar su decisión de contratar o no. Aún así, interesa que el contenido del contrato sea detallado y completo con el fin de facilitar la resolución de los problemas que puedan plantearse en el futuro y de que las partes sean conocedoras del comportamiento al que se obligan.

Asimismo, conviene recordar que se trata de un contrato socialmente típico. Este elemento permite seleccionar diversas cláusulas contractuales que se reiteran en lo sucesivo contratos de Personality merchandising.

El contenido del contrato constituye una cuestión esencial para las partes contratantes, puesto que, como es sabido, el contrato es fuente de obligaciones.

2.9. Derechos y obligaciones del licenciante

Hay que tener en cuenta que el contrato de personality merchandising consiste básicamente en la autorización a un del derecho positivo de utilización de la imagen.

Su obligación principal consiste en el pago del precio establecido como contraprestación a la cesión del uso del derecho a comercializar la imagen perteneciente a la persona famosa; generalmente, el precio está compuesto, como se distinguirá más adelante, por una cantidad fija y por un porcentaje sobre el número de artículos vendidos o servicios prestados. Además, tiene la obligación de mantener la calidad de los productos o servicios pactada en el contrato

Por otra parte, el licenciante está facultado para explotar comercialmente la imagen del merchandiser durante un determinado tiempo y bajo las condiciones que establece el contrato.

En este sentido, se trata de un contrato por el que el licenciante se obliga a algo más que al ejercicio de las acciones que le corresponden como titular de un derecho exclusivo de explotación, es decir se obliga a cumplir en la forma y bajo las limitantes que haya adquirido el derecho de la imagen de la celebridad.

A continuación se presenta un listado de las principales obligaciones y derechos del licenciante en la relación contractual:

- a) El pago del precio, que se considera un elemento natural del contrato, constituye la principal contraprestación del licenciante.
- b) Responsabilidad, por la legítima titularidad de la facultad que cede; es decir que el licenciante debe responder por la legitimidad del derecho que está cediendo; y en dado caso existiere un tercero dentro de la negociación, este no tendrá responsabilidad, al momento de que el derecho resultare falso.
- c) Responsabilidad por vicios ocultos: es esta imagen que supone atribuir la responsabilidad al vendedor por las perturbaciones procedentes de los vicios o defectos materiales ocultos que tuviere la cosa si la hiciesen impropia para el uso a que se la destina.
- d) Interposición de acciones para proteger su derecho exclusivo: De acuerdo con la doctrina, el licenciante está obligado a interponer las acciones necesarias para la protección de su derecho exclusivo frente a los terceros que lo infrinjan. Dicha

obligación es la consecuencia lógica de la autorización a un tercero para explotar comercialmente un bien inmaterial en unas determinadas condiciones.

- e) Derecho y obligación a usar el derecho a la propia imagen para fabricar y distribuir los productos o prestar los servicios de acuerdo con las especificaciones o instrucciones dadas por la celebridad: El cumplimiento de esta obligación permite al licenciante usar con fines comerciales un aspecto concreto de la imagen de una persona famosa con las limitaciones y dentro de lo estipulado en el contrato.

2.10. Obligaciones y derechos del merchandiser

Siendo la celebridad quien tiene el control sobre la relación contractual, es común que en el personality merchandising, se acceda básicamente a lo que esta persona por el reconocimiento público que posee.

Con esto claro, se podrá afirmar que las obligaciones y derechos de la persona famosa o merchandiser, son las siguientes:

- a) Prestar su imagen, en las formas, plazos y limitaciones estipuladas en el contrato: debe cumplir con las normas estipuladas en el contrato, en cuanto a la forma de prestar su imagen, la duración del mismo así como las limitantes que se hayan impuesto.

- b) La recepción del pago en las condiciones contractuales: Debe recibir el pago por proporcionar su imagen a favor de la compañía que lo contrato en las condiciones que se acordaron al momento de consignar el documento legal.
- c) Derecho al uso adecuado de su imagen: Esta persona tiene el derecho a exigir el uso adecuado de su imagen, en las formas descritas en el contrato, para evitar un abuso en cuanto al derecho de explotación de la misma, por parte del licenciente.
- d) Anulación del contrato por vicios: Si existe dentro del contrato algún vicio que haga imposible la realización del mismo, ya sea por error, dolo u otro factor, el merchandiser está en la facultad de anular el contrato, debido a que el mismo es responsable de velar por su imagen, debido a la calidad de celebridad que posee.

2.11. Formas de extinción del contrato

Las causas de extinción del contrato de personality merchandising, se hará referencia únicamente a las causas que plantean alguna peculiaridad con respecto a este contrato. En particular, hay que tener en cuenta que este contrato se configura como un contrato duradero, de modo que, genera obligaciones que implican una conducta permanente. De modo que la extinción de una obligación no originará, en principio, la del negocio jurídico.

En primer lugar, cabe plantearse la posibilidad de extinción de la obligación y del contrato por pérdida de la cosa debida. No cabe duda de que la pérdida por parte del licenciente de la facultad a explotar comercialmente la imagen de una persona famosa



afecte al contrato de personality merchandising; es oportuno matizar que se trata de un bien inmaterial que como tal no será destruido físicamente. Por esta razón, esta causa podría interpretarse como pérdida de la facultad del licenciante para explotar la imagen, porque las circunstancias que rodean su relación con el titular de la imagen lo impiden, o bien, porque el licenciante ha sublicenciado su derecho.

Se puede extinguir este contrato también por el cumplimiento en el plazo de duración del mismo, concluye el día prefijado sin necesidad de requerimiento, a menos que las partes decidan prorrogarlo, esta causa de terminación del contrato no plantea ninguna dificultad. No obstante, por lo que respecta al plazo, importa tomar en cuenta el hecho de que el contrato se haya celebrado por un tiempo indeterminado. En esta disposición, hay que reconocer a las partes contratantes la facultad de desistir del contrato.

Se extingue también este contrato; cuando las partes, haciendo uso de la autonomía de su voluntad, la utilizan para acordar la extinción del contrato. Este mutuo disenso pone fin o disuelve el negocio jurídico celebrado.

Otra forma por la que puede darse la extinción del contrato es por los efectos derivados de la frustración del logro de los objetivos fijados por las partes en el acuerdo. Indudablemente, los contratantes son libres de establecer objetivos concretos que determinen, por ejemplo, una suma mínima que percibirá el licenciante en concepto de precio, o bien, la cifra mínima del volumen de ventas que el licenciario espera conseguir. Consecuentemente, es habitual que las partes prevean las consecuencias que producirá la falta de obtención de los objetivos fijados. Estas consecuencias

consistirán básicamente en el otorgamiento de la facultad de resolver el contrato a la parte contratante perjudicada por el malogro de los objetivos delimitados contractualmente, o bien, en el establecimiento de la obligación a cargo del contratante incumplidor de resarcir el daño causado mediante el pago de una indemnización de los daños y perjuicios.

Dentro de las causas de extinción del contrato en mención se debe tener en cuenta también que exista condición resolutoria, la condición resolutoria, se refiere a la sumisión del negocio jurídico que si se produce el acontecimiento delimitado por las partes, cesarán los efectos del negocio.

Finalmente y por la naturaleza especial de este contrato, en cuanto su razón de ser es el de publicitar un producto a través de la contratación de una persona famosa, hay que tomar en cuenta que si sucediera la muerte de esta persona, el contrato a través del que convergieron ambas voluntades, será insostenible en cuanto a su realización, por lo tanto conducirá a la inexorable resolución del mismo, puesto que el objeto del contrato a dejado de ser posible.

CAPÍTULO III

3. El derecho a la explotación de la propia imagen

Para poder alcanzar un alto entendimiento sobre los alcances del contrato estudiado, se puede concebir la imagen de la persona como un bien, el cual puede ser explotado para su beneficio. Se debe entonces aproximarse al tema desde el concepto de imagen y por otro lado, se observa si nuestro ordenamiento jurídico en efecto, reconoce algún derecho sobre la imagen de una persona.

Considero necesario empezar por definir el concepto de imagen propia; El Tribunal Supremo de Ecuador, ha definido en varias ocasiones esta categoría, entendiéndolo por imagen la representación gráfica de la figura humana, mediante un procedimiento mecánico -y con ello cualquier técnica adecuada- para obtener su reproducción. Por su parte, define el derecho a la propia imagen como el derecho “que permite impedir a un tercero no autorizado el obtener, reproducir y publicar la misma (ius excludendialienus)²⁷

Como se ha puesto de manifiesto, el titular del derecho a la propia imagen puede consentir que su imagen sea utilizada para una determinada finalidad, y “en este caso, no se dispone del derecho a la propia imagen abstractamente considerado, si no de una

²⁷ Tribunal supremo de Ecuador. **Sentencia del tribunal supremo de Ecuador**. SSTS 11 abril 1987 (RJ 1987/2703)

facultad de reproducir la propia imagen, exponerla, publicarla y comerciar con ella o, al menos, controlar esas actividades según criterio y a utilidad propia.²⁸

Por su parte el magistrado D. Xavier O'Callaghan Muñoz, en su voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo de Ecuador; estableció que: "el derecho a la imagen [...] tiene una doble vertiente, el aspecto personal y el aspecto patrimonial. El aspecto personal está relacionado estrechamente con el derecho a la intimidad y efectivamente así apareció históricamente en la jurisprudencia anglosajona de principio de siglo (Roberson v. Rochester Holding Box Co. Y Pavesich v. New England Life Insurance Co.) es el aspecto patrimonial del derecho a la imagen, del que se ha dicho (en la doctrina anglosajona) que se trata de un derecho sui generis, mezcla de derecho personal, de propiedad y también de protección de la competencia desleal."²⁹

Con todo lo anterior se puede advertir entonces que: El Derecho a la propia imagen es un derecho que cada persona tiene para comercializar con su figura humana, para cualquier motivo, con el objeto de obtener una remuneración económica de un tercero, para que este explote su imagen; por lo tanto este derecho es; irrenunciable, imprescriptible e inalienable. Por ese motivo, cuando de negocios relativos a la utilización de la imagen de una persona se trata, lo correcto es hablar de la cesión de los derechos de explotación de la imagen y no de cesión de imagen.

Esta temática resulta interesante, por cuanto esta técnica de mercadeo es utilizada en la mayoría de países, ya sea con personalidades internacionales o locales, únicamente

²⁸ LacruzBerdejo. José Luis. **Elementos de Derecho Civil I.** Pág. 65

²⁹ Tribunal Supremo de Ecuador. **Ob. Cit.**

es en los Estados Unidos de América, donde los tribunales han reconocido el valor patrimonial que el derecho a la propia imagen tiene. Por lo tanto, en el orden de establecer la naturaleza de este derecho y, por consiguiente, de la regulación que le resulta aplicable, y centrándonos en nuestro ordenamiento, se analizará el estado de la doctrina científica y las leyes que pueden proteger este bien jurídico, de tal manera que se explique la viabilidad de explotar la propia imagen como derecho patrimonial de tal manera que el contrato de Personality merchandising sea incluido dentro del ordenamiento jurídico de Guatemala.

3.1. El reconocimiento del derecho a la propia imagen

En este apartado, iniciaré analizando lo propuesto por los tribunales estadounidenses sobre esta temática; que es la doctrina jurídica que se estudiara, debido a que es el país donde se discutió por primera vez su existencia, y donde esta cuestión ha originado un mayor número de litigios, por ende es necesario analizar sus conclusiones jurídicas.

En Estados Unidos de América, el derecho a la protección de la propia imagen, se encuentra dividido en dos tipos de derechos distintos, aunque íntimamente relacionados; los cuales son llamados right of publicity y right of privacy; derechos de publicidad y derechos de privacidad, por su traducción. El primero de ellos, está referido al derecho de una persona para explotar comercialmente su imagen, como se da en el caso de grandes campañas publicitarias de cualquier índole. El segundo de ellos se refiere a la

protección de las imágenes de las personas en la intimidad, lo cual corresponde al llamado derecho de la privacidad.

Como se puede advertir, ambos derechos tienen la imagen como objeto de protección, pero de una forma distinta, ya que por un lado promueve la explotación comercial, tomando la imagen como objeto de negocio; mientras la otra parte promueve la protección al derecho de la intimidad de una persona notablemente reconocida.

En este sentido, se puede establecer la corriente doctrinaria que toma la imagen de una persona particular como un objeto de derecho; para lo cual se debe invocar lo acontecido en Estados Unidos de América, curiosamente en el siglo diecinueve; en donde el caso de *Pavesich v New England Life Insurance Co.* En donde Paolo Pavesich, reclamó que la empresa de seguros de Nueva Inglaterra, había usado su fotografía y su imagen sin su autorización; por lo tanto, los tribunales que conocieron el caso, reconocieron su derecho a la intimidad, pese a la falta de su previo reconocimiento judicial, basándose en que éste derivaba del derecho natural y se encontraba reconocido por los principios del derecho interno, siendo este el primer esbozo de regulación de protección a la imagen, lo cual conllevó a que se dictara en ese país el llamado **law of privacy**; ley a la privacidad.

Con esto claro, se puede decir que el avance más significativo en este apartado consiste en el reconocimiento por parte de los Tribunales y de la doctrina estadounidense que el uso no consentido de un aspecto de la personalidad produce un daño moral que cabe proteger y resarcir. Dentro de este animus, es necesario

mencionar los cuatro supuestos típicos de lesión del derecho a la intimidad, derivado de la propia ley a la privacidad, estos cuatro aspectos son:

- a) apropiación de la imagen o apariencia de una persona (apropiación de la imagen);
- b) intrusión en la vida privada o íntima del demandante (intrusión);
- c) divulgación o revelación de hechos relativos a la vida privada o íntima (divulgación de hechos privados),
- d) publicidad que distorsiona o tergiversa los hechos falseando la imagen de una persona ante el público (false light o tergiversación).

Con lo descrito, es momento de explicar el otro aspecto doctrinario del derecho a la propia imagen, lo cual es un punto esencial de la investigación que se presenta.

A raíz del derecho y de la ley a la privacidad, nació el llamado right of publicity o derecho a la publicidad; el cual nace como el contrario de right of privacy, ya que en este caso, es el consentimiento de uso de imagen; dentro del cual en lugar de la imagen de una persona deseosa de mantenerse en el anonimato, se usaba con fines de comercializar la imagen de un personaje famoso resultaba forzado basar la protección en un ataque a la intimidad. En efecto, en realidad, el daño ocasionado al personaje famoso no se producía como consecuencia de un ataque a su intimidad, sino como resultado de la pérdida de los beneficios que él hubiera acopiado explotando su imagen en beneficio propio.

Este caso se suscitó en el caso Haelan Laboratories, en el cual un fabricante de chicle, que había obtenido de un jugador de un equipo de béisbol una autorización en

exclusiva para utilizar su fotografía en los productos de la empresa, demandó a otro fabricante competidor que había conseguido con posterioridad la misma autorización. La parte demandada partía de que el derecho a la intimidad es personal e intransmisible. Por lo tanto, alegaba que el primer contrato permitía únicamente eximir al fabricante de la responsabilidad en que hubiera incurrido por usar una fotografía de un jugador conocido sin su consentimiento. En consecuencia, señalaba que el jugador podía exonerar, de nuevo, de esta responsabilidad mediante un segundo contrato.³⁰

Con esta demanda entonces, el tribunal de Nueva York, resolvió; por primera vez la existencia del right of publicity, consideró que se había violado el derecho exclusivo sobre el right of publicity con el segundo contrato. El reconocimiento de este derecho, de naturaleza patrimonial, es lo que hizo posible que los Tribunales permitieran que se concediera a un fabricante una autorización para la utilización en exclusiva de la imagen del jugador. Ciertamente, un derecho patrimonial sí se puede transmitir en exclusiva, en cambio, un derecho de carácter fundamental tal como era el previo derecho a la privacidad, no.

Este right of publicity, ha sido definido por Fernández-Novoa, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas, como “el derecho de los personajes famosos (escritores, actores, cantantes, deportistas, etc, a utilizar publicitaria y comercialmente

³⁰ Haelan Laboratories, Inc. v Topps Chewing Gum, Inc., 202 F. 2d 866 (2nd Cir. (N.Y.) Feb 16, 1953

su nombre o su imagen a fin de promover y fomentar la venta de ciertos productos o la prestación de determinados servicios.”³¹

Por lo tanto el contrato que se estudia, deriva principalmente de este derecho y de la capacidad que tiene cada persona de explotar su imagen.

3.2. Concepto y contenido del derecho a la propia imagen

Una vez entendido el derecho a la propia imagen y su reconocimiento; es momento de conceptualizar este derecho al mismo tiempo que se analizará el contenido de este derecho y su aplicabilidad en Guatemala.

En este sentido, este derecho tiene que analizarse desde dos puntos de vista, el primero de ellos desde la óptica del derecho a la propia imagen como una extensión del derecho a la intimidad, tal como se ha mencionado con anterioridad. Por otra parte también se estudiará el supuesto jurídico que percibe al derecho a la propia imagen como figura comercial, el cual toma como un bien explotable la imagen de una persona.

3.2.1. El derecho a la propia imagen dentro del derecho a la privacidad

Sobre esta forma de protección al derecho de la propia imagen el autor Luis Díez-Picazo, establece: “El poder de decidir, consentir o impedir la reproducción de la

³¹ Fernández-Nóvoa, Carlos. **Actas de derecho industrial**. pág. 423.

imagen de nuestra persona por cualquier medio (fotografía, grabado, dibujo, etc.), así como su exposición o divulgación sin nuestro consentimiento”.³²

Es importante explicar los elementos que conforman esta definición. En primer lugar es necesario enfocarnos como punto primordial, en lo concerniente a la protección a la imagen, en donde se establece que cada persona tiene entre sus facultades el poder de decisión privativo sobre su propia imagen; por lo tanto si esta es reproducida por algún motivo, debe de contar con autorización expresa de la persona para que esta imagen pueda ser expuesta y divulgada.

Respecto a esta forma de protección de la imagen personal, los legisladores no lo han enfatizado expresamente, en cuanto a la protección de exposición o divulgación de la imagen de una persona; por lo tanto es necesario apoyarse en la Constitución Política de la República, en donde en su artículo uno establece: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”, respecto a lo manifestado, en la constitución; la Corte de Constitucionalidad establece: “el Estado de Guatemala protege a la persona... pero añade inmediatamente que su fin supremo es la realización del bien común, por lo que las leyes... pueden evaluarse tomando en cuenta que los legisladores están legitimados para dictar las medidas que, dentro de su concepción ideológica y sin infringir preceptos constitucionales, tiendan a la consecución del bien común. Al respecto conviene tener

³² Díez-Picazo, Luis. **Sistema de derecho civil. vol. I.** pág. 356.

presente que la fuerza debe perseguir objetivos generales y permanentes, nunca fines particulares...³³

Por lo tanto, se debe mencionar que el derecho a la protección a la propia imagen, debe de incluirse dentro de los derechos que el estado reconoce para la protección y seguridad de la persona en Guatemala.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en su artículo segundo: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”.

En este artículo, también se nota la tendencia del Estado de Guatemala en su intento por proteger a la persona individual, estableciendo dentro de sus garantías fundamentales la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, aspectos que cobijan a la protección al derecho de la propia imagen.

En este sentido, la Corte de Constitucionalidad, establece: “el Estado de Guatemala debe organizarse para proteger a la persona humana (Artículo 1) y que por ello, debe garantizar a los habitantes de la República (entre otros aspectos) la vida y su desarrollo integral (Artículo 2) por lo que este derecho constituye un fin supremo y como tal merece su protección.”³⁴

³³ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 1, expediente No. 12-86, página No. 3, sentencia: 17-09-

86.

³⁴ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 64, expediente No. 949-02, sentencia: 06-06-02.

Por lo antes expuesto, hay que enfocarse en la estrecha relación entre derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad, ambos pilares fundamentales de la mencionada Ley a la privacidad, promulgada en los Estados Unidos de América, pionera en esta materia y aceptada a nivel doctrinario como ley fundante en cuanto a la protección de este tipo de derechos.

María Luisa Balaguer, quien sobre esta relación opina: “la imagen constituye un derecho autónomo respecto del derecho a la intimidad y al honor, cuya diferenciación con éstos estriba fundamentalmente en que la imagen hace referencia a un derecho a lo puramente externo, en contraposición a la intimidad, que consiste precisamente en el derecho a que no sean desvelados aspectos íntimos de la personalidad, y al honor, donde puede tratarse de aspectos externos o internos, pero deben lesionar la dignidad personal”.³⁵

Hay que mencionar, que aunque estos dos tipos de derechos tienen una estrecha relación, el derecho a la propia imagen no deriva de del derecho al honor, puesto que cabe la posibilidad de vulnerar el derecho a la propia imagen (por ejemplo, reproduciendo o divulgando una imagen) sin menoscabo alguno del derecho al honor.

3.2.2. El derecho a la propia imagen como una forma de explotación comercial

Como se ha dicho con anterioridad, el objeto de establecer una diferencia entre el derecho a la intimidad y a la propia imagen, consiste en la necesidad de resguardar la

³⁵ Balaguer, María Luisa., **El derecho fundamental al honor**. Pág. 26-27

privacidad y el derecho de explotar la imagen como objeto de comercio. Al enfocarse en el segundo de los casos, en donde no se debe limitar al concepto de imagen, únicamente al retrato de una persona; sino que dentro de este derecho se toma en cuenta también, la voz, nombre e inclusive la firma de estas personas, debido a que todas estas manifestaciones aunado con una campaña publicitaria, los hace aptos para ser comerciables y por ende pueden incluirse dentro de la explotación de la propia imagen.

En este sentido se puede afirmar entonces que “la imagen consiste en la reproducción del aspecto físico de una persona mediante cualesquiera procedimientos (fotografía, dibujo, pintura, etc.), pues así lo ha venido declarando la jurisprudencia que la define como figura, representación, semejanza o apariencia de una persona.”³⁶

En el mismo sentido, Manuel Gitrama definió la imagen como “reproducción o representación de la figura humana en forma visible y reconocible y no como la misma figura en sí, puesto que en su concepción no existe un derecho autónomo a la propia figura o fisonomía. Por el contrario, sí puede afirmarse la existencia de un derecho a las reproducciones de aquélla, es decir, a las fijaciones más duraderas de la figura. Por tanto, se refería a la imagen como reproducción de la figura y su fijación en una res material, sin interesar, en este sentido, las acepciones retórico-estéticas o psicológicas de la imagen. En definitiva, el concepto de imagen como reproducción o representación de la figura humana es el que mayoritariamente ha sido adoptado por la doctrina.”³⁷

³⁶

Sentencia del Tribunal Supremo de Ecuador: 11 de abril de 1987 (RJ 2703)

³⁷

Gitrama, M. **Imagen (derecho a la propia)**, Nueva Enciclopedia Seix. pág. 304

De acuerdo con las definiciones brindadas con anterioridad, se puede afirmar que el concepto de imagen también comprende la voz, nombre y cualquier otra forma que pueda ser distintiva de una persona; por lo tanto debe de reconocerse este derecho y buscar la preservación de este, ya que únicamente la persona dueña de su propia imagen debe de ser quien se lleve los beneficios de lucrar con ello, salvo pacto en contrario con alguna marca o institución que pueda también incluirse dentro de los beneficios económicos generados por una persona individual.

3.3. La protección del derecho a la propia imagen en tratados y convenios internacionales

Antes de desarrollar esta sección, se debe exponer que por la novedad del derecho de la explotación de la propia imagen, la mayoría de convenios y tratados lo abordan desde el punto de vista de la protección a la intimidad, como derecho genérico.

Con esto claro, se puede pasar a analizar las formas en las cuales este derecho se ha protegido en el derecho internacional, a través de convenios y tratados.

Para empezar este análisis es menester citar la Declaración Universal de Derechos Humanos en la cual su artículo 12 establece: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

La Declaración, que recibió el apoyo de la mayoría de los Estados que en aquel momento eran miembros de las Naciones Unidas, carece de un valor jurídico obligatorio. Sin embargo, ha superado su carácter meramente programático, convirtiéndose en un punto de partida fundamental para el desarrollo normativo y la protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional. Por lo tanto al ser ratificada por Guatemala, el Estado se comprometió abiertamente a cumplir con lo prescrito en esta declaración.

En ese mismo sentido, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos suscrito en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 cuyo artículo 17 establece que: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honor y reputación”

Asimismo, el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 establece en el artículo 6.2 del Título I, que “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”, aunque este es un tratado únicamente firmado y ratificado de la Unión Europea, sirve como ejemplo para demostrar como el derecho a la imagen y la privacidad de la misma se protegen.

Como se observó, han sido varios los tratados y convenios internacionales que sirven como fundamento para proteger los derechos de la imagen, como forma de protección a la intimidad de cada individuo; por lo tanto, es acertado afirmar que el derecho a la propia imagen, se protege como un derecho individual de cada persona, por lo tanto como un derecho individual, cada persona puede hacer lo que bien le parezca con su imagen inclusive comercializarla, debido a que esta explotación de la imagen, vendrá acompañada de un bienestar económico y la imagen solo se presta, no se vende; debido a que la propia imagen es un derecho personalísimo. De todo lo anterior se puede asegurar que únicamente se puede comercializar la imagen de una persona previo acuerdo entre esta y quien la quiere utilizar, estando protegida la imagen de una persona cuando no exista acuerdo alguno.

3.4. El derecho a la propia imagen y la legislación guatemalteca

Resulta difícil buscar en la legislación de Guatemala, el derecho a la propia imagen; debido a que no ha sido regulado propiamente en la ley, por lo tanto a aquellas personas que desean explotar legalmente su imagen y a la vez protegerlas de plagio en Guatemala, deben apoyarse entonces a leyes genéricas para resguardar su derecho. A continuación, se analizan estos instrumentos jurídicos.

Se puede empezar por citar la Constitución Política de la Republica, en su artículo uno en el que se establece que el estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona; se debe entonces encuadrar dentro de esta protección a su propia imagen. Del mismo modo el artículo dos, establece la seguridad jurídica la cual está comprendida por los derechos a la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el

desarrollo integral de la persona. Respecto a esto, la Corte de Constitucionalidad establece: “El principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 2º de la Constitución, consiste en la confianza que tiene el ciudadano, dentro de un Estado de Derecho, hacia el ordenamiento jurídico; es decir, hacia el conjunto de leyes que garantizan su seguridad, y demanda que dicha legislación sea coherente e inteligible; en tal virtud, las autoridades en el ejercicio de sus facultades legales, deben actuar observando dicho principio, respetando las leyes vigentes, principalmente la ley fundamental...”³⁸

En el artículo cinco, la Constitución Política de la República de Guatemala, establece la libertad de acción en donde toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; dentro de esto, comercializar su imagen. Sobre esto la corte de constitucionalidad opina: “...los derechos individuales contenidos en la parte dogmática de la Constitución no son concebidos en forma absoluta; así, el exceso de libertad no es libertad pues importa su ejercicio para unos y la negación del igual derecho que a tal ejercicio tienen los demás...”³⁹

La Constitución Política de la Republica de Guatemala regula, en el artículo 39, sobre la propiedad privada, en donde se establece: “Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley.” Hay que poner especial énfasis en este Artículo, por cuanto es en él, donde se fundamenta la protección a la propiedad de los particulares como forma exclusiva y por ende que debe de ser proteger como derecho inherente a

³⁸ **Corte de Constitucionalidad.** Gaceta No. 61, expediente No. 1258-00, sentencia: 10-07-01.

³⁹ **Corte de Constitucionalidad.** Gaceta No. 22, expediente No. 165-91, página No. 10, sentencia: 10-12-91

cada persona. En la segunda parte del artículo, también establece que cada persona está facultada para disponer de sus bienes de la manera en la que mejor le parezca; es decir que no necesita mayor autorización para comerciar con algo que sea de su propiedad; en este caso especial, hay que incluir a la explotación del derecho de la imagen al ser un bien explotable y por lo tanto con la capacidad de comercializarla como una propiedad privada.

Fundados en lo anterior debemos encontrar estos derechos en las leyes específicas que trataran de regular esta figura.

Aunado a lo anterior cito también el artículo 21 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, en donde regula que el derecho pecuniario o patrimonial, confiere al titular del derecho de autor las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir total o parcialmente sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros. Por lo tanto, se puede establecer que aunque no se refiera a la imagen propiamente dicha, es posible que se incluya el derecho a la propia imagen como una analogía jurídica para que sea posible la protección de este derecho para los efectos del patrimonio de la imagen de la persona. A su vez, el artículo 23, establece que este derecho es inembargable, razón suficiente para que se pueda deducir que el derecho a la propia imagen es inembargable también.

De lo antes escrito, se deduce que estaría garantizado el derecho a la protección a la propia imagen, no estará de más, si se legisla sobre el derecho a la protección a la propia imagen para que sea posible que la protección a este derecho sea precisa y sus



efectos jurídicos conocidos, de tal manera que se puedan evitar abusos en los derechos o bien reproducir imágenes de una persona sin su autorización, que cree detrimentos en su economía.



CAPÍTULO IV

4. Aplicación del contrato de personality merchandising en Guatemala

En este capítulo, se analizará desde la perspectiva del derecho internacional la aplicación del contrato del personality merchandising, de tal manera que se tenga una visión de cómo se puede aplicar este contrato en Guatemala, así como los efectos jurídicos que generará la regulación de este contrato en el ordenamiento jurídico nacional.

4.1. Causa y perfección del contrato, su validez en Guatemala

La causa o causalidad del contrato, se determinara por la legalidad o ilegalidad del mismo, por lo tanto se debe indagar sobre si este contrato puede ser de acuerdo con su causalidad, valido en Guatemala.

Analizaremos los elementos que generaran la legalidad o ilegalidad de este contrato, para luego determinar su validez de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico.

Se puede iniciar entonces, por examinar la finalidad del contrato, la cual consiste en que una persona cede su derecho de imagen para que una marca la explote para promover cualquier producto, a cambio de una remuneración económica. La explotación entonces consiste en la incorporación de los elementos de la personalidad a los productos de manera que formen parte taxativa del producto; entonces se puede

afirmar que este contrato no vende la imagen de una persona, ya que la imagen no puede vender, por ser un elemento de la personalidad; sino que representa únicamente una cesión temporal para la explotación de la imagen de una persona para obtener un contravalor, que incremente el valor patrimonial de la persona. En sentido técnico, el licenciante confiere al licenciatarario el derecho a explotar comercialmente la imagen con el fin —causa— de obtener de él el derecho al precio. Paralelamente, el licenciatarario confiere al licenciante el derecho al precio, con el fin —causa— de obtener de él el derecho a explotar comercialmente la imagen. Finalmente, por lo que respecta al fin objetivo del negocio cabría admitir que éste consiste en la cesión de un derecho a cambio de un precio.⁴⁰

En lo que concierne a este contrato, se puede analizar lo propuesto en la legislación de Guatemala, respecto a la causalidad de este contrato. Se debe iniciar entonces por citar a la Constitución Política de la República de Guatemala, en donde el artículo cinco establece: “Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe”; entonces es lógico deducir que mientras la explotación de la imagen no sea expresamente prohibido en la ley, entonces no está en contra de la legalidad en nuestro país aunque no se encuentre regulado dentro del ordenamiento jurídico.

Por su parte el Código de Comercio de Guatemala, establece que para que un contrato sea válido, de acuerdo con el Artículo 669, se ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes. Por lo tanto,

⁴⁰ Martin Aresti, Pilar. **La licencia contractual de la patente**. Pág. 52

se afirma que la causalidad de este respeta los parámetros de lo expreso por la ley. El Artículo 671 del Código de Comercio de Guatemala, también afirma que los contratos de comercio no están sujetos para su validez a formalidades especiales, lo cual también nos deja claro que de acuerdo con su causalidad, el contrato puede ser válido dentro del territorio de Guatemala.

Respecto a la perfección del contrato, se puede citar el Código Civil en donde se encuentra lo necesario para que se lleve a cabo un negocio jurídico licito, en donde se establece que es necesario que para su validez se requiere: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto licito. Se debe entonces analizar si estos requerimientos se adaptan al contrato de Personality merchandising, lo cual es vital para la aplicación y validez de este contrato en Guatemala, los que enumero a continuación:

- a) Capacidad legal: Esta se define como la aptitud de una persona de ser objeto derechos y obligaciones, se debe afirmar que esto es válido dentro del contrato analizado, ya que la mayoría de estas personas, salvo casos excepcionales son mayores de edad, por lo tanto también son legalmente capaces para que el negocio jurídico sea válido y se lleve a cabo.
- b) Consentimiento que no adolezca de vicio: Esto es importante ya que los que se obliguen en esta forma contractual, deben de estar totalmente consciente y de acuerdo con lo propuesto en el contrato ya que formaran parte de una campaña publicitaria, por lo tanto, el consentimiento del contrato no puede ser tácito, sino

expreso ya que es necesario que estos estén al tanto de los alcances del contrato y la duración del mismo.

- c) Objeto lícito: Para que un negocio jurídico sea válido, se necesita que el objeto del negocio sea lícito ya que no se puede negociar algo que sea inverosímil o ilegal, por lo tanto, en el caso del contrato de personality merchandising se puede afirmar, que de acuerdo con lo analizado, la esencia del contrato es lícita para negociar y ser objeto de negocio jurídico en Guatemala.

Como se puede observar de acuerdo con lo expuesto en los párrafos que anteceden; el contrato de Personality merchandising es válido respecto a su causalidad, a su vez se puede perfeccionar en nuestro país, ya que se puede adaptar a los requerimientos legales de Guatemala.

4.2. Ventajas de la regulación del contrato de personality merchandising en Guatemala

Existen muchas ventajas en cuanto a la aplicación y regulación del contrato de personality merchandising en Guatemala por lo tanto se dividen en tres aspectos:

- a. Respecto a la persona que cede su imagen: las ventajas que se pueden destacar consisten en el aumento de su patrimonio, debido a la cesión de derecho de imagen que pueden realizar, con una legislación acorde a este contrato, entonces se podrán saber cuáles serán los parámetros en los cuales esta persona se pueden

obligar y si será exclusivo o si bien puede prestar su imagen a otra empresa o compañía o bien promocionar otro producto, dentro de la legislación se pueden determinar los límites de este contrato, ya sea respecto a temporalidad, onerosidad, publicidad y formalidades del mismo, representara una ventaja pudiendo fundamentarse en una ley para evitar abusos que vayan en detrimento de su imagen o bien de su patrimonio, apoyándose en la ley en el caso de la terminación del mismo contrato, existiendo situaciones jurídicas contempladas para la terminación sin responsabilidad, ya que así se prevendría injusticias respecto al uso de su imagen y la explotación de la misma.

- b. Respecto a la empresa contratante: en relación con esta parte, sus ventajas se cuentan empezando por el prestigio que adquiere la empresa con el uso de sus productos de parte de una personalidad, aunque su patrimonio se pueda ver afectado, al hacer propaganda en el uso de cualquier producto por parte de una personalidad, se generará un efecto dominó en el cual por la influencia de la personalidad, se persuade a la compra de cualquier producto, lo cual dependiendo de la globalización de la marca y del nivel de fama así como alcance de la personalidad, puede generar mayores beneficios económicos. Dentro del ámbito legal, las ventajas que ofrece la regulación de este contrato para la empresa contratante, reside en la seguridad jurídica que tendrá esta empresa en el caso de que este contrato se lleve a cabo en la República de Guatemala, podrá obtener plena vigencia, lo cual daría una ventaja para empresas guatemaltecas que quisieran celebrar un contrato de esta índole con cualquier personalidad, de tal forma que existiría una paridad y un andamiaje jurídico suficiente para que

cualquier persona tenga la seguridad para obligarse mutuamente dentro de esta forma de contratación.

- c. Respecto a la sociedad en general: Este contrato tiene un impacto social interesante debido a la publicidad y la atracción de masas que genera su aplicación, ya que aunque el contrato sea signado entre dos partes, su objeto final, es lograr la atención de la sociedad guatemalteca, ya que es el mercado que se quiere impactar. Respecto a los efectos legales, la compra de un producto es la forma más sencilla de negocio jurídico que existe, por cuanto una persona tiene la sensación de prestigio que una marca posee, lo consumirá; por lo tanto, aunque la firma sea entre las partes los efectos que se buscan afectar son los de la sociedad en general.

4.3. Contrato de personality merchandising y contrato servicios de profesionales

En este apartado se estudiarán y compararán los contratos de personality merchandising y contrato de servicios profesionales, de tal manera que se pueda diferenciarlos y establecer que el contrato de personality merchandising necesita una regulación legal propia.

Iniciare por citar el contrato de servicios profesionales; dentro del cual se podría encuadrar este contrato. De conformidad con el Artículo 2027 del Código Civil dictamina que este contrato se lleva a cabo cuando profesionales presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago. A la luz

de este Artículo, se puede afirmar que el Código Civil es excluyente respecto a quienes puede ser objeto de estos contratos; refiriéndose a profesionales; sin embargo es una exclusión abierta, ya que se podrá afirmar que todas las ocupaciones tienden a ser profesionalizadas, por ejemplo: actor profesional, músico profesional, modelo profesional, etc. Por lo tanto, este artículo es aplicable también a ese tipo de profesionales; en el mismo cuerpo legal, se encuentra el Artículo 2032 donde se establece que salvo pacto en contrario, los que prestaren servicios profesionales tendrán derecho a ser retribuidos, cualquiera que sea el éxito o resultado del negocio o asunto en el cual hubieren intervenido, lo cual también se puede aplicar en el sentido de ser contratado exclusivamente para una campaña publicitaria, en donde la persona que se comprometa a promocionar el producto tiene derecho a su paga completa.

En este sentido, se puede afirmar que el contrato de personality merchandising podría encuadrarse en esta forma de contrato; sin embargo, considero que no cumple con todas las condiciones para que el contrato referido sea únicamente uno de servicios profesionales debido a la especialización que se requiere para llevar a cabo el contrato, así como su ámbito de aplicación y especialmente por la cesión de derechos de imagen, lo cual es un punto vital dentro de la negociación de este contrato, por lo tanto debo afirmar que el contrato de servicios profesionales, es un inicio en cuanto a la regulación del contrato de personality merchandising, pero es evidente que respecto a la protección de derechos y de cesión de imágenes es necesario que este contrato tenga una regulación propia, que se acorde con las necesidades y con el objeto que este persiga por lo tanto debe de ser creada una legislación que tome todos esos tópicos y los regule.



4.4. Análisis jurídico doctrinario del contrato de licencia de personality merchandising y su aplicación en Guatemala

En este apartado he de analizar el contrato de personality merchandising, desde la perspectiva del derecho de protección a la imagen y desde la aplicación de estos derechos, dentro del ámbito mercantil nacional.

Es preciso indicar que es necesario que en Guatemala se garanticen, de una forma clara y precisa, los derechos fundamentales para regular el derecho a la protección de la imagen, de tal manera que sea posible proteger estas clase de derechos, ya que actualmente es posible apropiarse de la imagen de una persona para usos comerciales o personales, sin que esta sea por lo menos notificada o tenga idea alguna de que es utilizada para estos fines, caso contrario el de los partidos políticos, ya que la mayoría estipula en su afiliación al mismo, el derecho de las imágenes de los particulares simpatizantes con su causa; sin embargo, es claro que en Guatemala aunque no esté expresamente normado el derecho positivo en nuestro país, la doctrina nos dicta que la imagen es una extensión de la personalidad de los seres humanos, por lo tanto si se protege la personalidad, entonces se protege el derecho de cada una de las personas como individuo, como el derecho de privacidad de la imagen en Guatemala, está cubierto.

Existe sin embargo, un problema en cuanto al derecho de la imagen, y que esta quiera ser explotada para obtener una ganancia económica, ya que de acuerdo con las



normas actuales, se puede aseverar que es posible hacerlo debido al principio fundamental de la libertad de acción el cual está regulado en el Artículo cinco de la Constitución Política de la República de Guatemala, lo cual genera la posibilidad de lucrar con la cesión de derechos de imagen, debido a que una imagen no se puede vender, solo se puede ceder el derecho para ser explotada, ya que como se menciona la imagen es propiedad exclusiva de la persona. Regular este derecho, es la base para fundamentar el contrato de personality merchandising en sentido que debe de reconocerse el derecho de explotación de imagen desde un punto de vista distinta a la protección de la privacidad de las personas.

El contrato de personality merchandising, es por ende un contrato de cesión de derechos, dentro del cual se ceden los derechos de la imagen de una celebridad para promocionar cierto producto o marca, con el objeto de persuadir al mercado deseado a consumir el producto promocionado dentro de un espacio definido de tiempo sin otorgar exclusividad en el derecho, en el entendido de que una persona es dueña de su propia imagen y puede explotarla como crea conveniente. Sin embargo, se puede pactar una exclusividad relativa, en donde solo se puede pactar ser la imagen de una compañía y no parte de su empresa, pudiendo ser la imagen de otro tipo de compañía.

Partiendo de la idea de la imagen como objeto de explotación y no existiendo ningún ilícito para comerciar con ella, se afirma que este contrato es viable para su práctica en Guatemala, tan viable que se lleva a cabo dentro del ámbito mercantil; amparado en la llamada configuración interna del derecho mercantil, la cual consiste en que el hombre por su capacidad inventiva puede crear y obligarse en la cantidad de contratos

mercantiles que crea necesarios para satisfacer sus necesidades; si a esto se le agrega el mundo cambiante en el que habitamos y la poca formalidad que se requiere para que estos nazcan a la vida jurídica, no ha sido necesaria la creación de una ley para regular este contrato en Guatemala; sin embargo, a medida que este contrato se ha ido utilizando, se ha visto en la necesidad que sea regulado en nuestro país, ya que en la mayoría de ocasiones quienes se quieren obligar en este tipo de contrato deben recurrir a celebrarlos de acuerdo y fundamentados en leyes internacionales, los cuales en la mayoría de las ocasiones ponen en situación de desventaja a quienes ceden su imagen o si una empresa desea llevar este contrato a la práctica, lo hace a través de un contrato escrito de acuerdo con leyes extranjeras, o bien por medio de un criterio que vaya en detrimento directo de alguna de las partes. Por lo anterior, esta forma de contratación siempre será como todas, entre dos partes, las leyes deberán brindar un mínimo de garantías sobre las cuales se funden las partes en el contrato.

Si fuere el caso que exista una regulación legal vigente, quienes celebren un contrato de personality merchandising, podrán saber de qué se trata el mismo, así como la clase de cesión que tienen que otorgar, la duración de la misma y las formas en las cuales esta se puede renegociar; también conociendo la duración de este contrato y si el plazo puede ser reducido o ampliado y por su puesto la remuneración que se obtendrá por la cesión de este derecho.

Considero que la regulación de este contrato sería muy importante para ambas partes, en el sentido que este contrato se puede prestar para que se presenten abusos por cualquiera de ellas; ya que por un lado se puede pactar que el pago que reciba la



persona sea directamente proporcional a un porcentaje de la totalidad del producto vendido, o por el contrario la persona puede pedir un pago desmedido por sus servicios, lo cual pondría en entredicho la estabilidad de la empresa, debido a que no se puede saber si el producto será un éxito o un fracaso en venta, por lo tanto con la regularización de este contrato se podrá crear un fundamento de esta forma de contratación el cual únicamente se podrá mejorar, para evitar menoscabar los derechos de las partes que se vean inmiscuidas en la relación contractual. Por lo tanto concluyo que este contrato debe de ser regulado dentro de la legislación vigente de Guatemala.





CONCLUSIONES

1. Las normas mercantiles vigentes en Guatemala, no responden a cabalidad con las necesidades del derecho mercantil en la actualidad, debido a los constantes cambios que se suscitan dentro de la sociedad y en específico del tráfico mercantil nacional, por lo tanto, debe buscarse la forma de actualización en normas mercantiles, para evitar un estancamiento legal.
2. El contrato de personality merchandising, cuenta con todos los elementos jurídicos suficientes, para su utilización dentro del ámbito mercantil guatemalteco, ya que es utilizado por empresas y personas individuales con el ánimo de obtener ganancias recíprocas.
3. No existe en Guatemala una legislación vigente que regule el contrato de personality merchandising, aunque se lleva a cabo en la práctica, por lo tanto no son claros los efectos jurídicos para las partes que se comprometan en esta forma de contratación.
4. La imagen de las personas puede ser explotada para obtener ganancias siempre y cuando se respete el derecho a la privacidad de las personas y no se abuse del uso de la misma, utilizándola para su explotación únicamente cuando exista consentimiento expreso de la persona para una actividad mercantil exclusiva.



5. Hasta que no se garanticen en forma clara y precisa la protección del derecho a la propia imagen, este contrato en Guatemala, no se podrá saber con certeza cuáles serán los efectos jurídicos que generará el contrato de personality merchandising y su aplicación en nuestro país.



RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala, debe crear una comisión reguladora de normas mercantiles, para que se encargue de legislar de forma periódica, contratos que surjan dentro del ámbito del comercio; de esta manera se obtendrá una ley mercantil actualizada y conforme a la expectativa del ámbito mercantil internacional y que confieran certeza jurídica a las personas que deban de obligarse en este tipo de formas contractuales.
2. El contrato de personality merchandising ha sido puesto en práctica en Guatemala, por lo tanto debe ser regulado, de tal forma que las partes que se vinculen en esta forma, tengan plena certeza jurídica al momento de suscribir el contrato.
3. Es necesario que se regule el derecho de imagen, de tal manera que sea conocidas las formas en la que este derecho puede explotarse y cuáles serán los límites respecto a la protección jurídica que recibirá este derecho.
4. Se debe de legislar acerca de la explotación del derecho de imagen para obtener lucro, buscando la manera de proteger la imagen de una persona, de tal manera que sea ilegal utilizar la imagen de una persona sin el consentimiento expreso de esta para vincularse con la utilización de la misma, respetando el derecho de privacidad y propiedad de cada individuo.



5. Es necesario que se regule el contrato de personality merchandising, en legislación en Guatemala, de tal manera que se tenga la certeza jurídica sobre las garantías en la cual las partes pueden obligarse para evitar abusos por cualquiera de estas de tal manera que este contrato se pueda utilizar a cabalidad en Guatemala ya sea con personas y empresas nacionales o extranjeras.



BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, John. **Merchandising intellectual property**. The Journal of Business Law. Londres: 3ª ed. (s.e.):1987.
- ATHIÉ GUTIÉRREZ, Amado. **Derecho mercantil**. México: 2ª ed. Ed. McGraw Hill, 2002.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, **El derecho fundamental al honor**. Madrid: 2ª ed. Ed. Tecnos, 1992.
- BETTI, Emilio. **Teoría del negocio jurídico**. España: 2ª ed. Editorial Granada, 2000.
- BORT MUÑOZ, Miguel Ángel. **Merchandising: Como mejorar la imagen de un establecimiento comercial**. España: 1ª ed. Ed. ESIC, 2004.
- Corte de Constitucionalidad. **Gaceta No. 1, expediente No. 12-86**, página No. 3, sentencia: 17-09-86.
- Corte de Constitucionalidad. **Gaceta No. 61, expediente No. 1258-00**, sentencia: 10-07-01.
- Corte de Constitucionalidad. **Gaceta No. 22, expediente No. 165-91**, página No. 10, sentencia: 10-12-91.
- DE LOS MOZOS, José Luis. **La teoría general del negocio jurídico, su oportunidad e importancia**. 2ª ed. Ed. Civitas, 1979.
- DE LEÓN PRADO, Dimas Juan Carlos. **Análisis jurídico doctrinario del contrato de promesa y de opción, de conformidad con la legislación guatemalteca**. Guatemala: (s.e.), 2012.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofía del derecho**. Barcelona, España: 1ª ed. Ed. Bosch, 1978.
- DIEZ PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. España: 6ª ed. Madrid, Ed. Civitas, 2007.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. **La génesis del Artículo 6 bis del Convenio de la Unión de París**. Universidad de Santiago de Compostela, Universidad Complutense, Consejo Superior de Investigaciones Científicas; Madrid: tomo II, (s.e), 1972.
- FONT RIBAS, Antoni. **El conflicto entre los nombres de dominio y los signos distintivos**. Revista jurídica de Cataluña, España: núm. 2. (s.e), 2002.



FRANQUET SUGRAÑES, M. Teresa. **La mercantilidad de las ventas a plazos de bienes muebles**, Cuadernos de Derecho y Comercio, ISSN 1575-4812: núm. 30, 1999.

GHERSI, Carlos Alberto. **Contratos civiles y comerciales**. Argentina: Ed. Astrea, 1998.

GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. **Voz: Imagen (derecho a la propia)**, Barcelona: 1ª ed. Nueva Enciclopedia Seix, Ed. Seix, 1979.

GUSTALE, Violeta. **El origen de los negocios jurídicos y sus conexidades con los hechos y actos jurídicos**. México: 1ª ed. Ed. Trillas, 2009.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. et. al. **Elementos de derecho civil III. Derechos reales. Posesión y propiedad**. Barcelona: 3ª ed. Ed. José María Bosch, 1990.

LASTRA LASTRA, José Manuel. **Hechos y actos jurídicos**. México: 1ª ed. Ed. UNAM. Primera edición, 2011.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. **Principios del derecho civil**. Madrid: 2ª ed. Editorial Marcial Pons. 2012.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. **Tratado de derecho civil**. Argentina: 2ª ed. Ed. Perrot, 1982.

MARTÍN MUÑOZ, Alberto. J., **El merchandising**. España: 1ª ed. Ed. Arizandi. 1999.

MARTÍN ARESTI, Pilar. **La licencia contractual de patente**. España: 1ª ed. Ed. Aranzadi., 1997.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Guatemala: Primera edición electrónica, 2007.

PÉREZ-SERRABONA, José Luis. **Derecho mercantil II**. España: 7ª ed. Ed. Ariel, 2005.

PUIG PEÑA, Federico, **Compendio de derecho civil español tomo III**. España: 2ª ed. Editorial Aranzadi. 1974.

ROSENBERG, Jerry M. **Dictionary of retailing & merchandising**, New York: 1ª ed. Ed. John Wiley & Sons, Inc.. 1995

Tribunal Supremo de España. Sentencia del 11 de abril de 1987 (RJ 2703)

Tribunal supremo de Ecuador. Sentencia del 11 abril 1987 (RJ 1987/2703)

VÁSQUEZ, Carlos Humberto. **Derecho civil IV**. 2ª ed. Guatemala: Ed. Rockmen. 2008.



VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 6ª ed. Guatemala, Ed. Universitaria, 2004

Legislación:

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

Código Civil Decreto Ley número 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala 1963.

Código de Comercio de Guatemala. Decreto número 2-70, del Congreso de la República de Guatemala, 1970.