

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**EL CONTRATO MERCANTIL DE CONCESION
Y LA NECESIDAD DE SU REGULACION JURIDICA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MILTON RENE SANDOVAL RECINOS

Previo a optar al Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y a los Títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

PROPIEDAD DE LA BIBLIOTECA DE LA UNIVERSIDAD DE GUATEMALA
Bibliotecario
Guatemala, Marzo de 1998

04
T(3350)

C.4

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

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I:	Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II:	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III:	Lic. William René Méndez
VOCAL IV:	Ing. José Samuel Pereda Saca
VOCAL V:	Br. José Francisco Peláez Córdón
SECRETARIO:	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

**TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. José Roberto Mena Izeppi
Vocal:	Lic. Hugo Haroldo Calderón Morales
Secretario:	Lic. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Héctor Aqueche Juárez
Vocal:	Lic. Ronald Manuel Colindres Roca
Secretario:	Lic. Roberto Samayoa

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

10/12/1998
JW



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica

Guatemala, 30 de octubre de 1997.

Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Lic. José Francisco de Matia Vela
Su Despacho:
Señor Decano:

355



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

- 9 / FEB. 1998

RECIBIDO
Barras 10 minutos 30
OFICIAL

[Handwritten signature]

Cumpliendo con la resolución de ese Decanato, de fecha veinticinco de julio del año en curso, por este medio evocó el dictamen de mérito en los siguientes términos:

- a) Procedí a asesorar el desarrollo del plan de tesis presentado por el Bachiller MILTON RENE SANDOVAL RECINOS, denominado "EL CONTRATO MERCANTIL DE CONCESION Y LA NECESIDAD DE SU REGULACION JURIDICA", tomando como guías fundamentales la hipótesis y objetivos planteados, procedí a la selección de la bibliografía específica y adecuada al tema planteado.
- b) En la medida en que fuimos profundizando en el tema, objeto de la investigación, detectamos que el título de la tesis obligaba necesariamente a un sesgo y orientación distinta al contenido de lo que en ese entonces se derivaba de lo trabajado en la investigación y además se corría el riesgo de precipitar conclusiones, que no necesariamente se desprendieran de lo investigado -contenido del trabajo-, por tal razón me permití sugerir el cambio del título inicial, por el de "CONTRATO MERCANTIL DE CONCESION", para evitar el sesgo y que a partir de lo investigado y tomando como base la hipótesis y objetivos planteados, estuviéramos en condiciones de arribar, en forma rigurosa a las conclusiones, sin anunciarlas - a priori - a partir del título en la forma en que estaba planteado.
- c) Conforme al plan presentado por el bachiller Sandoval Recinos, el trabajo se fue desarrollando por capítulos y se fue configurando así un interesante trabajo de investigación y dado que el informe final presentado contiene un enfoque crítico respecto del contrato de Concesión, desde el punto de vista de la doctrina, los postulados del derecho mercantil, que se explica en forma extensa su naturaleza jurídica y su posible regulación legal, (aunque este último aspecto no lo comparto en su totalidad, me parece respetable y suficientemente sustentada la opinión del autor, razón por la cual se dejó en la forma por él planteada).
- d) Estimo que el enfoque, que se le da al presente trabajo, es novedoso y constituye un valioso aporte al estudio de los contratos mercantiles, especialmente a los denominados contratos atípicos, toda vez que si bien es cierto, que en la práctica mercantil funcionan profusa y adecuadamente, también lo es que son poco conocidos por profesionales y estudiantes de esta casa de estudios, aspecto que le da mayor relevancia al trabajo presentado por el bachiller Sandoval Recinos.

Al considerar que el mismo llena los requisitos exigidos, este dictamen favorable, para que sea trasladado el mismo a la consideración del revisor para los efectos administrativo-académico correspondientes y en su oportunidad se ordene la impresión y sea discutido en examen público.

Al agradecer la oportunidad que se me ha brindado, para revisar la presente tesis, me suscribo del señor Decano, no sin antes patentizarle mis más sentidas sueltas de consideración, estima y respeto.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

[Handwritten signature of Héctor Aguache Juárez]
Lic. Héctor Aguache Juárez
Asesor

[Handwritten signature of Héctor Aguache Juárez]
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES: Guatemala, once de febrero de mil
novecientos noventa y ocho.-----

Atentamente, pase al LIC. JUAN FRANCISCO FLORES
JUAREZ, para que proceda a Revisar el trabajo de
Tesis del Bachiller MILTON RENE SANDOVAL RECINOS
y en su oportunidad emita el ~~resumen~~
correspondiente.



alindej.



LICENCIADO

Juan Francisco Flores Juárez
ABOGADO Y NOTARIO

509-98

2012/198

Guatemala, 19 de febrero de 1,998.

Licenciado
JOSE FRANCISCO DE MATTA VELA,
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

20 FEB. 1998

RECIBIDO
Horas: 18 Minutos: 00
Oficial: _____

Señor Decano:

De manera respetuosa informo sobre la revisión realizada en el trabajo de tesis del bachiller MILTON RENE SANDOVAL RECINOS, intitulado EL CONTRATO MERCANTIL DE CONCESION Y LA NECESIDAD DE SU REGULACION JURIDICA.

En torno a dicho asunto manifiesto mi plena y total adherencia a los conceptos vertidos por el Licenciado HECTOR AQUECHE JUAREZ en su dictamen, comentado que a la calificada opinión del especialista mencionado, el suscrito no puede adicionar ningún comentario.

Por la razon citada estimo que los planteamientos del bachiller SANDOVAL RECINOS pueden ser discutidos en el examen que procede.

RESPECTUOSO:

JUAN FRANCISCO FLORES JUAREZ.

Corporación de Abogados

Avenida La Reforma B-60, Zona 9

Edificio Galerías Reforma - Oficina 803 - 6o. piso Torre I - Teléfonos: 3311521 - 3310622

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES; Guatemala, veinticuatro de febrero de mil
novecientos noventa y ocho.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza
la Impresión del trabajo de Tesis del Bachiller MILTON
RENE SANDOVAL REGINOS intitulado " EL CONTRATO
MERCANTIL DE CONCESION Y LA NECESIDAD DE SU REGULACION
JURIDICA" Artículo 22 del Reglamento de Exámenes
Técnico Profesional y Público de Tesis.-----

alhj.



PROPIEDAD DE
8 FEB 1998
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DEDICATORIA

A DIOS:

Por haberme iluminado y permitirme alcanzar este triunfo.

**A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

Fuente de mis conocimientos.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

CONTRATOS MERCANTILES	
CARACTERISTICAS DEL ACTO MERCANTIL	1
OTRAS PARTICULARIDADES EN EL CONTRATO MERCANTIL	2
DIFERENCIAS ENTRE OBLIGACIONES CIVILES Y MERCANTILES	3
FORMAS DE LOS CONTRATOS MERCANTILES	5
INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES	7
EL CONTRATO COMO UNA MANIFESTACION DE LA EMPRESA	10
CLASIFICACION DOCTRINARIA DE LOS CONTRATOS MERCANTILES	11
CUADRO SINOPTICO DE LA CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES	12
DEFINICION DE LOS DIVERSOS CONTRATOS MERCANTILES	13
ENUMERACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES SEGUN EL CODIGO DE COMERCIO	14
LOS CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES	17
	19

CAPITULO II

CONTRATO DE CONCESION EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO	21
PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	22
EL CONTRATO DE CONCESION	23
ELEMENTOS DEL CONTRATO	23
PRINCIPIOS JURIDICOS QUE RIGEN LA LICITACION	25
DIVISION DE LA LICITACION	25
PROCEDIMIENTO DE LA LICITACION	25
NATURALEZA JURIDICA DE LA CONCESION	28
CARACTERISTICAS DE LA CONCESION	28
CLAUSULAS OBLIGATORIAS DEL CONTRATO DE CONCESION	29
OBLIGACIONES MINIMAS DEL ESTADO	29
CAUSA QUE EXTINGUE LA CONCESION	30
VENTAJAS DE LA CONCESION	30

CAPITULO III

EL CONTRATO DE CONCESION REGULADO EN EL CODIGO MERCANTIL	31
CLASIFICACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS	32
POR LA DURACION DE LA PRESTACION	33
FORMAS DE PRESTAR LOS SERVICIOS	34
SERVICIOS A CARGO DE CONCESIONARIOS	34
SERVICIOS PUBLICOS MUNICIPALES	35
ELEMENTOS DEL CONTRATO DE CONCESION MUNICIPAL	35
CONTENIDO DEL CONTRATO DE CONCESION MUNICIPAL	35
	36

CAPITULO IV

<i>ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONTRATOS DE CONCESION EN EL DERECHO MERCANTIL.</i>	39
<i>DEFINICION DE CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL O COMERCIAL</i>	41
<i>ELEMENTOS DEL CONTRATO DE CONCECION MERCANTIL</i>	41
<i>PLAZO DEL CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL</i>	44
<i>CONTENIDO DEL CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL O COMERCIAL</i>	44
<i>OBJETO DE LA CONCESION COMERCIAL</i>	45
<i>PLAZO DEL CONTRATO</i>	45
<i>SISTEMA DE COMERCIALIZACION DEL PRODUCTO</i>	46
<i>REMUNERACION DE LA ENTIDAD CONCECIONARIA</i>	46
<i>RESOLUCION ESPECIAL DEL CONTRATO</i>	46
<i>REGIMEN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL</i>	46
<i>EFFECTOS DEL CONTRATO DE CONCESION COMERCIAL</i>	46
<i>OBLIGACIONES ESPECIALES DEL CONCEDENTE Y CONCECIONARIO</i>	47
<i>OBLIGACIONES DE HACER Y NO HACER DE LA CONCECIONARIA</i>	47
<i>VENCIMIENTO ANTICIPADO</i>	47
<i>EFFECTOS PROCESALES</i>	48
<i>REGIMEN DE TERMINACION</i>	48
<i>SEGUROS</i>	48
<i>OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL</i>	48
<i>DERECHO DE LAS PARTES</i>	49
<i>CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE CONCECION MERCANTIL</i>	51
<i>AFINIDADES Y DIFERENCIAS DEL CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL CON OTROS CONTRATOS</i>	53
<i>EXTENSION DEL CONTRATO DE CONCESION COMERCIAL O MERCANTIL</i>	57
<i>CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL Y MONOPOLIO</i>	58
<i>CONCLUSIONES</i>	61
<i>RECOMENDACIONES</i>	63
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	67

INTRODUCCION

Al respecto del contrato de concesión mercantil, convergen la mayoría de autores en que su desarrollo es típico de la segunda parte de nuestro siglo, producto de la industrialización y tecnificación en la producción de mercaderías, así como del crecimiento rápido de las empresas lo que obligó a los comerciantes a buscar y asegurar mercados internacionales a través de un contrato sui generis que englobara dentro de su seno las tres clásicas revelaciones del fenómeno circulatorio en el ámbito mercantil: cambio, crédito y asociación. Es un contrato que en la mayoría de legislaciones adolece de un régimen propio; en la doctrina y la jurisprudencia se encuentran escasos estudios y precedentes. Los grandes sistemas de derecho a los que se recurre normalmente (en nuestro medio) para ahondar un concepto o complementar una información, son el Italiano, Francés, Alemán o Español. Por su parte los Estados Centroamericanos, han regulado la distribución comercial la que se encuentra estrechamente emparentada con la concesión mercantil. Específicamente en Guatemala, esta figura de la distribución se ha legislado pero en una forma confusa y antitécnica, mediante el Decreto del Congreso de la República número 78-71 que contiene la normatividad del Contrato de Agencia, Representante o Distribuidor exclusivo sin diferenciarlos, en tanto que doctrinariamente son contratos diferentes.-

En el ámbito internacional, el producto del exterior, encuentra en el contrato de concesión mercantil, la mejor forma de canalizar la exclusividad de su importación, puesto que homogeniza su venta dentro de un territorio determinado, abre un mercado, elimina definitivamente su inversión de capital y de riesgo y delega su actividad empresarial en el concesionario. Además de las ventajas antes mencionadas tiene también ciertos inconvenientes que la mayoría de autores le atribuyen tales como: a) la situación del incumplimiento de condiciones de la concesión, obliga a que en vía de la prevención, se establezca represalias de índole económico, las que en algunos casos son de difícil fijación; b) El hecho de buscar una situación monopolista interna de contrato a través del pacto de exclusiva de venta, priva a los demás comerciantes de fuentes de aprisionamiento y la resta consecuentemente, difusión a la venta en aras de una asequibilidad uniforme para el consumidor; c) Necesita que el concedente fije de antemano los precios de reventa del concesionario; d) El concedente, también fija las condiciones de venta del producto que comercializa el concesionario, lo cual va en contra de los intereses del intermediario o del consumidor.-

Al contrato de concesión mercantil, se le ha confundido por gran parte de los autores con el de una compraventa con pacto de exclusiva, confusión derivada de que no han tenido en cuenta la causa del negocio, ya que en la concesión mercantil no se busca únicamente la venta de las mercaderías sino que el concedente sigue la venta hasta el consumidor; así mismo pretende conservar el control de dicha operación.-

El presente trabajo de tesis, pretende demostrar la importancia del contrato de concesión mercantil dentro del ámbito de circulación de las mercaderías dentro de los sistemas de libre mercado, empezando por la descripción de las características y peculiaridades de los contratos Administrativos de concesión y el regulado en el Código municipal; posteriormente se estudia el de concesión mercantil mediante los diversos enfoques doctrinarios que al mismo dan varios autores especialistas en la materia comercial, temas que van desde los antecedentes históricos, su definición, elementos, obligaciones y derecho de las partes, elementos, características, diferencias con otros contratos, y, su relación con el monopolio.-

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la única fuente a derecho es la ley, por lo que al no existir una regulación adecuada legal del contrato de concesión mercantil, no se puede tener elementos de esa naturaleza para su estudio, en consecuencia se ha utilizado únicamente elementos de naturaleza doctrinaria, recogiendo de ellas las más adecuadas e importantes para el cumplimiento de los objetivos de la presente investigación.

CAPITULO I CONTRATOS MERCANTILES

DEFINICION: Nuestro Código de Comercio no define el contrato mercantil por lo que haciendo acopio a lo indicado en los artículos 694 y 1, 2, 3, 4 y 5 del Código de Comercio es válida la definición contenida en el código Civil en su artículo 1.517 que indica que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación" y en el 1.518, indica 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. Esta determinada formalidad coincide que con el párrafo final del artículo 671 del Código de comercio pero como distinguir los que son contratos mercantiles y cuales civiles? para aclarar la pregunta, existen varios criterios entre los cuales tenemos:

- 1.) Son mercantiles aquellos regulados por el código de comercio y no por el código civil.
- 2.) Son mercantiles los contratos en los que una o más partes tienen legalmente el carácter de comerciantes (vease art. 1 y 2 del código de comercio)
- 3.) Son mercantiles los contratos que dan lugar a procedimientos judiciales supuestamente mas ágiles que los contratos civiles; y,
- 4.) Son mercantiles los contratos en los que su objeto acusa mas claramente su finalidad.

De los anteriores criterios nuestro ordenamiento jurídico al establecer sigue el criterio de los incisos 1) y 2) ya que son contratos mercantiles únicamente aquellos en aparecen regulados por el código de comercio; así mismo lo serán aquellos en los que participa el comerciante; al menos en uno de los polos de la relación contractual, dentro de su actividad profesional; y, tendrán forma dicotómica los contratos de compraventa, deposito y fianza, pero cabe preguntarnos ¿como sabemos cuando será civil o mercantil uno de estos tres contratos? La respuesta, simple; Aplicando los artículos 1 y 5 de código de comercio que indican respectivamente "Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles, y las cosas mercantiles, se regirán en las disposiciones de este código y en su defecto, por las del derecho civil que se aplicara e interpretaran de conformidad por los principios que inspira el derecho mercantil, así mismo aplicando el art. 5 que indica: "Cuando es un negocio jurídico regido por este código intervendrán comerciantes y no comerciantes, se aplicaran las disposiciones del mismo": lo que nos conduce a decir que un contrato será mercantil cuando en una de ambas partes de la relación profesional (en nombre propio y con fines de lucro) así mismo lo será los que hagan los comerciantes sociales regulados por el art. 3 del código de comercio aunque su finalidad no sea lucrativa; así como aquellas en las que el objetivo del mismo sean cosas mercantiles (títulos de crédito, la empresa mercantil y los elementos, y las patentes de inversión y

de modelo, las marcas, los nombres, los avisos y anuncios comerciales art. 4. código de comercio.

LA MERCANTILIDAD: La mercantilidad de los negocios jurídicos según lo indica, el Dr. Vásquez Martínez (1) emanan del hecho que formen parte de la actividad profesional de un comerciante o un empresario, en otras palabras de que se integre dentro del complejo de actividades mediante las cuales la empresa mercantil ofrece al público bienes o servicios, o bien, por las circunstancias de estar regulados específicamente por el código de comercio. Es importante señalar que el propósito o la finalidad de lucro a que se refiere el código de comercio (art. 2 y 655) se refiere no al negocio aislado, sino a la actividad como complejo de actos. En la empresa la que coordina los elementos con el propósito de obtener un lucro.

CARACTERISTICAS DEL ACTO MERCANTIL:

- 1.- **Onerosos:** Puesto que supone equivalencia entre las prestaciones del comprador y el vendedor, ya que se realizan derechos y gravámenes recíprocos.
- 2.- **En serie:** Porque las manifestaciones de voluntad de las personas van relacionadas entre sí, se suceden unas a otras y permite tener un mayor número de ventajas por un mismo acto.
- 3.- **Tiende a ser internacional:** Porque los movimientos y actividades mercantiles que se realizan, tienden a borrar las fronteras y buscan espacios más amplios.
- 4.- **Animo de Lucro:** En todo acto mercantil se persigue conseguir ganancias o provechos equivalentes para los comerciantes.
- 5.- **Poca Formalidad:** La simplicidad o forma del acto mercantil, hace que el mismo se realice sin la existencia de normas que toleren la realización rápida de los negocios.

FORMALIDAD DE LOS CONTRATOS MERCANTILES: Esta característica se encuentra regulada en el artículo 671 del código de comercio por lo que los contratos mercantiles no serán sometidos a ninguna formalidad especial, excepto en los que la ley obliga a formas o solemnidades especiales con el contrato de fideicomiso o el de sociedad que obligatoriamente deben celebrarse en escritura pública como requisito especial para su validez.

- 6.- **Rapidez:** El acto se lleva a cabo sin formalismos, con flexibilidad, sencillez de forma, lo que da como resultado una celeridad

(1) Edmundo Vásquez Martínez Instituciones de derecho mercantil pag. 552 y 553

EXISTEN OTRA PARTICULARIDADES EN EL CONTRATO MERCANTIL COMO POR EJEMPLO:

REPRESENTACION MERCANTIL:

La representación es una institución jurídica por lo que una persona (representante) da vida a un negocio jurídico en interés y en nombre de otra (representado) de manera de que es considerado el negocio creado por ella y a ella pasan inmediatamente las obligaciones que nacen del negocio.

En el derecho mercantil funciona lo que se llama "representación aparente" característica que se encuentra regulada en el artículo 670 del código de comercio y consiste en que es necesario ostentar mandato para representar a otra persona siempre y cuando simple o explícitamente se de la confirmación por parte del representado, un ejemplo de esto lo explica el Dr. Villegas Lara (2) al indicar que un agente vendedor llega a una tienda y realiza un negocio de suministro de mercaderías en nombre de su principal; este realiza la primera visita o realiza el acto que denota el conocimiento de lo que en su nombre realiza el agente viajero, en este caso el principal no podría reclamar que el agente carecía de mandato para representar, por lo que está obligado al cumplimiento del contrato.

CONTRATOS MEDIANTE FORMULARIOS: esta característica se encuentra regulada en el art. 672 del código de comercio esta contiene la normativa para los llamados contratos de adhesión, y se rige por las siguientes reglas:

- 1.) se interpretan en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado en formulario.
- 2.) Cualquier renuncia de derecho solo será válida si aparece subrayada o caracteres mas grandes o diferentes a los del resto de los del contrato; y.

Desarrollan otras características

Las cláusulas adicionales prevalecen a las del resto de los del formulario, aun cuando estas hayan sido dejadas sin efecto.

CONTRATOS MEDIANTE PÓLIZAS? ORDEN, PEDIDO Y SIMILARES: Este tipo de contratos se rigen mediante las reglas de los contratos por formularios, anteriormente vistas y su regulación esta en el art. 673 del código de comercio. En estos contratos se puede pedir su rectificación sino coincide con lo pactado, solicitud que debe hacerse dentro de los quince días siguientes de recibido, y si no se recibe contestación dentro de los siguientes quince días se da por rectificados. Implica que el silencio se tiene por tácita aceptación y rectificación de lo solicitado.

LIBERTAD DE CONTRATACION: el art. 681 del código de comercio indica que nadie puede ser obligado a contratar si el rehusarse a ello implica un acto ilícito

(2) Dr. René Arturo Villegas, Derecho Mercantil Guatemalteco tomo III pag. 16

o abuso de derecho. El autor Villegas Lara (3) Expresa lo siguiente: si una persona habilita una empresa fabril o de intermediación para ofrecer público bienes o servicios, ella tiene libertad de ver si contratara o no a determinada persona, ahora bien, se dan casos en que por perjuicios de variada índole un comerciante puede decidir que no contratara o negociara con personas de determinada religión raza o situación económica. ¿podría fundamentarse esa conducta en la libertad de contratación? no porque ello sería un acto ilícito y un abuso de derecho. Además, recomendamos que puede darse comercios únicos para proveer un bien o servicio monopolio colocados en posición de privilegio.

El comerciante en tal caso cometería un abuso de derecho si se negara a contratar, porque bien lo dice el anteproyecto del código de comercio " si el consumidor no tiene facultad de elegir al proveedor, este tampoco puede elegir su clientela. -

TEORIA DE LA IMPREVISION: Indica el código de comercio (art. 688) que en los contratos de tracto sucesivo (plazos) y en la ejecución diferida, puede el deudor pedir ante juez la terminación del contrato por haberse hecho muy gravosa la obligación como consecuencia de hechos imprevisibles y extraordinarios no afectara a las negociaciones realizadas ni aquellas caídas en mora se refiere únicamente a las obligaciones pendientes y no así a las ya realizadas.

No procede la teoría de la imprevisión o cláusula "rebus sic onerosidad" en los contratos aleatorios ni en los comutativos cuando la onerosidad vivida es riesgo normal de ellos por ejemplo: en los contratos de seguros cuando el riesgo se da, y solamente se ha pagado una prima, no se podría invocar la teoría de la imprevisión, por la desproporción entre las primas pagadas y el monto de la indemnización ya que es un riesgo propio de la naturaleza de esos contratos.

CONTRATANTE DEFINIDO: Regulado en el art. 692 el código de comercio el poco formalismo de la contratación mercantil, permite que un contratante como representante aparente en otra persona puede designar el nombre de la misma dentro de un plazo de tres días, salvo pacto en contrario, previa aceptación de la misma, la cual será tenida como contratante definitiva si se transcurrió el tiempo pactado o plazo legal y no hay aceptación de la persona designada estos contratos se dan con mayor frecuencia en la contratación de transporte de cosas cuando la contratación permite la sustitución del consignatario.

NO ES NECESARIO EL REQUERIMIENTO: El art. 677 del código de comercio, indica que las obligaciones y contratos mercantiles no es necesario el requerimiento de pago, incurriéndose en mora desde el día aquel en que se vencen o sean exigibles, se exceptúan los títulos de crédito y aquellos contratos y obligaciones donde se haya pactado lo contrario.

INCUMPLIMIENTO DE LEYES FISCALES: El incumplimiento de leyes fiscales no perjudica ni suspende los efectos de los contratos y actos mercantiles, pero no libra de las obligaciones, sanciones fiscales que imponen dichas leyes, se encuentra regulado en el artículo 680 del código de Comercio.

(3) René Arturo Villegas Lara, Derecho mercantil Guatemalteco tomo III pag.

DIFERENCIAS ENTRE OBLIGACIONES CIVILES Y MERCANTILES.

MORA: En el campo civil: "la Mora en el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación" La característica propia del código civil es que, para caer en mora, salvo excepciones que establece el artículo 1431 Código civil, es necesaria la interpeleación o sea el requerimiento de parte en forma judicial o por intervención de un notario. (Arts. 1428-1430 CC)

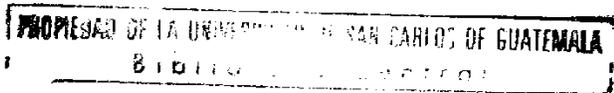
En cambio en las obligaciones mercantiles se incurre en mora sin necesidad de requerimiento, bastando únicamente que el plazo haya vencido o sean exigibles. La excepción a esta regla son los títulos de crédito y cuando hay pacto en contrario. En lo civil el pago de los daños y perjuicios, se debe probar fehacientemente que los mismos se ha causado, no siendo suficiente la simple reclamación o pretensión, a menos que se tratara de la cláusula indemnizatoria. En lo mercantil sucede lo contrario, hay un mandato para el deudor moroso de pagar daños y perjuicios, salvo pacto en contrario, cuando la obligación tuviere por objeto una cosa cierta y determinada o determinable; daños y perjuicios que se santifican en relación al interés legal sobre el precio pactado en el contrario; y a falta de este por el que tenga en la plaza al vencimiento; el de su cotización en la bolsa si se trata de títulos de Crédito.

CAPITALIZACION DE INTERESES: La capitalización de interés, significa que cuando el deudor deja de pagarlos, la cantidad que se adeude por este concepto, acrecenta el capital; de manera que a partir de la capitalización, los intereses aumentan porque se eleva la suma del capital. Este fenómeno (art. 691 C. Com.) era conocido en el negocio bancario; pero el código de comercio lo extendió a todo tipo de obligación mercantil, siempre que así se pacte en lo contrario y que la tasa de interés no rebase la máxima que cobran los bancos. Este tema, es uno de los aspectos negativos criticables al código de comercio, porque va en contra de los intereses de las grandes masas que consumen bienes y servicios. El código Civil en el artículo 1949 prohíbe la capitalización de intereses: permitiéndola únicamente en el negocio bancario.

DERECHO DE RETENCION: Facultad que la ley otorga en ciertos casos al acreedor para mantener en su poder un bien propiedad del deudor, negándose a entregarlo mientras que su crédito no sea cubierto por este.

Por la retención el acreedor no adquiere el derecho sobre los bienes, sino que simplemente se resiste a entregar uno o más bienes del deudor.

En la ley mercantil, la institución esta sistematizada en la parte general que el código dedica a las obligaciones, sin perjuicio de que aparezca también en algunos contratos en particular. El derecho de retención en lo mercantil, es la facultad que se concede al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor, que se hayan en su poder; o de lo que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla. (art. 682 del C. Com.) La retención funciona como una garantía en favor del acreedor que desea hacer efectiva la obligación. El derecho de retención opera bajo el régimen de los artículos siguientes del código de comercio 684, 685, 686 y 687.



PLAZO: Aquella obligación cuya eficacia y debido cumplimiento se postergan a una fecha cierta o incierta, en que debe ocurrir un suceso necesariamente futuro.

El código civil dispone que el plazo solamente fija el día o la fecha de la ejecución o extinción del acto o negocio jurídico. (art. 1279 CC) y que no puede exigirse el cumplimiento de la prestación antes del vencimiento del plazo. En lo mercantil no es necesario en algunos casos especificar el plazo, pero son exigibles inmediatamente las obligaciones para cuyo cumplimiento no se hubiere fijado un plazo en el contrato salvo que el plazo sea consecuencia de la propia naturaleza de éste. (artículo 675 C. Com.)

SOLIDARIDAD: Actuación o responsabilidad total en cada uno de los titulares de un derecho o de los obligados por razón de un acto.

En lo civil, la solidaridad puede ser activa o pasiva.

Cuando una obligación tiene del lado pasivo o activo, a varias personas, se llama mancomunada. Esta mancomunidad puede ser simple o solidaria; es simple cuando cada uno de los sujetos responde de una parte de la obligación; y solidaria, cuando cualquiera de ellos responde de la totalidad frente al sujeto del derecho. Los artículos del Código Civil que regulan lo preceptuado son: 1347, 1348, 1352, 1353, en este último artículo es necesario subrayar lo siguiente: **LA SOLIDARIDAD NO SE PRESUME; DEBE SER EXPRESA POR CONVENIO DE LAS PARTES O POR DISPOSICION DE LA LEY...**; con relación a esta especialidad de las obligaciones mercantiles mancomunadas, en lo que al deudor o a los fiadores se refiere: si en la obligación mercantil hay varios deudores, su mancomunidad es **SOLIDARIA** en virtud de la ley. (art. 674 C.C.) o sea se presume que no debe ser expresa como en la civil.

INCUMPLIMIENTO DE LEYES FISCALES: Los actos jurídicos, sobre todo lo que se refieren al tráfico patrimonial, están sujetos a cargas impositivas en favor del estado. El hecho de que los sujetos tratantes fueren omisos en la tributación fiscal, puede ocasionar que estos **ACTOS ADOLESCAN DE INEFICACIA** sin embargo como el tráfico mercantil puede verse afectado en la buena fe comercial, cuando los sujetos omiten tributar respecto a sus contratos y obligaciones, la ley establece que ello **no produce la ineficacia de los actos o contratos mercantiles**, como tampoco los libera de pagar los impuestos omitidos. En estos casos, además de carga tributaria, se responderá de las multas que se impone como consecuencia de disposiciones de derecho tributario. (art. 680 del código de Comercio)

FORMAS DE LOS CONTRATOS MERCANTILES: Siendo el contrato mercantil una manifestación material del tráfico comercial, es una de las instituciones jurídicas más permeable a las ideas, necesidades y cambios del sistema económico tanto nacional como internacional.

Según algunos autores el carácter individualista y liberal del derecho mercantil se ha venido debilitando, manifestándose muy claramente en el sector del contrato puesto que por una parte, "la liberalidad de la forma" se ha visto afectada puesto que cada día debido al intervencionismo estatal se obliga a realizar gran número de contrataciones con arreglo a bases rigidamente preestablecidas, que atentan contra la rapidez y poco funcionalismo que deberían regir el tráfico comercial que están dirigidas a proteger el interés de los terceros y el público en general. Por otra parte, el viejo principio de la autonomía de la voluntad se ha visto disminuido debido a que el contratante de menor poder de decisión económica se adhiere a lo que su contraparte más poderosa ha estipulado dentro del contrato; en la práctica se ha demostrado que en el actual estruendo de cosas dentro del mercado, las partes pueden discutir en planos de igualdad las condiciones del contrato; en la mayoría de los contratos mercantiles la libertad de contratación se deja en pura retórica debido a que el empresario ocupa una posición económica tan fuerte y privilegiada que le permite imponer su ley a los clientes que con él contratan.

La rapidez como una característica del tráfico mercantil hace sino imposible antieconómico el que las partes discutan minuciosamente cada una de las cláusulas que puedan acogerse a cada uno de sus intereses personales y particulares por lo que se opta por adherirse a contratos cuyo contenido está rigidamente determinado por el empresario como por ejemplo tenemos, el contrato bancario, el bursátil, seguros, transporte, suministros, agua, electricidad, etc. que son contratos uniformes cuyo contenido está determinado y contiene en sus cláusulas condiciones generales que raras veces sufren modificaciones por exigencias de los clientes que se ven obligados a contratar en las condiciones unilateralmente impuestas por el empresario, haciéndose negatorio el derecho de libertad de contratación o autonomía de voluntad.

PRINCIPIOS FILOSÓFICOS QUE ORIENTAN LA CONTRATACION MERCANTIL: nuestro código de comercio en su artículo 669 indica que los contratos se interpretaran ejecutaran y cumpliran de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables interpretaciones arbitrarias sus efectos naturales.

PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS MERCANTILES: el contrato mercantil se perfecciona y adquiere vida jurídica cuando la propuesta de una parte y la aceptación de otra coinciden y armonizan entre sí. Es decir, un contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes en relación.

Pero entre la oferta y aceptación existen grados y circunstancias por lo peculiar de la contratación, así tenemos.

1.- EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN: ART. 1520 código civil los contratos de adhesión en que las condiciones que regulan el servicio que ofrece al público son establecidas solo por el oferente quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas.

2.- PROPOSICIÓN DE CONTRATO A PERSONA PRESENTE: La persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar queda ligada por su oferta hasta que venza el plazo, sino fuera fijado plazo, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente.

art. 1521 código civil.

3.- PROPOSICIÓN DE CONTRATO A PERSONA AUSENTE: Cuando la oferta se haga a persona ausente el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la contestación de aquella dentro del plazo de la oferta sistema de la recepción si la oferta se hiciera sin fijación de plazo el autor de la oferta queda ligado para que en algún tiempo la contestación llegue a su conocimiento.- ar. 1523 código civil.

4.- CONTRATO POR TELEFONO: Este contrato se considera celebrado entre presentes y tanto en este caso como en el anterior el contrato se reputa celebrado en el lugar donde se hizo la oferta.

5.- CONTRATO SIN ACEPTACIÓN EXPRESA: Cuando el negocio fuere de aquellos donde no se acostumbra la aceptación expresa o cuando el oferente la hubiere dispensado se reputa concluido el contrato si la oferta no fue reusada sin dilación ejemplo de estos contratos, el de transporte de personas urbanas ya que el transporte esta dada la oferta tácitamente al recorrer el autobús la ruta usual, y no es necesario que el usuario acepte delante del conductor (ya que se reputa como representante del propietario) el contrato de transporte, ya dicha aceptación tácita al pagar el boleto.-

6.- CONTRATO A FAVOR DE TERCERO: Se puede estipular en favor de un tercero beneficiario por lo que tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación igual derecho le corresponde al tercero cuando así aparezca estipulado en el contrato.

Este tipo de contratos se modifican según la modalidad del mismo tratadas anteriormente véase ar. 1531 código civil.-

7.- CONTRATO CON CARGO A TERCEROS: "estos contratos son aquellos en los que una persona promitente promete por el hecho de un tercero por el cargo de indemnización si este no cumple la responsabilidad del promitente cesara desde el momento en que el tercero acepte la obligación.-véase ar. 1530 código civil

El perfeccionamiento de contratos mercantiles entre presentes se basa en la propuesta consensual mercantil, ya que solo aquellos que desconocen totalmente la realidad de la vida comercial podrían pretender la vigencia practica en el art. 1.518 del código civil (los contratos se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes excepto cuando la ley establece determinada

formalidad como requisito para su validez) ya que a nadie escapa que la práctica documental de la contratación mercantil, casi no admite excepciones: entre estas podemos mencionar tal vez solamente las pequeñas compraventas, que en la vida diaria se realiza con los pequeños comerciantes abarroteros.

Es en verdad impresionante el moderno documentalismo mercantil que campea sin obstáculo en todas las manifestaciones de las actividades comerciales y abarca desde los simples y pequeños boletos, billetes, fichas y contraseñas como requisito sino que son para abordar el bus, ingresos al cine, etc. hasta la plogida complejidad de un contrato de compra o transferencia tecnológica en todo caso la carencia del documento coloca prácticamente al acreedor en la imposibilidad de reclamar el derecho.

A todo aquello podemos agregar que el estado, en protección de los derechos de terceros y de la seguridad jurídica en el comercio, ha aumentado las exigencias registrales como requisito para la oponibilidad de terceros en el acto o contrato mercantil, y en otras aun para la reclamación de su cumplimiento entre las mismas partes. Como por ejemplo del primer caso tenemos art. 334 inciso 4to. "hechos y relaciones jurídicas que especifiquen las leyes" art. 338 "otras inscripciones a parte de los hechos y relaciones jurídicas que especifiquen las leyes: es obligatorio el registro de los siguientes:

- 1.- El nombramiento de administradores de sociedades de factores y el otorgamiento de mandatos por cualquier comerciante, para operaciones de su empresa.
- 2.- La revocación o la limitación de las decisiones y mandatos a que se refiere el inciso anterior.
- 3.- La creación, adquisición, enajenación, o gravámenes de empresas o establecimientos mercantiles.
- 4.- Las capitulaciones matrimoniales de los comerciantes individuales y sus modificaciones, así como el inventario de los bienes que pertenezcan a las personas sometidas a su patria potestad o tutela.
- 5.- Las modificaciones de la escritura constitutiva de las sociedades mercantiles la prórroga de su plazo y la disolución o liquidación.
- 6.- La constitución, modificación y extinción de los derechos reales sobre la empresa o sus establecimientos.
- 7.- Cualquier cambio que ocurra en los datos de la inscripción inicial y cualquier hecho que le afecte:
- 8.- Las emisiones de acciones y de sus títulos que extrañen obligaciones para las sociedades mercantiles expresando su serie, valor y monto de la emisión, sus intereses, primas y amortizaciones y todas las circunstancias que garanticen los derechos de los tomadores. Las operaciones a que se refiere este inciso serán inscritas exclusivamente en el registro mercantil.

Los asuntos a que se refieren los incisos anteriores se anotarán en todas las inscripciones afectadas por el acto que se trate.

"ARTICULO 339. Efectos. los actos y documentos que conforme la ley deben registrarse, solo surtirán efecto contra terceros desde su inscripción en el registro mercantil."

art. 334 Obligados al registro. Es obligada la inscripción en el registro mercantil jurisdiccional.

Así mismo tenemos que otro tanto existe en la ley de patentes de invención, el código civil etc.

Talvez por ello justifique la postura del tratadista argentino Rubén S. Stiglitz (4) quien pugna por la adopción legal del formalismo de los contratos.

El perfeccionamiento de contratos entre ausentes (vease 6.3) regulado en el artículo 1,523 del código civil no existía problema respecto al primer párrafo ya que ubica el precepto dentro de la teoría de la recepción, pero en lo que respecta al segundo párrafo si la oferta se quisiera sin plazo el autor de ella quedará ligado suficiente para que la contestación llegue a su conocimiento, cabe preguntarnos. Cuando debe considerarse la oferta cuando el aceptante firme su contestación aunque no la envíe pudiendo informarle por vía telefónica su aceptación, o cuando la ponga en sus manos el oferente en lugar del aceptante o cuando la ponga en el buzón de correos, no obstante el contrato de perfeccionará desde el momento en que al oferente llegue la contestación de su oferta ya sea por vía telefónica (que se considera entre presentes) telegráfica, telex, fax u otro medio de intercambio e información electrónica la que coincidirá con la teoría de la recepción puesto que la aceptación debe ser indivitable para el oferente.

7.- INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES: La interpretación de las normas contractuales consiste en fijar el sentido de cada una de las estipulaciones contenidas en el contrato puesto que en el momento de la contratación ambas partes se encuentran de acuerdo pero durante su ejecución o cumplimiento debe surgir problemas sobre cuestiones dudosas que no cuentan con reglamentación dentro del mismo contrato por lo que hace imperioso su interpretación ya que de ahí la ley da los lineamientos generales para una interpretación uniforme. Nuestra legislación prevee las normas generales en el código civil ar. 1593 y subsiguientes como son.

1.) Se estará al entendido literal de la cláusulas del contrato cuando sus terminos cláusulas son claras y no existe duda sobre la intención de las partes:

2.) Prevalece la intención cuando esta es contraria al sentido literal:

(4) Citado por Arturo Díaz Bravo en contratos Mercantiles pag. 34

- 3.) No deberá entenderse contenida en las cláusulas del contrato ^{estas} distintas y casos diferentes sobre aquellos que las partes ^{propusieron} ~~proponen~~ obligarse.
- 4.) Las frases o palabras que puedan interpretarse en varios sentidos se entenderá en aquel que sea mas conforme con la materia del contrato;
- 5.) cuando dos o mas cláusulas se contraigan y haga imposible su coexistencia prevalecerá la cláusula que sea mas conforme al contrato y con la intención de las partes;
- 6.) Las cláusulas se interpretaran las unas por las otras atribuyendo a las dudosas el resultado que resulte de todas; las ambiguas según el uso y costumbres del lugar que en el contrato se otorgo.
- 7.) En los contratos de adhesión, se interpretan a favor del otro contratante;
- 8.) Cuando en un contrato se ha expresado un caso como ejemplo para explicar la obligación, no se entenderá que se quiso restringir toda la obligación a este caso, solamente se exceptúan a que naturalmente se extienda;
- 9.) si la duda no puede resolverse por los medios indicados debe resolverse a favor del obligado;
- 10.) Tratándose de una obligación, debe restarse, en caso de duda, mas por la negativa que por la afirmativa, y viceversa, si se trata de una liberación.
- 11.) Cuando por los términos en que esta concedido el contrato, no pueda conocerse la voluntad o intención de los contratantes sobre el objeto principal, la obligación carece de valor.

Las anteriores normas generales, como se explico, pero la interpretación de los contratos mercantiles, tienen normas especiales que son:

Buena fe y verdad sabida, la ley establece, en el art. 669 código de comercio que los contratos se interpretan ejecutan y cumplirán de conformidad con los principios de la verdad sabida y la buena fe guardada, lo que significa que ambas partes se deben guardar fidelidad, respeto a las intenciones originadas del contrato no defraudar la confianza depositada; en pocas palabras, mantener una actitud recta y honrada.

Deben conservarse y protegerse las recta y honorables intenciones y deseos de los contratantes sin limitar con interpretaciones arbitrarias sus efectos naturales (art. 669 código de comercio) Esto quiere decir que el contrato ha de ser interpretado teniendo en cuenta la finalidad, económica, comercial o industrial en que los contratantes se desembuelvan. (5)

En los contratos mediante formularios, adhesión o cuyo medio de prueba consistía en póliza, factura, orden pedido y otra forma redactada por una de las partes; se interpretan en caso de duda en el sentido menos favorable para quien ha preparado el formulario (art. 672 y 673 código de comercio)

8.- EL CONTRATO COMO UNA MANIFESTACIÓN DE LA EMPRESA: El contrato mercantil en un acto jurídico de empresa, porque es el medio idonío por el que las empresas realizan su actividad natural (económica) ya sea con otras empresas o con los consumidores.

(5) Institución de Derecho Mercantil. Dr. Edmundo Vásquez Martínez pag. 544

Los contratos mercantiles son los medios necesarios para que la empresa actúe dentro del comercio ya que es impensable una actividad empresarial sin existencia de los contratos mercantiles, ya que todas aquellas son frustradas comerciantes (individual social) por lo que para existir en uno de ambos polos de la contratación, un comerciante actuando dentro de su actividad profesional (atraves de la empresa) el contrato necesariamente debiene mercantil ya que es la forma en que aquella se exterioriza y realiza su actividad empresarial.

CLASIFICACION DOCTRINARIA DE LOS CONTRATOS MERCANTILES: Los contratos mercantiles ya que los civiles se clasifican en la misma forma; pero para la clasificación de los contratos mercantiles en particular el mismo criterio es el que se basa en la función económica que corresponde a una de ellas según el criterio de Urias, citado por Vásquez Martínez(6) por lo que podemos agruparlos así:

1.) CONTRATOS DE CAMBIO: Son los que procuran la circulación de la riqueza (bienes y servicios) ya sea dado un bien por otro (compraventa, suministro, contrato estimatorio) operaciones de bolsa; ya sea dado un bien a cambio de un servicio (transporte, hospedaje).-

2.- CONTRATOS DE COLABORACION:

2.1.) colaboración asociativa como el contrato de sociedad

2.2.) colaboración simple, en los que la parte colabora con su actividad al por desarrollo de la actividad económica de otra, entre estas tenemos, los contratos de agencia, corretaje, comisión, edición, difusión y representación escénica y participación.

3.- CONTRATO DE CONSERVACION Y CUSTODIA: Como los contratos de deposito irregular, deposito en almacenes generales de deposito y fideicomiso;

4.- CONTRATOS DE CRÉDITO: En estos, al menos una de las partes concede crédito a la otra entre estos tenemos os contratos de apertura de crédito, descuento, cuenta corriente, reporto, carta de orden de crédito, tarjeta de crédito, y el crédito documentario.

5.) CONTRATO DE PREVENCIÓN DE RIESGO: En estas una cubre otra de las consecuencias económicas de un determinado riesgo, entre estos tenemos los contratos de seguro y reaseguro.

6.) CONTRATOS DE GARANTIA: Estos contratos aseguran el cumplimiento de las obligaciones entre ellos tenemos los contratos de fianza y reafianzamiento de las

(6) op. cit. pag. 545.

CUADRO SINOPTICO DE LA CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES POR FUNCION ECONOMICA QUE DESEMPEÑAN.

	CONTRATOS DE CAMBIO	COMPRAVENTA SUMINISTROS CONTRATO ESTIMATORIO TRANSPORTES HOSPEDAJE	
	ASOCIATIVA :	contrato de sociedad	
	CONTRATO DE COLABORACION.	AGENCIA D.78-71 1288 CORRETAJE 292 CODIGO DE COMERCIO COMISION 303 COMERCIO DE DECRETO EDICION DIFUSION Y REPRESENTACION ESCENICA PARTICIPACION	
	SIMPLE		
	CONTRATO DE CONSERVACION O CUSTODIA	DEPOSITO IRREGULAR DEPOSITO EN ALMACENES GENERALES FIDEICOMISO	
CONTRATOS MERCANTILES POR SU FUNCION ECONOMICA	CONTRATO DE CREDITO	APERTURA DE CREDITO DESCUENTO CUENTA CORRIENTE REPORTERO CARTA ORDEN DE CREDITO TARJETA DE CREDITO CREDITO DOCUMENTARIO	
	DAÑOS	INCENDIO TRANSPORTE AGRICOLA Y GANADERO RESPONSABILIDADES CIVIL AUTOMOVILES	
	SEGUROS		
	CONTRATOS DE PREVENCIÓN DE RIESGO		
	REASEGURO	PERSONAL	
	CONTRATOS DE GARANTIA	FIANZA REFIANZAMIENTO	

La presente clasificación esta acorde con los contratos contenidos en nuestro código de comercio y en la legislación específica como en el caso del contrato de agencia que se encuentra contenido en el decreto del congreso de la república 78-71 y el de deposito de almacenes generales de deposito en los decretos del congreso de la república 1746 reformado por el decreto del congreso de la república 1236.

11.2.- DEFINICION DE LOS DIVERSOS CONTRATOS MERCANTILES CONTENIDOS EN LA ANTERIOR CLASIFICACION:

- 1.- **CONTRATO DE COMPRA-VENTA:** Es el contrato por medio del cual una persona llamada vendedor transfiere la propiedad a otra llamada comprador quien tiene la obligación de pagar en precio convenido.
- 2.- **CONTRATO DE SUMINISTRO.-** es el contrato por medio del cual una parte llamada suministrante se obliga mediante un precio a favor de otra llamada suministrado una serie de prestaciones periódicas y continuadas de cosas mercantiles o servicios.-
- 3.- **CONTRATO ESTIMATORIO O CONSIGNACION:** Es el contrato por medio del cual un sujeto llamado consignante entrega a otro, llamado consignatario, mercancías a un precio estimado para en un plazo fijado se pague dicho precio o bien se devuelvan las mercancías.
- 4.- **CONTRATO DE TRANSPORTE:** Es el contrato por el cual una persona llamada porteador se obliga por un precio a conducir personas o cosas de un lugar a otro a cambio del pago del mismo.
- 5.- **CONTRATO DE HOSPEDAJE:** Es el contrato por medio del cual una persona llamada hotelero, hospedero, albergador, fondista, da albergue a otra llamada viajero o huésped, comprendiéndose o no la alimentación a cambio de una retribución por los servicios prestados.
- 6.- **CONTRATO DE SOCIEDAD:** es un contrato por el cual dos o mas personas convienen en poner en común bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias.
- 7.- **CONTRATO DE AGENCIA:** Es el contrato por medio del cual una persona individual o jurídica llamada agente, representante o distribuidor, exclusivamente para la venta, distribución, promoción o colocación en el territorio de la república de determinados productos, mercancías o artículos producidos, fabricados o manufacturados en el exterior o interior del país bien con ese mismo propósito, para la prestación del servicio art. 10 del decreto no. 78-71 del congreso de la república.
- 8.- **CONTRATO DE CORRETAJE:** Es el contrato por medio del cual una persona independiente y habitual autorizado legalmente para ello se dedica a poner en contacto a los interesados en al conclusión de un negocio sin estar ligado a ninguna de las partes por relaciones de colaboración dependencia, o representación en Guatemala se aplica el corretaje en la colocación de pólizas de seguros y fianzas que se norman en las leyes específicas.-
- 9.- **CONTRATO DE COMISION:** Es aquel que por medio de la cual una persona llamada comitente encarga una comisión de palabra o por escrito a otra persona llamada comisionista o cambio de una retribución convenida.

10.- **CONTRATO DE EDICION:** Es el contrato por medio del cual el titular de un derecho de autor sobre una obra literaria, científica o artística se obliga a entregarla a un editor para que esta se reproduzca y difunda.

11.- **CONTRATO DE DIFUSION:** Es el contrato por medio del cual un propietario gerente, director o titular de una empresa dedicada a la radio, la televisión la cinematografía o la grabación, conviene con el autor de una obra científica, literaria, artística o de cualquier índole, a que esta sea difundida por los medios que le convengan.

12.- **CONTRATO DE REPRESENTACIÓN ESCENICA:** Por medio de este contrato, el propietario gerente, director o titular de la empresa dedicada a la radio, televisión, teatro, cinematografía u otros medios de producción conviene con el autor de la obra de carácter científico, artístico o literario para que sea representada por medios que convengan.

13.- **CONTRATOS DE PARTICIPACION O CUENTAS EN PARTICIPACION, ASOCIACION EN PARTICIPACION O NEGOCIOS EN PARTICIPACION.** Es el contrato por medio del cual un comerciante denominado gestor, se obliga a compartir con una o mas personas llamadas participes, que le entregan bienes o servicios, las utilidades o pérdidas que produzca esta empresa, como consecuencia de parte o la totalidad de los negocios.

14.- **CONTRATO DE DEPOSITO:** Es un contrato por medio del cual un sujeto depositario recibe un bien mueble o inmueble que le confía el depositante, con la obligación de custodiarlo y devolverlo cuando se requiera.

15.- **DEPOSITOS EN ALMACENES GENERALES:** Es el contrato por el cual el depositante confía un bien a un depositario que siempre es una sociedad anónima autorizada para realizar este tipo de operaciones, la cual emite títulos de crédito conocidos como certificados de depósito y bonos de prenda, véase decreto 1236 del congreso de la república, decreto 1746 del congreso de la república ref por decreto 55-73 del congreso de la república.

16.- **CONTRATO DE FIDEICOMISO:** El contrato de fideicomiso es un negocio jurídico por el que una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

17.- **CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO:** Este contrato es por el cual una persona llamada acreditante se obliga frente a otro llamado acreditado a poner a su disposición una cantidad de dinero o a contraer obligaciones por su cuenta, el crédito a su vez, se obliga a restituir las sumas de que hubiere dispuesto o las que se hubieren pagado por su cuenta, mas gastos, comisiones e intereses que resulten de su cargo.

18.- **CONTRATO DE DESCUENTO:** Es el contrato por medio del cual un sujeto llamado descontario transfiere a otro llamado descontador, un crédito no vencido, a cambio del valor dinerario que representa previa deducción de las sumas acordadas por las partes. Salvo pacto contrario el descontario es responsable ante el descontador de crédito de pago transferido, ya que lleva implícita la cláusula "Salvo buen precio"

19.- **CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE:** Es el contrato por medio del cual las partes llamadas cuentacorrientistas se obligan a entregarse remesas recíprocas de bienes de diversa naturaleza cuyo valor dinerario constituyen partidas de bono o cargo en la cuenta de los cuentacorrientistas soldándose las cuentas al cierre de contrato para determinar quien es el sujeto deudor de la relación y exigirle los pagos en los términos convenidos.

20.- **CONTRATO DE REPORTO:** Es el contrato, por medio del cual una parte, llamada reportado, transfiere a otra llamada reportador, la propiedad de títulos de crédito obligándose este último a devolver al primero títulos de la misma especie dentro del plazo pactado y contar reembolso del valor de los títulos al que podrá ser aumentado o disminuido según se haya convenido.

21.- **CONTRATO DE CARTAS DE ORDEN DE CREDITO:** La carta orden de crédito es un contrato de crédito se formaliza con un documento denominado "carta orden de crédito" por medio del cual quien lo expide o da se dirige a un destinatario ordenándole la entrega de una suma de dinero a la persona que en la misma indica y a quien le llamamos tomador o beneficiario.

22.- **CONTRATO DE TARJETA DE CREDITO:** Es el contrato por el cual un comerciante extiende un documento, tarjeta de crédito comprometiéndose a pagar una determinada suma determinada, las compras al crédito que el proveedor haga con los comerciantes afiliados al sujeto que extiende la tarjeta, el propietario de la tarjeta paga una cantidad según el plazo de la misma.

23.- **CONTRATO DE CREDITO DOCUMENTARIO:** Por medio de este contrato un sujeto llamado acreditante, se obliga frente a otro llamado acreditado a pagar o contraer una obligación por cuenta de este y en beneficio de un tercero beneficiario, de acuerdo con los requerimientos del propio acreditado.

24.- **CONTRATO DE SEGURO:** Es aquel por el cual cuya virtud una de las partes llamada asegurador, se obliga mediante una retribución que recibe de otra llevada o seguida a pagar, una cierta cantidad en el caso de que ocurra algún riesgo, refrendado por el daño a una persona o por la realización de un hecho incierto bien en cuanto al hecho en si bien en cuanto al tiempo en que ha de ocurrir, dentro de la variedad de seguros tenemos.

a.) **SEGURO POR DAÑOS:** Es el seguro por el cual se protege todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro pudiendo incluso asegurarse una cosa ajena. Por este se pueden asegurar: contra incendio, transporte, agrícola y ganadero, responsabilidades civiles, y automóviles.

b.) **SEGURO DE PERSONAS:** Es aquel por medio del cual un bien asegurado es la vida misma de las personas.

25.- **CONTRATO DE REASEGURO:** Por el contrato de reaseguro, el asegurador traslada a otro asegurador o reasegurador, parte o totalidad de su propio riesgo.

26.- CONTRATO DE FIANZA: Por el contrato de fianza, una entidad afianzadora se compromete a responder en la proporción que estipule por obligaciones garantizadas por la misma, y pagar el beneficiario de las mismas las cantidades contempladas en ellas.

27.- CONTRATO DE REAFIANZAMIENTO: Por el contrato de reafianzamiento una afianzadora se obliga a pagar a otra, en la proporción que se estipule, las cantidades que se debe cubrir al beneficiario de la fianza. (7)

ENUMERACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES EN NUESTRO CÓDIGO DE COMERCIO.-

- 1.- COMPRAVENTA.
 - 1.1.- Ventas contra documentos
 - 1.2.- venta de cosas en tránsito
 - 1.3.- ventas FOB
 - 1.4.- ventas FAS
 - 1.5.- ventas CIF
 - 1.6.- ventas C&F
 - 1.7.- promesa de compraventa
- 2.- CONTRATO DE SUMINISTRO
- 3.- CONTRATO ESTIMATORIO
- 4.- DEPOSITO IRREGULAR
 - 4.1.- Deposito de cosas fungibles
 - 4.2.- deposito bancario de dinero
 - 4.3.- deposito a nombre de dos personas
- 5.- DEPOSITO EN ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO
- 6.- APERTURA DE CUENTA
- 7.- DESCUENTO
- 8.- CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE
- 9.- CONTRATO DE REPORTO
- 10- CONTRATO CARTA ORDENES DE CREDITO
- 11- CONTRATO DE TARJETA DE CREDITO
- 12- CONTRATO DE CREDITO DOCUMENTARIO
- 13- CONTRATO DE FIDEICOMISO
- 14- CONTRATO DE TRANSPORTE
 - 14.1.- DE PERSONAS
 - 14.2.- DE COSAS
- 15.- CONTRATOS DE EDICION
- 16.- CONTRATO DE DIFUSION
- 17.- CONTRATO DE PRESENTACION ESCENICA
- 18.- CONTRATO DE PARTICIPACION
- 19.- CONTRATO DE HOSPEDAJE
- 20.- CONTRATO DE SEGURO
- 20.1 DAÑOS
 - 20.1.2.- CONTRA INCENDIO
 - 20.1.3.- DE TRANSPORTE

(7) René Arturo Villegas Lara Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo II pag. 32

- 20.1.4. - AGRICOLA
- 20.1.5. - GANADERO
- 20.1.6. - CONTRA LA RESPONSABILIDAD CIVIL
- 20.1.7. - DE AUTOMOVILES

20.2. - DE PERSONAS.

- 20.2.1. - DE MENORES
- 20.2.2. - DE UN TERCERO
- 20.2.3. - TEMPORAL
- 20.2.4. - POPULAR
- 20.2.5. - DE GRUPO

- 21. - CONTRATO DE REASEGURO
- 22. - CONTRATO DE FIANZA
- 23. - CONTRATO DE AFIANZAMIENTO
- 24. - CONTRATO DE FLETAMENTO
- 25. - CONTRATO DE PRETAMO A LA GRUESA O A RIESGO MARITIMO
- 26. - CONTRATO DE AGENCIA. DCTO. DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA No. 78-71

TIPOS GENERICOS DE CONTRATOS.

- 1.- UNILATERALES: Cuando la obligación recae sobre una de las partes constantes genera obligaciones para una sola de las partes contratantes.
- 2.- BILATERALES: Ambas partes se obligan, recíprocamente, son onerosos.
- 3.- CONSENSUALES: Basta el consentimiento de las partes para ser electo.
- 4.- REALES: Se requiere para su perfección la entrega material de la cosa
- 5.- PRINCIPALES: Cuando subsisten por sí solos.
- 6.- ACCESORIOS Cuando tiene por objeto el cumplimiento de otra obligación.
- 7.- ONEROSOS: Aquel en el cual se estipulan provechos y gravámenes recíprocos una de las partes aspira a procurarse una ventaja mediante, equivalente o compensación.
- 8.- GRATUITO: Aquel en que el provecho es solamente en una sola de las partes solo una de las partes se propone proporcionar a la otra una ventaja sin equivalente alguno en lo mercantil, no podemos hablar de estos contratos porque en el comercio no existe la liberalidad o gratuidad.
- 9.- COMUTATIVOS. Cuando las prestaciones que se deben las partes son claras, determinadas desde que se celebra el contrato de forma que ellas puedan apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les causa este.
- 10.- ALEATORIO: Cuando la presentación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida desde el momento en que este acontecimiento se realice.

11.- *FORMALES*: Son los que se requiere una forma escrita publica o privada para la validez del mismo.

12.- *INSTANTANEOS*: Son los que se cumplen en el mismo momento que se celebran el pago de las prestaciones se lleva a cabo en un solo pago.

13.- *TRACTO SUCESIVO*: El cumplimiento de las prestaciones se realiza en un momento determinado en el futuro o en varios momentos.

14.- *LOS CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES*: Los contratos mercantiles se convierten en internacionales cuando el objeto del contrato tiene que sufrir un desplazamiento hacia otro país, tal es el caso de una compraventa internacional en el cual el objeto de contrato tiene que desplazarse hacia otro país del comprador, o bien al país que el ha elegido como lugar de entrega, en el transporte internacional de mercaderías también se tiene la obligación de transportarlas hacia otro país diferente al de la carga en todos estos casos, por ser practicas comerciales mundiales, se utilizan tecnologías propias en cada contrato que son reconocidas a nivel mundial tal es el caso de los *INCOTERMS* (termino de comercio internacional como *FOB, CIF, FAS, CIP, DAF, DAQ, DDU, Y DDP* entre otros.)

En lo referente a los medios de pago de las transacciones internacionales también se utiliza referente al crédito documentario, disposiciones aceptadas internacional a fin de que se hacen mas fáciles los pagos que se utilizan por los comerciantes en sus transacciones de ahí que cámara internacional de comercio emitió las reglas y usos uniformes relativos de los créditos documentarios. (regla de Viena revisión 1962)

Respecto al seguro internacional también tiene sus normativas propias ya que el objeto asegurado en caso de seguro de daños puede encontrarse en otro país distinto al de la celebración del contrato: cosa igual sucede en el seguro de personas.

Para concluir diré que internacionalidad de los contratos mercantiles no viene dada por la nacionalidad de las partes, ni por el lugar de celebración del contrato, sino porque las obligaciones o la obligación principal de una o ambas partes, tiene que cumplirse en un país distinto al de la respectiva contraprestación.

CAPITULO II

CONTRATO DE CONCESION EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

CRITERIOS DOCTRINALES PARA DEFINIR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:

No existen a la fecha una definición válida de los contratos administrativos, por lo que veremos los criterios de diferenciación entre los contratos administrativos y los civiles (8):

1. **CRITERIO DE LA JURIDICCION COMPETENTE:** Cuando el contrato deba someterse a la jurisdicción contencioso administrativa por disposición de la ley, es administrativo pero cuando deba someterse a la jurisdicción civil, es privado;
2. **CRITERIO DEL PROCEDIMIENTO PARA CONTRATAR:** Cuando el contrato deba someterse al procedimiento de licitación, es administrativo, pero si existe simplemente el consentimiento de las partes (Estado-particular), es privado;
3. **CRITERIO DEL OBJETO Y CONTENIDO DEL CONTRATO:** Cuando el objeto del contrato es el servicio público y su contenido incluye cláusulas exorbitantes, es administrativo, pero si no tiene por objeto el servicio público ni contiene cláusulas exorbitantes, es privado.
4. **CRITERIO LEGAL:** Cuando el contrato es administrativo por disposición de la ley, esto es, porque así lo dispone una ley sobre contratos administrativos, es administrativo por definición legal. Esto significa, que los contratos no definidos por la ley como administrativos, simplemente, por exclusión, son privados;
5. **CRITERIO DEL BIEN COMUN:** Cuando la finalidad del contrato es realizar el bien común y no el particular, es administrativo; y,
6. **CRITERIO CONSTITUCIONAL:** Es contrato administrativo aquel celebrado por el Presidente de la República, previa autorización legal y posterior aprobación de Congreso de la República.-

En la Práctica el criterio más importante y prevalente sobre los demás es el criterio legal.

OTROS CRITERIOS QUE DETERMINAN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO: Contrato administrativo es todo aquel que la misma ley define como administrativo, la que puede definirlo en tres formas:

- 1.- Establecimiento una ley de aplicación a los contratos administrativos.
- 2.- Establecimiento de una ley que no clasifique los contratos administrativos, pero cuyo contenido, por lo menos, regule su régimen jurídico en cuanto a la celebración, tramitación y ejecución; y
(8) Ley de contrataciones del estado

- 3.- Remitiendo la jurisdicción contenciosa administrativa, los conflictos derivados de la celebración o de la ejecución de los contratos.

PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:

- 1.- **PRINCIPIO DE LEGALIDAD:** por este principio, toda la actividad de la administración queda sometida a ley y de este sometido no pueden escapar los contratos. La legalidad obliga, ante la ausencia de norma especial que regula los contratos administrativos, a la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, hasta donde no pugne con la naturaleza del contrato administrativo.
- 2.- **PRINCIPIO DEL INTERES PUBLICO:** Este principio obliga a que todo contrato administrativo tenga como fundamento el bien común, descartando el lucro privado, lucro que está reservado a los particulares; y que prevalezca el interés social sobre el individual.-
- 3.- **PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD:** Este principio tiene aplicación en la contratación administrativa pero con alcances diferentes, ya que condiciona la validez del mismo contrato, puesto que las declaraciones de voluntad de ambas partes deben producirse con independencia y autonomía pero con efectos recíprocos entre ellas; de tal manera, el contrato administrativo es el resultado de combinar el principio de legalidad con la regla de que el contrato es ley para las partes por razones de interés público. (9)

REGLAS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:

- 1.- **EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES:** El contrato se forma por una concordancia de dos resoluciones unilaterales, que una vez suscrito se convierte en ley para las partes contratantes. Su violación por el estado acarrea daños y perjuicios al contratista, lo cual destimula la contratación.-
- 2.- **LA BUENA FE:** Una vez celebrados los contratos, éstos deben ejecutarse de buena fe, lo que obliga o lo que en él se indica, o que por ley pertenezca.- La buena fe significa que cada uno de los contratantes ponga su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones.-
- 3.- **CLAUSULA EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL:** Exorbitante es la cláusula unilateral que rompe la igualdad de las partes al facultar exclusivamente, a la administración a tomar decisiones a su favor. Ésta se impone sólo al contratista, no a terceros, por que el contrato rige sólo entre las partes.-

(9) Derecho Administrativo. Jorge Mario Castillo Gonzales. pag. 255

- 4.- **CONDICION RESOLUTORIA:** Existe la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento de una de las partes; a esta posibilidad se le denomina condición resolutoria y funciona a favor de la administración.-
- 5.- **EL EQUILIBRIO FINANCIERO DE LAS PARTES:** Esta se da en los tipos de contratos administrativos conocidos por su incumplimiento en el tiempo:

CONTRATOS DE EJECUCION INSTANTANEA: Como las compraventa de inmuebles o los contratos de empréstito, que se realizan en un momento del tiempo, durante meses o años, en que inevitablemente se produce el cambio de condiciones del contrato: precios, necesidad de aumento de los volúmenes y cantidad de obra, alteración de las condiciones físicas, o el apareamiento de una situación imprevista que altera los costos de la obra o de los servicios.-

En todos estos casos se aplica la regla del equilibrio financiero del contrato y se denomina "FLUCTUACION DE PRECIOS".-

- 6.- **LA PUBLICIDAD DEL CONTRATO:** El estado y las entidades públicas tiene obligación de poner en conocimiento de la opinión pública aquellos contratos que celebra la administración como garantía de legalidad. Usualmente se cumple con esta regla mediante la publicación de los contratos en el Diario Oficial, con excepciones cuando el objeto del contrato impone la reserva, principalmente cuando se trata de negocios relacionados con la seguridad del Estado.-

EL CONTRATO DE CONCESION:

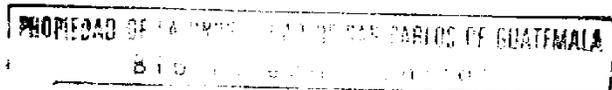
DEFINICION: Se entiende por concesión la facultad que en estado otorga a particulares, para que por su cuenta y riesgo construyan, produzcan, monten, instalen, mejoren, adiciones, conserven, restauren y administren una obra, bien o servicio público, bajo el control de la entidad pública concedente, con o sin ocupación de bienes públicos a cambio de una remuneración que el particular cobre a los usuarios de la obra, bien o servicio.-

(art.95 Decreto No. 57-92 Ley de contrataciones del Estado.

ELEMENTOS DEL CONTRATO:

1.- ELEMENTOS PERSONALES:

- 1.1.- **EL ESTADO:** La mezcla del presidencialismo y del parlamentarismo han generado un híbrido conocido en Guatemala como "SEMIPARLAMENTARISMO" (ART. 166.167 Y 195 Constitución de 1.985)



LOS PARTICULARES: Entendiéndose por particulares las personas individuales como jurídicas.

2. ELEMENTOS REALES:

- 2.1.- LA OBRA, EL BIEN O EL SERVICIO PÚBLICO: Los bienes del estado, son todos aquellos que pertenecen al dominio público, por oposición a los del dominio privado (véase art. 121 de la constitución)

La obra pública, es aquella obra que el estado quiere o debe realizar para bien comunal.

El servicio público es una actividad de interés general desarrollado por la administración actualmente se entiende en dos sentidos: Como organización, se basa en alguna organización controlada por la administración, ejemplo, un hospital.

Como actividad, el servicio público se basa en la actividad que busca satisfacer una necesidad de interés general; ejemplo, la policía.

- 2.2.- La construcción, producción, montaje, instalación, mejoras, adición, conservación, restauración y administración de la obra, bien o servicio público.

- 2.3.- La remuneración que el particular cobra a los usuarios de la obra, bien o servicio.-

- 3.- ELEMENTOS FORMALES: Para el perfeccionamiento de este contrato de concesión pública se requiere que sea celebrado entre el titular del ministerio o la autoridad máxima de la entidad que corresponda y el concesionario además que sea aprobado por acuerdo gubernativo en consejo de ministros.

FORMALIDAD PRECONTRACTUAL: Previo al otorgamiento de la concesión es necesario que el particular llene todos los requerimientos exigidos por las normas de licitación, y que esta le sea adjudicada .

Marienhoff, citado por Castillo González (10) define la licitación pública como un procedimiento de selección del contratista de la administración pública que sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer que persona es la que ofrece el precio más conveniente para el estado.

Solah Zuleta (11) por su parte, la define como el procedimiento por el cual previa invitación, la entidad contratante selecciona entre varias personas en igualdad de oportunidades, la que ofrezca mejores condiciones para contratar.

(10) op. cit. pag. 263

(11) Ib. pag. 263

1.- PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE RIGEN LA LICITACIÓN:

- 1.- El derecho de oposición o concurrencia de los oferentes;
- 2.- Licitación pública; y.
- 3.- Igualdad entre los licitados.-

DIVISIÓN DE LA LICITACIÓN:

- 1.- Licitación pública: Cuya definición vimos en el punto 2.3.1.-
- 2.- Licitación privada: que se define como la invitación o pedido de ofertas dirigido directamente por el estado a empresas o personas determinadas para cada caso; diferenciándose de la pública en que es cerrada o dirigida, permite menos publicidad, sin llegar a la secretividad, existe un número o fijo de participantes y los participantes pueden renunciar al plazo por escrito (dado el estado)
- 3.- Concurso de Méritos: esta es la oposición en que se tienen en cuenta especialmente el factor personal (intelectual o creativo) se emplea para captar capacidad entre dos o más personas; ejemplo: El concurso de oposición para ocupar el cargo de profesor titular en la universidad.-
- 4.- El remate o subasta pública: Consiste en al venta de bienes en público, sin limitación de concurrencia, al mejor postor.

PROCEDIMIENTO DE LA LICITACIÓN: La Ley de Contrataciones del Estado contempla desde las autoridades competentes para designar los integrantes de las juntas de licitación, el régimen económico (monto, documentación, publicación, y todo lo relacionado a su ejecución, de la siguiente forma:

La designación de los integrantes de la juntas de licitación y la aprobación de la ejecución, corresponde a las autoridades siguientes:

Cuando el monto no exceda de doscientos mil quetzales, al presidente del organismo legislativo o del organismo judicial.-

Cuando exceda de doscientos mil quetzales, al órgano administrativo superior del organismo.

PARA LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL:

Cuando el monto no exceda de doscientos mil quetzales, al presidente de la Corte de Constitucionalidad al tribunal supremo electoral, en su caso.-

PARA LAS DEPENDENCIAS O ENTIDADES DEL ORGANISMO EJECUTIVO, SIN PERSONALIDAD JURÍDICA.

A las que formen parte de un ministerio, al ministerio del ramo;

A las que no formen parte de un ministerio, a la autoridad administrativa superior;

A las unidades ejecutoras;

Al director ejecutivo, Gerente o funcionario equivalente, cuando el monto no exceda de doscientos mil quetzales.

Al ministerio del ramo, cuando el monto exceda de doscientos mil quetzales;

PARA LAS ENTIDADES ESTATALES CON PERSONALIDAD JURÍDICA, DESCENTRALIZADAS Y AUTÓNOMAS

Al gerente o funcionario equivalente, cuando el valor no exceda de doscientos mil quetzales.

A la junta directiva, autoridad máxima, o en su caso, quien ejerce las funciones de ellas, cuando el valor total exceda de doscientos mil quetzales.

PARA LAS MUNICIPALIDADES Y EMPRESAS:

Al alcalde, cuando el valor no exceda de doscientos mil quetzales;

Quando se trate de negociaciones que se financien con recursos provenientes de préstamo otorgados por el Instituto de Fomento Municipal o de entidades financieras de exterior de la corporación Municipal, previo dictamen favorable de dicho instituto, pero si el mismo no evacua la consulta o emite el dictamen correspondiente en un plazo de treinta días contados a la fecha de recibido el expediente, es entenderá que su opinión es favorable.-

Las Juntas de Licitación, son el único órgano competente, para recibir, calificar, ofertas y adjudicar el negocio, se integran con número de cinco miembros; y, tomará sus decisiones por la totalidad de sus miembros, dejando constancia en acta de lo actuado.-

IMPEDIMENTOS: Contemplados en el artículo 14 de la LCE, como: ser parte en el asunto; haber sido representante legal, gerente o empleado alguno de sus parientes, abogado, asesor o perito, en el asunto o empresa ofertante; tener el o alguno de sus parientes, dentro de los grados de ley interés directo o indirecto en el asunto; tener parentesco en cualquier grado de ley, con cualquiera de las partes; ser pariente dentro de los grados de

ley de la autoridad superior de la institución; haber aceptado herencia, legado o donación de alguna de las partes; ser socio o participe con alguna de las partes; y, haber participado en la preparación del negocio, en cualquier fase.

EXCUSAS: Podemos afirmar, que en general son las mismas contempladas para los jueces en la ley del organismo judicial. (LOJ)

RECUSACIÓN: Son causas de recusación, como integrante de la Junta de Licitación, las mismas de los impedimentos y de las excusa

DOCUMENTOS DE LA LICITACIÓN: Para llevar a cabo la licitación pública deberán elaborarse, según el caso, los documentos siguientes:

- 1) Bases de Licitación
- 2) Especificaciones Generales;
- 3) Especificaciones técnicas;
- 4) Disposiciones especiales; y,
- 5) Planos de Construcción, cuando se trate de obras.-

Estos documentos debe ser aprobados por la autoridad administrativa superior de la dependencia, previo los dictámenes técnicos correspondientes respetándose los convenios y tratados internacionales acordados entre las partes si fuere el castigado.

CONVOCATORIA A LICITACIÓN: La convocatoria a licitar será publicada dos veces en el diario oficial y en otros de mayor circulación dentro de un plazo de diez días. Entre la última publicación y el día fijado para su presentación y recepción de ofertas, deberá mediar, por lo menos un término de ocho días.

PRESENTACIÓN DE OFERTAS Y APERTURA DE PLICAS: Las ofertas y demás documentación de la licitación deberán entregarse directamente a la junta de licitación en el lugar, dirección, fecha, hora y forma en que señalen las bases. Transcurridos treinta minutos de la hora señalada para la presentación y recepción de ofertas, no se aceptará alguna más y se procederá al acto público de apertura de plicas. Levantándose acta de todo lo actuado. Si no hay ofertas se levantará acta y se informará a la autoridad superior respectiva para que prorrogue el plazo de recibir ofertas.-

La junta de licitación adjudicará la obra bien o servicio público a la mejor oferta, notificada en un plazo de tres días de dictada la resolución razonado, a un plazo de dos días siguientes a que quede firme lo resuelto, la

Junta cursará el expediente a la autoridad superior, la que aprobará o improbará lo actuado y en este último caso, con exposición razonada, ordenará su revisión con base en las observaciones que formule. La junta revisará la evaluación y hará la adjudicación dentro del plazo de cinco días de recibido el expediente. La junta podrá confirmar o modificar su decisión, en forma razonada. Devuelto el expediente la autoridad superior dentro ésta aprobará lo actuado por la junta, quedando a salvo del derecho de prescindir. La aprobación como la improbación lo hará la autoridad superior dentro del plazo de cinco días de recibido el expediente.

DERECHO DE PRESCINDIR: Los organismos de estado y las entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y empresas públicas estatales o municipales, por medio de los órganos superiores podrán prescindir de la negociación en cualquier fase de ésta decisión se adoptará únicamente si ocurriese un caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado, que diese lugar a la imposibilidad de continuar la negociación; si ésta ocurre antes de la firma del contrato, se compensará a los oferentes que ocupen los primeros lugares, con el 2.5 por millar del monto de la misma por los gastos incurridos en la elaboración de su oferta; si ocurre después de la adjudicación únicamente se compensará al oferente ganador, con el 50 por millar del monto de la misma.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN: Respecto a la naturaleza jurídica de la concesión se ha planteado tres teorías.

1. - La concesión es un acto unilateral;
2. - La concesión es un contrato; y,
3. - La concesión en parte es contrato y en parte es reglamentación.

En Guatemala, según la Ley de Contrataciones del Estado, la concesión es un contrato administrativo, porque una parte contratante es el estado y porque el objeto del contrato es la prestación de un servicio público, o la realización de una obra o bien público.

CARACTERÍSTICAS DE LA CONCESIÓN:

1. El servicio u obra pública lo constituyen o prestan personas privadas;
2. El estado conserva sus facultades, principalmente el control y al intervención.
3. El derecho personal del concesionario es temporal y revocable; y,
4. La concesión continúa como servidor público, puesto que la remuneración que recibe el concesionario es a través del cobro que hace a los usuarios de la obra, bien o servicio.

CLÁUSULAS OBLIGATORIAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN: Estas cláusulas son particulares para el contrato de concesión, además a las de todo contrato administrativo, son las siguientes.

- 1.- *Que el plazo de duración no podrá ser superior de veinticinco años, el plazo será calculado en cada caso, de acuerdo con la cuantía e importancia de la inversión, tomando en cuenta el interés nacional y el de los usuarios.*
- 2.- *Que el reglamento para utilización de la obra, bien o prestación del servicio, forma parte del contrato;*
- 3.- *Que el concesionario queda obligado a;*

Al pago de salarios y prestaciones a sus trabajadores, los cuales deben ser preferentemente Guatemaltecos en la proporción prescrita en el código de Trabajo.

A la conservación de todos los bienes y elemento que conforman la concesión y prestar el servicio con la continuidad convenidos.

A que al vencimiento de la concesión, todas la construcciones e instalaciones pasarán a propiedad del estado, sin que este tenga que reembolsar, compensar o pagar suma alguna de dinero.

A responder por daños y perjuicios que ocasione al estado o a terceros la explotación de la concesión.

A la capacitación del personal guatemalteco que designe la autoridad competente.

El pago al estado de un porcentaje que será determinado en la resolución que otorgue la concesión.

A permitir la práctica de las auditorías que la autoridad competente considere necesarias.

A responder por la pérdida o deterioro de los bienes que el estado le entregue para la explotación de la concesión; y.

A las demás condiciones que de acuerdo a la naturaleza de la concesión sea necesario estipular en el contrato, a juicio de la autoridad competente.

OBLIGACIONES MININAS DEL ESTADO: Dentro del contrato de concesión, el Estado tiene las siguientes obligaciones mininas.

- 1) *Obtener los derechos de los servicios concesionados.*

- 2) Rescatar los servicios por causas de utilidad pública, tales como: servicio deficiente, aumento desmedido de precios por fuerza mayor o caso fortuito.
- 3) Revisar las tarifas, y velar porque sean estas las que se cobre; y.
- 4) Supervisar la ejecución de la concesión hasta su vencimiento.-

CAUSA QUE EXTINGUE LA CONCESIÓN:

- 1) Cumplimiento del plazo;
- 2) Rescisión por los casos que establezcan en el respectivo contrato;
- 3) Por revocación a través de acuerdo gubernativo.-

VENTAJAS DE LA CONCESIÓN:

- 1) Se emplean los capitales privados sin que el estado tenga que hacer negociaciones fiscales;
- 2) El estado se asegura el funcionamiento del servicio;
- 3) El estado no corre riesgo;
- 4) Al terminar el contrato de concesión, todos los bienes del servicio se incorporan al estado por aplicación del régimen de reservación; y.
- 5) La no politización del servicio.

LA SUPLETORIEDAD DE LA Ley de Contrataciones del Estado: Las normas referentes a concesiones contenidas en el decreto del congreso de la República número 57-92, Ley de contrataciones el estado, regirá en todos los casos donde no exista otra ley específica de concesiones que contengan normas de concesión para ámbitos especiales de aplicación.- (art. 42)

CAPITULO III

EL CONTRATO DE CONCESION REGULADO EN EL CODIGO DE COMERCIO

SERVICIO PUBLICO:

DEFINICION: Castillo González (12) lo define como una actividad de interés general desarrollada por la administración. Actualmente, dice el concepto no es tan simple y cierta confusión o complicación que acusa, se debe al crecimiento del Estado y de la administración.-

En administración del Estado moderno tan pronto como dejó atrás el abstencionismo del Estado Clásico liberal, concentró su preocupación en hacerse cargo de los servicios asistenciales o sociales en tres áreas: Educación, salud y trabajo, incluyendo beneficencia. En algunos Estados, estas áreas fueron asumidas por la Iglesia Católica y en Guatemala si fue hasta la Reforma Liberal del 71. Generalmente, el Estado ya divorciado del liberalismo primero asumió los servicios públicos, después en una segunda etapa, compartió los servicios públicos con los particulares, y finalmente, sin dejar de prestar servicios públicos, se limitó a reglamentarlos con la finalidad de controlar su funcionamiento, régimen jurídico, organización, etc.-

El desarrollo alcanzado por el Estado moderno abrió paso a la posibilidad de la explotación económica; el Estado abstencionista fue sustituido por un Estado que asume riesgos empresariales hasta ciertos límites; la administración pasó a manejar la concesión como fórmula para conceder la explotación del servicio al particular, pero conservó la titularidad del servicio concedido. El Estado puso atención en la reglamentación de la actividades que quedan en manos de los particulares, concluye el autor.-

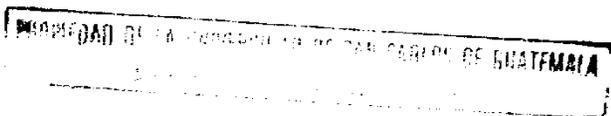
Actualmente el servicio público puede definirse en dos sentidos:

- 1.) *COMO ORGANIZACION:* el servicio público se basa en alguna organización controlada por la administración. Este sentido es tan amplio que cualquier organización constituye un servicio público; ejemplo: un hospital.-
- 2.) *COMO ACTIVIDAD:* el servicio público se basa en una actividad que busca satisfacer una necesidad de interés general, ejemplo: la policía.-

CLASES:

- 1.) *SERVICIOS PUBLICOS DIRECTOS:* cuando el Estado los presta directamente o por medio de concesionarios;

(12) cit. pag. 234



- 2.) *SERVICIOS PUBLICOS INDIRECTOS: cuando el Estado no los presta no los concede sino que los reglamenta, exclusivamente: ejemplo: los servicios de taxis, de una farmacia, de un colegio privado o de un sanatorio privado.-*

CLASIFICACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS:

- 1.) *POR LA TITULARIDAD DEL SERVICIO: Según que el titular sea el Estado (nacionales), el departamento (departamentales) o el municipio (municipales).-*
- 2.) *POR NECESIDAD DE LA PRESTACION: pudiendo ser necesarios u obligatorios (los seguros sociales, IGSS) voluntarios o facultativos (el transporte urbano). Estos últimos, el Estado decide si los presta o no.-*
- 3.) *POR EL CONTENIDO DE LA PRESTACION:*
 - 3.1) *Esenciales: Cuando la prestación es básica para el mantenimiento del Estado, departamento o municipio, ejemplo: el agua potable:*
 - 3.2) *Secundarios: Cuando dependen de la necesidades de la comunidad,*

las que están condicionadas por su desarrollo social y cultural alcanzado particularmente: ejemplo: el transporte urbano.-

Esta clasificación o se considera definitiva por cuanto los servicios secundarios, dependiendo de la legalidad de la comunidad, fácilmente pasan a ser esenciales.-

POR LA EXCLUSIVIDAD DE SU EJERCICIO:

- 1.) Conjuntamente con los particulares: En este caso las empresas estatales, departamentales o municipales compiten con las empresas particulares en la prestación del servicio; ejemplo: la empresa distrital de autobuses o municipal que compite con las empresas privadas.-
- 2.) Monopolizadas por el Estado, el departamento o el municipio: en este caso es el Estado, el departamento o el municipio quien explota el servicio público con exclusividad; ejemplo: el agua potable y la luz eléctrica. Puede establecerse en este caso, un monopolio de hecho; ejemplo: el ferrocarril a cargo del Estado, o un monopolio de derecho cuando el Estado autoriza la explotación del servicio; ejemplo: el correo en manos de la iniciativa privada.-

POR LA NATURALEZA DEL SERVICIO: pudiendo ser:

- 1.) Administrativos,
- 2.) Industriales,
- 3.) Comerciales,
- 4.) Empresas Nacionalizadas,
- 5.) Corporativos (los colegios profesionales)

POR LA PARTICIPACION DE LOS USUARIOS EN LAS VENTAJAS: Las prestaciones, pueden orientarse a satisfacer las necesidades de la generalidad o de cierto grupo:

- 1.) **SERVICIOS UTI UNIVERSA:** Cuando satisfacen las necesidades de la generalidad, ejemplo: el agua potable.-
- 2.) **SERVICIOS UTI SINGULI:** Cuando tienden a satisfacer las necesidades de ciertos grupos de habitantes, ejemplo: La limpieza de las calles y el alumbrado público.-

POR LA DURACIÓN DE LA PRESTACION: Los servicios pueden ser:

- 1.) *Permanentes*: El que forzosamente es continuo (transportes y comunicaciones);
- 2.) *Accidental*: el que depende de una condición previsible, (el servicio civil que funciona ante un terremoto); y,
- 3.) *INTERMITENTE*: Cuando su funcionamiento está en potencia, esperando el evento para el que fue creado, ejemplo: los bomberos ante un incendio.

FORMAS DE PRESTAR LOS SERVICIOS:

DIRECTAMENTE: (gestión directa): esta gestión la puede realizar:

- 1.) La Administración central;
- 2.) Las entidades descentralizadas;
- 3.) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- 4.) Las sociedades del Estado.-

En este caso la administración realiza las prestaciones por medio de los ministerios o las direcciones, también la puede ejercer el municipio por medio de empresas bajo su control.-

INDIRECTAMENTE: (gestión indirecta): esta gestión la pueden realizar:

- 1.) Las empresas privada;
- 2.) Los concesionarios;
- 3.) Las cooperativas;
- 4.) Los arrendatarios; y,
- 5.) Los que celebran concierto.-

GESTION MIXTA: Que la pueden realizar las sociedades de economía mixta.-

SERVICIOS A CARGO DE CONCESIONARIOS:

DEFINICION: La concesión en el modo gestión de un servicio público por el cual una persona jurídica pública (concedente) encarga mediante contrato a otra persona jurídica privada (concesionario), la gestión de un servicio público por su cuenta y riesgo, con derecho a obtener una remuneración por medio de las tarifas percibidas por los usuarios.

El concesionario constituye una persona privada a la cual el Estado traslada un poder jurídico para la realización del servicio concedido. Dicho traslado no significa que la administración renuncie al ejercicio de sus facultades, puesto que la administración atribuye al concesionario solo las facultades indispensables para la realización del servicio, reservándose el control y la intervención. Tal atribución da la concesionario un derecho personal, temporal y revocable. El servicio público concedido continúa como servicio público y la administración concedente retiene la facultad de prestar el servicio. El traslado se hace, no por interés privado sino por interés público (bien común).-

SERVICIOS PUBLICOS MUNICIPALES: La Municipalidad tiene como fin primordial la prestación y administración de los servicios públicos, de la poblaciones bajo su jurisdicción territorial, básicamente sin perseguir fines lucrativos, y por lo tanto, tiene competencia para establecerlos, mantenerlos, mejorarlos y regularlos, garantizando su funcionamiento eficiente, seguro, continuo, cómodo e higiénico a los habitantes y beneficiarios de dichas poblaciones, y en su caso, la determinación y cobro de tasas y contribuciones equitativas y justas (art. 30 del Código Municipal. C. M.).-

- 1.) **FORMA DE LOS SERVICIOS MUNICIPALES:** Los servicios públicos municipales serán prestados y administrados:
 - 1.1.) Por las municipalidades y sus dependencias administrativas, unidades de servicio y las empresas que organice
 - 1.2.) Por concesiones otorgadas de conformidad con la ley.
- 2.- **LA CONCESION DE SERVICIO PUBLICO MUNICIPAL:** La municipalidad tiene facultad para otorgar a personas individuales o jurídicas, la concesión para la prestación de servicios públicos que operen exclusivamente en su jurisdicción, mediante contrato de derecho público y a plazo determinado, en el que se fije naturaleza y condiciones del servicio y las garantías de su funcionamiento

La municipalidad fijará las contribuciones y tasas derivadas del contrato que percibirá del concesionario (art.31 del C.M.)

ELEMENTOS DEL CONTRATO DE CONCESION MUNICIPAL:

1.- ELEMENTOS PERSONALES:

- 1.1.-El Concedente: que será siempre la municipalidad.-
- 1.2.-El Concesionario: que serán personas individuales o jurídicas.-

2.-ELEMENTOS REALES:

- 2.1.-La prestación del servicio público que operen exclusivamente dentro de la jurisdicción municipal que se trate
- 2.2.-Las contribuciones y tasas que percibirá del concesionario.-
- 2.3.-Cobro por el concesionario del servicio que presta a los usuarios.-

3.- ELEMENTOS FORMALES:

- 3.1.-Es por escrito
- 3.2.-Se rige por el Derecho Público

CONTENIDO DEL CONTRATO DE CONCESION MUNICIPAL: Además de las de todo documento, la concesión para la prestación de un servicio público municipal, determinará, además, los siguientes:

- 1.) *La aceptación por parte del concesionario de las ordenanzas y reglamentos municipales que regulen el funcionamiento del servicio;*
 - 2.) *La obligación por parte del concesionario de llevar contabilidad de conformidad con la Ley, la cual haga posible su verificación de todo tiempo, por la Contraloría General de Cuentas al ser requerida por la municipalidad para determinar el estado financiero de la empresa;*
 - 3.) *La aceptación por parte del concesionario, de poner a disposición de la municipalidad los libros y documentos de contabilidad, y de darle la información que requiera, en caso de intervención del servicio;*
 - 4.) *El derecho de la municipalidad de adquirir el servicio gratuitamente o previa indemnización, según sea la naturaleza y condiciones en que el mismo se otorgó, al expirar el plazo de la concesión. En el supuesto de indemnización, se hará el avalúo de los bienes, tomando en consideración todos los elementos y factores que determinen su precio real, sin atenerse exclusivamente a declaraciones catastrales o fiscales, informes o datos de entidades o dependencias del Estado, debiendo someterse el expediente y proyecto de contrato correspondiente a revisión de la Contraloría General de Cuentas antes de su aprobación, y no se hará ningún pago a costa del contrato de traslación de los bienes, sino hasta que haya sido aprobado por la corporación municipal y la resolución esté firme. En todo caso, la municipalidad debe hacerse cargo del servicio, libre de pasivos de cualquier clase.-*
- 5.- *La intervención de la conceción: La intervención se produce cuando la administración intervienen los servicios públicos y privados con el objeto de racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo general del Estado.- Nuestra Constitución Política en su art. 20 indica que El Estado podrá, en caso de fuerza mayor y por el tiempo estrictamente necesario, intervenir las empresas que prestan servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando se obstaculizare su funcionamiento (no se refiere a empresas privadas). En el caso de la intervención de los servicios públicos municipales estaremos a lo que indica el art. 34 del Código Municipal, el que indica que sin perjuicio de lo que establece el anterior artículo citado de la Constitución, la municipalidad tiene la potestad de intervenir temporalmente el servicio público municipales que se administre y preste deficientemente, o que deje de prestarse sin autorización alguna, o en el que se falte a las ordenanzas y reglamentos contraídos por el concesionario.-*

En todo caso, la intervención del servicio de que se trate se hará a costa del concesionario, y se llevará a cabo conforme a las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil (véase art. 529) y demás leyes que regulan la materia, independientemente del carácter de empresa que pudiera tener la persona individual o jurídica afectada, pudiendo en consecuencia determinarse en el acuerdo respectivo, las funciones que cumplirá la intervención.-

El alcalde nombrará a la persona que deba hacerse cargo de la intervención, inmediatamente después de que se haya emitido el acuerdo por parte de la corporación municipal, y acto seguido, le dará posesión.-

6.- Revocación de la concesión: El Código Municipal en su art. 35 contiene las causas por las cuales se puede revocar la concesión de los servicios municipales, dándose en los siguientes casos:

- a.) Cuando sea lesiva a los intereses del municipio.-
- b.) Si viola disposiciones relativas al orden público y al interés social.-
- c.) Si viola disposiciones de carácter general o local relativas a la salud e higiene públicas.-
- d.) Cuando las deficiencias del servicio no sean subsanables por el procedimiento previsto para la intervención de los servicios públicos.-

En cualquiera de estos casos queda excluida la vía contenciosa administrativa.-

CAPITULO IV

1.- ANTECEDENTE HISTORICOS DEL CONTRATO DE CONCESION EN EL DERECHO MERCANTIL.

Es desde el Derecho Romano que se encuentran los primeros puntos de contrato, con el concepto de contrato innominado y con el nominado. afirma el doctor René Arturo Villegas Lara (13). En algunas definiciones aparece que el contrato en el Derecho Romano, eran las convenciones destinadas a producir obligaciones, que ya han sido sancionadas y nombradas por el Derecho Civil. eran, en consecuencia, únicamente los contratos que aparecían elevados a categoría de tal, los que concedían fuerza al ciudadano romano ejercitar la acción derivada del mismo. Con el tiempo el Derecho Romano reconoció la fuerza obligatoria de las convenciones no sancionadas por el Derecho Civil.-

El Derecho francés anterior al Código de Napoleón se apartó de la clásica noción tomada de considerar al contrato, como solo aquella conexión nominada expresamente en el Derecho, aceptando que pudieren existir convenciones, que sin estar expresamente reguladas, produjeran efectos jurídicos, las que tendrían por finalidad, el dar alguna cosa, hacer, o no hacer algo.-

En el Código de Napoleón, artículo 1.107, que en esencia se aceptó que a la par de la existencia de los contratos nominados, pudieren haber contratos innominados, de igual valor y eficacia.-

En el Derecho Español de esa época se aceptó la tendencia legal al haber determinado que en materia contractual, las partes eran libres para establecer todos los pactos, cláusulas y condiciones que tubieren por convenientes, siempre que los mismos no fueren contrarrios a las leyes, a la moral ni al orden público (véase art. 5 de la Constitución Política art. 4, 31, de la Ley del Organismo Judicial).-.

En el Código Federal Suizo de la obligaciones del 1.912, se admitió la categoría de contratos nominados e innominados. En similar manera, el Derecho español contemporáneo se refirió afirmando que el contrato importa convenciones libremente aceptadas por las partes, siempre y cuando estas respetaran principios de valor, orden público y buenas costumbres.-

El Derecho Italiano reflejado en el Código de 1.865, muestran un análisis que se separa de los hasta ahora ya común. El él se sienta la premisa que: todos los contratos tienen una regulación general, salvo los nominados, los que tienen una regulación especial, idea que da un giro a la concepción de la doctrina tradicional del Derecho Romano, ya que acepta la regulación general, como la del contrato innominado, y la especial para el nominado. Puesto que el no tener nombre un contrato dentro del sistema legal, implica en el fondo la ausencia de una disciplina especial al respecto.-

En el Derecho Guatemalteco los códigos civiles de 1.877 y el Derecho Legislativo número 1.932 se mantuvo la referencia expresa de no hacer

(13) op. cit. pag. 4.

diferencia entre el contrato nominado y innominado. El actual Código Civil art. 1.519 determina que desde que se perfecciona un contrato, obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido. Siempre que ello estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, lo cual ha de ejecutarse de buena fe, y según la común intención de la partes. Se desprende que la legislación guatemalteca se ha apartado del clásico concepto del derecho romano de reconocer la validez, únicamente al contrato nominado dentro de la sistemática legal, si ha recogido sedimentos históricos al indicar que el contrato habrá de responder a los lineamientos que el ordenamiento jurídico ha determinado, para los tipos negociables, no permitiendo que por la vía contractual se generen efectos diferentes.-

En la actualidad se considera más adecuada la tesis de que la tipicidad del contrato se relaciona con la falta de una regulación expres, compleja y unitaria; ya que deviene típico, si el mismo a pesar de no tener una tipología expres, se regula por la vía de la remisión. Así, para hablar de "tipicidad" se requiere que el contrato mejor dicho, alguno o algunos de sus elementos encajaran dentro de un contrato típico, al no ser completa la regulación, el mismo no pierde su carácter de atípico. Por otro lado, la tipicidad exige el que todos los elementos del contrato, entren a configurarse dentro de los elementos claves del contrato tipo, ya que si los elementos de un contrato atípico dentro de la tipología de dos o más, aquel seguiría siendo atípico; caso dentro del cual caería el contrato de concesión mercantil o comercial, ya que no existe una regulación específica, unitaria y compleja que lo regule.-

DEFINICION DEL CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL O COMERCIAL:

Para las corrientes Europeas, estiman que hay contrato de concesión mercantil cuando un comerciante, concesionario, pone su empresa de distribución o de venta en su caso, al servicio de otro comerciante o industrial llamado concedente, para asegurar exclusivamente en un territorio determinado, durante un período de tiempo limitado y bajo la vigilancia (dirección) del concedente, la distribución de sus productos, de los que se le ha sido concedido el monopolio de reventa.-

Por su parte las corrientes latinoamericanas expresan que existirá contrato de concesión mercantil en aquellas convenciones por las cuales el fabricante o importador (el concedente) de cierto tipo de productos de características especiales (llamada de alta tecnificación), regula detalladamente las condiciones de la venta permanente de los mismos a los consumidores y el posterior servicio de mantenimiento o reparación por intermedio de la actividad de su co-contratante (el concesionario), quien actúa en nombre propio con autonomía patrimonial y jurídica corriendo con los costos de explotación pero en cuanto a la venta de los productos, por cuenta del primero, a quien está económicamente integrado en forma vertical, a través de una haz de variedades obligaciones que tiendan a estimular, dirigir y controlar su acción, desarrollada en un régimen de exclusividad que le impide trabajar con productos concurrentes fabricados por la competencia, todo a cambio de una comisión por unidad de producto vendida y el suministro normalmente en condiciones redituables, de los accesorios y repuestos necesarios para el servicio de post-venta de los productos.-

Contrato por medio del cual, el concesionario, pone a disposición del concedente su empresa mercantil y se obliga a vender, por cuenta del concedente o a revender por cuenta, en la forma y condiciones previstas en el propio contrato, y bajo el sistema de exclusividad, las mercancías que se convengan con el concedente, a cambio de una retribución de determinada o determinable, con el objeto de lograr en forma conjunta, una buena comercialización de los productos en el mercado.-

O bien, Contrato por medio del cual el concedente confiere al concesionario el derecho a que bajo el sistema de exclusividad y a través de su empresa, revenda por su cuenta, o venda por su cuenta del concedente, las mercancías sujetas a concesión, dentro de los términos convenidos a cambio de una retribución determinada o determinable con el objeto de lograr en forma conjunta una buena comercialización de los productos en el mercado.-

ELEMENTOS DEL CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL

1.- ELEMENTOS PERSONALES:

1.1.- EL CONCEDENTE: Es el empresario individual o social que se obliga frente a su contraparte, el concesionario, a reconocerle la facultad de vender en exclusiva productos por él fabricados o comerciados. Se le pueden atribuir los caracteres de fabricantes de productos, o bien adquieren de otro tipo de

productos de los cuales goza del derecho de adquisición en exclusiva, por vía de importación internacional o por vía de adquisición en su mercado local (en este caso lo que recibe es una exclusiva de aprovisionamiento de productos).-

Doctrinariamente el concedente se encuentra entre dos ideas fundamentales: puesto que por una parte los autores europeos participan de la idea que el concedente si vende directamente al concesionario, el cual a su vez revende en su propio nombre y a su propio riesgo. Por otra parte, los autores latinoamericanos consideran que en la operatividad del contrato de concesión comercial, se produce una sola enajenación en el sentido de que se traspasa la propiedad del concedente al cliente por intermedio del concesionario, lo que ocasiona una sola venta del producto, es decir, que en ningún momento el concesionario resulta dueño del producto ya que éste nunca ingresa a su patrimonio sino que va a parar directamente del concedente al cliente. Considerando estos autores que si se produjera una doble venta, es decir, del concedente al concesionario y del concesionario al cliente, no se estaría en presencia de un contrato de concesión mercantil, sino de un contrato de compra para reventa.-

El concedente es la persona que se obliga a hacerle efectivo a su concesionario una retribución convenida con ocasión de la venta del producto, la cual se le cancela en forma directa o se le acredita a una cuenta bancaria, según lo que se haya convenido; así mismo es responsable de la garantía del producto que se ofrece por intermedio del concesionario, por lo que deviene acreedor (el concesionario) frente al concedente, del costo de la garantía de fabricación y cualidad del producto. También se obliga a proporcionarle repuestos, instruir al concesionario, y a respetar las zonas económicas del concesionario no dando otra concesión para el mismo territorio; entre otras obligaciones que más adelante se ampliarán.-

1.2.- EL CONCESIONARIO:

El concesionario es quien adquiere la obligación de comercializar por la vía de la venta, los productos fabricados por el concedente. Adquiere por virtud de ello, el derecho de utilizar en forma exclusiva este procedimiento, en relación al producto objeto de la concesión.-

La doctrina difiere en cuanto a las notas calificadoras del carácter del concesionario, puesto que para la doctrina Europea, es el que adquiere el dominio de las mercancías que ha de revender en su propio nombre y a su propio riesgo. Este criterio no es aceptado y compartido por los latinoamericanos, para quienes el hecho de la venta se produce entre el concedente y el cliente y únicamente por intermediación del concesionario. En todo caso, para ambos sectores doctrinarios es aceptado el que la figura del concesionario importa una empresa individual o social, con autonomía jurídica total de parte o en relación al concedente y autonomía económica relativamente limitada. Es compartido por ambos sectores doctrinarios como nota particular y típica del concesionario, que éste comercializa en un régimen de exclusividad en relación a los productos del concedente. Ello importa la correlativa obligación de no comercializar productos competitivos u otros fabricados por otro concedente, sin la autorización del correspondiente concedente.-

2.- ELEMENTOS REALES DEL CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL

2.1.- **EL OBJETO:** El objeto del contrato de concesión mercantil varía grandemente en consonancia al desarrollo industrial del país, en que el mismo surte efectos, tanto en su dimensión a nivel local, como a nivel internacional. Generalmente, los productos que son objeto de este tipo de contratos, son aquellos productos producidos y fabricados en serie, con grados de calidad estándar y con grandes posibilidades de comercialización en todo el mundo.-

No existe en principio ningún tipo de requisitos para ser producto objeto de un contrato de concesión comercial, toda vez que por principio, cualquier producto puede lícitamente ser objeto de este contrato, siempre y cuando el mismo no sea de naturaleza prohibida o atente a la moral o al orden público.-

En consonancia con la doctrina tradicional relativa al objeto de los contratos, se puede afirmar que el objeto del contrato de concesión mercantil o comercial, debe ser determinado o determinable, debe ser posible, lícito y conforme a la moral y a las buenas costumbres.-

En relación a su naturaleza propia de bienes, usualmente los contratos de concesión mercantil o comercial giran alrededor de bienes de naturaleza mueble, producidos en industria de alta tecnificación, seriada y en masa.-

2.2.- **LA RETRIBUCION:** El precio es otro de los elementos del contrato de concesión. El precio al igual que en otros contratos, se establece libremente por las partes en relación a la forma, modo y condiciones de pago.

La retribución periódicamente ajustada es una de las novedades de este contrato, por la gran variedad de artículos y productos susceptibles de ser comercializados por esta vía y también por la celeridad con que se producen los altibajos de los precios de los productos en el mercado, lo que tornaría totalmente inoperable que el precio en este contrato, quedara fijado de una manera inflexible en el contrato original. Es por ello que en materia de concesión mercantil, se habla de un precio reglamentario de catálogo, es decir, que las partes convienen de antemano en que el precio que habrá de regir para la venta de los productos, se determina de tiempo en consonancia con el precio de catálogos preparados por el concedente.-

El precio de compra en catálogo es el precio que concedente y concesionario convienen como cantidad o valor, que habrá de signarse al producto transferido de la esfera de propiedad del concedente al concesionario.-

El precio de Reventa será el valor máximo en que el concesionario podrá comercializar y vender el producto del concedente al consumidor. Es significativo también que en este caso, tanto el precio que se le atribuye a los artículos a ser transferido de parte del concedente al concesionario, como los precios de reventa que habrán de regir para la negociación entre el concesionario y el cliente, son precios impuestos por el concedente. Dentro de esto, la diferencia del precio de venta con el de reventa, constituye la retribución que percibe el concesionario.-

Doctrinariamente en la retribución que recibe el concesionario, tiene diferente tratamiento, según se trate de los pensadores europeos o latinoamericanos; puesto que para aquellos el concesionario es un empresario que adquiere la propiedad de los objetos para revenderlos, y por ende, nominar la retribución como comisión en sentido técnico jurídico, es inaceptable; mientras que para los latinoamericanos la retribución que recibe el concesionario se limita a procurar la realización de una venta que se realiza entre el cliente y el concedente. Adicionalmente esta retribución está convenida con base en unidad de producto vendida, lo que confirma mayormente que se está en presencia de una comisión.-

PLAZO DEL CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL

Los plazos de duración de los contratos de concesión comercial, giran alrededor de los siguientes supuestos:

- 1.) Contratos en que hay una determinación expresa del tiempo de duración, sin pacto de denuncia;
- 2.) Contratos en que se determina expresamente la duración y se estipula el derecho de denuncia, para una o dos de las partes;
- 3.) Contratos en que se estipula plazo de renovación del contrato;
- 4.) Aquellos contratos en que se pacta plazo estableciéndose además en el mismo régimen de renovación del contrato.-

En definitiva, la autonomía de la voluntad en materia de plazo, es libre para determinar la duración del contrato de concesión comercial; el cual en todo caso, ha de acomodarse a la conveniencia de las partes contratantes.-

CONTENIDO DEL CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL O COMERCIAL:

El contrato de concesión mercantil, como tal, por esencia no queda objeto o formalidad especial para su validez, es decir, que por principio es aformal. Ello no quiere decir que no deban respetarse en él los requisitos mínimos que la forma impone a los contratos. Pero sería necesario que conste en un documento escrito, no necesita por principio de la intervención de funcionario público, es decir, el mismo no debe cumplir con dichos requisitos de forma.-

Teniendo en cuenta los diversos autores consultados y lo que la legislación guatemalteca regula respecto a los contratos, y los requisitos contenidos en el Código de Notariado (aunque no necesariamente), tenemos que el contenido del contrato de concesión comercial sería el siguiente:

OTORGANTES: Edad, estado civil, nacionalidad, profesión y oficio, domicilio.-

Calidad de Gerente, representante legal o Mandatario General con representación. Así mismo acreditar la calidad con que se actúa por medio

del testimonio de escritura constitutiva de la empresa mercantil que se trate. Acta de su nombramiento, así como descripción de la inscripción en el registro mercantil. Cuando se trate de mandatos describir su inscripción en el Registro en el Archivo General de Protocolos.

ANTECEDENTES: Aquí se incluye un apartado del documento que permita conocer desde el inicio, quienes son las partes otorgantes y a que se dedican; narración histórica y objetiva de los antecedentes importantes de las partes. Es la parte enunciativa del negocio donde se consignan los elementos preexistentes esta, e integran el documento en forma meramente accidental, refiriéndose a hechos o actos anteriores que muy bien pueden ser omitidos sin que en el contrato se altere. Así mismo se acostumbra en esta aparato de exposiciones efectuar una descripción del sistema contable de la empresa concesionaria y por medio de quienes se lleva a cabo la auditoría externa de la misma.

PARTE DISPOSITIVA: Es la más importante, toda vez que en ella se integra el objeto negocial del contrato. Aquí las partes prestan su asentimiento, a que el concesionario ponga a disposición del concedente su empresa mercantil y se obligue a adquirir y a comercializar por su cuenta o por cuenta de aquel, los objetos de la concesión, dentro de los términos y condiciones acordadas. También la conforman por la adhesión de todo régimen que norman el desenvolvimiento del contrato y se regulan los derechos y obligaciones de las partes; de ahí tenemos concedente y concesionario.

OBJETO DE LA CONCESION COMERCIAL:

Régimen de concesión comercial: Forma como quedan integrados uno respecto al otro y así poder contar con un esquema previo de lo que deviene permitido prohibido a las partes en sus actuaciones por sí, o por medio de terceras personas. Es el eje del contrato que regula a la actividad principalmente del concedente en el acción a terceros concesionarios y en el fondo su temática negocial responde a una descripción de obligaciones de hacer y de no hacer, cuyo incumplimiento genera el nacimiento de un régimen indemnizatorio previsto en el propio contrato.-

PLAZO DEL CONTRATO:

Carácter del Contrato: Aquí se toma en cuenta en forma especial la calidad de persona del concesionario (intuitu personae)

Precio del producto: El precio al comercializar el producto el concesionario es fijado unilateralmente por el concedente.

SISTEMA DE COMERCIALIZACION DEL PRODUCTO: El concedente se obliga a proporcionar al concesionario las cantidades de producto que le demanda, en la forma y condiciones que dentro del contrato se indiquen, aquí se indica si es por cuenta propia o a nombre del concedente que se van a comercializar los productos pedidos. Obligación del concesionario de comercializar por su cuenta los productos objeto del contrato; así como la obligación de comercializar por cuenta de la entidad concedente, todas aquellas cantidades que no puedan adquirir directamente para sí.-

REMUNERACION DE LA ENTIDAD CONCESIONARIA: Se fija el porcentaje que pagará el concedente al concesionario.-

FORMA DE PAGO: Regula en términos particulares las formas genéricas de cumplimiento, sea mediante un dar dinerario o un hacer o no hacer. Generalmente se incluyen provisiones de pago en moneda extranjera y dentro de los términos y condiciones usuales en el sistema de pago internacionales.-

Organización Comercial: Este régimen básicamente se organiza sobre obligaciones de hacer y de no hacer del concesionario, las cuales giran alrededor de aspectos contables financieros, comerciales, de propaganda, de operación y mantenimiento, de volumen de operación y de información y vigilancia. Es importante mencionar que el régimen de organización comercial es ante todo un sistema que se adapta en cada caso, al caso concreto, ya que no es dable concebir un esquema prefijado que abarque todos los casos que hipotéticamente puedan presentarse.-

RESOLUCION ESPECIAL DEL CONTRATO: Este régimen se basa en el hecho que la concesión comercial se otorga básicamente en atención a la persona del concesionario, lo que faculta a que si las condiciones concurrentes en esta persona desaparecieran, el concedente goce de la posibilidad de ponerle fin al contrato, haciendo surgir el régimen indemnizatorio previsto en el mismo.-

REGIMEN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: En este régimen las marcas, nombres, avisos comerciales, patentes de invención, o señales de propaganda, utilizados por la entidad concesionaria en la comercialización del producto objeto del contrato de concesión son propiedad exclusiva de la entidad concedente, pudiendo utilizarlas en la forma y medida estipulada en el contrato.-

DEFINICION DE PALABRAS: Es costumbre en estos contratos el definir palabras técnicas utilizadas dentro del mismo, a fin de darles el sentido que las partes quieren que dentro del mismo tengan, y así evitarse problemas posteriores por interpretaciones inadecuadas.-

EFFECTOS DEL CONTRATO DE CONCESION COMERCIAL: En este régimen se aclara que la entidad concesionaria no constituye a la misma en agente, distribuidor, comisionista o representante o mandatario de la entidad

concedente, no pudiendo en consecuencia ejercer ningún acto, no asumir por cuenta de ésta, ninguna obligación implícita o explícita para ningún propósito no objeto, fuera de los actos en el contrato expresamente consignados.-

OBLIGACIONES ESPECIALES DEL CONCEDENTE Y CONCESIONARIO:

- 1.- Ayudar financieramente a la entidad concesionaria en el desarrollo de su actividad, hasta el límite de lo que en cada año se acuerde con la concesionaria, sin que ello implique ninguna obligación fija de su parte;
- 2.- A atender con la máxima eficacia posible los pedidos que la entidad concesionaria le curse;
- 3.- A tener a disposición de la entidad concesionaria, cartas, catálogos, ilustraciones, listas y cuales quiera otros impresos analogos que se refieran a los productos de la concesión
- 4.- A tener a disposición de la entidad concesionaria, las unidades que fueren necesarias como muestras de exhibición o prueba, de acuerdo con las condiciones establecidas por la entidad concedente a este respecto dandoles facilidades para su entrega.
- 5.- A retirar las unidades destinadas a muestras permanentes y los equipos de llenado que resulten obsoletos, salvo aquellos productos objeto de un pedido en firme.
- 6.- A informar a la entidad concesionaria de todo aquello que tenga relación con el desarrollo del negocio en la zona de la concesión.

Leyes aplicables: En este se aclara que en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato se regirán por las leyes de determinado país a elección del concedente.-

OBLIGACIONES DE HACER Y NO HACER DE LA CONCESIONARIA:

- 1.- A no aceptar o desempeñar actividades que a juicio de la entidad concedente, puedan estar relacionadas de productos similares, que puedan originar competencia con los de la entidad concedente, bien sea en nombre propio o ajeno.
- 2.- A no comercializar, bien fuere por si o por medio de interpósita persona, productos analogos a juicio de la entidad concedente de los productos objeto de la presente concesión, sin autorización previa y por escrito de su concedente.
- 3.- A no comercializar los productos objeto de la presente concesión fuera de la zona geográfica que le fue asignada.
- 4.- A servir fielmente y con diligencia a la entidad concedente, procurando una dirección acertada de la concesión y actuando de manera diligente, para comercializar el producto cuya concesión se le confía organizando exposiciones campañas publicitarias, demostraciones y cualquier medio adecuado para llevar a cabo dichos fines.

VENCIMIENTO ANTICIPADO: Aquí la entidad concedente asegura el derecho para dar por terminado el contrato si la concesionaria incumple en sus obligaciones de hacer y de no hacer, así mismo se estipulan otras más específicas.-



GASTOS: Se estipulan a cuenta de quien corren los gastos referentes a gastos legales, gastos de cobro judicial y extrajudicial, publicidad, promoción, reclamos, garantía, cursos y instrucción y propaganda. Así mismo se hace mención expresa de que la concesionaria acepta como buenas y exactas las cuentas que esta forma le presente su concesionaria, y como líquido y ejecutivo, el saldo que por este concepto le exija.-

EFFECTOS PROCESALES: Como la renuncia al fuero de su domicilio, por parte de la concesionaria, y se somete a la competencia de los tribunales que el concedente elija; incluye las provisiones generales que en materia procesal la misma ley permita la intromisión de la autonomía de las partes.-

REGIMEN DE TERMINACION: Prevee de antemano los procedimientos que han de seguirse en una gran cantidad de situaciones que pueden presentarse a la finalización del contrato, que de no preverse pueden generar graves injusticias.-

SEGUROS: Se estipula la obligación de la concesionaria de contratar y mantener en vigor durante el plazo del contrato, de un seguro sobre los bienes objetos del contrato por la cantidad y los riesgos que el concedente le indique; además contiene la obligación de endosar dicho seguro a favor del concedente.-

DESCRIPCION DE LA ZONA CONCESIONAL: Se describe la zona geográfica dentro de la cual el concedente y concesionario convienen en desarrollar la comercialización del producto objeto del contrato.-

SUSCRIPCION: La aceptación de las obligaciones y derechos y demás cláusulas contenidas en el contrato, lugar y fecha, firmas de los contratantes.-

OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL

1.- OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO:

En el contrato de concesión, sus cláusulas son predisuestas y preparadas por el concedente a quien, a fin de uniformar las obligaciones de los miembros de su red comercial, le interesa normas las siguientes rubros: (14)

- 1.1.) Aprovisionarse exclusivamente del concedente;
- 1.2.) Comprar para revender una cantidad mínima de producto;
- 1.3.) Tener instalaciones adecuadas para venta y servicio;
- 1.4.) Prestar un servicio de garantía y de mantenimiento;

(14) Según Osvaldo J. Marzorati "sistemas de distribución Comercial" editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de la Palma op. cit. pag. 145

- 1.5.) Respetar el territorio de los restantes concesionarios;
- 1.6.) Tener un inventario de repuestos acorde con sus responsabilidades de venta;
- 1.7.) Mantener un capital de trabajo adecuado a su giro;
- 1.8.) Promover la venta de los productos objetos de la concesión y participar en campañas de publicidad;
- 1.9.) Adoptar sistemas administrativos, financieros y contables del concedente;
- 1.10.) No comercializar productos competitivos con los del concedente;

2.- OBLIGACIONES DEL CONCEDENTE:

- 2.1.) Mantener una corriente de aprovisionamiento de productos o mercaderías;
- 2.2.) Liquidar las operaciones en garantía en forma oportuna;
- 2.3.) Establecer políticas de garantía, talleres de comercialización y suministro de repuestos uniformes para toda la red;
- 2.4.) Promover y publicitar los productos en forma global;
- 2.6.) Proporcionar a los concesionarios información técnica y capacitación para la mejor atención del usuario.-

DERECHOS DE LAS PARTES:

3.- DERECHOS DEL CONCESIONARIO:

- 3.1.) El otorgamiento de un privilegio de reventa de los productos en una zona determinada;
- 3.2.) Comprar del concedente en condiciones más ventajosas;
- 3.3.) Que el concedente respete y haga respetar su monopolio de reventa en su territorio, si estuviere establecido;
- 3.4.) Usar gratuitamente la insignia y nombre comerciales del concedente;

Se dice que el concesionario asume una obligación de hacer, no promete un resultado. Se obliga a aplicar su actividad en forma permanente en interés del fabricante quien solamente se obliga a mantener una corriente de aprovisionamiento de productos o mercancías conocidas en el mercado.-

4.- DERECHOS DEL CONCEDENTE:

- 4.1.) *Decidir unilateralmente sobre la cuota que periódicamente le asigne al concesionario, como la oportunidad del cumplimiento, de manera que por ese medio puede regular la gestión comercial del concesionario hasta llegar a convertirla en antieconómica, disminuyendo en tal medida las entregas que conduzca a una explotación no redituable.-*
- 4.2.) *Fijar unilateralmente los cupos mínimos de venta, basado en los criterios de uniformidad y proporcionalidad, pero siempre que obedezca a parámetros objetivos y generales (para todos los concesionarios)*
- 4.3.) *Exigir al cencionario que las instalaciones para la venta y el servicio sean las más adecuadas para el giro comercial del contrato.-*
- 4.4.) *Exigir al concesionario que preste un servicio de garantía y de mantenimiento de los objetos del contrato.-*
- 4.5.) *Exigir al concesionario que adopte sistemas administrativos, financieros y contables iguales a los propios.-*
- 4.6.) *Exigir del concesionario lealtad comercial, en el sentido de no comercializar con productos competitivos.-*

Y en fin, serán derechos del concedente todos aquellos que son obligaciones del concesionario, y que se encuentren dentro del contexto del contrato.-

CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL

1.- LA BILATERALIDAD:

El contrato de concesión comercial, en vista de que conlleva obligaciones recíprocas hacia las dos partes, deviene como un contrato bilateral.-

2.- LA ONEROSIDAD:

El contrato es oneroso, cuando conlleva obligaciones recíprocas de las partes, de modo que se promete una prestación a cambio de recibir otra. En el contrato de concesión comercial, las partes se obligan y se graban cada una en beneficio de la otra, a través de la más variada gama de prestaciones, y demás surte efectos en el campo de lo mercantil, lo cual nos lleva a afirmar que el contrato reviste el carácter de oneroso.-

3.- LA CONSENSUALIDAD:

El contrato es consensual, cuando basta un consentimiento libremente manifestado, sea cual fuera la forma elegida por las partes para exteriorizarlo, para que el mismo se consume y perfeccione.-

En vista de que en un contrato como el de concesión comercial no se encuentra regulado dentro de nuestra legislación comercial, no civil, no podría hablarse de ser consensual, real o formal sino que dependerá de los caracteres propios que su operatividad reporte en la práctica comercial.-

4.- LA ALEATORIEDAD:

Si al momento de perfeccionar el contrato, las partes conocen perfectamente bien la relación que existe entre las prestaciones, las cuales se pueden apreciar a ciencia cierta, así como el sacrificio que realizan y el beneficio que esperan en él obtener, se dice que se está en presencia de un contrato conmutativo. Por otro lado, si al momento del perfeccionamiento, estas, o sea las prestaciones, diviniere inciertas, estaremos en presencia del contrato aleatorio. De acuerdo a lo expuesto, en el contrato de concesión comercial, estamos en presencia de un conmutativo, toda vez que las prestaciones a cargo de cada una de las partes, quedan perfectamente delimitadas en el momento de su perfección.-

5.- LA INDEPENDENCIA:

Un contrato es principal, si puede exigir por sí solo, mientras que es accesorio, si su existencia no se consigue sin el principal, de tal modo que si este fuera nulo o quedara rescindido o resuelto, también quedaría privado de efectos el accesorio. En materia de concesión comercial, este constituye de por sí, un contrato principal, dado que el mismo no depende para su existencia jurídica de ningún otro contrato.-

6.- LA EJECUTORIEDAD:

Existen contratos en los cuales las partes cumplen con todos los derechos y obligaciones, en el momento mismo del contrato; y otros en los cuales las partes difieren el cumplimiento de sus obligaciones para un momento ulterior.-

Dentro de la terminología que el ordenamiento comercial guatemalteco da y que partiendo del hecho que el mismo diferencia entre contratos de tracto sucesivo y contratos de ejecución diferida, hay que aceptar que el contrato de concesión comercial es contrato de tracto sucesivo ya que las prestaciones a cargo de las partes si bien han sido diferidas en su cumplimiento, las mismas se van cumpliendo progresivamente con el correr del tiempo.-

7.- INTUITU PERSONAE:

Se dice que un contrato es "intuitu personae", cuando su celebración depende de la calidad de uno o de ambos contratantes. Es decir que es la calidad de la contraparte, no es jurídicamente indiferente, ni se puede afirmar que exista una total impersonalidad del contratante.-

En el contrato de concesión mercantil o comercial, es un contrato pactado en atención a la persona del concesionario.-

8.- LA ADHESION:

El contrato de adhesión es aquel en el cual una de las partes fija todas condiciones, en tanto que la otra sola tiene la alternativa de rechazar o consentir.

En la legislación guatemalteca el contrato de adhesión es aquel en que las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público, son establecidas solo por el oferente, los cuales quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas; por lo que enfocada desde el punto de vista legal guatemalteco, el contrato de concesión comercial quedaría ubicado como un contrato mercantil efectuado mediante formulario. Cabe sin embargo el afirmar que la figura doctrinaria de la adhesión, se encuentra subyacente en esta mecánica de contratación.

9.-INTEGRACION VERTICAL:

El contrato de concesión comercial, tiene la característica que integra a las partes en forma vertical, pero que desde un punto de vista jurídica ambos permanecen como sujetos de derechos autónomos, con patrimonios propios y separados, y su personalidad jurídica no se mira afectada por el contrato, el cual solamente hace abdicar concesionario en parte de su estatus económico, en favor del concedente.

Esta función que agrupa condiciones, mecanismos, posibilidades, capacidades financieras y estructuras jurídicas, alrededor de la persona del concedente y del concesionario, a través del contrato de concesión comercial,

para perseguir una mejor distribución y promoción de bienes, es lo que hace que dicho contrato se revista de la característica de ser un mecanismo de integración económica.-

10.- INNOMINADO Y ATÍPICO:

Los contratos son nominados cuando están presentes y legislados en leyes. Son innominados por su parte si no se encuentran presentes y legislados. A los contratos nominados e innominados se les ha pretendido sustituir, por la acepción de típicos y atípicos, toda vez lo importante no es que se encuentren con un nombre propio dentro de la legislación, sino que se encuentren regidos y regulados en ella.-

AFINIDADES Y DIFERENCIAS DEL CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL CON OTROS CONTRATOS:

1.- CON EL CONTRATO DE DISTRIBUCION:

- 1.1.) El contrato de distribución va principalmente encaminado a comercializar productos más comunes y no de alta tecnificación, como los que sirven de objeto al contrato de concesión comercial.-
- 1.2.) El contrato de distribución no implica un servicio de post-venta y su función se agota con la colocación del producto, lo que no ocurre con el de concesión comercial;
- 1.3.) El contrato de distribución, el distribuidor no se encuentra en una situación de menor dependencia económica, de la que el concesionario se encuentra respecto del concedente;
- 1.4.) Es distribuidor no se sujeta a un esquema de contratación tan rígido, como aquel con que se coloca al concesionario;
- 1.5.) El distribuidor no trabaja siempre bajo el sistema de exclusiva, elementos que concurre con carácter de esencial en el contrato de concesión;
- 1.6.) El distribuidor no trabaja directamente con la clientela, sino con un intermediario o comerciante, quien a su vez se refiere a la clientela general, mientras que el concesionario por su lado, tiene contacto directo con la clientela minorista;

2.- CON EL CONTRATO DE AGENCIA:

- 2.1.) En el contrato de agencia, sin que sea necesariamente concurrente, el agente puede ostentar la legítima representación del principal o proponente mientras que en el contrato de concesión comercial, el concesionario jamás representa al concedente. El concesionario actúa siempre en nombre propio, de la misma manera que lo hace el distribuidor.-

- 2.2.) En el contrato de agencia, la conexión obligacional se produce entre el principal, ya sea por sí o representado por el agente y el cliente, mientras que en la concesión la relación directa entre el concesionario y el cliente.-
- 3.) El contrato de agencia, quien vende el producto es el principal, mientras que en la concesión quien vende es el concesionario.-
- 3.1.) En la esfera jurídica del agente no se producen, sino ocasionalmente relaciones directas de venta.-
- 3.2.) En el contrato de agencia, puede generalmente pactarse que el objeto de este tipo de contrato, sean bienes de más variedad gama, incluso los servicios como en el caso de los seguros, lo que imposible en el de concesión comercial, la que por su parte tiene un ámbito más restringido de productos sobre los que se negocia.-
- 3.3.) El agente no queda integrado verticalmente en el plano económico con su principal y el mismo goza de una libertad de acción bastante amplia, cosa que no ocurre en relación a la figura del concesionario, el cual queda integrado verticalmente con su concedente, su radio o campo de libertad, en materia de contratación, es más restringido.-
- 3.4.) El agente generalmente trabaja en relación con su principal, en un sistema de exclusividad dual, es decir que el agente promueve por cuenta de su principal o proponente en forma exclusiva, siempre y cuando el principal solo lo utilice a él, cosa que no se presenta en similar manera en el contrato de concesión, en el cual el pacto de exclusiva generalmente es unilateral y solo respecto del concesionario.-
- 3.5.) El agente goza de libertad de decisión en relación al monto y a los precios de los productos que ha de promover, mientras que el concesionario no tiene libertad de fijar precios.-
- 3.6.) El agente no asume los riesgos de la negociación, el concesionario si los asume.
- 3.7.) Tanto el agente como el concesionario, trabaja en relación directa con la clientela minorista, lo que las diferencia claramente del contrato de distribución.-
- 4.- CON EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIO:
- 4.1.) En el contrato de trabajo se presenta una subordinación del trabajo en relación a su empleador, lo cual no acontece en el contrato de concesión comercial, del concesionario respecto de su concedente.-
- 4.2.) El contrato de arrendamiento supone un resultado material concreto, lo que no sucede en sentido escrito en el de concesión comercial, el cual se limita a definir las condiciones en que habrá de operarse la

promoción y venta del producto y definir las bases mínimas y máximas de cumplimiento a las cuales el concesionario deberá ajustar su actividad.-

- 4.3.) El contrato de concesión comercial, importa un contrato mercantil, que tiene por base los elementos propios de Derecho Civil, que informan a todo contrato, elementos que concurren, al contrato de trabajo en forma muy peculiar, y que no podrán aceptar en ningún caso en el de concesión.-
- 4.4.) El contrato de los riesgos del contrato de trabajo, recae en una sola de las partes, el patrono, los cuales no son trasladables ni aún por pacto expreso; y.
- 4.5.) El contenido del contrato de trabajo, está predeterminado por la Ley y el mismo se aplica siempre por mandato legal, mientras que en el contrato de concesión comercial, es fundamentalmente el contenido contractual del mismo, el que le da básicamente su contenido.-

5.- CON EL CONTRATO DE MANDATO:

- 5.1.) El mandatario fundamentalmente gestiona negocios ajenos, mientras que el concesionario gestiona por su propia empresa, es decir que el concesionario no obra por encargo del mandatario, sino en su propio nombre e interés.-
- 5.2.) El contrato de mandato puede implicar representación, mientras que el contrato de concesión comercial se caracteriza expresamente porque nunca importa representación del concesionario con respecto al concedente.-

6.- CON EL CONTRATO DEL COMISION Y CORRETAJE:

- 6.1.) El comisionista no queda jurídica no económicamente subordinado a su comitente, el concesionario sí lo está respecto de su concedente;
- 6.2.) El comisionista es aquel sujeto que se limita a facilitar la conclusión de los negocios, entre el comitente y un tercero, mientras que el concesionario es precisamente la persona que por sí lleva a cabo la conclusión del contrato;
- 6.3.) El comisionista debe desempeñar la comisión en forma personal, pero el tráfico mercantil ha hecho que esta obligación sea relegada y dispensada por medio de autorización del comitente; el concesionario le queda prohibido el delegar el contrato de concesión;
- 6.4.) El contrato de comisión se agota cuando el comisionista realiza el negocio concreto que le fue cometido, mientras que el contrato de concesión comercial únicamente se agota por fenecimiento del plazo de la concesión;

- 5.) El comisionista recibe los bienes a título de consignación para promover la venta, mientras que el concesionario no, sino que generalmente los recibe cuando éstos ya están vendidos o los recibe para venderlos directamente a título de propietario;
- 6.) El comisionista gestiona intereses de otros, mientras que el concesionario gestiona sus intereses propios;
- 7.) El comisionista no compra para sí los bienes sujetos a la comisión, es más, lo tiene expresamente prohibido, situación que no se presenta en el caso del concesionario, ya que el concesionario deviene tal, precisamente para adquirir los bienes sujetos a concesión;
- 8.) El comisionista no queda sujeto a la tutela ni vigilancia del comitente; el concesionario se encuentra sujeto a estrecha vigilancia del concedente;
- 8.) La concesión impide por regla general que se ceda el contrato; mientras que la comisión mercantil, es de su esencia que por regla general, se faculte al comisionista a cederlo;
- 6.9.) El contrato de corretaje no existe una obligación exigible y precisa desde su inicio, ya que el corredor únicamente procura el que se lleve a cabo una negociación a su entera libertad; si se produce, entonces surge el contenido obligatorio del mismo y el derecho crediticio del corredor;
- 6.10.) El corredor actúa con entera libertad de su contratante, no tiene fiscalización, ni vigilancia del tipo que por su parte el concesionario admite de su concedente, el cual sí lleva a cabo una fiscalización y vigilancia extremadamente eficaz;
- 6.11.) El corredor puede delegar el corretaje, extremo que para el caso de la concesión comercial, por ser pactado en atención a la persona no permite su delegación;
- 7.- CON EL CONTRATO DE COMPRAVENTA:
- 7.1.) No debe confundirse con el contrato de promesa de compraventa, ya que éste podría coexistir con el de concesión comercial, como un contrato periférico, que eventualmente podría presentarse entre el concesionario y el cliente, pero éste rara vez se presenta entre el concesionario y el concedente;
- 7.2.) Se ha querido asemejar a una Compraventa Con Carga asumiendo que en este caso la carga consiste en la imposición del precio de reventa por el concedente. La carga, para que fuera valedera en todo caso, tendría que atacar al poder de disposición del enajenante, lo cual en ningún caso se presenta en la concesión comercial.-

En el contrato de concesión comercial, las cláusulas que eventualmente pudieran inducirnos a creer en la existencia de cargos, no son precisamente figuras autónomas y accesorias del contrato, sino que por el contrario, constituyen elementos esenciales del propio contrato.-

7.3.) Tampoco puede decirse que se está en presencia de un contrato de compraventa en Monopolio, pues para que ello se diera sería necesario que la estructura de la concesión se encontrara bajo un régimen de protección oficial frente al resto de comerciantes.

En términos generales, la compraventa, es un contrato de ejecución instantánea que se agota en un solo acto; mientras que la concesión, es un contrato de tracto sucesivo duradero; y que en la compraventa los intereses de las partes se encuentran contrapuestos mientras que en la concesión éstos son coincidentes.-

8.- CON EL CONTRATO DE SUMINISTROS:

8.1.) El suministrante agota su función al ejecutar cada una de las prestaciones, mientras en la concesión el concedente mantiene una perenne e íntima relación con el concesionario, que fenece únicamente al vencimiento del plazo o fin de la concesión.-

8.2.) El suministro es un contrato periférico que se utiliza en el contrato de concesión comercial, para procurarse bienes de parte del concedente en relación al concesionario, medio que ningún caso es exclusivo.-

9.- CON EL CONTRATO DE LICENCIA DE MARCAS:

9.1.) El concesionario no fabrica productos al amparo de una licencia de marcas, sino que por el contrario vende productos ya fabricados amparados por una marca sobre la cual no goza de ninguna licencia;

9.2.) El concesionario, no puede explotar la fabricación de la marca, aún teniendo el derecho de concesión en forma exclusiva, es decir, produce una situación totalmente contraria al contrato de licencia de marca, en el cual el licenciado busca expresamente el beneficiarse él, de la explotación industrial de la marca.-

EXTENSION DEL CONTRATO DE CONCESION COMERCIAL O MERCANTIL

En con el desarrollo de la industria automotriz especialmente que se empieza a perfilar la individualización de este contrato, convirtiéndose en un medio importante de colocación de la producción.-

En el ramo de la industria automotriz las fábricas originariamente vendían los productos a través de representantes subordinados y luego, por la creciente complejidad de la operaciones, fueron delegando la función de venta en comerciantes individuales exigiéndoles, como contraprestación de las ventajas de la comercialización de sus unidades, el cumplimiento de

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

determinadas obligaciones destinadas a satisfacer su propio interés de preservar el prestigio de su marca y los derechos de los usuarios. Esta delegación se practicó a través del contrato de agencia, con o sin representación del agente; o bien a través de contratos de concesión en los cuales generalmente se establece que el concedente vende el producto al concesionario para que éste revende en una zona determinada, caracterizando el contrato como de compraventa y desligándose el concedente de las obligaciones contraídas por el concesionario. Es un elemento especial de la concesión el acatamiento a un reglamento que impone el productor o fabricante al concesionario, exigiendo habitualmente del concesionario la exclusividad; y por el reglamento el concesionario pacta sus relaciones con el concedente, por él los fabricantes determinan la oportunidad, la calidad, el tipo, el modo de venta, el régimen de precios, el sistema de pedidos y asignaciones, el tipo de servicios accesorios, etc. con relación a cada uno de los modelos y si es de sus productos que proyectan comercialización.

La industria automotriz no es el único campo donde se utiliza el contrato de concesión, sino que tiene un amplio radio de aplicación como en el ramo de distribución de la cerveza, las estaciones que expenden nafta, la elaboración y/o distribución de productos farmacéuticos, químicos o de perfumería, etc. muchos de los cuales la doctrina los considera como contratos de agencia cuando celebran contratos en nombre ajeno y no en el propio, característica fundamental del contrato de concesión comercial.-

CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL Y MONOPOLIO

En la actualidad el concepto de monopolio ha sido un adjetivo de muy irregular utilización. Monopolio en cuanto tal, significa el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien prevenga de un privilegio, bien de otra causa cualquiera (Diccionario de la lengua Española).-

En los países de economía libre, en que los comerciantes concurren al mercado buscando generar con sus productos una competencia en que sea el más eficiente el que obtenga el mejor provecho, no es dable afirmar validamente que aquél que consolida su posición de mercader, ocupa un lugar o privilegio de monopolio, toda vez que éste importa gozar desde el origen de un privilegio.-

Existen monopolios de derecho de hecho. Los primeros se refieren a aquellos que se basan en una autorización oficial (gubernamental) concedida a un sujeto, para el ejercicio de una determinada actividad, mientras que el monopolio de hecho se refiere a la existencia circunstancial de un producto o comerciante de un determinado servicio o mercadería que se ha consolidado en el mercado. En el de derecho éste queda por el solo hecho de serlo, obliga a contratar, pues el privilegio gubernamental que se le ha otorgado aspira fundamentalmente a un beneficio colectivo. Las prestaciones para cuyo desempeño se ha creado el monopolio, consiste en un derecho subjetivo, que tiene derecho a exigir a aquel que la pague y correlativamente constituyen una obligación, en la que no cabe hablar de libertad de contratación, para el prestante del servicio. La prohibición de la obligación de contratar, lleva

aparejada la obligación de reparar los daños y perjuicios que ello ocasiona, es decir, que para el caso el monopolista está colocado en una situación totalmente diferente al monopolista mal llamado de hecho, en cuyo caso la libertad de contratar, para él es total, ya que en el último caso no cabe legalmente rehusarse a contratar por regla general, salvo que al negarse constituya un acto ilícito o un abuso de derecho. En ningún caso, el contrato de concesión comercial por el hecho de serlo, goza de protección gubernamental en el mercado en el cual surte efectos: por el contrario como vehículo de tráfico mercantil es utilizado por los comerciantes en igualdad de circunstancias que el resto de contratos. Es más los comerciantes que hacen uso de dicho contrato, gozan respecto de sus clientes entera libertad para contratar con los consumidores. -

Por su parte el profesor Hemard, citado por Marzorati (15), "pretendió ver en la obligación del concedente de no vender los mismos productos a terceros en la zona del concesionario un verdadero monopolio..." refiriéndose a que el profesor Hemard señalaba una característica del contrato de concesión comercial para explicar su naturaleza y poderla caracterizar, conclusión a la cual asiente en cuanto a que constituye un verdadero monopolio. -

Nuestra Constitución Política en su artículo 130 prohíbe los monopolios al indicar "Se prohíben los monopolios y privilegios. El estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de

una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esa materia. El Estado protegerá la economía del mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores". Como se desprende del texto transcrito que el monopolio es prohibido únicamente cuando se haga en perjuicio de la economía nacional, pero cabe preguntarse ¿quien determina que es perjuicio para la economía nacional?.

Nuestro Código de Comercio en su artículo 361 también prohíbe los monopolios al indicar que: "Todas las empresas, tienen la obligación de contratar con cualquiera que solicite los productos o servicios que prestan, observando, igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores". En esta texto podemos apreciar que el monopolio que prohíbe es aquel por el cual solamente se venden los productos o servicios a una o determinadas personas, a fin de evitar los múltiples intermediarios que encarecen el producto. -

(15) Marzorati, Osvaldo J., "sistemas de Distribución Comercial" Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. Buenos Aires. 1.992. 1era. Reimpresión pag. 126. -

CONCLUSIONES

- 1.- El contrato de concesión de servicios públicos del derecho administrativo es aquel por el cual un particular (concesionario) es autorizado por la Administración para desarrollar por cierto tiempo y a su riesgo, salvo pacto en contrario, un servicio público, recibiendo de los usuarios, como contraprestación económica la cantidad determinada en las oportunas tarifas.-
- 2.- Las semejanzas entre la concesión privada y la de servicios públicos son las siguientes:

Ambos contratos tiene por finalidad la explotación de un servicio que es concedido por alguien que lo tienen a su cargo o desea prestarlo, se otorgan bienes para la explotación del servicio, existe una compensación a favor del concedente y el concesionario actúa siempre por su cuenta y riesgo y a su nombre; Pero confundirlos es imposible puesto que la actuación del Estado como persona de derecho público dentro del contrato administrativo de concesión constituye la característica esencial para su diferenciación.-
- 3.- La concesión privada y la de servicios municipales tampoco pueden confundirse, y que al igual que el anterior punto, es la municipalidad quien actúa como persona de derecho público a través de su alcalde.-
- 4.- En el contexto legal guatemalteco, el vocablo concesión lo encontramos exclusivamente en la Ley de Compras y Contrataciones del Estado y en el Código Municipal.
- 5.- El contrato de concesión mercantil es un contrato bilateral, oneroso, comutativo, principal, de tracto sucesivo, innominado, comercial, de adhesión, que integra vertical y económicamente a las partes.-
- 6.- El contrato de concesión comercial se compone de elementos personales: Concedente y concesionario; elementos reales: las mercaderías y la retribución que puede inapropiadamente denominarse comisión, y que ésta se da cuando el concesionario es retribuido con base en un porcentaje del precio de venta por unidades vendidas.-
- 7.- El plazo, de existir, en un contrato de concesión comercial, como en cualquier otro contrato lo incluye; su ausencia de derecho a las partes para denunciarlo.-
- 8.- El contrato de concesión mercantil o comercial, por ser un contrato de adhesión, se rige por las siguientes reglas, según la legislación guatemalteca; se interpretan en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario, cualquier renuncia a derecho sólo será válida, si aparece subrayada o en caracteres más grandes que los del resto del contrato, las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aún cuando estas no hayan sido dejadas sin efecto.-

Lo anterior corresponde a lo que nuestro Código de comercio estipula en su art. 672 para los contratos mediante formularios, pero es aplicable a todos aquellos contratos en que las condiciones y cláusulas del mismo son elaboradas por una sola de las partes, como ocurre con el de concesión ya que es el concedente quien prepara el contrato, por lo que la figura de la adhesión se encuentra subyacente en la mecánica de contratación mediante formularios.-

9.- El contrato de concesión mercantil se reviste parcialmente de los caracteres que inspiran la naturaleza jurídica de los contratos normativos y de los de adhesión.-

10.- Los contratos comerciales de suministro y compraventa son contratos que juegan en papel accesorio en algunos contratos de concesión comercial.-

11.- El contrato de concesión mercantil es un contrato cuya naturaleza jurídica no es asimilable a ninguno de los contratos comerciales tradicionales. Puesto que si bien es cierto que existen gran similitud con algunos de ellos, son en esencia totalmente diferentes.-

12.- Una característica muy importante del contrato de Concesión mercantil es que es pactado en atención a la persona por lo que es un contrato no cedible, y en consecuencia le está prohibido al concesionario variar la relación obligacional establecida en el mismo.-

RECOMENDACIONES

1. Que la Universidad de San Carlos de Guatemala, haciendo uso del derecho Constitucional de iniciativa de Ley, proceda a elaborar proyecto de Decreto en el que se incluyan las siguientes modificaciones al Código de Comercio:

ARTICULO 214: Agencias, Sucursales y Concesionarios. Las sociedades legalmente constituidas en el extranjero que deseen establecerse u oponer en cualquier forma en el país deseen tener una o varias sucursales, agencias o concesionarios, están sujetos a las disposiciones de es código y de las demás leyes de la República, y deberán tener permanentemente en el país cuando menos un mandatario, de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente.

Modificar el primer párrafo del artículo 215 del Código del Comercio, así:
ARTICULO 215. Requisitos para operar en el país. Para que una sociedad legalmente constituida con arreglo a leyes extranjeras, pueda establecerse en el país o tener en él sucursales, agencias, concesionarios, deberá:

Agregar el CAPITULO VI al TITULO II libro I. DEL CODIGO DE COMERCIO Así:

CAPITULO VI CONCEDENTES Y CONCESIONARIO

ARTICULO 331 A. CONCEDENTE. El concedente es el comerciante que se obliga frente a su contraparte, el concesionario, a reconocerle la facultad de vender en exclusiva su producto por él fabricados o comercializados. El concedente extranjero, para poder operar en el país, previamente tiene que cumplir con los requisitos exigidos para otros comerciantes extranjeros.

ARTICULO 331 B. CONCESIONARIO. El concesionario es el comerciante que adquiere la obligación de comercializar por la vía de la venta, en forma exclusiva, los productos fabricados o comercializados por el concedente.

El concesionario será solidariamente responsable por los daños y perjuicios ocasionados a los compradores guatemaltecos, por motivos relacionados con vicios ocultos o mala calidad de los productos, por ellos comercializados.

ARTICULO 331. C. DEBER DE INSCRIPCION. El concesionario tiene la obligación de inscribirse como tal en el Registro Mercantil, debiendo acompañar copia legalizada del contrato de concesión si éste se celebró en el país, pero si se celebró en el extranjero tendrá que cumplir con los pases de ley.

ARTICULO 331 D. OBLIGACIONES FISCALES. Las obligaciones que importen un pago dinerario de la entidad concesionaria a la entidad concedentes, se sujetarán a las leyes fiscales y tributaria vigentes al momento de su ejecución; teniéndose por no puestas las cláusulas que dentro del contrato de concesión tiendan a contradecir esta disposición.

ARTICULO 331 E. REGIMEN LABORAL. Durante la vigencia del contrato de concesión responderán solidariamente concedente y concesionario por las reclamaciones laborales de lo trabajadores que recurran a los juzgados de ésta área.

ARTICULO 331. F. RESOLUCION. Se prohíbe al concedente resolver el contrato de concesión unilateralmente antes del año de vigencia; y en todo caso con un viso anticipado de tres meses.

ARTICULO 331. G. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL CONCESIONARIO. Son obligaciones del concesionario, aparte de las que el propio contrato le estipule, las siguientes:

a) A no aceptar o desempeñar actividades que a juicio de la entidad concedente, puedan estar relacionadas con otra concesión de productos similares, que puedan originar competencia con los de la entidad concedente, bien sea actuando en nombre propio o ajeno.

b) A no comercializar en ninguna forma, bien fuere por sí o por medio de interpósita personal productos análogos juicio de la entidad concedente de los productos objeto del contrato, sin autorización previa y por escrito de su concedente.

c) A no comercializar el producto objeto del contrato de concesión, fuera de la zona geográfica que le fue asignada.

d) A servir fielmente y con diligencia a la entidad concedente, procurando una dirección acertada de la concesión y actuando de manera diligente, para comercializar el producto cuya concesión se le confía, organizando exposiciones, campañas publicitarias, demostraciones y cualquier medio adecuado para llevar a cabo dichos fines.

e) A mantener un stock de mercadería y repuestos, si fuere el caso, para garantizar en su zona el cumplimiento rápido de los pedidos formulados por su cliente.

f) A mantener en constante información la entidad concedente de su situación administrativa contable, financiera de la entidad, mediante reportes semanales de la actividad de la empresa así como a procurar la información detallada de todos aquellos acontecimientos internos o externas de relevancia directa o indirecta para la empresa.

g) A anunciar y promover en su zona concesional por los medios adecuados y siguiendo los términos y condiciones en el contrato, los productos objeto de la concesión.

h) A tomar parte en exposiciones, insertar anuncios en los periódicos o a través de cualquier otro medio de publicidad, pudiendo utilizar para ello en cualquier momento durante la vigencia de contrato, el nombre, diseño, clisés y logotipo del producto siempre y cuando el sistema de publicidad sea aprobado por el delegado de la entidad concedente.

i) A mantener en muestra permanente en la zona de la concesión los productos de la concesión, en locales ajustados a la características que para las salas de exhibición determina el contrato.

j) A mantener su sede comercial y salas de exhibición y de reparación en óptimo estado de presentación y eficiencia.

k) A disponer de un equipo de personal comercial, administrativo técnico suficientemente capacitado para el correcto desempeño de sus funciones, persona que previo a entrar en funciones habrá de ser aprobado por la entidad concedente.

l) A instruir ampliamente al cliente respecto de la características y funcionamiento de los productos que adquiere.

m) A prestar a los clientes todos los servicios de reparación, mantenimiento y atención que el producto demande, así mismo a hacer efectiva la garantía con que es comercializado dicho producto.

n) A proporcionar a la entidad concedente cualquier información que con relación al contrato lo solicite.

o) A realizar todas las diligencias conducentes a la averiguación y constatación de la solvencia responsabilidad de sus clientes, así como de cualquier otro dato que le solicite.

p) A colaborar en forma total con la entidad concedente o su delegado, a quien se le proporcionan todas las informaciones, documentos, libros de contabilidad y comercio, libros de actas, de Asambleas Generales de Accionistas y de Consejo de Administración, a fin de que el mismo pueda fiscalizar las operaciones diarias de la empresa.

q) A proporcionar al delegado de la entidad concedente oficina adecuada para el desempeño de sus funciones

r) A cumplir con todas las Leyes, reglamentos y regulaciones de Guatemala.

s) A no fusionarse con cualquier otra sociedad mercantil.

t) A no hipotecar, pignorar, arrendar o en cualquier otra forma, gravar cualesquiera de los activos por un monto total que exceda del cincuenta por ciento del capital líquido consolidado.

u) A no constituir a favor de terceros, garantías reales o personales, salvo que medie autorización previa y por escrito de la entidad concedente.

v) Cuando la entidad concedente sea un comerciante extranjero, la ley que rige al control es la que de común acuerdo las partes hayan estipulado en él.

w) A contratar y mantener en vigor durante todo el plazo de este contrato, un seguro por la cantidad y los riesgos que la entidad concedente le indique.

ARTICULO 352. *Inscripción de Sociedades Extranjeras.* La tramitación de las actuaciones de las sociedades extranjeras, legalmente constituidas en el extranjero, que deseen establecerse en el país o tener en él sucursales, agencias o concesiones, deben iniciarse en el Registro Mercantil de la capital.

modificar el artículo 369 del Código de Comercio el cual queda así:

ARTICULO 369. *Idioma Español y Moneda Nacional.* Los libros y registro deben operarse en español y las cuentas en moneda nacional.

Las sucursales, agencias y concesionarios de empresas cuya sede esté en el extranjero, pueden llevar un duplicado en el idioma y moneda que deseen, con una columna que incluya la conversión o moneda nacional, previo aviso al registrador mercantil.

- 1.- Difundir el contrato de concesión a todo nivel a fin de que se le conozca y aplique en nuestro medio Guatemalteco.
- 2.- Tratar de convertirlo en un contrato nominado y típico, através de una conveniente regulación legal

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS:

- 01.- BROSETA PONT. Manuel. *MANUAL DE DERECHO MERCANTIL*. Editorial TECNOS. Madrid. 3ra. Edición.
- 02.- CERVANTES AHUMADA. Raúl. *DERECHO MERCANTIL*. Editorial Herrero s.a. México 1,977.
- 03.- DE PALMA. Alfredo y Ricardo. *SISTEMAS DE DISTRIBUCION COMERCIAL*. Editorial Astrea SRL. Buenos Aires 1,992.
- 04.- DIAZ BRAVO. Arturo. *CONTRATOS MERCANTILES*. Colección TEXTOS JURIDICOS UNIVERSITARIOS. Editorial Harla. S. A.
- 05.- GARRIGUEZ. Joaquín. *CURSO DE DERECHO MERCANTIL*. Editorial Porrúa S. A. México 1,987.
- 06.- HALPERIN. Isaac. *CURSO DE DERECHO MERCANTIL*. Ediciones de Palma. Buenos Aires 1,978.
- 07.- LARA VELADO. Roberto. *INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO MERCANTIL*. Editorial Universitaria. El Salvador C. A. 1,978.
- 08.- ROCCO. Alfredo. *PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL*. Editorial Nacional S. A. México 1,987.
- 09.- RODRIGUEZ RODRIGUEZ. Joaquín. *DERECHO MERCANTIL*. Editorial Porrúa, S. A. 18ava. edición México D. F. 1,985.
- 10.- VASQUEZ MARTINEZ. Edmundo. *INSTRUCCIONES DE DERECHO MERCANTIL*. Serviprensa, S. A. Guatemala C. A. 1,985.
- 11.- VILLEGAS LARA. René Arturo. *DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO. Volumen III*. Editorial Universitaria. USAC. Guatemala. 1,985.

LEYES:

- 01.- Constitución Política de la República de Guatemala
- 02.- Código de Comercio Dto. 2-70 del Congreso de la República de Guatemala
- 03.- Código Civil Dto. Ley 106
- 04.- Código de Bustamante
- 05.- Código Procesal Civil y Mercantil. Dto Ley 107
- 06.- Ley del Organismo Judicial. Dto. 2-89 y sus reformas Dto. 112-97 del Congreso de la República de Guatemala.