

UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**LA NECESIDAD DE REGULAR LEGALMENTE LOS
CONTRATOS ATÍPICOS DE COMERCIALIZACIÓN
EN GUATEMALA.º**

TANIA JANINA RENDÓN ARANA

GUATEMALA, JUNIO DE 2005

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

**LA NECESIDAD DE REGULAR LEGALMENTE LOS CONTRATOS ATÍPICOS DE
COMERCIALIZACIÓN EN GUATEMALA.**

TESIS

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

Por

TANIA JANINA RENDÓN ARANA

Previo a conferírsele el grado académico de
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, junio de 2005.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana.
VOCAL I:	Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis.
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla.
VOCAL III:	Lic. José Francisco Peláez Cordón.
VOCAL IV:	Br. Jorge Emilio Morales Quezada.
VOCAL V:	Br. Manuel de Jesús Urrutia Osorio.
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortíz Orellana.

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).

INDICE

Introducción	i
1. El derecho mercantil.....	1
1.1. Reseña histórica del derecho mercantil.	1
1.1.1. Derecho mercantil en la antigüedad.....	1
1.1.2. Derecho mercantil de la edad media.....	1
1.1.3. Derecho mercantil en la época moderna.....	2
1.1.4. Derecho mercantil contemporáneo	2
1.2. Reseña histórica del derecho mercantil guatemalteco	3
1.3. Definición de derecho	4
1.4. Definición de derecho mercantil	5
1.4.1. Derecho mercantil subjetivo	7
1.4.2. Derecho mercantil objetivo	7
1.5. Definición de derecho mercantil guatemalteco.....	8
1.6 Actos realizados en masa	8
1.7. Derecho mercantil como derecho de las empresas	9
1.8. Características del derecho mercantil	10
1.9. Principios del derecho mercantil.....	11
2. Los contratos mercantiles.....	13
2.1. Fuentes de las obligaciones mercantiles.....	13
2.1.1. La costumbre.....	13
2.1.2. El contrato	15
2.1.2.1. Definición legal.....	16
2.1.2.2. Definición doctrinaria.....	17
2.1.3. La ley.....	17
2.1.4. La jurisprudencia	17
2.2. El acto de comercio	18
2.3. Principios de la contratación.....	21

2.4. Contrato mercantil	21
2.4.1. Definición.....	21
2.4.2. Forma de los contratos mercantiles	22
2.4.3. Clasificación	22
2.4.3.1. Clasificación, atendiendo a su función económica.....	24
3. Contratos de colaboración simple.	26
3.1 Generalidades.....	26
3.1.1. Definición	28
3.1.2. Clases de contratos de colaboración simple.....	28
3.2. Contrato de agencia.	28
3.2.1. Definición legal:	29
3.2.2. Definición doctrinaria	29
3.2.3. Naturaleza jurídica	30
3.2.4. Características	30
3.2.5. Elementos	32
3.2.5.1. Elementos esenciales	33
3.2.5.2. Elementos ocasionales	34
3.2.5.3. Elementos personales.....	35
3.2.5.4. Elementos reales	36
3.2.5.5. Elemento formal.....	36
3.2.6. Efectos del contrato.....	36
3.2.6.1. Obligaciones del agente:.....	37
3.2.6.2. Derechos del agente:.....	38
3.2.6.3. Obligaciones del principal	38
3.2.6.4. Derechos del principal.....	39
3.2.7. Terminación.....	39
3.2.7.1. Indemnización.....	41
3.3. Contratos de distribución.	43
3.3.1. Definición legal:.....	43
3.3.2. Definición doctrinaria:.....	43
3.3.3. Naturaleza jurídica	44

3.3.4. Características	45
3.3.5. Elementos	46
3.3.5.1. En sentido propio.....	47
3.3.5.2. Elementos personales.....	48
3.3.5.3. Elementos reales	48
3.3.5.4. Elemento formal.....	49
3.3.6. Efectos.	49
3.3.6.1. Derechos del distribuidor	49
3.3.6.2. Derecho del principal	49
3.3.6.3. Obligaciones del distribuidor	49
3.3.6.4. Obligaciones del principal	50
3.3.7. Terminación.....	50
3.3.7.1. Indemnización.....	52
3.3.8 Diferencias	53
3.4. Contrato de representación.....	54
3.4.1. Representación	54
3.4.1.1. Representación directa e indirecta.....	54
3.4.1.2. Representación legal o necesaria.....	55
3.4.1.3. Representación voluntaria	55
3.4.2. Definición legal.....	56
3.4.3. Definición doctrinaria	57
3.4.4. Características	57
3.4.5. Elementos	58
3.4.5.1. Elementos personales.....	59
3.4.5.2. Elementos reales	60
3.4.5.3. Elemento formal.....	60
3.4.6. Terminación	60
3.4.6.1. Indemnización.....	62
3.5. Contrato de comisión.....	63
3.5.1. Definición legal.....	63
3.5.2. Definición doctrinaria	63

3.5.3. Naturaleza jurídica	64
3.5.4. Características	65
3.5.5. Elementos.	65
3.5.5.1. Elementos personales.....	65
3.5.5.2. Elemento real	67
3.5.5.3. Elemento formal:.....	67
3.5.6. Efectos.	67
3.5.6.1. Obligaciones del comisionista.....	67
3.5.6.2. Obligaciones del comitente	69
3.5.7. Extinción.....	69
3.6. Contrato de corretaje.....	70
3.6.1. Definición legal	70
3.6.2. Definición doctrinaria.....	70
3.6.3. Naturaleza jurídica	71
3.6.4. Características	71
3.6.5. Elementos.	72
3.6.5.1. Elementos personales.....	72
3.6.5.2. Elementos reales	72
3.6.5.3. Elemento formal.....	72
3.6.6.1. Obligaciones del corredor	72
3.6.6 Efectos	72
3.6.6.1.Obligaciones del corredor	73
3.6.6.2. Prohibiciones del corredor	74
3.6.6.3. Obligación del interesado en el corretaje.....	74
3.6.6.4. Derecho del corredor	74
3.6.6.5. Derecho del interesado en el corretaje	75
3.6.7. Extinción.....	75
4. Los contratos atípicos de comercialización.....	76
4.1. Definición.....	76
4.1.1. Clasificación de los contratos atípicos.....	76

4.1.2. La causa en el negocio atípico	77
4.2. Contrato de franquicia comercial.....	78
4.2.1. Antecedentes	78
4.2.2. Definición.....	80
4.2.3. Naturaleza jurídica	82
4.2.4. Características	82
4.2.5. Elementos.	82
4.2.5.1. Elementos esenciales	82
4.2.5.2. Elementos personales.....	83
4.2.5.3. Elementos reales	83
4.2.5.4. Elemento formal	83
4.2.6. Efectos.	86
4.2.6.1. Obligaciones del franquiciante (otorgante).....	86
4.2.6.2. Derechos del franquiciante (otorgante	87
4.2.6.3. Obligaciones del franquiciado (tomador):.....	87
4.2.6.4. Derechos del franquiciado (tomador	88
4.2.7. Extinción.....	88
4.2.8. Diferencias	88
4.3. Contrato de concesión comercial.	89
4.3.1. Antecedentes	89
4.3.2. Definición.....	90
4.3.3. Naturaleza jurídica	91
4.3.4. Características	91
4.3.5. Elementos	91
4.3.5.1. Elementos personales.....	92
4.3.5.2. Elementos reales	92
4.3.5.3. Elemento formal.....	92
4.3.6. Efectos	94
4.3.6.1. Obligaciones del concedente	94
4.3.6.2. Derechos del concedente	95
4.3.6.3. Obligaciones del concesionario	95

4.3.6.4 Derechos del concesionario	96
4.3.7. Extinción.....	96
4.3.8. Diferencias	97
4.4. La necesidad de regular legalmente los contratos atípicos de comercialización.....	100
CONCLUSIÓN	102
RECOMENDACIÓN	104
BIBLIOGRAFÍA	105

INTRODUCCIÓN

Los modernos sistemas de distribución comercial forman parte de los hechos sociales que señalan el concepto y la función de cada uno de ellos. Los miembros de la sociedad, en ejercicio de su autonomía, utilizan estos sistemas como instrumentos para la solución de problemas, para alcanzar sus propósitos y sustentar sus necesidades.

Guatemala se encuentra inmersa en el desarrollo y evolución en el ámbito comercial, no se exceptúa de este campo en el mundo actual de los negocios. Es por ello, que son utilizados frecuentemente los contratos denominados de colaboración simple, contratos de comercialización, intermediación o de cooperación como también se les conoce.

Entre los contratos mercantiles utilizados actualmente para la realización de negocios mercantiles, se describen en la presente exposición, los contratos de agencia, distribución, representación, corretaje y comisión, los cuales se encuentran regulados en el Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Artículos del 280 al 331.

Sin embargo, la esencia y propósito real de este trabajo, es señalar que dentro de los contratos de colaboración simple o de comercialización, también se encuentran figuras contractuales que únicamente se conocen en la doctrina y que además, son diariamente utilizados por los comerciantes en su actividad mercantil; estos son los contratos atípicos de comercialización, que no se encuentran regulados en ningún cuerpo legal vigente en nuestra legislación.

Los contratos de franquicia y concesión comercial, influyen directamente en el proceso de desarrollo mercantil de negociación y de comercio en Guatemala, y en muchos países del mundo. Es de consideración fundamental tener en cuenta que los mismos no se encuentran reconocidos, tipificados o regulados por ninguna ley a

pesar de su uso frecuente, de su contribución a la economía, de las fuentes de empleo que generan en esta sociedad afectada grandemente por tanto desempleo y pobreza, además de ser un medio de desarrollo y diversificación a nivel nacional e internacional en el ámbito empresarial.

Nuestra realidad social se encuentra ligada estrechamente al mundo jurídico y éste, debe obedecer necesariamente al mundo de la realidad social y económica que se vive. De ello se deriva la conveniencia de que estos contratos atípicos de comercialización sean debidamente reconocidos, tipificados y regulados en un cuerpo legal con carácter imperativo, creado específicamente para el efecto, al mismo tiempo que permita equiparar los beneficios económicos para las partes que intervienen en los mismos. Así también, en el medio empresarial se puede aprovechar la inversión extranjera que constituye una buena alternativa para aumentar la rentabilidad del capital, tomando ejemplo de ello e implementarlo en empresas nacionales con visión futurista y hacia el exterior.

En la actualidad, existe una situación desigual entre los franquiciantes y concedentes y los franquiciados y concesionarios, ya que el hecho de ausencia de una ley que regule estos contratos, ha permitido abuso y aprovechamiento por parte de los primeros, así también, las empresas extranjeras obtienen con estos negocios grandes ganancias que generalmente se van hacia el extranjero, es decir que los beneficios son mayores para dichas empresas. Es esta situación la que se debe evitar regulando de manera específica el control de los contratos de franquicia y concesión comercial en nuestro país, estableciendo los derechos y obligaciones de ambas partes y, sobre todo de manera equitativa.

En el desarrollo de la presente tesis, se enumeran cuatro capítulos, los cuales tratan sobre el tema objeto de la misma. El capítulo número uno se refiere al derecho mercantil; el capítulo dos, a los contratos mercantiles; el capítulo tres a los contratos de colaboración simple; y, el capítulo número cuatro, se refiere

propiamente y en especial a los contratos atípicos de comercialización y la necesidad de regularlos legalmente en Guatemala.

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil.

1.1. Reseña histórica del derecho mercantil.

1.1.1. Derecho mercantil en la antigüedad:

En la antigüedad florecieron culturas como la de los egipcios, fenicios, los persas, los chinos; pero fueron los griegos quienes desarrollaron el comercio por la vía marítima, incluyendo figuras como el préstamo en la gruesa ventura, que consistía en que un sujeto hacía un préstamo a otro, condicionando el pago a que el navío partiera y regresara sin haberle ocurrido un siniestro; también se dio la echazón, que es el antecedente de la avería gruesa; la denominada ley rodia regía el comercio marítimo. En Roma no se dio un derecho mercantil, al respecto el Doctor Villegas Lara señala: “En Roma no existió la división tradicional del derecho privado. No se dio un derecho mercantil en forma autónoma. El jus civile era un universo para toda relación de orden privado.”⁽¹⁾

1.1.2. Derecho mercantil de la edad media:

Nace la burguesía en las villas y pueblos, la importancia de la burguesía no radica en los bienes territoriales, sino en la riqueza monetaria que produce el tráfico comercial, por el estímulo que la monarquía le da a los comerciantes en su función; de esa cuenta los comerciantes se organizaron en corporaciones, las que se regían por estatutos que contenían reglas de derecho que regulaban el comercio, además los derechos y obligaciones de los comerciantes. Esta etapa aporta entre otros la letra de cambio, las sociedades mercantiles, el contrato de seguro, así como el inicio del registro mercantil. Pero lo más importante es que el derecho mercantil toma toda su autonomía del derecho civil, a este respecto el Doctor Villegas Lara indica: “El derecho mercantil principiará a caminar por sus propios medios tratando de estructurar una doctrina plasmada en leyes capaces de regir un fenómeno tan

¹ Villegas Lara, René Arturo, **Derecho mercantil guatemalteco**, pág. 28.

cambiante como el tráfico mercantil. Todo lo que se haya hecho a partir de esa época por esta materia se debe, pues a las necesidades reales de la nueva clase comerciante.”⁽²⁾

1.1.3. Derecho mercantil en la época moderna:

En esta época son de gran trascendencia las prestaciones de expansión de los dominios que tenían España, Inglaterra, Francia, Holanda, Italia; que además buscaban nuevas rutas para nuevos mercados, es así como se da el descubrimiento de América. El derecho mercantil continúa conservando su carácter de ser un derecho para los comerciantes. En 1807 en Francia, Napoleón Bonaparte, promulga un Código para el Comercio, y el derecho mercantil deja de ser exclusivo para los comerciantes y se convierte en un derecho que rige las relaciones que se dan en el comercio no importando que los sujetos sean o no comerciantes; es así como se da la denominada etapa objetiva del derecho mercantil. En este aspecto el Dr. Villegas Lara indica: “La revolución industrial, los inventos importantes en la ciencia, exigieron esa objetivación que durante largo período inspiró a códigos en el mundo entero.”⁽³⁾

1.1.4. Derecho mercantil contemporáneo:

El derecho como totalidad refleja los intereses y los conflictos de las diferentes clases sociales; pero si en alguna rama no es difícil detectar ese reflejo es el derecho mercantil. Esta rama del derecho esta vinculada con el sistema capitalista en nuestros días, lo que debe significar en última instancia es hacer realidad la prevaencia del interés social sobre el particular de manera que el comercio realizado por los hombres y mujeres contribuya al progreso social. En este aspecto el derecho mercantil ha evolucionado de tal manera que actualmente estudia en forma muy profunda distintas instituciones y para dejar claro este punto citamos al Dr. Villegas Lara, quien se pronuncia de la siguiente manera: “En la actualidad el derecho mercantil estudia la actividad profesional del comerciante, los medios que

² **Ibid**, pág. 31.

³ **Ibid**.

facilitan la circulación de las mercancías, los bienes o cosas mercantiles, (empresa, títulos de crédito, mercancías) las reglas de comercio nacional e internacional, la propiedad industrial, los procedimientos para reclamar la solución de un conflicto de intereses; en fin su contenido amplio proveniente de actividades sujetas a constante cambio hacen que este derecho sea uno de los más nutridos en experiencias que muchas veces rebasan la previsión del legislador.”⁽⁴⁾

1.2. Reseña histórica del derecho mercantil guatemalteco:

Guatemala en la época de la colonia, regía su sistema jurídico por la legislación española; entre las leyes que regían y que contenían normas que reflejarían la actividad comercial, se encontraban la recopilación de leyes de indias, las leyes de castilla, las siete partidas y las ordenanzas de Bilbao.

En la época de la independencia política de Centro América, la legislación española sigue teniendo vigencia y es el Doctor Mariano Gálvez, a la sazón Presidente de la República, que trató de modificar las leyes, pero cometiendo el error de adoptar los llamados Códigos de Livingston que eran leyes para el Estado de Louisiana, Estados Unidos del norte de América; que comprendían normas distintas al comercio, pero como es de suponer, eran dedicadas a una cultura diferente a la nuestra, por lo que fue un fracaso.

En el gobierno conservador de Rafael Carrera, no evolucionan nuestras leyes en lo que a materia mercantil se refiere, adoptando la legislación española, utilizando las leyes del toro y la novísima recopilación. En el año de 1877, se promulgan nuevos Códigos en Guatemala, siendo estos, el Código Fiscal, Código Civil y Código de Comercio que contenía una ley especial de enjuiciamiento mercantil.

En el año de 1942, se promulga un nuevo Código de Comercio, Decreto número 2946 del Presidente de la República. El veintiocho de enero de 1970, se

⁴ **Ibid**, pág. 24.

promulga nuestro actual Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República; el Dr. Villegas Lara, señala al respecto: “El que pretende ser instrumento moderno, adaptado a las nuevas necesidades de tráfico comercial en Guatemala, tanto en el aspecto nacional como internacional”.⁽⁵⁾

1.3. Definición de derecho:

Por lo regular, al hablar de derecho toda persona tiene alguna noción de la palabra, ya que el derecho es inherente a la persona misma. También se dice, que el derecho tiene por objeto la resolución de conflictos que se producen en el seno de la sociedad.

Los siguientes autores, citados por el Lic. López Mayorga, definen el derecho de la siguiente manera:

Recasens Siches, define el derecho como: “Un conjunto de normas elaboradas por los hombres, bajo el estímulo de determinadas necesidades sentidas en su vida social, y con el propósito de satisfacer esas necesidades en su existencia colectiva, de acuerdo con unos específicos valores (justicia, dignidad de la persona humana, autonomía y libertad individuales, igualdad, bienestar social, seguridad, etc.)”.

Diez Picazo, al respecto del vocablo derecho dice: “El derecho es un orden de convivencia humana en el mundo, inspirado en unos criterios de justicia. Este orden, que presupone también la solución de los conflictos de intereses que dicha convivencia determina y la organización estable de unos medios para llegar a tales soluciones, se encuentra constituido por un sistema de principios de normas a los cuales se han de solucionar los conflictos que puede suscitar”.

Para Miguel Reale, el derecho debe enfocarse tridimensionalmente y desde esa óptica lo define así: “Es una realización ordenada y garantizada del bien común en una estructura tridimensional bilateral atributiva. O, en forma analítica, que el

⁵ *Ibid*, pág. 34.

derecho es la ordenación heterónoma, coercible y bilateral atributiva de las relaciones de convivencia según una integración normativa de hechos y valores”.

En ese mismo sentido el autor Miguel Villoro Toranzo, se refiere al derecho como: “Sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica”.⁽⁶⁾

Manuel Ossorio, señala: “En su sentido etimológico, derecho proviene de las voces latinas, *directum* y *dirigere*, (conducir, enderezar, gobernar, regir, llevar rectamente una cosa hacia un término o lugar señalado, guiar, encaminar)”.⁽⁷⁾

El Lic. Romeo Alvarado lo define: “Como un sistema coactivo de normas generadoras de autorizaciones y deberes que tiene por objeto ordenar de cierto modo la conducta de los hombres y mujeres dentro de las relaciones sociales que establecen, tendentes a la satisfacción de sus necesidades en una organización estatal determinada, con el fin de mantener dicha organización y lograr la realización de los intereses a ella inherentes”.⁽⁸⁾

1.4. Definición de derecho mercantil:

Cervantes Ahumada lo define así: “Es el conjunto coordinado de estructuras ideales pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado en general”. El autor aclara esta definición al decir: “integran el ordenamiento jurídico mercantil normas (leyes mercantiles), sujetos (comerciantes), cosas (empresas, títulos de crédito, mercancías)”.⁽⁹⁾

⁶ López Mayorga, Leonel Armando, **Introducción al estudio del derecho**, pág. 15.

⁷ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 226.

⁸ Alvarado Polanco, Romeo, **Introducción al estudio del derecho**, págs. 28/29.

⁹ Cervantes Ahumada, Raúl, **Derecho mercantil**, pág. 40.

Los siguientes autores citados por Manuel Ossorio en su diccionario, definen el derecho mercantil de la siguiente manera:

Según Waldemar Ferreira, “Es el sistema de normas reguladores de las relaciones entre los hombres constituyentes del comercio o que de él emergen, y abraza en su ámbito la ordenanza de aquélla actividad profesional, medianera en la circulación de los bienes entre productores y consumidores”.

Capitant, se inclina por la idea privatística y considera que “El derecho mercantil o comercial, es la rama del derecho privado que rige las relaciones entre particulares relativas al ejercicio del tal profesión o que resulta del cumplimiento de actos de comercio”.

El derecho comercial es llamado también y tal vez preferentemente, derecho mercantil; y Cabanellas dice de él que “Está formado por los principios doctrinales, legislación y usos que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los actos y contratos de cambio, r realizados con ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión. Comprende lo relativo a los comerciantes individuales, compañías o sociedades lucrativas, las actividades bancarias y bursátiles, la contratación peculiar de los negocios mercantiles, los títulos, valores y otros efectos del comercio, lo relacionado con el derecho marítimo y lo relativo a suspensión de pagos y quiebras”.

Ramírez Gronda lo define como “La parte del derecho privado que regula las relaciones de los particulares concernientes al ejercicio de la actividad comercial, o resultantes de la realización de estos actos de comercio”.

Blanco Constans lo definió como “El conjunto de principios, preceptos y reglas que determinan y regulan las relaciones jurídicas que el comercio engendra”.

Para Bonilla San Martín, se entiende por derecho mercantil “El conjunto de reglas jurídicas que rigen las relaciones de derecho originadas por actos de cambio,

fundamentales o auxiliares, celebradas con especulación, encaminados a tomar del productor los productos y a ponerlos a disposición del consumidor”.⁽¹⁰⁾

1.4.1. Derecho mercantil subjetivo:

Esta posición doctrinal que define al derecho mercantil, como el conjunto de normas que regulan la actividad profesional de los comerciantes; hace énfasis en el sujeto. El derecho mercantil en una lejana época, surge como un derecho esencialmente subjetivo, se aplicaba a las personas que se dedicaban al comercio, el comerciante era el principal sujeto del derecho mercantil.

La teoría clásica subjetiva lo consideró como el hombre que hacía del comercio su profesión habitual, pero esta posición doctrinaria es insuficiente ya que el comercio encierra muchas manifestaciones en las que no necesariamente se tiene que tener la calidad de comerciante. Se desvirtúa lo subjetivo del derecho mercantil, al aplicarse no sólo a los comerciantes sino también a aquellos que sin serlo realizaban una operación mercantil. Es así como en la actualidad no es un derecho exclusivo de los comerciantes.

El concepto comercio se refiere no solo a la actividad profesional del comerciante sino también a los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, lo que se refleja en el Código de Comercio en su Artículo 1; siendo en las dos últimas donde participan comerciantes y no comerciantes. Se reafirma lo anterior con lo que señala el Artículo 5 del Código de Comercio: “Negocio mixto, cuando en un negocio jurídico regido por este Código intervengan comerciantes y no comerciantes se aplicarán las disposiciones del mismo”.

1.4.2. Derecho mercantil objetivo:

Esta posición lo define como el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen los actos objetivos del comercio. Fue un aporte del Código de Napoleón y fue desarrollado por la doctrina francesa del siglo XIX. El

¹⁰ **Ob. Cit;** pág. 231/ 232.

sistema objetivo no considera al sujeto sino al objeto en las operaciones de comercio, esto es el acto mismo de comercio, por lo que en este sistema, el derecho atiende principalmente al acto cuya naturaleza determina su aplicación independientemente de si es o no comerciante quien lo ejecuta. Es así como la legislación comercial deja de ser una legislación de clase en la que el elemento persona lo era todo, para convertirse en una legislación aplicable a todas las manifestaciones de la actividad comercial, derivadas o no del comerciante, por ejemplo, la ley determina las reglas aplicables a los efectos de comercio, es así como poco importa que el cheque sea firmado por un no comerciante, ya que quien lo emite realiza un acto de comercio. Se puede anotar entonces que son actos que se realizan con cosas que nacieron para servir al comercio, esa función justifica su existencia.

1.5. Definición de derecho mercantil guatemalteco:

El Dr. Villegas Lara dice lo siguiente: “Es el conjunto de normas jurídicas, codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil”.⁽¹¹⁾

1.6. Actos realizados en masa:

El derecho mercantil consiste en que los actos no pueden calificarse de mercantiles por su propia esencia, sino por la forma en que se realizan, esta forma es la repetición, que hace desaparecer la particularidad de cada acto, es decir que los actos se dan en cantidades. El acto realizado en masa llevado a cabo constantemente por ser la actividad cotidiana del sujeto que lo hace; es la actividad del comerciante que vende mercancía diariamente. La repetición del acto mercantil tiene consecuencias en el acto mismo, estas se producen internamente en el sujeto que lo ejecuta y externamente en el acto ejecutado. El comerciante adquiere destreza en su ejecución; las formas del acto se simplifican casi a meros esquemas pero garantizando al público el estricto cumplimiento de las formalidades que persisten. En los contratos de adhesión, por ejemplo, se hace sentir la masificación

¹¹ **Ob. Cit;** pág. 42.

de los actos, no sólo en la parte que los realiza sino también en la otra parte; en consecuencia si los efectos son comunes a ambas partes, el acto debe considerarse mercantil para las mismas. Cuando más amplia es la realización en masa de negocios jurídicos por el comerciante, es necesaria una adecuada organización por parte del mismo.

1.7. Derecho mercantil como derecho de las empresas:

El Dr. Villegas Lara lo define como: “El conjunto de principios y normas que rigen las empresas dedicadas al comercio”.⁽¹²⁾ Esta doctrina no hace más que prolongar el camino abierto por la masificación de los actos que exige una organización adecuada, siendo esta la empresa.

Son las empresas las que realizan el comercio moderno y que se originó de la actividad en masa y el profesionalismo, que unidos presuponen una organización que se denomina empresa.

El derecho mercantil sin dejar de regular los actos realizados en masa será en definitiva el derecho que regula las empresas; de esa manera vuelve a ser subjetivista por cuanto trata de las empresas, pero al mismo tiempo destaca la organización sobre el acto individual y aislado, representa una superación del subjetivismo que dominaba el sistema del derecho mercantil objetivo. Ya no será necesario investigar si el acto en cuestión tiene o no finalidad mediadora, si pertenece a actos idénticos bastará saber que es parte de una empresa.

En conclusión, derecho mercantil no es ya el derecho de la actividad intermediaria sino que el de la empresa, ya que al organizarse la misma en forma comercial, determina su pertenencia al mismo.

¹² **Ibid**, pág. 40.

1.8. Características del derecho mercantil:

El derecho mercantil es un área del derecho que tiende a ser muy dinámica, el comercio esta en constante cambio; actualmente los cambios que se están suscitando en el ambiente competitivo local, regional (apertura comercial, globalización, tratados de libre comercio). Lo anterior exige que el comercio en las formas de negociar sea rápido y se desenvuelva a nivel nacional e internacional, lo cual, viene a determinar las características del derecho mercantil:

- **Es poco formalista:** Los negocios mercantiles se concretan con pocas formalidades, pero más que todo, el poco formalismo se traduce en que las partes pueden elegir la forma que deseen; en tanto que la forma (salvo excepciones tratadas adelante) en derecho mercantil no es un requisito ad solemnitaten, sino ad probationem, esto quiere decir, que la formalidad exigida por la ley en la constitución y otorgamiento de un acto jurídico tiene como finalidad la prueba del acto jurídico, la ausencia de la formalidad requerida no invalida el acto, ya que se puede subsanar posteriormente, o sea que la forma no es esencial para la existencia del acto jurídico, su finalidad principal es prueba del acto jurídico. En este orden de ideas, el Artículo 671 del Código de Comercio indica: "(Formalidades de los contratos).- Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en idioma español. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales". Como el contrato de sociedad mercantil, (Art. 16 del Código de Comercio): "(Solemnidad de la Sociedad).- La constitución de la sociedad y todas sus modificaciones...se harán constar en escritura pública".

- **Inspira rapidez:** El tráfico comercial exige una amplísima liberación de las dificultades jurídicas para la realización de los negocios, y en lugar de formas complicadas, requiere de recursos jurídicos rápidos para la pronta realización de las exigencias del comercio, y al ser poco formalista, el derecho mercantil contribuye a

la rapidez dentro del tráfico comercial; el comerciante debe negociar en el menor tiempo posible, porque de no hacerlo así, la competencia podría hacerle perder el negocio.

- **Adaptabilidad:** El derecho mercantil es un derecho elástico y flexible y las normas jurídicas que surgen para cada nueva necesidad del tráfico, se requiere que frente a aspectos cambiantes no obstaculicen, sino al contrario faciliten los negocios mercantiles, adaptándose a las nuevas circunstancias.

- **El derecho mercantil tiende a ser internacional:** Actualmente la dinámica del comercio, los cambios competitivos citados anteriormente, hacen que el derecho mercantil, el comercio y las instituciones jurídicas mercantiles tiendan a ser uniformes, permitiendo el intercambio a nivel internacional. Esto es que el tráfico mercantil no está limitado ni vinculado a fronteras políticas de los Estados, sino al contrario, se tiende a vender los productos nacionales en el extranjero y así mismo, a la compra de productos extranjeros.

Posibilita la seguridad del tráfico mercantil: Esta seguridad es en la forma de contratar que regula la legislación mercantil, la que a pesar de ser incipiente en el tráfico comercial se garantiza en la observancia estricta de que la negociación mercantil está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, por lo que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes han querido al obligarse.

1.9. Principios del derecho mercantil:

El Dr. Villegas Lara señala: “Los principios que inspiran al derecho mercantil son:

- **La buena fe:** Según este principio en el derecho mercantil, las personas individuales o jurídicas, realizan sus actividades mercantiles de buena fe, en sus intenciones y deseos de negociar, esto porque es un requisito esencial de los contratos mercantiles que permite interpretar los actos de comercio con arreglo a este principio, toda vez que en oportunidad será preferible atender a la intención de las partes contratantes que se relacionan mercantilmente a la sombra de la confianza que mutuamente se inspiran, que a la ley que por demasiado severa y

poco práctica no cumple en determinadas ocasiones las exigencias jurídicas que está llamada a desempeñar.

- **La verdad sabida:** Siendo el comercio una manifestación de la actividad humana, claro es que la verdad sabida unida con la buena fe de las partes que se relacionan para negociar con los productos o la prestación de servicios que la industria del hombre proporcionan ha de observarse rigurosamente, ya que sería muy difícil el progreso comercial si los comerciantes no conocieran sus derechos y obligaciones en los negocios mercantiles que realizan.

- **Toda prestación se presume onerosa:** Se refiere este principio a que los comerciantes en todo bien o servicio que negociaren no será en forma gratuita.

- **Intención de lucro:** Se refiere este principio a que los comerciantes en su actividad profesional buscarán obtener una ganancia o utilidad.

- **Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación:** Según este principio, los comerciantes en su actividad y por ser el derecho mercantil poco formalista deben a través de la buena fe y verdad sabida, posibilitar el tráfico mercantil en forma segura".⁽¹³⁾

¹³ **Ibid**, pág. 44.

CAPÍTULO II

2. Los contratos mercantiles.

2.1. Fuentes de las obligaciones mercantiles.

2.1.1. La costumbre:

Fuente formal del derecho que se establece por una comunidad determinada, sobre una materia no regulada o no prevista por la ley, siendo practicada en forma reiterada y espontánea por los miembros de esa sociedad. En la costumbre se dan dos elementos:

- La convicción jurídica, (opinio juris), es decir, el convencimiento de la necesidad de la norma y su obligatoriedad.
- El uso externo que debe de ser uniforme, general y duradero; los actos deben ser semejantes, observados, y repetidos por cierto tiempo por determinadas personas.

Entre las clases de costumbre se encuentran: la delegante (praeter legem), esta no ha sido incorporada a la ley ni es impugnada por la misma, tiene por función llenar las lagunas de la ley; la derogatoria (contra legem), que establece conductas opuestas a lo ordenado por la ley; y la delegada (secundum legem); esta última se da en los casos en que la ley remite a la costumbre para la solución de determinadas controversias, la costumbre está subordinada al derecho escrito.

En Guatemala, la Ley del Organismo Judicial, en su Artículo 2, señala: "Fuentes del derecho. La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará. La costumbre regirá sólo en defecto de la ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada." Además, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la costumbre constituye fuente de derecho cuando la ley remite a ella, por ejemplo en el caso del Código Civil, en el Art. 1599.

En el derecho mercantil, se le denomina **usos mercantiles**, se observan por razones de conveniencia y pueden tener valor como elemento interpretativo de la voluntad de las partes. En realidad la práctica o modo de obrar no contraria a la ley, que rige entre los comerciantes, en los actos y contratos propios del tráfico mercantil, y el carácter internacional del comercio han contribuido poderosamente a la adopción de diferentes usos mercantiles; clasificándolos en función de diversos criterios: a) ámbito de vigencia geográfico en: internacionales, nacionales y locales; b) según su contenido: en generales y especiales; c) por su valor y su alcance: normativos (generan derecho) e interpretativos; d) en cuanto a su posición frente a la ley: integrativos y derogatorios.

El uso interpretativo se utiliza en el derecho mercantil, para clarificar o interpretar las palabras obscuras, confusas o poco exactas que suelen emplear los comerciantes y para dar al acto o contrato el efecto que debe tener según la intención de las partes. Ejemplo de uso interpretativo y que contienen además las modalidades de uso local y general, se encuentran en los Artículos 288 y 328 del Código de Comercio: “Salvo pacto expreso en el contrato en cuanto a remuneración del agente, éste tendrá derecho a una comisión sobre la cuantía del negocio que se realice por su intervención, de acuerdo con los usos y prácticas del lugar...” “Todo comisionista tiene derecho a ser remunerado por su comitente. A falta de estipulación previa, el monto de la remuneración se regulará por el uso de la plaza donde se realice la comisión”, respectivamente.” Los actos jurídicos y los contratos mercantiles nacen de costumbres negociables, que con más o menos remoto origen se tipifican en la edad media.

“La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad de la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deben regularse por ella”.

(14)

¹⁴ Arrubla Paucar, Jaime Alberto, **Contratos mercantiles**, págs. 35/ 36.

La costumbre cumple una función normativa y se aplica como regla de derecho a falta de una norma mercantil expresa. Como el derecho mercantil, es un derecho consuetudinario por esencia, la costumbre entra a jugar un papel importantísimo, gozando del mismo nivel de la ley, siempre que no la contraríe expresa o tácitamente.

“El uso y la costumbre crean nuevas formas de contratación, permitidas por la ley siempre y cuando sean ellas acordes a la licitud, la moral y las buenas costumbres”.⁽¹⁵⁾ La costumbre es una especial fuente del derecho comercial. Aunque la costumbre no configura como una fuente autónoma del derecho mercantil, pues sólo sería válido reconocerle tal carácter si algún precepto legal así lo proclamara, no puede ni debe interpretarse como una exclusión de dicha fuente general, ya que tampoco se llegó a prohibir que se recurriera a la misma en casos de lagunas de la legislación mercantil. Se hace referencia a la costumbre como fuente específica de ciertas obligaciones, demostrando de esta manera que no debe atribuírsele la calidad de fuente genérica.

En conclusión se puede considerar a la costumbre como “fuente mediata de obligaciones mercantiles, pero sólo en la medida en que así se le reconozca por la ley que sí constituye una fuente directa o inmediata de numerosas obligaciones mercantiles”.

2.1.2. El contrato.

2.1.2.1. Definición legal:

El Código Civil, Decreto Ley 106, en su Artículo 1517 preceptúa: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

¹⁵ Etcheverry, Raúl Aníbal, **Derecho comercial y económico**, pág. 114.

2.1.2.2. Definición doctrinaria:

El autor Espín Cánovas señala: “Declaración o declaraciones de voluntad privada encaminadas a conseguir un fin práctico a las que el ordenamiento bien por sí solos o en unión de otros requisitos, reconoce como base para producir determinadas consecuencias jurídicas”.⁽¹⁶⁾

Según el Artículo mencionado y la definición citada, el contrato nace de la voluntad de las personas que interesadas en un fin que producirá consecuencias jurídicas, acuerdan en crearlo, modificarlo o extinguirlo El contrato es la fuente por excelencia de las obligaciones mercantiles. El contrato es una especie del género convenio, y el primero de tales vocablos solo debe emplearse para aquellos acuerdos de voluntades por virtud de los cuales se producen o transfieren obligaciones o derechos; cuando se modifiquen o extingan obligaciones, será menester el empleo de la palabra convenio.

Dentro del mundo contractual existen, en la moderna vida mercantil, acuerdos de voluntades que, por una u otra razón, ofrecen algunas dificultades para encuadrarlos como contratos, en ocasiones por una injustificable resistencia de los otorgantes a emplear el término contrato; en otras, por razón de que una de las partes, o ambas, no disponen de libertad (generalmente por efecto de taxativas legales) para convenir los términos del contrato y, en algunos casos, ni siquiera para decidir libremente si lo celebran o no. Ejemplo del primer supuesto son las llamadas cartas de compromiso o los pactos entre caballeros. Sin embargo, en la mayoría de los casos, configuran verdaderos contratos o, con mayor propiedad, promesas de contratos, pues involucran compromisos de asumir en lo futuro obligaciones y derechos, frecuentemente sujetos a condiciones suspensivas de la más diversa índole. En cuanto a los segundos, esto es, aquellos contratos que constituyen el único medio de obtención de indispensables satisfactores.

¹⁶ Espín Cánovas, Diego, **Manual de derecho civil español**, pág. 415.

2.1.3. La ley:

La ley es considerada fuente específica de obligaciones.

Es frecuente omitir la ley como fuente de obligaciones de derecho privado. Negarle tal atributo; sin embargo, es un error, ya que existen casos en los que la ley es utilizada como fuente específica de ciertas obligaciones y otros en los que la ley constituye la única fuente de obligaciones, en muchas ocasiones, de acciones judiciales para obtener la modificación de obligaciones contractuales asumidas en forma diversa, e incluso de obligaciones literalmente estipuladas precisamente en forma contraria y en no pocos casos, para beneficiarse con la nulidad.

Finalmente, también hay que decir que la ley se ha venido convirtiendo en fuente de la obligación de contratar, en los casos en que exige la celebración de ciertos contratos como medio para obtener determinadas consecuencias.

2.1.4. La jurisprudencia:

No se concibe una ley sin ser interpretada, es decir, explicada en cuanto su sentido o significación. La jurisprudencia es producto del proceso jurisprudencial. Es un criterio judicial emitido por el tribunal de casación, que si cumple con los requisitos legales, adquiere carácter de ley obligatoria, siendo el único caso en nuestra legislación en donde los magistrados del tribunal de casación crean-formulan normas jurídicas.

Con respecto a la finalidad de la jurisprudencia, se considera que la jurisprudencia tiene como finalidad la interpretación del sistema jurídico y, propiamente, de las leyes y demás disposiciones expedidas. Esta interpretación tiende al perfeccionamiento de dicho sistema, a su actualización y a su evolución.

Dentro del ordenamiento jurídico nacional, se acepta la jurisprudencia o doctrina legal, como fuente formal de derecho en materia procesal civil y mercantil, por la emisión de cinco fallos uniformes del tribunal de casación que enuncie el mismo criterio, en casos similares y no interrumpidos por otro en contrario. El producto de este proceso es la jurisprudencia llamada también doctrina legal.

Código Procesal Civil y Mercantil.

Artículo 621. (Casación de fondo).-...Se entiende por doctrina legal la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en casos similares, no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos.

Artículo 627. (Cita de leyes y doctrinas legales).-...Si se alegare infracción de doctrina legal, deben citarse, por lo menos, cinco fallos uniformes de Tribunal de Casación que enuncien un mismo criterio, en casos similares, y no interrumpidos por otros en contrario.

El tribunal no tendrá en cuenta otras leyes y doctrinas legales que las citadas al interponerse el recurso o antes de señalar día para la vista del asunto.”

2.2. El acto de comercio:

Un estudio histórico del acto de comercio hace suponer que en el orden del tiempo, el punto de vista objetivo ha sucedido al punto de vista subjetivo. El derecho mercantil ha sido siempre el derecho propio de una clase de actos; los actos de comercio, y es ahí donde se hace difícil dar una definición de acto de comercio que comprenda todos los que el sistema legislativo enumera; la razón es que hay una gran cantidad que el derecho mercantil califica como actos de comercio; lo mejor es clasificarlos en grupos, en función de los elementos del negocio jurídico:

- Por el sujeto o sujetos que intervienen en su celebración: comerciantes, empresarios.
- Por su objeto, es decir que el bien sobre el que recae el acto o negocio sea una cosa mercantil.
- Porque su finalidad sea comercial: que exista lucro, organización y explotación de una empresa, comprendiéndose aquí lo relacionado con el tráfico e intermediación comercial y lo relativo a la industria.

- Actos de comercio por su forma o por el tipo social que adoptan, por su forma específica de negocio propio y característico del derecho mercantil, son actos de comercio los tendientes a constituir una sociedad mercantil.

Al lado de estos actos de comercio principales, debe considerarse otra categoría, la de los actos de comercio por conexión o por accesión a actos principales; entre los primeros se encuentran los relacionados con la actividad del comerciante o de su negociación o empresa, por ejemplo el contrato de reaseguro; entre los segundos se encuentran las operaciones de comisión mercantil; las de mediación en negocios mercantiles, agencia, corretaje.

Esta clasificación de actos de comercio en principales y accesorios o conexos es o no justificada según el punto de vista que se adopte para la consideración del acto en cuestión. Así un contrato de comisión será acto accesorio para el comitente que desea negociar a través de la comisión; pero será acto principal para el comisionista dedicado a este género de comercio.

A partir de la producción industrial primaria, mediante la cual se transforma la materia prima, aparecen una serie de funciones complementarias que son las que han determinado la diversidad contractual mercantil, que permite atender a la negociación masiva de productos y servicios comerciales industriales con destino al mercado. Son cuatro las principales: intermediación, cooperación, sustitución y especialidad.

La típica intermediación aparece con la actividad comercial, pero también puede vérsela en ciertas operaciones complejas de transformación industrial. El desenvolvimiento mercantil no se reduce a la intermediación, sino que aparece también en otras funciones, tan importantes como esa, o en ocasiones se combinan, en mayor o menor proporción, unas y otras.

Mediante la cooperación, los sujetos del derecho comercial pueden concluir operaciones que de otro modo no podrían llevarlas a cabo solos o podrían realizarlas con gran dispendio de esfuerzos o con mengua de su propia actividad específica o central. Ejemplos de cooperación en materia comercial, son los contratos de distribución, de agencia, concesión, franquicia y fianza, así como la actividad bancaria y los diversos negocios jurídicos que surgen de ella.

El comerciante individual, y aun la sociedad comercial, en incontables ocasiones, necesita sustituir total o parcialmente su actuación personal. Para ello utilizan métodos de sustitución, función que es esencial dentro de la teoría general de la representación, cuyos principios básicos han sido receptados y aprovechados al traducirse a negocios jurídicos comerciales. El mandato, la comisión, la actividad de los factores (gerentes) y una diversa gama de negocios se realizan mediante sustitución de sujetos, evitando por diversas razones (comodidad, distancia, imposibilidad física, mejor aprovechamiento del tiempo), su participación personal. La especialidad determina que ciertos negocios jurídicos, en forma total o parcial, deban ser transferidos o necesiten contar con la actuación de otros empresarios o de otras sociedades que pueden o saben hacerlo mejor. Ejemplos de especialidad hallamos en los contratos bancarios y en la actividad bursátil.

Por otra parte, la doctrina clásica del acto jurídico sostiene que “ciertos negocios, para formarse, requieren la concurrencia de voluntades entre dos o más partes, mientras otros requieren únicamente la expresión de una sola”.⁽¹⁷⁾ Los primeros se conocen, como negocios jurídicos bilaterales y su ejemplo típico es la convención; los segundos se conocen como actos unilaterales y el ejemplo es el testamento.

Teorías más modernas sobre el acto jurídico, lo clasifican desde el punto de vista de su formación en actos unilaterales y plurilaterales, para dar cabida con esta nueva estructura a los negocios jurídicos complejos o de colaboración. “Así

¹⁷ Domínguez Águila, Ramón, **Teoría general del negocio jurídico**, pág. 19.

distingue la doctrina entre el contrato y el acto complejo, señalando que en el primero, los intereses de las partes son distintos y opuestos, mientras que en los actos complejos se concilian esos intereses, porque las partes persiguen iguales intereses y juntos colaboran en su realización”.⁽¹⁸⁾

2.3. Principios de la contratación:

Los principios de la contratación, se encuentran regulados en el Artículo 669 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República, de la siguiente manera: “(Principios filosóficos).- Las obligaciones y los contratos mercantiles, se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales”.

2.4. Contrato mercantil.

2.4.1. Definición:

Nuestro Código de Comercio no contiene una definición de lo que es el contrato mercantil, por lo que se cita la siguiente definición de José María Codera Martín: “Contrato cuyo objeto es el tráfico comercial de la empresa, su principal característica es el estar concebido para la realización de operaciones en serie. Conteniendo cláusulas generales preestablecidas por lo que puede considerarse un contrato de adhesión, siendo el lucro su principal móvil”.⁽¹⁹⁾ Según el autor citado y las definiciones anteriores de contrato, contrato mercantil es el acuerdo de voluntades por el que las personas interesadas en un fin eminentemente de carácter mercantil donde el lucro es su principal móvil convienen en crearlo, modificarlo o extinguirlo. En otras palabras, se refieren a que es un vínculo jurídico por el que dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir obligaciones de carácter mercantil.

¹⁸ Rocco, Alfredo, **Principios de derecho mercantil**, pág. 318.

¹⁹ Codera Martín, José María, **Diccionario de derecho mercantil**, pág. 97.

2.4.2. Forma de los contratos mercantiles:

El maestro Oscar Vásquez del Mercado señala: “En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados”.⁽²⁰⁾ Se refiere el autor citado a que por ser el derecho mercantil poco formalista, los contratos de comercio no están sujetos a formalidades especiales para su validez, cualquiera que sea la forma utilizada y el idioma en que se celebra las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos en que acordaron obligarse. Nuestro Código de Comercio lo regula en forma similar en su Artículo 671, además, este Artículo también señala que se exceptúan de la disposición de no estar sujetos a formalidades especiales, los contratos que de acuerdo con la ley requieran formas o solemnidades especiales, por ejemplo: la sociedad y el fideicomiso; el citado Artículo preceptúa que los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en idioma español.

2.4.3. Clasificación:

El Dr. Villegas Lara en su obra, por sus características, los clasifica así:

“Existen varias clasificaciones atendiendo a diversos criterios, a continuación se dan las siguientes:

a) Unilaterales; si la obligación recae solamente sobre una de las partes, por ejemplo el mandato.

Bilaterales; si ambas partes se obligan recíprocamente, por ejemplo la compra venta.

b) Consensuales. Son los contratos que se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes.

c) Reales. Si para su perfección se requiere de la entrega de la cosa objeto del negocio.

d) Formales. Cuando es necesaria una forma o solemnidad específica impuesta por la ley, por ejemplo: los contratos de sociedad y fideicomiso.

²⁰ Vásquez del Mercado, Oscar, **Contratos mercantiles**, pág. 153.

No formales. Cuando el vínculo no deja de surgir por la ausencia de alguna formalidad. Esto es regla del derecho mercantil (Art. 671 de Código de Comercio).

e) Principales. Son los contratos que subsisten por sí solos.

Accesorios. Son los contratos que tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación.

f) Onerosos. Son aquellos contratos en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

Gratuitos. Se fundan en la liberalidad, se da algo a cambio de nada. En el derecho mercantil no hay gratuitos, porque es característica de este derecho.

g) Conmutativos. Son los contratos en que las partes, desde el momento de su celebración saben cual es el alcance y su obligación, aprecian el beneficio o la pérdida que causa el negocio. Aleatorios. Son los contratos que dependen de la realización de un acontecimiento futuro que determina la pérdida o ganancia para las partes, por ejemplo, el seguro.

h) Condicionales. Son los contratos cuya realización depende del cumplimiento de una condición.

Absolutos. Son los contratos en los cuales su realización es independiente de toda condición.

i) Típico o nominado. Son los contratos que están regulados por la ley, la misma les da los elementos esenciales. Estos contratos tienen características especiales, estructura diferenciada por la ley, poseen un objeto particular, efectos muy concretos requeridos por las partes y una especial disciplina, están descritos y regulados por la norma civil o mercantil, o bien, por una ley especial; ejemplos: el contrato de agencia en el Código de Comercio y el contrato de cesión de cartera (Artículo 45, ley de seguros).

j) Atípico o innominado. –Sin tipicidad- cuando no obstante ser contrato, porque crea, modifica o extingue obligaciones, no lo contempla la ley específicamente. En este caso, son los interesados quienes le dan la forma que juzguen conveniente, según lo que regula el Código Civil en su Artículo 1256. Estos contratos no están individualizados ni regulados en la ley civil o mercantil, pero se

practican en forma reiterada por parte del conglomerado social; las partes ejercen su autonomía de voluntad que les permite el ordenamiento jurídico a los particulares para regular sus propios intereses, siempre que respeten los límites establecidos en las normas legales y en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres. Así los contratos gozan de eficacia precisamente por el reconocimiento a la libertad del individuo que se traduce en el principio de autonomía de la voluntad. Artículo 1254 del Código Civil norma: "Toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquéllas a quienes la ley declare especialmente incapaces". Ejemplo de esta clase de contratos, lo es el de franchising, la contratación atípica se fundamenta en la necesidad de adaptar los instrumentos jurídicos a las necesidades que impone la vida moderna, los cambios y el desarrollo de la economía, es así como el derecho mercantil se debe de adaptar al cambio que surge en esas prácticas y costumbres que establecen los hombres en sus necesidades.

k) De tracto único. Son aquéllos contratos que se cumplen en un sólo momento.

De tracto sucesivo. Consisten en que los efectos del contrato ocurren en forma sucesiva, en momentos o etapas por la forma en que se cumplen las prestaciones que se deben las partes".⁽²¹⁾

2.4.3.1. Clasificación, atendiendo a su función económica:

El Dr. Edmundo Vásquez Martínez en su obra "Instituciones de derecho mercantil", los clasifica así:

a) Contratos de cambio o transferencia: Son los que procuran la circulación de la riqueza, ya sea dando un bien a cambio de un hacer o servicio, (transporte, hospedaje).

b) Contratos de colaboración, tanto asociativa (contrato de sociedad), como simple, en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra (agencia, corretaje, comisión, edición, difusión y representación escénica, participación).

²¹ **Ob. Cit;** págs. 37/ 39.

c) Contratos de conservación o custodia. (depósito irregular, depósito en almacenes generales y fideicomiso).

d) Contratos de crédito. En los que al menos una parte concede crédito a la otra (apertura de crédito, descuento, cuenta corriente, reporto, carta orden de crédito, tarjeta de crédito, crédito documentario).

e) Contratos de prevención de riesgo. En los que una parte cubre a la otra, las consecuencias económicas de un determinado riesgo (seguro y reaseguro).

f) Contratos de garantía, que aseguran el cumplimiento de las obligaciones (fianza y reafianzamiento).⁽²²⁾

²² Vásquez Martínez, Edmundo, **Instituciones de derecho mercantil**, págs. 545/ 546.

CAPITULO III

4. Contratos de colaboración simple.

4.1. Generalidades.

Como consecuencia de la expansión de la actividad mercantil, que generó para el comerciante productor, la necesidad de desvincularse en forma directa de los consumidores y propiciar la introducción de sus productos o prestación de servicios en el mercado a través de la figura de un intermediario encargado de la fase de comercialización, nace por esta función económica, la función de colocar en el mercado la producción de un principal cuando no puede o no quiere hacerlo por sí mismo. De manera que se observa la existencia de dos partes independientes jurídicamente entre sí que cooperan en forma permanente en el desarrollo comercial de bienes o prestación de servicios de una de ellas a otros comerciantes o a los consumidores finales; cumpliendo la actividad comercial de intermediación a través de actos jurídicos y contratos.

En el campo comercial, la colaboración aparece en múltiples formas y presenta, sin duda, una importante gama de efectos jurídicos. Si bien los socios asumen, entre otras, una función de colaboración y también la posee el factor de comercio, la colaboración que más se destaca, es la que se opone a la subordinación en la contratación entre empresas. Tomo en cuenta el vocablo empresa en su acepción económica: “producción o intercambio de bienes y servicios con destino mediato o inmediato en el mercado”.

Las empresas negocian en el mercado, pero también negocian entre sí, y es ahí donde aparece la función económica de colaboración, que muestra también perfiles jurídicos, aunque en algunos casos específicos, no exista actualmente un orden normativo que los regule (franquicia y concesión comercial).

Desde el punto de vista de la función económica, el autor Etcheverry cita a Messineo: “En los contratos de colaboración o cooperación una parte despliega su

actividad en concurrencia con la actividad ajena, si bien independientemente”.⁽²³⁾ Uría, citado también por Etcheverry, dice: “La colaboración se da cuando una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra”.⁽²⁴⁾

Algunos caracteres que pueden obtenerse del examen de las relaciones de colaboración son los siguientes:

- Nacen de una necesidad económica de complementación y descentralización.
- La relación entre las empresas no es de subordinación o mando, sino que se presenta jurídicamente igualitaria (en esto es similar a la sociedad).
- Puede darse la colaboración mediante alguna forma asociativa, con personalidad o sin ella. Pero también puede establecerse a modo de contrato de cambio (simple o complejo).

La colaboración implica un modo de organización empresaria y admite diversas variantes: a) contrato de sociedad de sociedades; b) colaboración personal subordinada; c) por auxiliares autónomos; d) asociativa no personalizante; e) de tipo contractual entre una empresa cuyo objeto principal viene a ser un aspecto o una parte de los negocios de otra empresa, generalmente más importante o económicamente terminal.

Los contratos de colaboración o cooperación, preceden algunas veces a la formación de otra empresa jurídica autónoma, de mayor o menor vinculación con la principal. En la colaboración o cooperación, se incluye el tema de la captación de negocios y de clientela, aspectos en los cuales se debe integrar la buena fe y el respeto a las condiciones del pacto.

²³ **Ob. Cit;** pág. 142.

²⁴ **Ibid.**

3.1.1. Definición:

El Dr. Edmundo Vásquez Martínez al respecto, define: “Son contratos de colaboración tanto asociativa como simple, aquellos en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra”.⁽²⁵⁾

Son contratos mercantiles de colaboración simple, aquellos en que una parte desarrolla su actividad de manera independiente, cooperando con la actividad mercantil de la otra parte, impulsándolos que se ha determinado en el contrato, como lo es la comercialización de determinados bienes o prestación de servicios dirigidos a satisfacer las necesidades de un mercado de consumo elegido.

3.1.2. Clases de contratos de colaboración simple:

Las clases de contratos de colaboración simple son las siguientes: agencia, distribución, representación, comisión, corretaje y aunque por el momento no estén contemplados por nuestra ley vigente, sí son utilizados y practicados cotidianamente los contratos de franquicia y concesión comercial, mismos que son la esencia y objeto principal del presente trabajo.

Los contratos de agencia, distribución y representación, se encuentran regulados por el Decreto 8-98, del Congreso de la República, el que también reforma los Artículos del 280 al 291 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República; Artículos en los cuales, se incluyó lo referente a la distribución y representación. En la reforma de estos Artículos, el legislador trató de normar de mejor manera los contratos de agencia, distribución y representación mercantil.

3.2. Contrato de agencia.

²⁵ Ob. Cit; pág. 546.

3.2.1. Definición legal:

El Decreto 8-98, del Congreso de la República, que reformó el Código de Comercio en los Artículos citados anteriormente, no define el contrato de agencia, únicamente lo menciona en la parte final del segundo párrafo del Artículo 280.

Cito a continuación, la definición contenida en el derogado Decreto número 78-71 del Congreso de la República en su Artículo 1, literal a): “Contrato de agencia, distribución o representación, es aquel por medio del cual una persona individual o jurídica, nacional o extranjera, llamada principal, designa a otra persona individual o jurídica llamada agente, representante o distribuidor, exclusivamente para la venta y distribución, promoción o colocación en el territorio de la República, de determinados productos, mercaderías o artículos producidos, fabricados o manufacturados en el exterior o interior del país, o bien con ese mismo propósito, para la prestación de servicios”.

3.2.2. Definición doctrinaria:

El autor Arrubla Paucar lo define así: “Por medio del contrato de agencia un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional como representante o agente de un empresario nacional o extranjero, o como fabricante o distribuidor de uno o varios de los productos del mismo”.⁽²⁶⁾ El señor Arrubla Paucar en su definición, en la última parte, indica que el agente puede ser fabricante o distribuidor de uno o varios de los productos del empresario; lo cual se considera incorrecto, ya que el agente no puede ser fabricante ni distribuidor de los productos que promueve a través de las negociaciones mercantiles que realiza en nombre del empresario nacional o extranjero llamado principal.

Por su parte, Osvaldo J. Marzorati lo define así: “Contrato de agencia es aquel por el cual un empresario de manera permanente, mediante una remuneración y

²⁶ Ob. Cit; pág. 337.

con cierta independencia asume el cargo de preparar o realizar contratos mercantiles por cuenta de otro empresario".⁽²⁷⁾

Según las definiciones de los autores citados anteriormente y tomando algunos elementos de la antigua definición legal, "contrato de agencia es aquel por el cual una persona individual o jurídica a quien se le denomina agente, quien actúa en forma independiente, realiza o promueve negocios mercantiles en una zona determinada, por cuenta y a nombre de una persona individual o jurídica, nacional o extranjera denominada principal, recibiendo por el negocio que realice una remuneración denominada comisión".

3.2.3. Naturaleza jurídica:

Es un contrato de colaboración, dicho contrato se encuentra regulado en el Decreto 8-98 del Congreso de República, el cual reformó los Artículos del 280 al 291 del Código de Comercio. Dicho Decreto en su tercer considerando, señala que la modificación al capítulo II, del título II del libro I del Código de Comercio, en todos sus artículos, obedece también a la necesidad de integrar en un solo cuerpo legal y de manera ordenada y sistemática, la regulación sobre los contratos de agencia y otros contratos afines o similares.

El agente al celebrar contratos mercantiles en nombre y por cuenta del principal, contribuye al mejor desarrollo de la actividad económica del mismo. El agente al realizar su actividad en forma independiente y a través de su propia empresa, justifica la naturaleza de colaboración del contrato de agencia (Art. 280, párrafos primero y segundo en su parte final del Código de Comercio).

3.2.4. Características:

"La agencia es un contrato que tiene por objeto una obligación de hacer, que es la actividad de promoción de negocios que desarrolla una de las partes en

²⁷ Marzorati, Osvaldo J. **Sistemas de distribución comercial**, págs. 9/ 10.

beneficio de la otra, actividad que además se desarrolla en una zona determinada”.
(28)

Marzorati señala, “se trata de un contrato mercantil, lo que tiene su razón de ser en el carácter de comerciantes del que gozan las partes de la relación:

- Es principal, esto se debe a que es un contrato que subsiste por sí solo, no necesita de otro contrato para su validez (Art. 1589 del Código Civil).

- Es bilateral, puesto que desde el momento de su formación ambas partes asumen obligaciones recíprocas (Artículos 282, párrafo 2o.; 284 al 289 Código de Comercio y 1587 del Código Civil)

- Es consensual, porque el contrato de agencia se perfecciona por el simple consentimiento de las partes (Artículo 1588 del Código Civil).

- Es oneroso, porque las ventajas que recibe una parte corresponden a la prestación hecha o que en el futuro se obliga a hacer. En el contrato se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, tanto para el agente como para el principal (Artículos 284 al 289 del Código de Comercio y 1590 del Código Civil).

- Es conmutativo, porque las prestaciones recíprocas de las partes son de apreciación cierta en el acto constitutivo, pudiendo estimarse de inmediato las ventajas y perjuicios que la ejecución del contrato reportará. Desde el momento en que manifiestan su consentimiento, las partes conocen la extensión de sus prestaciones, de tal suerte, que pueden calcular los beneficios o pérdidas (Artículos 282 párrafo 2do.; 284 al 289 del Código de Comercio y 1590 del Código Civil).

- Es de plazo indefinido, salvo pacto en contrario.

- Es un contrato de duración, el agente no asume el encargo de ejecutar un negocio o un contrato determinado, sino todos, integrando el objeto de la agencia, o sea, que puede promover y celebrar en nombre del principal negocios mercantiles; mientras esté vigente. La duración la regula el Artículo 280 del Código de Comercio, al señalar: “Son agentes de comercio, aquellas personas que actúan de modo permanente, en relación con uno o varios principales, promoviendo contratos mercantiles o celebrándolos en nombre y por cuenta de aquéllos”.

²⁸ **Ibid**, págs. 15/ 16.

- Contrato cuyo objeto es la celebración de otros contratos mercantiles. El Artículo 280 del Código de Comercio, indica en su primer párrafo que el agente celebra contratos mercantiles por cuenta del principal.

- Contrato entre empresarios mercantiles o comerciales. El Artículo 280 del Código de Comercio, en su segundo párrafo, indica que los agentes de comercio son independientes, si actúan por medio de su propia empresa y están ligados con el principal por un contrato mercantil, contrato de agencia.

- Es un contrato típico o nominado, se encuentra regulado en la ley (Dto. 8-98 en su tercer considerando y Artículo 1 que reforma los Artículos del 280 al 291 del Código de Comercio).

- Contrato en cual nace una relación de confianza. Esta característica adquiere un rasgo predominante, ya que por tratarse de un contrato duradero, obliga a ambas partes a una cooperación basada en la mutua confianza.

- Es un contrato en el cual, el agente al promover negocios mercantiles por cuenta y en nombre del principal, recibe una retribución (comisión), la que se calcula sobre la cuantía del negocio, en otras palabras volumen de ventas que se realiza por su intervención (Artículo 288 del Código de Comercio).

- Es de carácter personal o intuitu personae, se explica porque la capacidad organizativa empresaria y la profesionalidad del agente titular es determinante para el principal.

- Su característica de ejecución continuada se relaciona con el elemento de estabilidad, puesto que la relación entre las partes se realiza no para un negocio determinado sino de manera estable”.⁽²⁹⁾

3.2.5. Elementos.

El autor Osvaldo J. Marzorati indica: “En el contrato de agencia pueden distinguirse dos tipos de elementos: los esenciales y los ocasionales:

²⁹ **Ibid.**

3.2.5.1. Elementos esenciales:

- Promoción de negocios. El primer elemento y el más tipificante es, sin duda, la calidad de promotor de negocios que asume el agente comercial. El agente cumple una función de intermediación entre el principal y la clientela, cuya finalidad es promover los negocios de aquél. Esto es así, aun cuando adicionalmente tenga facultades para celebrar contratos por cuenta del principal, concluyendo las ventas directamente. En la forma típica del contrato, el agente solo promueve los negocios del fabricante, intermediando en la circulación de los bienes. Existe otra modalidad en la que, además, asume la representación del fabricante, contratando en su nombre. Pero eso no desnaturaliza la función de promoción que es su esencia.

- Independencia. La actividad del agente se desarrolla con libertad e independencia y por lo tanto soporta el riesgo de su negocio, debiendo afrontar con sus ingresos por comisiones sus propios costos y el mantenimiento de su propia organización por simple que ella sea.

- Unilateralidad de la gestión del agente. Su acción promotora se realiza a favor de una sola de las partes que intervienen en la operación, y no en la de ambas, el Código de Comercio en el Art. 280, indica: “Son agentes de comercio, aquellas personas que actúan de modo permanente, en relación con uno o varios principales, promoviendo contratos mercantiles o celebrándolos en nombre y por cuenta de aquéllos.”

- Estabilidad. Significa que la vinculación entre agente y principal no es esporádica y resultante de negocios aislados. Ambas partes están unidas por un contrato de duración, por el cual se rigen todas las operaciones que surjan como consecuencia de la actividad del agente.

- Asignación geográfica. El agente goza de un territorio, en el que se desempeña generalmente con exclusividad y en el que promueve los negocios del principal. Esa asignación de zona es un derecho, pero también una limitación territorial puesto que el contrato debe realizarse y sus obligaciones cumplirse dentro de la zona designada (el Artículo 283 del Código de Comercio, indica: “Agente exclusivo. El principal puede valerse simultáneamente de varios agentes en la misma zona y para el mismo ramo de actividad, salvo cuando se les hubiere

otorgado por contrato la calidad de agentes exclusivos para una zona determinada. Esto viene a ser una excepción de este elemento esencial.

3.2.5.2. Elementos ocasionales.

Los elementos referidos son típicos del contrato de agencia. Circunstancialmente se ven complementados por otros, que en forma ocasional son previstos por las legislaciones o que simplemente se dan en la práctica con mayor o menor frecuencia. Son elementos ocasionales del contrato de agencia:

- **Exclusividad.** Puede estar contenida o no en el contrato. Se refiere al territorio y puede ser otorgada tanto a favor del agente como en beneficio del principal. En el primer caso el agente se asegura que el principal no instale otros agentes en el territorio establecido; en el segundo caso el agente se obliga a no gestionar negocios más que para su principal.

Puede ser bilateral, lo que generalmente refuerza el objetivo del contrato, en tanto permite a las partes tener una estricta relación de colaboración, al limitar recíprocamente su libertad de acción. Pero también puede ser unilateral y por lo tanto a favor de sólo una de las partes. El contenido de la cláusula de exclusividad puede ser: a) la renuncia del comerciante a otorgar el carácter de agentes a otras personas, en el territorio de que se trata; b) la renuncia a gestionar negocios sin intervención del agente aunque reservándose la facultad de aceptar los propuestos espontáneamente por personas residentes en el territorio de actuación exclusiva o que han de ejecutarse en él; c) la obligación de no contratar sin intervención del agente o al menos la de abonarle la cantidad pactada sobre todos los negocios celebrados en el territorio respectivo y que han de ejecutarse en él, aunque se hubieran perfeccionado sin mediación del agente (nuestro Código de Comercio, regula lo anterior de manera similar en sus Artículos 281, 283 y 288 párrafo segundo).

- **Representación.** El agente puede estar investido de poder de representación o carecer de él. Es decir que el agente comercial puede verse o no

acompañado de la facultad de concluir las operaciones que promueve. En conclusión, el trabajo del agente es promover y eventualmente concluir los negocios del principal (Artículos 280 primer párrafo y 284 del Código de Comercio)".⁽³⁰⁾

3.2.5.3. Elementos personales.

Los elementos personales del contrato de agencia son:

- **Agente de comercio independiente:**

El Art. 280 del Código de Comercio, indica: "Son agentes de comercio, aquellas personas que actúan de modo permanente, en relación con uno o varios principales, promoviendo contratos mercantiles o celebrándolos en nombre y por cuenta de aquellos." El mismo Artículo, en su inciso segundo dice: "Independientes, si actúan por medio de su propia empresa y están ligados con el principal por un contrato mercantil, contrato de agencia."

Analizando el citado Artículo, se puede concluir que, agente independiente es la persona individual o jurídica que en forma permanente, en relación con uno o varios principales, sean estas personas individuales o jurídicas, nacionales o extranjeros, promueve o celebra contratos mercantiles por cuenta o a nombre de éstos. Siendo el objeto de negociación de estos contratos, mercancías producidas en el interior o exterior del país o bien la prestación de servicios y la promoción o conclusión de negocios encomendados por el principal al agente.

El agente trabaja por su cuenta y riesgo y desarrolla sus actividades con autonomía e independencia con relación al principal. Aunque el principal, tiene la facultad de impartirle directivas, siempre existe un margen de libertad para el agente.

- **El principal:**

Es la persona individual o social, comerciante ya sea nacional o extranjera, que designa al agente para que le promueva o celebre contratos mercantiles, por su cuenta y en su nombre, buscando de esa manera en el territorio nacional, crear,

conservar o ampliar la clientela de sus productos o mercaderías fabricadas dentro o fuera del país; como también la prestación de servicios.

3.2.5.4. Elementos reales:

- Los productos, mercaderías o artículos producidos, fabricados o manufacturados en el exterior o interior del país, así como también, la prestación de servicios del agente en nombre del principal, para satisfacer las necesidades de la clientela.

- La remuneración del agente, salvo pacto expreso en el contrato, es generalmente una comisión sobre la cuantía de los negocios que se realicen por intervención del agente de acuerdo con los usos y prácticas del lugar. Además el agente, tendrá derecho a percibir su comisión por todos los negocios que el principal realice en forma directa en la zona reservada para el agente, es decir, que si el principal por contrato atribuyó al agente una zona o lugar reservado para el ejercicio de sus operaciones, no puede concertar negocios en ella sin su intervención, a menos que le reconozca una comisión indirecta (Artículos 288 del Código de Comercio).

3.2.5.5. Elemento formal:

El contrato de agencia no requiere ninguna formalidad especial para su validez. Es un contrato no formal, en razón de que las partes pueden usar las formas que juzguen más convenientes y basta únicamente con su consentimiento. La ley no contempla una forma de celebración; sin embargo, por sus características de onerosidad y duración, es recomendable hacerlo en escritura pública o documento privado legalizado en sus firmas por notario.

3.2.6. Efectos del contrato.

3.2.6.1. Obligaciones del agente:

- Cooperación. El primordial deber del agente es el de cooperación para alcanzar el fin propuesto por las partes. La naturaleza implícita de este contrato es la de colaboración. El agente se obliga a promover contratos mercantiles o celebrarlos en nombre y por cuenta del principal (Art. 280 del Código de Comercio).

- Lealtad y buena fe. El agente debe cumplir ciertas normas de conducta: proceder con corrección, buena fe y lealtad, pues aun cuando no medie relación de dependencia, de su comportamiento negligente o ineptitud puede derivar perjuicio para el principal y para su propio prestigio. El agente de comercio independiente cuando lo haya convenido con el principal, podrá celebrar contratos mercantiles por cuenta propia, para vender, distribuir, promocionar o colocar bienes o servicios en el territorio nacional, pero siempre observando las normas de conducta correctas.

- Acatamiento de instrucciones. El agente debe sujetarse a las órdenes e instrucciones del principal (Art. 288 del Código de Comercio).

- Rendición de cuentas. El agente está llamado a rendir al principal, cuenta detallada y justificada de todas las operaciones y cantidades entregadas y recibidas, remitiéndole lo que resulte a su favor (Art. 286 del Código de Comercio).

- No incurrir en competencia desleal. La confianza está unida a la naturaleza del contrato y le impone el deber de fidelidad. Cuando el agente pactó la exclusividad a favor del principal, no le es permitido promover o concluir negocios por cuenta de varios comerciantes respecto de mercaderías de idéntica calidad y características que compitan entre sí porque constituye un supuesto de competencia desleal (Art. 281 del Código de Comercio).

- En caso de rescindirse el contrato de agencia, por la decisión del agente, estará obligado a la rendición de cuentas desde que fuere requerido para ello y si así lo requiere el principal, reintegrar la mercadería objeto de la relación contractual que esté en su poder.

Según el autor Marzorati, las obligaciones específicas varían, según el tipo de actividad para el que esté previsto el contrato de agencia, que puede tener una multiplicidad de facetas y contemplar un sinnúmero de modalidades.⁽³⁰⁾

3.2.6.2. Derechos del agente:

El agente de comercio goza de los siguientes derechos.

- **Remuneración.** El interés económico del agente radica en el derecho a una retribución, que depende generalmente de su propia actividad y que puede consistir en una comisión sobre la cuantía del negocio que se realice por su intervención. Y si el principal, realiza negocios en forma directa en la zona de un agente exclusivo, también tendrá derecho a percibir su comisión (Artículo 288 del Código de Comercio).

El agente puede reclamar íntegra su comisión si por dolo o culpa del principal no llegare a realizarse en todo o en parte un negocio contratado por medio del agente, éste conservará el derecho a reclamar íntegra su comisión al principal.

Si el negocio no se realizare total o parcialmente por convenio entre el principal y el tercero, el agente tendrá derecho a percibir su comisión por la parte del negocio que se hubiere realizado, salvo pacto en contrario. (Art. 289 del Código de Comercio).

- **Exclusividad.** El principal está obligado a respetar la cláusula de exclusividad. El agente al tener una zona exclusiva para realizar su actividad, tiene derecho a la protección de su clientela, crédito, propaganda (publicidad) y otros valores de su empresa, los protege a través de las cláusulas de exclusividad, el principal no puede designar otros agentes en esa zona (Art. 283 del Código de Comercio).

3.6.2.3. Obligaciones del principal:

El principal está obligado a pagar al agente su retribución, es decir que por cada negocio que el agente realice, el principal deberá pagarle una comisión sobre

³⁰ **Ibid**, págs. 26/ 28.

la cuantía del negocio que se realice por su intervención, de acuerdo con los usos y prácticas del lugar. (Art. 288 del Código de Comercio).

- En iguales condiciones, el principal debe pagarle su comisión al agente, cuando hubieren concluido directamente negocios en la zona reservada para el agente exclusivo, si dicha exclusividad se pactó contractualmente, aunque este no hubiere intervenido en dichos negocios. (Art. 288 segundo párrafo del Código de Comercio).

- El principal, también tiene la obligación de pagarle su comisión al agente, si por dolo o culpa del principal no lo realiza; también si el negocio no se realiza total o parcialmente por convenio entre el principal y un tercero, deberá pagarle su comisión al agente, salvo pacto en contrario. (Art. 289 del Código de Comercio).

3.2.6.4. Derechos del principal:

- El principal tiene derecho de exigir al agente que preste su cooperación para obtener la conclusión de los negocios, a formular directivas respecto de su actividad, exigir rendición de cuentas documentadas, rescindir el contrato abonando indemnización o resolverlo por incumplimiento del agente.

- El principal en su relación con el agente independiente, se regirá por lo convenido entre ambas partes. (Art. 286 del Código de Comercio, reformado por el Art. 1 Decreto 8-98).

- El principal, podrá a su discreción, aceptar o no los pedidos que le transmita el agente y no tendrá obligación de dar a conocer a este las causas o motivos que determinaron el rechazo. (Art. 286, tercer párrafo del Código de Comercio, reformado por el Art. 1 del Decreto 8-98).

- El principal, puede exigir al agente su cooperación para obtener la conclusión de los negocios.

3.2.7. Terminación:

Las causas de extinción son las generales comunes a todo contrato. Si se ha pactado un plazo o una condición, el vencimiento de aquél o el cumplimiento de esta producen su finalización. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la

relación entre el agente y el principal es estable, continúa y permanente, y que puede ser por tiempo determinado o indeterminado.

El contrato de agencia puede terminar por las siguientes causas:

- Por mutuo consentimiento entre las partes, manifestado por escrito. (Art. 290 del Código de Comercio).

- Por vencimiento del plazo, si lo hubiere.

- Por decisión del agente, siempre que diere aviso al principal con tres meses de anticipación. En este caso quedará obligado a la rendición de cuentas desde que fuere requerido para ello y, si así lo requiere el principal, a reintegrar la mercadería objeto de la relación contractual que obrare en su poder, a precio "C.I.F." comprende el valor de la cosa, más la prima del seguro y el flete. (Art. 699 del Código de Comercio).

La terminación del contrato o relación de agencia por virtud de la dispuesto en este inciso y los dos anteriores, no generará para ninguna de las partes obligación de indemnizar daños y perjuicios.

- Por decisión del principal, en cuyo caso será responsable frente al agente por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la terminación del contrato o relación comercial si no existiera justa causa para haber dado por terminado dicho contrato.

- Por justa causa. En este caso, el causante de la rescisión o terminación del contrato, será responsable de los daños y perjuicios causados a la otra parte.

Para tal efecto, se entiende que existe justa causa y pueden invocarla en su favor:

A. Cualquiera de las partes:

- Por incumplimiento o contravención de la otra parte, de las obligaciones que hubieren convenido;
- Por la comisión de algún delito contra la propiedad o persona de una de las partes contra la otra; y

- Por la negativa infundada de la otra parte a rendir los informes y cuentas o practicar las liquidaciones relativas al negocio, en el tiempo y modo que hubiere convenido.

B. El principal:

- Si el agente divulga o informa a tercero, sin la debida autorización, de todo hecho, dato, clave o fórmula cuyo secreto se le haya confiado por virtud del respectivo contrato; y
- Por la baja en el promedio de ventas o colocación de los bienes o servicios convenidos, debido a negligencia o ineptitud del agente, comprobada judicialmente.

C. El agente:

Cuando el principal llevare a cabo actos que directa o indirectamente, impidan o tiendan a impedir que el agente cumpla con el contrato.

3.2.7.1. Indemnización:

En este punto, el Art. 291 del Código de Comercio (reformado por el Artículo 1 del Dto. 8-98 del Congreso de la República) indica: "(Controversias).- Cuando las partes no se pusieren de acuerdo, después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato o relación respectiva sobre la cuantía de la indemnización que deberá pagarse por los daños y perjuicios causados en los casos previstos en los numerales 4 y 5 del citado Artículo, el monto de la misma deberá determinarse judicialmente en la vía sumaria, en cuyo caso el demandante deberá proponer dictamen de expertos, de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, a efecto de que se dictamine dentro del proceso, sobre la existencia y la cuantía de los daños o perjuicios reclamados.

En el contrato respectivo o después de ocurrida la causal, las partes también pueden optar por arbitraje para resolver cualquier clase de controversias derivadas

de dicho contrato. En todo caso, tanto los procesos judiciales como arbitrales, deben tener lugar, tramitarse y resolverse en la República de Guatemala, de acuerdo con las leyes nacionales aplicables a los procedimientos judiciales o arbitrales.

Si una de las partes fuere condenada al pago de indemnización, la sentencia o el laudo podrá contemplar pronunciamiento:

a) Sobre la existencia o inexistencia de perjuicios y en caso de declararse su existencia, la cuantía de los mismos que en equidad corresponden, según la naturaleza y circunstancias del negocio; y

b) Sobre existencia o inexistencia de daños y en caso de declararse su existencia la cuantía de los mismos, en los siguientes rubros:

- Por concepto de gastos directos y de promoción o propaganda, que se hubiere efectuado con motivo y para los fines del contrato, durante el último año.

- Por concepto de inversiones que con ocasión o motivo del contrato, se hayan efectuado, siempre que éstas no fueren recuperables o aprovechables para otros fines.

- Por concepto de pago de las mercancías existentes al precio de costo de bodega (C.I.F.) (el precio incluye el costo de la cosa, primas del seguro y el flete. Art. 699 del Código de Comercio) que ya no pudieren venderse por causa de la terminación o rescisión del contrato, siempre que estuvieren en buen estado. Sin embargo, también se considerará que se encuentra en buen estado aquella mercancía cuya descomposición sea imputable al principal.

- Por concepto de indemnizaciones a que conforme a la ley, tuvieren derecho los empleados o trabajadores cuyo despido obedeciere a la terminación del contrato.”

Como se puede apreciar, las partes que intervienen en el contrato de agencia (principal y agente) tienen la opción de escoger entre la vía sumaria y el arbitraje cuando no se pusieren de acuerdo sobre la cuantía de la indemnización.

3.3. Contratos de distribución.

3.3.1. Definición legal:

El Decreto 8-98 del Congreso de la República no da una definición del contrato de distribución, en el Artículo que reformó del Código de Comercio, solo se limita a mencionar el contrato de distribución en el cuarto párrafo del Artículo 280. Este Decreto deroga la antigua ley de los contratos de agencia, distribución y representación (Dto. 78-71 del Congreso de la República) y aunque de manera confusa en su Artículo 1, inciso a), lo definía, éste se transcribe a manera de ilustración: “Contrato de agencia, distribución o representación, es aquel por medio del cual una persona individual o jurídica y nacional o extranjera, llamada principal, designa a otra persona individual o jurídica llamada agente, distribuidor o representante, exclusivamente para la venta, distribución, promoción o colocación en el territorio de la República, de determinados productos, mercaderías o artículos producidos, fabricados o manufacturados en el exterior o interior del país, o bien con ese mismo propósito, para la prestación de servicios.”

Como se observa, esta definición trataba de indicar que el contrato de distribución, nace cuando un comerciante individual o social productor designa a otro comerciante individual o social para la distribución y colocación en el territorio nacional de un producto fabricado en el exterior o interior del país o bien para la prestación de servicios.

3.3.2. Definición doctrinaria:

Osvaldo J. Marzorati, indica: “El contrato de distribución ha sido definido en la doctrina como aquel por el cual el productor o fabricante conviene el suministro de un bien final –producto determinado- al distribuidor, quien adquiere el producto para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona determinada. A cambio de ello, el distribuidor recibe del productor un porcentaje – que puede ser un descuento- sobre el precio de venta del producto, sin perjuicio de

las condiciones relativas a pedidos previos y formas de pago”.⁽³¹⁾ Indica además Marzorati que: “el contrato de distribución permite que el proveedor o fabricante, sin mayor necesidad de invertir capital, obtenga beneficios minimizando sus riesgos, ya que solo vende sus productos a sus distribuidores percibiendo el precio del distribuidor a la vez que traslada el riesgo de la venta al menudeo sobre este. El distribuidor por su parte toma a su cargo no solo el riesgo mencionado sino también la organización de la prestación y su funcionamiento, beneficiándose en cambio por el prestigio de los productos que distribuye”.⁽³²⁾

Analizando lo anterior, se concluye en que contrato de distribución, es aquel por el que un comerciante productor, sea persona individual o jurídica, nacional o extranjera, designa a otra persona individual o jurídica llamada distribuidor (comerciante mayorista) al que vende los productos y/o servicios que presta a un precio convenido, para que el distribuidor actuando en interés y a nombre propio los distribuya revendiéndolos a otros comerciantes. Tanto los bienes (producto o mercancías) como la prestación de servicios, el distribuidor los comercializa en un territorio dado en forma exclusiva; el distribuidor actúa en forma independiente y la utilidad que recibe es la diferencia entre el precio en que compró al productor y el precio en que revendió a otro comerciante.

3.3.3. Naturaleza jurídica:

El autor Raúl Aníbal Etcheverry, en lo que se refiere a la naturaleza jurídica del contrato de distribución señala lo siguiente: “La moderna colaboración ya no se da entre un individuo y la empresa productora, sino entre una empresa independiente organizada para comercializar los productos o servicios de la empresa productora y esta. Para cumplir con esa función económica, la persona física o jurídica que podría llamarse –colaboradora-, debe organizarse necesariamente como empresa, ya que en la compleja economía moderna hay menor posibilidad de actuación personal o individual. De ahí nace un contrato de colaboración entre empresas, con

³¹ **Ibid**, pág. 53.

³² **Ibid**, págs. 56/ 57.

el objeto de que una de ellas promueva de diversos modos la comercialización e lo que la otra produce. En la colaboración de distribución se observa a dos empresas con organizaciones, propietarios, riesgos e intereses distintos".⁽³³⁾

Se entiende entonces, que a naturaleza jurídica del contrato de distribución es la colaboración; esta se manifiesta cuando el principal (productor o fabricante) designa al distribuidor para que en forma exclusiva distribuya sus productos y/o servicios en una zona determinada; el distribuidor ha adquirido los productos por lo regular con descuentos o bonificaciones y esto se debe a que compra en grandes cantidades al productor, quien está obligado a proveer un producto de calidad, además de que, a través de las campañas publicitarias o promocionales creará demanda hacia su producto. Por su parte el distribuidor, vende y distribuye el producto a otros comerciantes (mayoristas o minoristas) a un precio más elevado, obteniendo su utilidad de los descuentos, bonificaciones (producto dado de más, por grandes cantidades de compra) y del precio de la reventa y colabora con el fabricante en el almacenamiento, promoción, venta y distribución del producto, además debe defenderlo y asegurar su prestigio.

3.3.4. Características:

El contrato de distribución comercial reúne las siguientes características:

- Es un contrato bilateral, porque desde el momento de perfeccionarse el contrato, ambas partes de él resultan obligadas. El distribuidor y el principal se obligan recíprocamente (Art. 1587 del Código Civil).
- Es un contrato principal, porque subsiste por sí solo, no necesita de otro contrato para su validez (Art. 1589 del Código Civil).
- Es un contrato consensual, porque se perfecciona con el mero consentimiento de las partes, en el cual se otorga el derecho de vender en un sector determinado, por lo que recibe una cantidad de dinero, generalmente, la diferencia entre el precio de la compra y la venta (Art. 1588 del Código Civil).

³³ **Ob. Cit;** págs. 210/ 211.

- Es un contrato oneroso, ya que hay ventajas recíprocas, que se otorgan la una, teniendo en mira la otra. Tiene provechos y gravámenes recíprocos tanto para el distribuidor, como para el principal fabricante (Art. 1590 del Código Civil).

- Es conmutativo, ya que las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato. Al celebrar el contrato, ambas partes saben a que se obligan, dejando determinado el alcance de sus obligaciones (Art. 1591 del Código Civil). No formal. El Decreto 8-98 del Congreso de la República en su Art. 1, que reforma los Artículos del 280 al 291 del Código de Comercio, no indica una forma especial en que deba celebrarse este contrato.

- De tracto sucesivo. Se trata de un contrato de ejecución continuada o periódica, en el que hay un cumplimiento repetido. Ambos contratantes se comprometen en el tiempo que dure el contrato a las obligaciones que han asumido, las que se van repitiendo sucesivamente.

- h) Intuitu personae. Para realizar el contrato se tiene en cuenta la calidad de una o ambas partes. Las personas contratantes son un elemento esencial, puesto que un cierto interés ha inducido a uno de los contratantes a elegir como contraparte a una determinada persona en razón de sus cualidades o aptitudes particulares.

- De colaboración o cooperación. Porque vincula a dos partes independientes con una finalidad común; la venta a los terceros del producto en cuestión y para ello ambos celebran un acuerdo en el cual se encuentran en un plano de igualdad jurídica. Una parte desarrolla una actividad en concurrencia con la actividad ajena, aunque de manera independiente. Se vinculan dos partes independientes con una finalidad común.

- Es un contrato de plazo indefinido, salvo pacto en contrario entre las partes.

- Es típico o nominado. Se encuentra tipificado en la ley como tal (Art. 280, cuarto párrafo, Código de Comercio, reformado por el Artículo 1 del Decreto 8-98).

3.3.5. Elementos.

3.3.5.1. En sentido propio.

Marzorati señala: “En sentido propio, varios son los elementos que distinguen a este contrato:

- **Territorio.** El contrato atribuye al distribuidor una zona territorial determinada de actuación, con derecho o no a exclusividad sobre ella. Esa exclusividad territorial es bilateral: el distribuidor se obliga a no efectuar ventas fuera de la zona determinada y el fabricante a su vez se compromete a no designar otro distribuidor en el mismo territorio. En general los nombramientos iniciales de distribuidores se hacen con la condición de no exclusividad, dado que el fabricante se reserva un mayor margen de maniobra. Sin embargo, son muchas las argucias que se han desplegado en este campo, que muchas veces los fabricantes designan distribuidores y le asignan una zona primaria de actuación, con el fin de no tener que terciar en las disputas por invasión de territorio, tan frecuentes en la actividad.

- **Exclusividad.** La cláusula de exclusividad puede ser estipulada o no, tal como ocurre en gran variedad de contratos, y ser unilateral o bilateral. El fabricante en muchos casos se compromete a no efectuar ventas directas en las zonas exclusivas y el distribuidor a no comercializar productos que compitan con los del fabricante. La exclusividad del producto a cargo del distribuidor no se pierde por la eventual distribución simultánea de otros productos. En general es dable que solo ciertos tipos de productos requieren del distribuidor exclusivo (productos de alta técnica o de lujo).

- **Duración.** El contrato puede convenirse por un tiempo indeterminado, es decir hasta que una de las partes lo denuncie, o bien que se prevea un plazo, limitación que responde a la mutua conveniencia de las partes de poderse liberar de un contrato que no responde a los propósitos perseguidos. Esto, permite al fabricante valorar la capacidad del intermediario comercial y a este apreciar las bondades de la mercadería a distribuir.

- **Control.** El distribuidor es un empresario independiente que pone su empresa al servicio del fabricante, actúa en su nombre y por cuenta propia y no en representación del proveedor. El distribuidor adquiere la propiedad de los bienes cuando los obtiene por compra, con la consiguiente aplicación de la doctrina de los

riesgos, por lo que el proveedor queda desvinculado de las sucesivas reventas que el intermediario realice”.⁽³⁴⁾

De lo anterior, se concluye, que el contrato de distribución puede convenirse por tiempo determinado o indeterminado, en un territorio preestablecido por el principal para que el distribuidor realice su actividad en forma exclusiva o no y en el cual puede distribuir bienes y/o servicios a otros comerciantes, sean estos mayoristas o minoristas.

3.3.5.2. Elementos personales:

- **El principal (productor o fabricante):**

Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera que produce y provee las mercaderías y/o servicios.

- **El distribuidor (comerciante intermediario mayorista):**

Es la persona individual o jurídica que distribuye la mercadería que previamente le ha comprado al principal y que ha sido manufacturada en el interior o exterior del país; o bien la prestación de servicios.

Etcheverry indica al respecto: “El distribuidor propiamente dicho puede darse en la figura de una organización mayorista, que adquiere productos a las empresas fabricantes y los revende”.⁽³⁵⁾

Opinión que se considera atinada por las características reunidas en la realización de este contrato y que han sido citadas una a una para su análisis y comprensión.

3.3.5.3. Elementos reales:

Son los bienes (mercaderías) y servicios que produce el principal (comerciante productor) los cuales comercializa el distribuidor al revenderlos a otros comerciantes mayoristas o minoristas, siendo estos últimos quienes se dedican al menudeo y quienes son los que se relacionan directamente con el consumidor final.

³⁴ **Ob. Cit;** págs. 65/ 68.

³⁵ **Ob. Cit;** pág. 213.

Margen de reventa. Es la remuneración del distribuidor y que consiste en la diferencia entre el precio de compra y el de venta de las mercaderías distribuidas.

3.3.5.4. Elemento formal:

El Decreto 8-98 del Congreso de la República, en su Artículo 1, reforma los Artículos del 280 al 291 del Código de Comercio, en los cuales no indica en que forma se debe celebrar el contrato de distribución; sin embargo, por la importancia del mismo, se debe efectuar en escritura pública o bien, en documento privado con firma autenticada por notario.

3.3.6. Efectos.

3.3.6.1. Derechos del distribuidor:

- El distribuidor adquiere su mercancía y realiza su distribución en un territorio determinado.
- Tiene derecho a percibir una utilidad de los productos que distribuye, la cual se obtiene de la diferencia del precio de compra, incluyendo descuentos por la cantidad comprada y el precio de venta se establece entre el precio de compra al productor y el precio de venta al consumidor final, este último generalmente ya es de dominio público y se debe a la campañas publicitarias del producto (anuncios en prensa, radio y televisión).

3.3.6.2. Derecho del principal:

- Que se promocióne y distribuya su producto.

3.3.6.3. Obligaciones del distribuidor:

- Pagar las facturas de compra de la mercadería al principal.
- Promover, vender y distribuir la mercadería.
- Proporcionar el servicio de cambio de mercaderías deterioradas al comprador de la misma.

- Poner a disposición del principal su estructura empresarial y planificación de ventas, para lograr la colocación en el mercado de los bienes y/o servicios.
- Mantener un stock (existencias) de mercaderías que le permita hacer frente a la demanda por parte de los consumidores.
- Realizar estudios de mercado. Investigar el comportamiento de la clientela hacia el producto y/o servicio.

3.3.6.4. Obligaciones del principal:

- Entregar al distribuidor un producto de calidad, en un tiempo y modo previsto.
- Proporcionar al distribuidor información completa sobre el producto (medida, peso, envase, vida del producto, etc.).
- No vender los productos en forma directa, o no designar otro distribuidor en la zona de exclusividad, en caso de establecida esta en el contrato.
- Incentivar al distribuidor, por medio de descuentos, bonificaciones y promociones atractivas para la comercialización del producto.
- Respalda al distribuidor con una excelente publicidad del producto (campañas de publicidad y plan de mercadeo del producto).

3.3.7. Terminación:

El Art. 290 del Código de Comercio (reformado por el Artículo 1 del Decreto 8-98 del Congreso de la República) indica: “Los contratos de agencia independiente, distribución o representación mercantil, solo pueden terminar o rescindirse:

- Por mutuo consentimiento entre las partes, manifestado por escrito;
- Por vencimiento del plazo, si lo hubiere;
- Por decisión del distribuidor, siempre que diere aviso al principal con tres meses de anticipación. En este caso quedará obligado a la rendición de cuentas desde que fuere requerido para ello y si así lo quiere el principal, a reintegrar la mercadería objeto de la relación contractual que obrare en su poder a precio “C.I.F.” (incluye el costo de la cosa, primas del seguro y el flete), Art. 699 del Código de Comercio. La terminación del contrato o relación de agencia, distribución o

representación por virtud de lo dispuesto en este punto y los dos anteriores, no generará para ninguna de las partes, obligación de indemnizar daños y perjuicios.

- Por decisión del principal, en cuyo caso será responsable frente al agente por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la terminación del contrato o relación comercial si no existiera justa causa para haber dado por terminado dicho contrato o relación.

- Por justa causa. En este caso, el causante de la rescisión o terminación del contrato será responsable de los daños y perjuicios causados a la otra parte. Para tal efecto, se entiende que existe justa causa y pueden invocarla en su favor:

A) Cualquiera de las partes:

- Por incumplimiento o contravención de la otra parte, de las obligaciones que hubieren convenido.

- Por la comisión de algún delito contra la propiedad o persona de una de las partes contra la otra.

- Por la negativa de la otra parte a rendir los informes, cuentas y practicar las liquidaciones relativas al negocio, en el tiempo y modo en que se hubiere convenido.

B) El principal:

- Si el agente (distribuidor y representante) divulga o informa a terceros, sin debida autorización, de todo hecho, dato, clave o fórmula, cuyo secreto se le haya confiado por virtud del respectivo contrato.

- Por la baja en el promedio de ventas o colocación de los bienes o servicios convenidos, debido a negligencia o ineptitud del agente (distribuidor o representante) comprobada judicialmente.

C) El agente, distribuidor o representante:

- Cuando el principal llevare a cabo actos que directa o indirectamente impidan o tiendan a impedir, que el agente (distribuidor o representante) cumpla con el contrato.

3.3.7.1. Indemnización:

El Artículo 291 del Código de Comercio (reformado por el Art. 1 del Dto. 2-98 del Congreso de la República), señala: “Cuando las partes no se pusieren de acuerdo después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato o relación respectiva sobre la cuantía de la indemnización que debe pagarse por los daños y perjuicios causados en los casos previstos en los numerales 4 y 5 del Artículo anterior, el monto de la misma deberá dictaminarse judicialmente en la vía sumaria, en cuyo caso el demandante deberá proponer dictamen de expertos, de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, a efecto de que se dictamine dentro del proceso, sobre la existencia y la cuantía de los daños y perjuicios reclamados.

En el contrato respectivo o después de ocurrida la causal, las partes también pueden optar por el arbitraje para resolver cualquier clase de controversias derivadas de dicho contrato. En todo caso, tanto los procesos judiciales como arbitrales, deben tener lugar, tramitarse y resolverse en la República de Guatemala, de acuerdo con las leyes nacionales aplicables a los procedimientos judiciales arbitrales.

Si una de las partes fuere condenada al pago de indemnización, la sentencia o el laudo podrá contemplar pronunciamiento:

a) Sobre la existencia o inexistencia de perjuicios y en caso de declararse su existencia, la cuantía de los mismos que en equidad corresponden, según la naturaleza y circunstancias del negocio; y

b) Sobre la existencia o inexistencia de daños y en caso de declararse su existencia, la cuantía de los mismos, en los siguientes rubros:

- Por concepto de gastos directos y de promoción o propaganda (publicidad) que este hubiere efectuado con motivo y para los fines del contrato, durante el último año.

- Por concepto de inversiones que con ocasión o motivo del contrato, se hayan efectuado, siempre que estas no fueren recuperables o aprovechables para otros fines.

- Por concepto de pago de las mercaderías existentes al precio de consto bodega C.I.F. (incluye precio de la cosa, prima del seguro y flete. Art. 699 del Código de Comercio) que ya no pudieren venderse por causa de la terminación o rescisión del contrato, siempre que estuvieren en buen estado. Sin embargo, también se considerará que se encuentra en buen estado aquella mercancía cuya descomposición sea imputable al principal.

- Por concepto de indemnizaciones a que conforme la ley, tuvieron derecho los empleados o trabajadores, cuyo despido obedeciere a la terminación del contrato.

Un aspecto importante, es que se ofrece a las partes, en caso de no ponerse de acuerdo en el monto de la indemnización, el poder pactar en la vía sumaria judicial y el arbitraje, para determinar el monto de la misma.

3.3.8. Diferencias:

- **Con el contrato de compraventa:**

En el contrato de distribución, aunque hay una transferencia efectiva del dominio, no es esta la finalidad que se ha tenido en cuenta al formalizar el acuerdo de voluntades, la finalidad desde un ángulo económico es la intermediación llevada a cabo para vender productos. El distribuidor coloca los productos que ha adquirido del fabricante, para ser comercializados por otros comerciantes, sean estos mayoristas o minoristas, o directamente al consumidor, constituyendo esta, la diferencia esencial con el contrato de compraventa.

- **Con el contrato de agencia:**

La distribución enmarca en todos los casos, así como la agencia un contrato entre un fabricante y un intermediario independiente, es decir, no sujeto a vínculo laboral y no sujeto a vínculo de sociedad, en cuanto sus utilidades le pertenecen exclusivamente. Ambos, distribuidor y agente venden mercadería ajena, el agente

lo hace por cuenta y orden del principal, el distribuidor vende a nombre propio y por su cuenta. El agente y el distribuidor son formalmente independientes; mientras que el agente es un representante del fabricante o inclusive del propio distribuidor, el distribuidor compra y vende en forma repetida, la mercancía, bienes y/o servicios del principal (fabricante), pero a nombre y por cuenta propia. El hecho de que el distribuidor actúa en nombre propio, lo distingue del agente.

3.4. Contrato de representación.

3.4.1. Representación:

El negocio jurídico se celebra generalmente por el propio interesado, el cual desea realizar dicho negocio y manifestar su voluntad en ese sentido, pero el interesado puede realizar su actividad a través de otra persona que lo substituye, la que celebrará el negocio jurídico obrando por cuenta del interesado.

Según el autor Arrubla Paucar: “En materia mercantil la representación es accesoria al contrato de mandato, y para que se presente se precisa de otro acto jurídico anexo al mandato llamado representación. Ese acto de procura o apoderamiento puede presentarse anexo al mandato o haber sido conferido antes o después de perfeccionado el mandato y será en virtud de ese acto adicional que el mandatario pueda representar al mandante”.⁽³⁶⁾

3.4.1.1. Representación directa e indirecta.

A. Representación directa:

En la representación directa, el representante actúa en nombre y por cuenta del representado.

Esta representación obliga al representado con los terceros, en el negocio celebrado por el representante sin ocultar la relación entre ambos.

³⁶ Ob. Cit; pág. 369.

B. Representación indirecta:

En la representación indirecta, el representante actúa por cuenta del representado, pero en nombre propio, es decir, que no hay relación entre los terceros y el representado, quedando el representante vinculado directamente con los terceros en virtud del negocio celebrado, siendo necesario posteriormente otro negocio, para transferir al representado los efectos del anterior. La representación directa y la representación indirecta comprenden:

- La representación legal o necesaria que fundamentalmente es directa y;
- La representación voluntaria que puede ser directa o indirecta.

3.4.1.2. Representación legal o necesaria:

Esta representación es la que se encuentra establecida en algunas instituciones que regula el Código Civil; instituciones como la ausencia, patria potestad, tutela, incapacidad, representación de personas jurídicas; contienen normas que, aunque se encuentran dispersas están relacionadas con la representación legal o necesaria. La actuación del representante es independiente de la voluntad del representado. El representante tiene que obrar en nombre del representado pero con plena independencia. La ley la confiere a las personas que tienen un vínculo familiar (parentesco), un ejemplo claro se encuentra en el Art. 254 del Código Civil que indica: “(Representación del menor o incapacitado).-La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.” También puede haber representación por una resolución de la autoridad, por ejemplo en el derecho mercantil, en el Art. 22 del Código de Comercio: “(Sociedad con menores e incapaces).- Por los menores e incapaces sólo podrán sus representantes constituir sociedad, previa autorización judicial por utilidad comprobada...”

3.4.1.3. Representación voluntaria:

Se le llama representación voluntaria porque surge de la voluntad del representado. Esta puede ser directa e indirecta. La primera se da cuando el

representante actúa por cuenta y nombre del representado; y la segunda cuando actúa el representante en nombre propio, pero por cuenta ajena en determinados negocios jurídicos. La representación voluntaria directa o indirecta, se manifiesta en el derecho civil a través de un mandato por el cual una persona encomienda a otra la realización de uno o más actos o negocios (Art. 1686 del Código Civil).

En el derecho mercantil, el Art. 338, numeral 1. del Código de Comercio, señala: “El nombramiento de administradores de sociedades, de factores y el otorgamiento de mandatos por cualquier comerciante, para operaciones de su empresa;”

Me permito interpretar la representación mercantil, según el Artículo anterior, como un mandato mercantil. El mandato con representación es uno de los medios con que se constituye el factor, por lo que se considera un mandato mercantil que otorga un comerciante a quien le representará en la empresa (Art. 265 del Código de Comercio).

La representación es accesoria al contrato de mandato, cuando se trata de mandato con representación; siendo de ésta manera, que coexisten dos actos jurídicos: el acto jurídico bilateral, contrato de mandato y el acto jurídico unilateral la representación; por lo cual el mandatario podrá realizar el encargo, por cuenta y en nombre del mandante o representado. En este caso se da la representación voluntaria directa en la cual, el principal actúa como mandante y encarga a través del contrato de representación al representante, quien actúa como mandatario para que en su nombre lo represente. Es así como el representante tiene la facultad para ejecutar los actos comprendidos dentro del giro ordinario de los negocios que le ha encomendado el principal.

3.4.2. Definición legal:

Actualmente no existe una definición legal ya que el Código de Comercio vigente y el Decreto 8-98 no lo define, por lo que a manera de ilustración, se cita la

dada por el derogado Decreto 78-71 que en su Art. 1ero. inciso a), indica que: “Contrato de agencia, distribución o representación, es aquel por medio del cual una persona individual o jurídica, nacional o extranjera, llamada principal, designa a otra persona individual o jurídica, llamada agente, distribuidor o representante, exclusivamente para la venta, distribución, promoción o colocación en el territorio de la República, de determinados productos, mercaderías o artículos producidos, fabricados o manufacturados en el exterior o interior del país, o bien con ese mismo propósito, para la prestación de servicios.”.

3.4.3. Definición doctrinaria:

La Licda. Juárez Midence, lo define así: “El contrato de representación, es aquel por medio del cual una persona individual o jurídica, nacional o extranjera, llamada principal, designa a otra persona individual o jurídica, llamada representante para la representación en el territorio de la República, de determinados productos, mercancías o artículos producidos, fabricados o manufacturados en el exterior o interior del país, como también la prestación de servicios”.⁽³⁷⁾

Por el contrato de representación, el representante, que es una persona individual o jurídica, representa en el territorio de la República, los productos fabricados en el exterior o interior del país por el representado, así como la prestación de servicios. Productos y/o servicios que negocia a través de contratos mercantiles que celebra en nombre y por cuenta del representado.

3.4.4. Características:

- Es Principal, porque subsiste por sí solo, no necesita de otro contrato para su validez (Art. 1589 del Código Civil).
- Es Unilateral, ya que como acto jurídico que es la representación, el representado emite su voluntad, concediendo a una persona determinada, la

³⁷ Juárez Midence, Carla del Socorro, **Los contratos de agencia, distribución y representación en la doctrina y legislación guatemalteca**, pág. 72.

facultad de realizar en su nombre uno o varios actos jurídicos (Art. 1587 del Código Civil).

- Es consensual, porque se perfecciona por el simple consentimiento de las partes (Art. 1588 del Código Civil).

- Es oneroso, porque se estipulan derechos y gravámenes recíprocos (Art. 1590 del Código Civil).

- Es conmutativo, porque las prestaciones que se deben entre el representante y el principal, son ciertas desde que el mismo se celebra (Art. 1591 del Código Civil).

- Es nominado o típico, ya que se encuentra regulado como tal en la ley (Art. 280, 4to. párrafo, del Código de Comercio).

- Es de plazo indefinido, salvo pacto expreso en contrario acordado por las partes.

- No formal, el Dto. 8-98 del Congreso de la República, no establece una forma particular en ninguno de los artículos que reformó del Código de Comercio (Art. 280 al 291 del C. de C.).

- Es de colaboración, porque el representante desarrolla una actividad en concurrencia con la actividad del principal, aunque de manera independiente. De tracto sucesivo, ya que los contratantes se comprometen en el tiempo que dure el contrato a cumplir con las obligaciones que han asumido, las que repiten sucesivamente.

3.4.5. Elementos:

Los elementos esenciales, así como los ocasionales del contrato de agencia, también se dan en el contrato de representación, aunque con pequeñas variantes en lo referente a la promoción de negocios; el representante, al igual que el agente, promueve los negocios de su representado, pero la función principal del agente, es promover negocios y ocasionalmente los concluye contando necesariamente con autorización expresa (Art. 280, primer y tercer párrafos del Código de Comercio, reformados por el Art. 1, Dto. 8-98). En cambio, el representante tiene como función principal concluir negocios a nombre del representado.

- **Elemento de independencia:** Este elemento se da tanto en el agente, como en el representante, aunque el agente dedica su organización a promover los negocios del principal; y el representante en su empresa a parte de que se dedica a representar los productos de su representado, también comercializa productos y/o servicios propios.

- **Elemento de unilateralidad:** Se da en el sentido de que el representante celebra contratos mercantiles en nombre y por cuenta de su representado, con quien se encuentra ligado por el contrato en mención. En el acto jurídico de la representación, el representado emite su voluntad, concediendo a una persona determinada la facultad de realizar en su nombre uno o varios actos jurídicos. Precisamente por la representación se está concediendo una facultad de actuar al representante.

- **Elemento de estabilidad:** El vínculo que existe entre representante y representado no es esporádico y resultante de negocios aislados, ambas partes se encuentran unidas por un contrato de duración.

- **Elemento de asignación geográfica:** Se considera que este se aplica en sentido de que el representante realiza su actividad en nombre del principal (representado) en el territorio de la República.

En lo que se refiere a la **exclusividad**, la tiene el representante al realizar su actividad en nombre del principal (representado) en el territorio de la República.

3.4.5.1. Elementos personales:

- **El representante:**

Es la persona individual o jurídica que ha designado el principal para que lo represente en el territorio de la República, celebre negocios mercantiles a su cuenta y en su nombre, coloque productos y preste servicios (Art. 280, tercer párrafo del Código de Comercio, reformado por el Artículo 1 del Decreto 8-98).

- **El principal:**

Es la persona individual o jurídica, nacional o extranjera que realiza negocios mercantiles por medio de la persona que ha asignado como representante (Art. 280, tercer párrafo del Código de Comercio).

3.4.5.2. Elementos reales.

- **La representación:**

Es la facultad por la cual el representante actúa en nombre del representado, quien en manifestación de voluntad lo designa para que lo represente en la comercialización de sus productos y/o servicios, como en la celebración de contratos mercantiles. Realizándose la representación por cuenta y en nombre del representado (representación voluntaria directa). Por ser este contrato eminentemente mercantil, es un contrato oneroso, esto significa que el principal deberá remunerar al representante con una cantidad de dinero que acordarán entre ambos por la representación ejercida.

3.4.5.3. Elemento formal:

El contrato de representación no reviste formalidad alguna para su celebración, no está contemplada por la ley (Decreto 8-98 del Congreso de la República) aunque por la importancia de la representación que ejercita el representante en nuestro país al comercializar los bienes o en la prestación de servicios de un principal nacional o extranjero, es conveniente su realización en escritura pública.

3.4.6. Terminación:

El Art. 290 del Código de Comercio, reformado por el Art. 1 del Dto. 8-98, indica: "Terminación del contrato de agencia, distribución o representación. Los contratos de agencia independiente, distribución o representación mercantil, sólo pueden terminar o rescindirse:

- Por mutuo consentimiento entre las partes, manifestado por escrito.
- Por vencimiento del plazo, si lo hubiere.

- Por decisión del agente (distribuidor o representante), siempre que diere aviso al principal con tres meses de anticipación. En este caso quedará obligado a la rendición de cuentas desde que fuere requerido para ello si así lo dispone el principal, a reintegrar la mercadería objeto de la relación contractual que obrare en su poder a precio C.I.F. (incluye precio de la cosa, prima de seguro y flete). Art. 699 del Código de Comercio.

- Por decisión del principal, en cuyo caso será responsable frente al agente (distribuidor o representante), por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la terminación del contrato o relación comercial si no existiera justa causa para haber dado por terminado dicho contrato o relación.

- Por justa causa. En este caso, el causante de la rescisión o terminación del contrato será responsable de los daños y perjuicios causados a la otra parte. Para tal efecto, se entiende que existe justa causa y pueden invocarla en su favor:

A) Cualquiera de las partes:

- Por incumplimiento o contravención de la otra parte, de las obligaciones que hubieren convenido;

- Por la comisión de algún delito contra la propiedad o persona de una de las partes contra la otra; y

- Por la negativa infundada de la otra parte a rendir los informes y cuentas o, a practicar las liquidaciones relativas al negocio, en el tiempo y modo que se hubiere convenido.

B) El principal:

- Si el agente (distribuidor o representante) divulga o informa a tercero sin la debida autorización, de todo hecho, dato, clave o fórmula cuyo secreto se le haya confiado por virtud del respectivo contrato; y

- Por la baja en el promedio de ventas o colocación de los bienes o servicios convenidos, debido a negligencia o ineptitud del agente (distribuidor o representante) comprobada judicialmente.

C) El agente, distribuidor o representante:

- Cuando el principal llevare a cabo actos que directa o indirectamente, impidan o tiendan a impedir, que el agente (distribuidor o representante) cumpla con el contrato.

3.4.6.1. Indemnización:

Lo que se refiere a la indemnización, se encuentra regulado en el Art. 291 del Código de Comercio (reformado por el Art. 1 del Dto. 8-98) de la siguiente manera: “Cuando las partes no se pusieren de acuerdo, después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato o relación respectiva, sobre la cuantía de la indemnización que debe pagarse por los daños y perjuicios causados en los casos previstos en los numerales 4 y 5 del Artículo anterior, el monto de la misma deberá determinarse judicialmente en la vía sumaria, en cuyo caso el demandante deberá proponer dictamen de expertos, de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, a efecto de que se dictamine dentro del proceso, sobre la existencia y la cuantía de los daños y perjuicios reclamados.

En el contrato respectivo o después de ocurrida la causal, las partes también pueden optar por el arbitraje para resolver cualquier clase de controversias de dicho contrato. En todo caso, tanto los procesos judiciales como arbitrales, deben tener lugar, tramitarse y resolverse en la República de Guatemala, de acuerdo con las leyes nacionales aplicables a lo procedimientos judiciales o arbitrales.

Si una de las partes fuere condenada al pago de indemnización, la sentencia o el laudo podrá contemplar pronunciamiento:

a) Sobre la existencia o inexistencia de perjuicios y en caso de declararse su existencia, la cuantía de los mismos que en equidad corresponden, según la naturaleza y circunstancias del negocio; y

b) Sobre la existencia o inexistencia de daños y en caso de declararse su existencia, la cuantía de los mismos, en los siguientes rubros:

- Por concepto de gastos directos y de promoción o propaganda (publicidad) que se hubiere efectuado, con motivo y para los fines del contrato, durante el último año.

- Por concepto de inversiones que con ocasión o motivo del contrato, se hayan efectuado, siempre que estas no fueren recuperables o aprovechables para otros fines.

- Por concepto de pago de las mercancías existentes al precio de costo bodega C.I.F. (comprende además del precio de costo de la mercancía, la prima del seguro y el flete. Art. 699 del Código de Comercio) que ya no pudieren venderse por causa de la terminación o rescisión del contrato, siempre que estuvieren en buen estado. Sin embargo, también se considerará que se encuentra en buen estado aquella mercancía cuya descomposición sea imputable al principal.

- Por concepto de indemnizaciones a que conforme a la ley, tuvieren derecho los empleados o trabajadores cuyo despido obedeciere a la terminación del contrato.”

3.5. Contrato de comisión.

3.5.1. Definición legal:

La comisión es un típico contrato de colaboración, que se encuentra regulado en el Código de Comercio, Artículos del 303 al 331, el Art. 305, señala: “Encargo. Para desempeñar su comisión no es necesario que el comisionista tenga un mandato otorgado en escritura pública, siendo suficiente recibir comisión por escrito o de palabra; pero cuando haya sido verbal, el comitente deberá ratificarlo por escrito antes de que el negocio se haya realizado.” En los demás Artículos que lo regulan, se estipulan derechos y obligaciones recíprocos para ambas partes.

3.5.2. Definición doctrinaria:

El señor Arrubla Paucar, lo define así: “La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente

a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena.”⁽³⁸⁾ Puede deducirse entonces, que es un mandato sin representación, en el cual el comisionista no está obligado a señalar a nombre de quien contrata, quedando obligado con las personas con quienes contrata como si el negocio fuere propio (Art. 306 del Código de Comercio). Además el comitente no tiene acción contra terceros, quienes contrataron con el comisionista (Art. 307 del Código de Comercio) dándose así, una representación voluntaria directa, por lo que se tiene como un mandato mercantil.

Según la clasificación de los contratos por su función económica y por lo anteriormente expuesto, la comisión es un contrato de colaboración simple, por el cual una persona llamada comisionista, realiza actividades mercantiles a nombre propio, pero por cuenta de otra persona llamada comitente, percibiendo a cambio una remuneración denominada comisión que se estipulará entre las partes y a falta de esta, se regulará por el uso de la plaza donde se realice la comisión.

3.5.3. Naturaleza jurídica:

La relación jurídica que se traba entre comitente y comisionista es una relación de simple mandato, pero con la peculiaridad de que el comisionista debe actuar siempre en su propio nombre y nunca a nombre del comitente. Si el comisionista actúa a nombre del comitente, se desvirtúa la comisión.

El comisionista actúa en nombre propio pero por cuenta ajena, situación que el Código de Comercio establece en su Art. 303, señalando: “Comisionista es quien por cuenta ajena realiza actividades mercantiles”. Este Artículo es reafirmado por el Art. 306: “Comisionista obra en nombre propio, aunque trate por cuenta de otro...”, el Art. 305 nos ilustra al respecto: “Para desempeñar su comisión no es necesario que el comisionista tenga un mandato otorgado en escritura pública, siendo suficiente recibir comisión por escrito o de palabra; pero cuando haya sido verbal, el comitente deberá ratificarlo por escrito antes de que el negocio se haya realizado”.

³⁸ **Ob. Cit;** pág. 413.

Según el autor Arrubla Paucar: “Queda definida la comisión como un subtipo cualificado del mandato, en el cual, el comisionista actuará siempre en las relaciones con los terceros que sean necesarias para cumplir su encargo, en su propio nombre. Otra cosa diferente es que actúa por cuenta del comitente y estará obligado por ello a transmitir a éste, los resultados económicos y jurídicos de su gestión”.⁽³⁹⁾

En conclusión se considera que la comisión, es un contrato de colaboración simple con algunos aspectos del mandato, en donde el comisionista de manera independiente desarrolla su actividad mercantil en concurrencia con la actividad del comerciante.

3.5.4. Características:

- Es un contrato típico. El Código de Comercio, aunque no nos da una definición de éste, lo regula en sus Artículos del 303 al 331.

- Es un contrato consensual. Se perfecciona por el consentimiento de las partes (Art. 1588 del Código Civil). El Art. 305 del Código de Comercio señala lo siguiente: “es suficiente recibir comisión por escrito o de palabra; pero cuando haya sido verbal, el comitente deberá ratificarlo por escrito antes de que el negocio se haya realizado”. Y, el Art. 308 del mismo cuerpo legal, entre otras cosas señala: “Se presumirá aceptado el encargo si el comisionista no comunica al comitente que lo rehúsa, dentro del día hábil siguiente a aquel en que recibió la propuesta”.

- Es un contrato bilateral. El comisionista se obliga a realizar por cuenta del comitente, actividades mercantiles; y el comitente a remunerarlo y reembolsarle los gastos en que haya incurrido (Artículos 303, 311, 314, 328 y 329 del Código de Comercio).

- Es un contrato oneroso. Se estipulan provechos y gravámenes recíprocos para ambas partes.

³⁹ **Ibid**, pág. 416.

- Es un contrato de colaboración. La actividad del comisionista, tiende a facilitar al comitente la realización de actividades mercantiles, quien nos las lleva a cabo personalmente (Artículos 305, 314 y 327 del Código de Comercio).

- Derecho de retención. Los efectos que estén real o virtualmente en poder del comisionista se entenderán especial y preferentemente afectados al pago de su comisión, así como de los anticipos y gastos que el comisionista hubiere hecho por cuenta de ellos y no podrá ser desposeído de los mismos sin que previamente se le paguen (Art. 330 del Código de Comercio). El comisionista podrá retener los efectos en su poder hasta que se le pague su comisión y los anticipos y gastos que hubiere hecho por cuenta de ellos.

Es necesario también, aclarar que al tener el comisionista la facultad de vender objetos consignados (Art. 310 del Código de Comercio), se podría confundir el contrato de comisión con el contrato estimatorio (consignación), pero la diferencia principal es que el comisionista obra siempre por cuenta ajena, en tanto que el consignatario adquiere mercaderías en un precio estimado, para que en un plazo determinado, pague dicho precio o devuelva las mercaderías.

3.5.5. Elementos.

3.5.5.1. Elementos personales:

- **El comitente.** Es la persona que hace el encargo y que puede ser cualquier persona capaz de obligarse.

- **El comisionista.** Es la persona obligada a realizar a nombre propio, pero por cuenta del comitente, actividades mercantiles; está obligado a inscribirse en el registro mercantil y así obtener patente de comisionista.

3.5.5.2. Elemento real:

Las actividades mercantiles que el comisionista se haya obligado a realizar por cuenta del comitente y la comisión que este debe pagar al comisionista por esa actividad.

3.5.5.3. Elemento formal:

El Art. 305 del Código de Comercio indica: "Encargo. Para desempeñar su comisión no es necesario que el comisionista tenga un mandato otorgado en escritura pública, siendo suficiente recibir comisión por escrito o de palabra; pero cuando haya sido verbal, el comitente deberá ratificarlo por escrito antes de que el negocio se haya realizado". Es decir, que este contrato se puede celebrar en forma verbal o escrita, sin que sea preciso expresar el consentimiento por alguna forma especial.

3.5.6. Efectos.

3.5.6.1. Obligaciones del comisionista:

- La principal obligación del comisionista es cumplir la comisión aceptada (Art. 309 del Código de Comercio). Queda exento de ella, en aquellas comisiones cuyo cumplimiento exija provisión de fondos, el comisionista no estará obligado a ejecutarlas, mientras el comitente no se la hiciere en cantidad suficiente y podrá suspenderlas cuando se haya consumido la que se hubiere hecho. Si el comisionista se ha comprometido a anticipar fondos para el desempeño de la comisión, estará obligado a suplirlos, salvo caso de suspensión de pagos o quiebra del comitente (Artículo 312 del Código de Comercio).

- Desempeñar personalmente la comisión. Puede utilizar los servicios de dependientes, pero bajo su responsabilidad en operaciones que, según costumbre, se confíen a éstos. Para poder delegar la comisión, necesita autorización del comitente (Art. 311 del Código de Comercio).

- Sujetarse a las instrucciones del comitente, únicamente cumpliendo las instrucciones, quede el comisionista exento de responsabilidad (Art. 311, 3er. párrafo del Código de Comercio).

- Consultar al comitente en lo previsto y fijado expresamente, siempre que lo permita la naturaleza del negocio; si no es prudente la consulta, o está autorizado para obrar a su arbitrio, el comisionista debe hacer lo que su buen juicio le dicte y sea utilizado conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio (Art. 311, cuarto párrafo del Código de Comercio).

- Avisar al comitente determinadas circunstancias: la suspensión del cumplimiento por accidente imprevisto que haga perjudicial acatar las instrucciones recibidas. Todos los hechos o circunstancias que puedan llevar a revocar o modificar el encargo, o sea la ejecución de la comisión; la pérdida parcial o total por el transcurso del tiempo o vicio de las cosas que haya recibido y en el menoscabo de las mercaderías; las ventas a plazos, participándole los nombres de los compradores, si no da este aviso, se entiende en sus relaciones con el comitente, que las ventas fueron al contado (Art. 311, 314, 317; segundo párrafo y 321 del Código de Comercio).

- Informar al comitente de la marcha de la comisión (Art. 326 del Código de Comercio)

- Responder de los efectos que reciba y conservar los que tenga en su poder por cuenta ajena (Art. 316 y 317 del Código de Comercio).

- Contratar el transporte para los efectos que haya que transportar, si está encargado de la expedición de los mismos (Art. 318 del Código de Comercio).

- Asegurar los efectos objeto de la comisión, si tuviere orden para ello y contare con la provisión de fondos necesarios o se hubiere obligado a anticiparlos (Art. 318 del Código de Comercio).

- No prestar ni vender al crédito o a plazo sin autorización del comitente (Art. 320 del Código de Comercio).

- Cobrar los créditos de su comitente en el momento en que sean exigibles o usar los medios legales para conseguir el pago (Art. 320 del Código de Comercio).

- No comprar para sí ni para otro lo que se hubiere mandado vender (Art. 324 del Código de Comercio).
- Anotar los créditos contra una misma persona, provenientes de operaciones hechas por distintos comitentes, o bien por cuenta propia y ajena (Art. 325 del Código de Comercio).
- Trasladar al comitente las economías y ventajas que obtenga en los contratos que celebre (Art. 327 del Código de Comercio).
- Rendir cuentas de su gestión (Art. 326 del Código de Comercio).

3.5.6.2. Obligaciones del comitente:

- La obligación fundamental del comitente es la remuneración al comisionista (Art. 328 del Código de Comercio).
- Reembolsarle al comisionista los gastos y desembolsos, incluyendo multas (Art. 329 del Código de Comercio).

3.5.7. Extinción:

- El Código de Comercio en su Art. 323 señala: “El comitente tiene facultad en cualquier estado del negocio para revocar, reformar o modificar la comisión;...”.
- La muerte o inhabilitación del comisionista (Art. 331 del Código de Comercio). La inhabilitación puede provenir como sanción por los delitos de quiebra fraudulenta culpable y por alzamiento de bienes.
- La muerte o inhabilitación del comitente no termina la comisión, pero sus representantes pueden revocarla (Artículo 331 del Código de Comercio).

El Dr. Vásquez Martínez señala además: “El contrato de comisión termina al igual que la generalidad de los contratos; por mutuo consentimiento, por transcurso del plazo de duración, cumplimiento del encargo o imposibilidad de llevarlo a cabo.”

(40)

⁴⁰ **Ob. Cit;** pág. 632.

3.6. Contrato de corretaje.

3.6.1. Definición legal:

El Código de Comercio guatemalteco, en su Art. 301, dice así: “En virtud del contrato de corretaje, una o más partes interesadas en la conclusión de un negocio se obligan a pagar al corredor el corretaje si el negocio se concluye por efecto de su intervención”.

A manera de ilustración, se cita la definición de la legislación italiana: “Es mediador aquel que pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio sin estar ligado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación”.⁽⁴¹⁾

En el derecho comercial mexicano, se define al corredor de la siguiente manera: “Corredor es el agente auxiliar del comercio, con cuya intervención se proponen y ajustan los actos, contratos y convenios y se certifican los hechos mercantiles”.⁽⁴²⁾

3.6.2. Definición doctrinaria:

Los autores Raymundo L. Fernández y Osvaldo R. Gómez Leo, lo definen de la siguiente manera: “Contrato de corretaje es el acuerdo entre el corredor y el comitente, por el cual el primero se obliga mediante una retribución a buscar a la persona o cosa necesaria para llegar a la conclusión del contrato proyectado por el comitente”.⁽⁴³⁾ El autor Arrubla Paucar, al respecto dice lo siguiente: “En el contrato de corretaje, encontramos un comerciante profesional, que a cambio de una remuneración, pone todo su esfuerzo para concretar la oferta y la demanda y promover la conclusión de contratos mercantiles”.⁽⁴⁴⁾

⁴¹ **Ob. Cit;** pág. 456.

⁴² **Ibid,** pág. 457.

⁴³ Leo Fernández, Raymundo y Gómez Leo, Osvaldo R., **Tratado teórico práctico de derecho comercial,** pág. 339.

⁴⁴ **Ob. Cit;** pág. 455.

Según las definiciones citadas, el contrato de corretaje, es aquel contrato por el cual, el corredor a cambio de una remuneración, denominada corretaje, se dedica a poner en contacto a los interesados en la conclusión de un negocio mercantil. En otras palabras, el corredor es un intermediario entre quien ofrece una cosa y quien puede o quiere tomarla, a fin de ponerlos de acuerdo para terminar el negocio jurídico de que se trate.

3.6.3. Naturaleza jurídica:

Por ser el corretaje, un contrato por el que el corredor intermedia entre las partes interesadas en la conclusión de un negocio mercantil sin estar ligado a ninguna de las partes, se considera un contrato de colaboración.

3.6.4. Características:

- Es un contrato típico y nominado. Se encuentra regulado por la ley (Artículos del 292 al 301 de Código de Comercio) y este último Artículo lo designa como tal.

- 2. Es unilateral. Solo origina obligaciones para la parte o partes que hacen el encargo al corredor de pagar el corretaje, si el contrato se concluye por efecto de intervención del último (Art. 301 del Código de Comercio).

- Es un contrato oneroso. Tanto la persona que hace el encargo, como el corredor, quieren necesariamente conseguir una ventaja económica. El primero, celebrar el negocio jurídico deseado y el corredor, la remuneración o corretaje (Art. 301 del Código de Comercio).

- Es un contrato consensual. Se perfecciona por el consentimiento de las partes (Art. 1588 del Código Civil).

- No formal. El contrato de corretaje, no está sujeto a formalidades especiales y el vínculo no deja de surgir por la ausencia de estas (Art. 671 del Código de Comercio).

- De colaboración. Porque el corredor desarrolla su actividad en forma independiente, en concurrencia con la actividad de dos personas, actuando de intermediario entre ellas para la realización de un contrato (Artículos 292 y 301 del Código de Comercio).

- Es un contrato principal. Subsiste por sí solo (Art. 1589 del Código Civil).

3.6.5. Elementos.

3.6.5.1. Elementos personales:

- **Los interesados.** En la conclusión de un negocio jurídico que se ha encargado a otra persona, hacer los contactos necesarios para la realización del contrato de corretaje, negocio que traerá beneficios para las partes que participan de él (Art. 301 del Código de Comercio).

- **El corredor.** Quien en forma independiente y habitual se dedica a poner en contacto a los interesados en la conclusión de un negocio (Art. 292 del Código de Comercio).

3.6.5.2. Elementos reales:

- Los negocios. Sobre los que se realiza el corretaje, siendo estos de cualquier clase, por ejemplo: mercaderías, títulos de crédito, seguros, fianzas, operaciones bursátiles; regulándose los tres últimos, por la legislación específica (ley de seguros, ley de mercado de valores y mercancías y en nuestro Código de Comercio, Art. 292, segundo párrafo).

- El corretaje. Que deben pagar los interesados al corredor, si se concluye el negocio por efecto de su intervención (Art. 301, primer párrafo del Código de Comercio).

3.6.5.3. Elemento formal:

El corretaje no está sujeto para su validez, a formalidades especiales; las partes interesadas y el corredor, quedarán obligados de la manera y en los términos en que hayan querido obligarse (Art. 671 del Código de Comercio).

3.6.6. Efectos.

Las obligaciones y derechos en el contrato de corretaje nacen si el negocio se realiza por la intervención del corredor. El autor Joaquín Garrigues, señala: “En

esencia el contrato de corretaje contiene la promesa de una retribución para el caso de que llegue a tener realidad el negocio jurídico objeto de la mediación por efecto directo de la actividad del mediador”.⁽⁴⁵⁾ Quien da el encargo, sólo se obliga a pagar el corretaje, claro, si se cumple el presupuesto jurídico de la conclusión del negocio previsto por efecto de la intervención del corredor (Art. 301, primer párrafo del Código de Comercio).

3.6.6.1. Obligaciones del corredor:

- Responder de la identidad y capacidad de las personas que contraten por su mediación. Si interviniera en contratos celebrados por personas incapaces, responderá de los daños y perjuicios que resultaren directamente de la incapacidad (Art. 295, numeral primero del Código de Comercio).
- Ejecutar por sí mismo las negociaciones que se le encomienden (Art. 295, numeral segundo del Código de Comercio).
- Proponer los negocios con exactitud, claridad y precisión (Art. 295, numeral tercero del Código de Comercio).
- Asistir a la entrega de los objetos, material del negocio, cuando alguno de los contratante lo exija (Art. 295, numeral cuarto del Código de Comercio).
- Responder en las operaciones sobre títulos de crédito (Art. 295, numeral quinto del Código de Comercio).
- Conservar, marcada con su sello y con los de los contratantes, mientras el comprador no las reciba a su satisfacción, una muestra de las mercaderías, siempre que la operación se hubiere hecho sobre muestras (Art. 295, numeral sexto del Código de Comercio).
- Expedir, a costa de los interesados, certificación de los asientos correspondientes a los negocios en que hayan intervenido (Art. 295, numeral séptimo del Código de Comercio).
- Extender al comprador una lista firmada de los títulos negociados con su intervención (Art. 295, numeral octavo del Código de Comercio)

⁴⁵ Garríguez, Joaquín, **Curso de derecho mercantil**, pág. 123.

- Anotar en su registro los extremos esenciales de los contratos en que haya intervenido (Art. 295, numeral noveno del Código de Comercio).
- Guardar secreto sobre los negocios que se encarguen (Art. 295, numeral décimo del Código de Comercio).
- Exhibir los libros de oficio o a requerimiento de parte (Art. 299 del Código de Comercio).
- Llevar los libros de registro de negocios y un libro donde anotará los datos sobre los contratantes (Art. 297 del Código de Comercio).
- Entregar a los contratantes, un extracto del asiento en el registro al concluirse el negocio, mismo que firmaran las partes como prueba del contrato (Art. 297, numeral segundo del Código de Comercio).

3.6.6.2. Prohibiciones del corredor:

Esto se refiere a lo contemplado por el Art. 296 del Código de Comercio: 1º. Ejecutar negocios mercantiles por su cuenta o tomar interés en ellos bajo nombre propio o ajeno, directa o indirectamente. 2º. Desempeñar en el comercio, el oficio de cajero, tenedor de libros o contador o dependiente cualquiera que sea la denominación que llevaré. 3º. Exigir o recibir remuneraciones superiores a las convenidas con las partes. 4º. Dar certificaciones sobre hechos que no consten en los asientos de sus registros. Podrán, sin embargo, declarar únicamente en virtud de orden de tribunal competente, lo que hubieren visto o entendido en cualquier negocio.

3.6.6.3. Obligación del interesado en el corretaje:

- Pagar el corretaje si el negocio se ha concluido por efecto de la intervención del corredor (Art. 301 del Código de Comercio).

3.6.6.4. Derecho del corredor:

- Que se le pague el corretaje, si el negocio se concluye por su intervención (Art. 301 del Código de Comercio).
-

3.6.6.5. Derecho del interesado en el corretaje:

- Entre otros, el interesado, tiene el derecho de solicitar al corredor: certificaciones y listas de los asientos en los registros, de los negocios que por la intervención del corredor ha realizado (Art. 295 del Código de Comercio).

3.6.7. Extinción:

El Código de Comercio no lo regula en forma expresa. El Dr. Vásquez Martínez al respecto indica lo siguiente: “El corretaje puede terminar por lo siguiente: por desistimiento, tanto del corredor, como de quien hizo el encargo; por vencimiento del plazo previsto; o por muerte del corredor”.⁽⁴⁶⁾

Según el autor Jaime Arrubla Paucar: “El corretaje se extingue por haber cumplido la finalidad económica, es decir, por lograr el concierto de las partes y la celebración del negocio pretendido entre ellas. Es la manera normal de extinguirse el corretaje. También el corretaje puede estar sujeto a plazo o condición y en tales eventos se terminará por el advenimiento del plazo o el cumplimiento de la condición. También se acepta sin discusión que el corredor pueda renunciar al encargo que se le ha hecho en cualquier momento, siempre y cuando que su apartamiento del negocio sea avisado en un término prudente. Además por decisión unilateral de quien confirió el encargo, con la advertencia, de que si tal acto busca la finalidad fraudulenta de no pagar al corredor su retribución, de todas maneras éste tendrá derecho a ella cuando se concluya el negocio mediado. Por último, si se trata de persona natural, la muerte de ésta pondrá fin al corretaje, no pone fin al corretaje, pero impone al corredor, para el cabal cumplimiento de encargo con buena fe, que consulte a los herederos. También los herederos de quien formulara el encargo al mediador pueden revocarlo”.⁽⁴⁷⁾

⁴⁶ Ob. Cit; pág. 525.

⁴⁷ Ob. Cit; pág. 474.

CAPÍTULO IV

4. Los contratos atípicos de comercialización.

4.1. Definición:

Según el antiguo derecho romano, citado por el autor Arrubla Paucar, que afirma: “Los contratos atípicos o innominados, son aquellos que, carentes de una causa obligandi específica, se forman posteriormente –en la evolución del sistema-, a semejanza de la causa real nominada, requieren de la presencia de una causa civilis genérica para su eficacia obligatoria, y tienen no una actio propia, sino la general praescriptis verbis”.⁽⁴⁸⁾

4.1.1. Clasificación de los contratos atípicos:

Según el decir del profesor Federico Castro; “con la finalidad limitada de observar mejor la extensión de las dificultades que plantean, se pueden distinguir los contratos atípicos”.⁽⁴⁹⁾

Aceptando la inutilidad desde el punto de vista de los efectos jurídicos derivados de una clasificación de atípicos, observemos las principales categorías que plantea la doctrina:

- **Contratos típicos con prestaciones extrañas.** Muchos contratos, regulados en la ley, contienen cláusulas que consagran prestaciones no reguladas en la ley, como por ejemplo, en la venta con obligación de no ocurrencia; o venta con obligación de devolver los envases. Esta clase de contratos contiene elementos propios del tipo legal y elementos anómalos en sentido jurídico.

- **Contratos externamente conexos.** Es un ejemplo propuesto por el profesor Castro Bravo, al indicar: “como cuando se encuentran elaborados en un mismo documento, pero con respecto a relaciones jurídicas diversas”.⁽⁵⁰⁾

- **Contratos conexos en su finalidad económica.** Ejemplo de este tipo de contratos, sería, la venta de ascensores, con un contrato de mantenimiento o el

⁴⁸ **Ibid**, pág. 40.

⁴⁹ Castro Bravo, Federico, **El negocio jurídico**, pág. 202.

⁵⁰ **Ibid**, pág. 206.

arrendamiento de local comercial, con la obligación de vender exclusivamente una determinada marca.

- **Contratos de tipo doble o híbridos.** En estos, las respectivas prestaciones corresponden a dos clases de negocios. Por ejemplo, como pintar por la comida, o vigilancia por vivienda.

- **Contrato mixto.** Cuando se dan a la vez los propósitos propios de dos tipos de contrato, como cuando se vende y se dona, porque se está vendiendo por debajo del precio del costo.

Se fundamenta en la siguiente afirmación; “Esta clase de contratos está constituida por aquellas figuras cuyos elementos son todos conocidos (elementos legales), dispuestos sin embargo, en combinaciones diferentes de las que pueden ser apreciadas en los contratos típicos y que han sido tomadas de más de un tipo de contrato. Estos elementos pueden encontrarse en relación de coordinación o de subordinación”.⁽⁵¹⁾

- **Contrato atípico puro.** El contenido de estos contratos es completamente extraño a los tipos regulados por el ordenamiento jurídico.

4.1.2. La causa en el negocio atípico:

Especial significado adquiere el problema de la causa en los negocios jurídicos atípicos, para poder comprender claramente su significado. El contrato atípico, como negocio jurídico que es, debe tener también una causa determinada. Como en todo negocio jurídico hay que desentrañar cuál es el resultado esperado por las partes, el fin perseguido por ellos, el interés particular que desean regular, es decir, conocer la causa-motivo. Definir la causa, haciendo clara referencia al motivo del acto o contrato.

A diferencia de los contratos típicos, donde la causa recibe un reconocimiento directo por la ley, en los contratos atípicos, ese reconocimiento es solo directo, por el reconocimiento que en general se hace a la autonomía privada de las persona para obtener consecuencias en derecho, con las limitantes que el ordenamiento

⁵¹ Messineo, Francesco, **Doctrina general del contrato**, pág. 381.

jurídico establece para ello. Las partes dejan la causa en el contrato atípico y el negocio gozará de tutela a condición de que sea lícito.

Como negocio jurídico atípico, no es posible, para apreciar su causa, acudir a uno o varios esquemas legales, es necesario apreciarla en sí misma, incluso en los contratos atípicos que algunos clasifican como mixtos. En los contratos llamados mixtos, es necesario admitir, que el propósito práctico buscado por los contratantes, supera el observado individualmente en los diferentes tipos mezclados. No puede por tanto existir una causa mixta, pues la causa de los tipos legales no puede extenderse caprichosamente a supuestos que le son ajenos.

La determinación de la causa en el contrato atípico tiene un especial significado, fuera de establecer la licitud o no de uno de los elementos para la validez del mismo. Se averigua si lo convenido tiene la fuerza propia para constituir un solo negocio o si por el contrario, se trata de una simple mezcla de propósitos diferentes. Lo primero indicará la presencia de la atipicidad, lo segundo, señalará por el contrario una regulación para ese negocio propia de los tipos en él involucrados. Por otro lado, se sabrá cuál debe ser la jerarquía normativa adecuada para su disciplina, y por tanto se optará o por la del contrato tipo o la correspondiente a la contratación atípica.

4.2. Contrato de franquicia comercial.

4.2.1. Antecedentes:

En los últimos años se ha desarrollado en el derecho de los negocios, una figura vinculada a una moderna forma de distribución comercial. Se trata del **franchising**, que si bien reconoce antecedentes en los Estados Unidos a principios de siglo, recién toma auge en un contexto muy diferente en la década de 1950. Sin embargo; el franchising, o “franquicia comercial”, no es un fenómeno exclusivamente norteamericano, ya que su desarrollo ha trascendido las fronteras, reproduciéndose con igual fuerza en toda Europa en la medida en que muchas de las sociedades internacionales lo utilizan a escala mundial. América latina también

lo ha receptado y su introducción, bajo diversos nombres, ha merecido la atención de estudiosos y legisladores, sin que hasta el presente se haya concretado en normas específicas.

En Guatemala, la franquicia comercial es una realidad, particularmente en el rubro de los negocios de prestación de servicios como lo es el de las comidas rápidas. Nombres como McDonald's, Burger King o Pizza Hut se han vuelto tan populares como el de la franquicia comercial de producción de bebidas gaseosas Coca Cola que en nuestro país esta a cargo de la Embotelladora Central, Sociedad Anónima, y todos operan en el país según el modelo de la franquicia comercial. También lo utilizan los concesionarios de las grandes marcas de combustibles y algunas cadenas hoteleras.

La distribución de productos de alta calidad o de alta técnica obligó a la utilización de distribuidores o agentes exclusivos o semiexclusivos en lugar de mayoristas, puesto que el fabricante prefirió, por razones de prestigio, singularizar la venta de sus productos para distinguirla de otras mercaderías de menor valor o calidad. De la distribución exclusiva se pasó a la franquicia comercial y a la concesión comercial, que son afines, pero que constituyen institutos jurídicos diferentes. Es decir, que el productor de bienes o de servicios dispone de varias técnicas para distribuir sus productos.

La palabra "franquicia" es sinónimo de "privilegio". En la edad media, las ciudades con cartas francas tenían privilegios especiales que garantizaban ciertas libertades o autonomías para la ciudad (tales como la dispensa permanente de pagar tributo al rey o al señor de la región) o para sus ciudadanos (por ejemplo, el derecho a la libre circulación). Otro ejemplo se da, cuando la iglesia católica concedía a ciertos señores de tierras, autorizaciones para que actuaran en su nombre, recolectando los impuestos debidos a la iglesia.

Pero el verdadero desenvolvimiento de la franquicia comercial, como método para la expansión de los negocios de empresas de los más variados sectores, se dio a partir de comienzos del siglo XX, cuando fabricantes norteamericanos de automóviles, emulando a la primera General Motors, establecieron o ampliaron sus redes de distribución a través de franquicias otorgadas a comerciantes esparcidos por todo el país.

Finalmente, en 1954, ocurrió el hecho que dio verdadero auge al franchising: su adopción por parte de la empresa McDonald's como medio para expandir su sistema de comidas de servicio rápido, que en la actualidad cuenta con varios miles de restaurantes franquiciados ubicados en todo el mundo.

4.2.2. Definición:

En esencia, la franquicia puede ser considerada un sistema de comercialización de un producto o servicio. Es un contrato entre dos partes, por el cual el franquiciante permite al franquiciado comercializar un cierto producto o servicio bajo su marca y símbolo, contra el pago de un derecho de entrada o de regalías, o de ambas cosas. Sin embargo; es el franquiciado el que hace la inversión necesaria para el negocio, razón por la cual es un empresario independiente y no un empleado del franquiciante. La franquicia comercial denominada format franchising o franquicia empresaria, es también un método de transmisión de la enseñanza para operar un negocio probado. Por ello cuando se habla de franchising se debe tener presente que este concepto abarca dos aspectos:

- En su concepción restringida y originaria la franquicia comercial de productos es un contrato que permite la distribución continua y permanente de la producción de un fabricante.
- En su concepción dinámica y evolucionada la franquicia comercial, llamada business format franchising, es un contrato de empresa, por el que se transfiere un método para administrar y manejar un negocio, al que se le concede un monopolio

territorial de distribución de un producto o de un servicio identificado con una marca comercial del otorgante y sujeto a su estricto control y asistencia técnica en forma continua.

Para el autor Osvaldo Marzorati, la franquicia comercial puede ser definida de esta manera: “El contrato de franquicia comercial es aquel celebrado por escrito en el cual el otorgante ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción, vender o distribuir bienes o prestar servicios en forma exclusiva, creando una relación de asistencia del otorgante con carácter permanente, bajo el control de éste, al amparo de una marca, nombre comercial o seña, propiedad del otorgante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales”.⁽⁵²⁾

Para el autor Díaz Bravo, el contrato de franquicia “es aquel por el que el franquiciante otorga al franquiciatario la licencia de uso de una marca con el derecho de distribuir ciertos productos o explotar, con cierta exclusividad, una empresa o negociación mercantil de bienes o servicios, en ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de marca y nombre comercial, a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación”.⁽⁵³⁾

Sin embargo, el autor Ernest Ver Braun citado por Marzorati, dice lo siguiente: “Desde un punto de vista económico, no cabe duda alguna de que la franquicia es un método o sistema vinculado a la comercialización de productos o servicios”.⁽⁵⁴⁾ El franquiciante tiene un producto o un servicio que sabe que llena una necesidad del mercado consumidor. Su principal interés es saber cómo puede distribuir mejor ese producto o servicio del modo más eficiente y efectivo, para acceder lo más

⁵² **Ob. Cit;** pág. 194.

⁵³ Díaz Bravo, Arturo, **Contrato mercantiles**, pág. 215.

⁵⁴ **Ob. Cit;** pág. 184.

rápidamente posible a nuevos territorios, cruzar límites estatales o políticos y fronteras nacionales.

4.2.3. Naturaleza jurídica:

El contrato de franquicia comercial es un contrato complejo entre empresas independientes, que incide en múltiples disciplinas del derecho, tales como el derecho comercial, el industrial, el laboral y el derecho de la competencia. La función de este contrato es la colaboración para asegurar la distribución de un producto o servicio, en un mercado en el cual actúa la competencia. El franquiciante otorga marcas y tecnología de un producto y/o servicio, el franquiciado fabrica y comercializa el mismo producto y/o servicio.

4.2.4. Características:

- Consensual. Se perfecciona por el simple consentimiento de las partes.
- Bilateral. Ambas partes se obligan recíprocamente.
- Oneroso. Se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.
- Principal. Porque subsiste por sí solo.
- De cooperación. Ya que requiere estrecha colaboración entre ambas partes.
- Atípico e innominado. Se lleva a cabo por integración de la ley. En nuestro derecho constituye un contrato innominado.
- De tracto sucesivo. Las prestaciones de ambas partes son de carácter continuo en el tiempo que dure el contrato.

4.2.5. Elementos.

4.2.5.1. Elementos esenciales:

Etcheverry señala: "Puede señalarse la existencia de los siguientes elementos esenciales:

- El otorgamiento de un derecho o licencia de operar un negocio, asociado con el uso de una marca, símbolo o logotipo;

- Ejercicio de un control por el otorgante del producto o servicio sobre las operaciones, debiendo dar asistencia de capacitación en todos los campos de actuación del tomador;

- Pago de un canon o regalía por el tomador, mediante porcentuales sobre la facturación que realiza el otorgante, mientras dure el contrato;

- Transferencia al tomador de los conocimientos técnicos, propiedad del otorgante y de la tecnología comercial, ideado y experimentado por el otorgante;

- Reglamentación tendiente a la protección del prestigio de la marca, calidad y cualidad del producto y de su mercado, y asistencia del franquiciante al franquiciado, que se regula a través de un manual operativo”.⁽⁵⁵⁾

4.2.5.2. Elementos personales:

- **Franquiciante** (otorgante o franchisor):

Es el comerciante titular de una marca, el fabricante de un producto, quien ha creado un servicio; y es quien otorga la franquicia para explotar la marca en conexión con los métodos y normas establecidas.

- **Franquiciado** (tomador o franchisee):

Es el comerciante, que tiene el derecho otorgado por el franquiciante para producir, vender y distribuir bajo su propio riesgo en un área geográfica uno o varios productos o la prestación de servicios.

4.2.5.3. Elementos reales:

- Los bienes y/o servicios con su respectiva marca, métodos y asistencia técnica, así como el nombre comercial con que se identifica su negocio.

- La suma que debe abonar inicialmente el tomador, además de importes sucesivos determinados en el contrato (regalías).

4.2.5.4. Elemento formal:

En Guatemala, no existe norma que estipule el elemento formal, aunque se estima que por integración de la ley puede llevarse a cabo en escritura pública, esto

⁵⁵ Ob. Cit; pág. 390.

por la importancia que conlleva el mismo; Etcheverry en este aspecto indica lo siguiente: “Los contratos de franquicia revisten formas standard con cláusulas que sirven de marco a la celebración de este contrato, tienen especial relevancia las relativas a:

- **Exclusividad.** Funciona en este contrato, con especial referencia al ámbito geográfico y al campo tecnológico, tomando en cuenta los intereses propios y particulares de los contratantes y los comunes a ambos. Se delimitará con precisión y certeza el detalle de la tecnología a emplearse, el territorio donde operará el uso de la marca que ampara el producto y/o servicio. También se aplica en beneficio del franquiciante, prohibiéndole al franquiciado la realización de negocios competitivos durante el período de duración de la franquicia.

- **Control de producción y comercialización.** Se establece con miras a la conservación del prestigio, calidad y cualidad del producto y/o servicio en el territorio concedido.

- **Determinación del precio o regalía a tributarse.** Puede estar contenido dentro del precio de venta al público.

- **Aspectos publicitarios.** Se determinará a cargo de quién estará el gasto que demande este rubro en atención a la colocación y/o prestación exclusiva de productos y servicios, y la imagen y presencia en el mercado consumidor del franquiciante y su producto y/o servicio.

- **Garantías.** Se fijan sobre topes mínimos de producción y/o comercialización.

- **Colaboración.** Cumplimiento por el franquiciado de todos los recaudos legales tendientes a posibilitar la utilización de la franquicia dentro del territorio convenido.

- **Confidencialidad.** Se pretende, defender frente a terceros, los métodos operativos y los aportes tecnológicos del franquiciante”.⁽⁵⁶⁾

Cabe mencionar y conocer los siguientes elementos que conforman también el contrato de franquicia comercial y que además enriquecen la información sobre el mismo:

⁵⁶ **Ibid**, pág. 399.

a) Básicos. Para que pueda celebrarse un contrato de franquicia deben existir necesariamente los siguientes elementos básicos:

- Licencia de marca. Que exista por parte de alguien la titularidad de una marca sobre un producto o servicio. El franquiciado debe usar siempre la marca y signos distintivos del franquiciante.

- Transferencia de un know-how. Lo que simplemente traducido significa “saber como”. Es la obligación de entrenar al franquiciado para la conducción del negocio y la organización del trabajo.

- Regalías. Debe ser establecida alguna forma de retribución del franquiciado al franquiciante, a cambio de los servicios y de la asistencia que este le presta durante toda la vigencia del contrato.

- Operador de franquicia. Es indispensable la figura del operador de la franquicia, ya que el contrato de franquicia es un convenio de tipo personal en el que la persona del operador de la franquicia es esencial, aunque sea una sociedad.

- Territorio. Se establece una zona de acción a favor del franquiciado, en la que este desarrolla su negocio.

- Método operativo. El Franquiciante provee asistencia al franquiciado, en distinto grado según los términos del acuerdo (manual operativo que establece los modos de cooperación e interacción).

b) Alternativos. Complementan la caracterización del contrato:

- Compromisos de asistencia financiera. El franquiciante, habitualmente no compromete capital propio en el negocio franquiciado, pero sí lo asesora y muy a menudo lo vincula con un banco o entidad financiera, cuyo respectivo departamento le provee recursos financieros por el equipamiento de la franquicia o para concretar la adquisición de la misma.

- Calidad de suministros. Constatar que el franquiciado cumpla con los modelos de operación establecidos, de modo que estén aseguradas la imagen y la calidad del negocio del franquiciante.

- **Publicidad.** La imagen y la presencia del franquiciante dependen en gran medida de la publicidad y de las relaciones públicas que lo promueven. El contrato de franquicia generalmente establece qué publicidad estará a cargo del franquiciado y del franquiciante.

- **Cláusulas de no competencia.** Interés del franquiciante de que se introduzcan en el contrato cláusulas de no competencia, que significan que el franquiciado no ingresará en negocios competitivos durante el término de la franquicia y por un período posterior a su finalización.

- **Compras de bienes y/o servicios.** Es común que se pacten restricciones a las compras de bienes o servicios que puede hacer el franquiciado, como por otra parte, el compromiso de este último de adquirir una cantidad mínima de productos.

- **Confidencialidad.** Existe una obligación de reserva o secreto, puesto que el franquiciado tendrá acceso a la información confidencial del franquiciante en lo que se refiere a la administración de la empresa y prácticas operacionales desarrolladas por éste y que no pueden ser reveladas a terceros, aun por un plazo razonable posterior a la conclusión del contrato.

4.2.6. Efectos.

4.2.6.1. Obligaciones del franquiciante (otorgante):

Las obligaciones del otorgante de la franquicia consisten en la provisión, distribución y organización, uso de los derechos de propiedad industrial y entrenamiento del franquiciado. También debe asistir al franquiciado activa y permanentemente y desarrollar el sistema constantemente.

Otras obligaciones del franquiciante son:

- Garantizar la cobertura de los problemas inherentes a la comercialización de sus productos (marcas, derecho de propiedad industrial).

- Realizar inversiones para mantener la tecnología actualizada.

- Mantener una política de precios de sus productos, asegurando la actividad del tomador.

- Indemnizar al tomador por reclamos de terceros derivados de daños por no cumplir sus obligaciones.

- Respetar la exclusividad del tomador, proporcionar un sistema de supervisión y control.

4.2.6.2. Derechos del franquiciante (otorgante):

- Al solucionar los problemas de comercialización de sus productos asegura una mejor difusión de los mismos.

- Al establecer una vasta red de lugares de venta, tiene una ventaja sobre la competencia.

- Recibir la suma inicial determinada y los importes sucesivos (regalías).

4.2.6.3. Obligaciones del franquiciado (tomador):

El tomador de la franquicia contribuye con mano de obra, capital e información a la “comunidad de intereses” que forma con el otorgante. Así, debe comprar las maquinarias o equipos que le sugiere el otorgante.

Otras obligaciones del franquiciado son:

- Correr con el riesgo de la empresa.

- Debe pagar una suma fija y una regalía mensual sobre sus ventas o ingresos al otorgante; adicionalmente debe pagar un derecho por el uso de la marca.

- Debe seguir escrupulosamente las instrucciones del otorgante sobre producción, comercialización y administración del producto o servicio.

- Respetar las normas de calidad en la presentación, venta y precio del producto y/o servicio.

- Actuar dentro de los límites territoriales de la franquicia concedida.

- Aceptar el control de inspección que imponga el otorgante.

4.2.6.4. Derechos del franquiciado (tomador):

- Tiene beneficio de la publicidad, de los estudios de mercado (planes de mercadotecnia) que el otorgante efectúa.
- El personal puede recibir entrenamiento en la central del otorgante.

4.2.7. Extinción:

En lo que se refiere a la extinción del contrato de franquicia, Marzorati señala; “que en Centro América, refiriéndose específicamente a la legislación guatemalteca, Decreto 78-71 del Congreso de la República, ley del contrato de agencia, distribución y representación; los aspectos de extinción y efectos, se pueden utilizar en forma análoga así: “En Centro América y Panamá los contratos de agencia, distribución y representación se encuentran regulados por una legislación reciente de tipo proteccionista, la razón de esta legislación, ha sido la defensa del distribuidor local frente a su concedente extranjero y la desigualdad económica de las partes que se busca contrarrestar con la creación de un organismo que contribuya a tutelar los derechos de la parte considerada la más débil, pensamos que esta legislación puede aplicarse por analogía a los contratos de franquicia.”⁽⁵⁷⁾

La anterior, es una opinión considerable de aplicar, pero no puede aplicarse en nuestro medio, ya que actualmente el Art. 280 del Código de Comercio (reformado por el Art. 1 del Decreto 8-98 del Congreso de la República en su último párrafo, establece: “Por el contrario, las disposiciones de este capítulo no serán aplicables a contratos... de franquicias comerciales.”

4.2.8. Diferencias:

- **Con el contrato de distribución:**

Tanto en el contrato de franquicia, como en el de distribución, los tomadores son comerciantes independientes que compran para vender por su cuenta y riesgo los productos y/o servicios del otorgante.

⁵⁷ Ob. Cit; pág. 294.

En el contrato de distribución, el distribuidor actúa con métodos y sistemas propios, mientras que en la franquicia, el franquiciado depende totalmente del método del franquiciante, ya que este último le vende no sólo un producto o un servicio, sino también una forma de comercialización al amparo de una marca, para alcanzar el éxito en el negocio de que se trate. También en el contrato de franquicia existe una contraprestación a cargo del franquiciado a favor del franquiciante, que consiste en una regalía sobre sus ventas o ingresos que el franquiciado debe de pagar al franquiciante en los plazos estipulados en el contrato.

4.3. Contrato de concesión comercial.

4.3.1. Antecedentes:

El contrato de concesión comercial surgió en las últimas décadas como medio de actuación privada tendiente a canalizar la producción hacia el consumidor. Es 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 presente trabajo, sin embargo, se describirá especialmente lo referente a la concesión comercial. La concesión constituye un contrato y un concepto nuevo proveniente del derecho administrativo, ligado a un privilegio de reventa exclusiva de productos a favor de un comerciante independiente, en virtud del cual el concesionario, para asegurar su lucro, debe resignar parte de su autonomía jurídica, subordinando e integrando su actividad económica a los recaudos que con carácter uniforme para la red de distribución le requiere el concedente.

La concesión, como ya se expuso, es un concepto proveniente del derecho administrativo y que involucra una idea de privilegio generalmente monopólico, mientras que la concesión del derecho privado es una actividad comercial de carácter competitivo cuyas materias objeto del contrato son mercancías y las partes que intervienen son personas particulares con calidad de comerciantes, cuya meta es la expansión del mercado de sus productos tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Sin embargo, toda confusión entre ambos contratos es imposible. La

actuación del Estado como persona de derecho público en el contrato administrativo de concesión, la exorbitancia con que se desempeña, constituye la pauta esencial para la distinción y es suficiente para diferenciar conceptual y terminantemente tal contrato de la figura de la concesión privada.

Se concluye que en ambas concesiones (pública y privada), ambos concedentes acuden a un comerciante llamado concesionario con el fin de que preste en forma eficiente y bajo su responsabilidad, un servicio. Con la diferencia de que en la concesión comercial, este servicio se refiere a la distribución y venta de los productos que el concedente fabrica y su finalidad es el lucro.

4.3.2. Definición:

El autor Arrubla Paucar, lo define así: “La concesión comercial o concesión propiamente dicha es la primera en aparecer en el mundo de los negocios e implica la obligación del concedente de utilizar al concesionario para la distribución de sus productos, permitiéndole el margen de utilidad de la reventa, pero recibiendo a cambio múltiples contraprestaciones por incorporar los servicios del concesionario a su red de distribuidores y obtener un servicio de post-venta para sus productos, principalmente”.⁽⁵⁸⁾

El maestro Champaud, citado por Marzorati, ensayó lo que hoy constituye una definición clásica de la concesión comercial: “Es la convención por la cual un comerciante denominado concesionario, pone su empresa de distribución al servicio de un comerciante o industrial denominado concedente, para asegurar exclusivamente, sobre un territorio determinado, por un tiempo limitado y bajo la vigilancia del concedente, la distribución de productos de los que se le ha concedido el monopolio de reventa”.⁽⁵⁹⁾

⁵⁸ **Ob. Cit;** pág. 325.

⁵⁹ **Ob. Cit;** pág. 113.

Por otra parte, la ley belga es la única que considera al concesionario de venta exclusiva como: “el comerciante que tiene de un concedente el derecho de vender a título exclusivo los artículos o productos que aquél fabrica a su propio nombre y por su propia cuenta”.⁽⁶⁰⁾

4.3.3. Naturaleza jurídica:

El contrato de concesión, es un contrato de colaboración, en el que no hay intereses contrapuestos, ya que concedente y concesionario tienen interés en vender y los une una misma finalidad: organizar la venta de las mercaderías o bienes objeto de la concesión. De tal manera, que como contrato de colaboración que es, ambas partes se benefician y no es deseable que una prospere exclusivamente a expensas de la otra.

4.3.4. Características:

- Consensual. Se perfecciona con el mero consentimiento, que crea ya las obligaciones emergentes del contrato.
- Bilateral. Ambas partes del contrato resultan obligadas luego de su formación.
- Oneroso. Hay ventajas económicas recíprocas, que se otorgan la una teniendo en mira la otra. Se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.
- Conmutativo. Tiene este carácter por determinar obligaciones ciertas y apreciables para las partes en el acto mismo en que se perfecciona.
- No formal. Por ser un contrato atípico, rige el principio de libertad de formas, puesto que no hay formalidades establecidas de ninguna especie.
- De tracto sucesivo. Se trata de un contrato de ejecución continuada o periódica, en el que hay un cumplimiento repetido en el tiempo que dure el contrato.

4.3.5. Elementos.

⁶⁰ Ibid.

4.3.5.1. Elementos personales:

- **Concedente:**

Es el comerciante titular de una empresa que vende o concede a otra u otras empresas concesionarias, la facultad de distribuir sus productos, confiándoles la responsabilidad de mantener una clientela y de aumentarla para la marca de sus productos.

- **Concesionario:**

Es el empresario que compra al concedente los productos que revende en su establecimiento, ofrece además servicios de post-venta y mantiene y conquista clientela para esos productos de marca, comprometiéndose a su tarea en forma exclusiva.

4.3.5.2. Elementos reales:

- El privilegio de reventa exclusiva de productos, bienes y/o servicios a favor de un comerciante independiente sobre un territorio determinado y por un tiempo limitado a su propio nombre y por su cuenta.

- El beneficio económico para ambas partes. La remuneración resultante de la diferencia del precio de compra con el de reventa para acrecentar la rentabilidad del producto, bien o servicios.

4.3.5.3. Elemento formal:

Por ser un contrato atípico, no existe formalidad alguna establecida por la legislación para su celebración, siendo apropiado realizar este contrato en forma escrita, en español y ante notario.

Otros elementos que configuran a este contrato son:

- **Autorización para adquirir productos del concedente.** Este es el objeto principal del contrato de concesión: el concedente decide separar una actividad que le compete y otorga esa autorización al concesionario. Debe surgir claramente esa delegación por parte del concedente para que pueda determinarse la existencia de una concesión. El privilegio de adquirir productos del concedente, es la esencia de

la concesión y ésta no puede existir sin el derecho del concesionario de comprar para revender los productos del concedente en una zona determinada.

• **Prestación o explotación de la concesión a nombre propio.** La prestación del servicio de pre y postventa a nombre, por cuenta y a riesgo del concesionario es otra finalidad común que ambas partes tienen en mira al contratar. Al decir que el concesionario actúa por su cuenta y a su riesgo, se entiende, que debe soportar el riesgo de la explotación. El concedente celebra el contrato para prestar el servicio, para asegurarlo, incluso en mejores condiciones, a los terceros. Por su parte el concesionario asume como principal obligación y adquiere también como principal derecho, la realización de la explotación concedida.

• **Autonomía.** El concesionario desempeña sus funciones con autonomía, en el sentido de que no se encuentra vinculado por una relación de dependencia jurídica, pero sí existe una subordinación técnica y económica que pone en manos del concedente la decisión sobre: 1. La zona en que el concesionario debe actuar; 2. el modo de efectuar las ventas, con todas sus características y hasta los mínimos detalles; 3. la oportunidad, ya que el otorgante, por medio de las cuotas de productos que se obliga a entregar –que generalmente son estimativas y por tanto variables-, puede regularlas de acuerdo con las oscilaciones del mercado o de la fabricación; 4. El tipo de producto o servicios a promover; 5. El stock de repuestos que debe mantener; 6. la designación de subconcesionarios, revendedores o colaboradores; 7. la forma en que puede emplear el nombre, la marca, enseña o emblema del fabricante; 8. la uniformidad en la promoción de la publicidad; 9. la determinación del precio sugerido de reventa y la participación del concesionario o su ganancia le es fijada por el concedente.

Su autonomía en realidad radica en que conserva un patrimonio separado cuya ganancia y riesgo pertenecen y que es libre de dejar su negocio de concesión si lo juzga inconveniente.

• **Control.** Siendo el contrato de concesión una delegación de actividad, el control de dicha actividad por el concedente es un elemento esencial. Tal control no significa una subordinación jurídica, puesto que el concesionario es autónomo. El control del concedente se manifiesta en la posibilidad de reglamentación y de

vigilancia y es consecuencia de que el concedente necesita uniformar la actividad del concesionario y por tal razón se reserva la facultad de controlarlo, así como también la de modificar las condiciones en que presta la actividad en ciertos aspectos (precios, descuentos, materiales o mercadería a utilizar en la prestación, utilización de los emblemas e insignias del concedente, cualidades del personal que preste el servicio).

• **Exclusividad.** Esta es unilateral para el concesionario, ya que existe la prohibición de actuar en el mismo ramo para otras marcas y proveerse de otra fuente que no sea el concedente. Este, en cambio, puede designar otros concesionarios o vender directamente en la zona asignada a ciertos clientes si se previó en el contrato, o bien como manifestación de la autoridad que deriva de su situación de predominio. Sin embargo, hay quienes entienden que la exclusividad también rige para el concedente, es decir que es “compartida”, obligándolo a abstenerse de toda actividad competitiva directa o de vender a comerciantes no concesionarios.

En mi opinión, la exclusividad debe ser recíproca, ya que el fin es de beneficio para ambas partes y el concedente tiene la obligación de aprovisionar a aquellos que son sus concesionarios designados y no vender directamente al consumidor, con excepción de ciertas situaciones (empleados, exportaciones, ventas a ciertos consumidores).

4.3.6. Efectos.

Los derechos y obligaciones de cada parte tienden a privilegiar la actuación del concedente-fabricante frente a cada uno de los concesionarios.

4.3.6.1. Obligaciones del concedente:

Este se obliga a:

• **Mantener una corriente de aprovisionamiento de productos o mercaderías.** No compromete un número determinado de entregas, sino una cifra de estimación, oscilante, cuyo contenido gradúa de acuerdo con el ritmo de fabricación, programación, demanda en la zona de promoción y política de ventas.

- Liquidar las operaciones en garantía, en forma oportuna.
- Establecer políticas de garantía, talleres de comercialización y suministro de repuestos uniformes para toda la red.
- Promover y publicitar los productos en forma global.
- Proporcionar a los concesionarios información técnica y capacitación para la mejor atención del usuario.

4.3.6.2. Derechos del concedente:

- Pactar o imponer condiciones especiales de contrato.
- Inspeccionar continuamente la contabilidad de sus concesionarios.
- Se beneficia con las ventas del concesionario, pero no carga con las obligaciones respecto de terceros.
- Si el concedente fuera responsabilizado frente a terceros, tendría derecho a repetir frente al concesionario, en virtud de la relación que los vincula.
- Determinar el precio sugerido de reventa y fijar la participación del concesionario o su ganancia.

4.3.6.3. Obligaciones del concesionario:

- Aprovisionarse exclusivamente del concedente.
- Comprar para revender una cantidad mínima de productos.
- Tener instalaciones adecuadas para venta y servicio.
- Prestar un servicio de garantía y de mantenimiento.
- Respetar el territorio de los restantes concesionarios.
- Tener un inventario de repuestos acorde con sus responsabilidades de venta.
- Mantener un capital de trabajo adecuado a su giro.
- Promover la venta de los productos objeto de la concesión y participar en campañas de publicidad.
- Adoptar sistemas administrativos, financieros y contables del concedente.
- No comercializar productos competitivos con los del concedente.

4.3.6.4. Derechos del concesionario:

El concesionario tiene derecho a:

- El otorgamiento de un privilegio de reventa de los productos en una zona determinada.
- Comprar del concedente en condiciones más ventajosas.
- Que el concedente respete y haga respetar su monopolio de reventa en su territorio, si estuviera establecido.
- Usar gratuitamente la insignia y nombre comerciales del concedente.
- La realización de la explotación concedida por medio de la reventa de un producto bien o servicio específico.

Puede decirse 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 mercaderías conocidas en el mercado.

4.3.7. Extinción:

Como en todo contrato de duración, la voluntad de ambos contratantes, puede poner fin al contrato de concesión mercantil.

Algunas causas especiales que ponen fin al contrato de concesión comercial son:

A. Expiración del término de duración. La concesión suele ser pactada por un amplio término de tiempo. Es indispensable para que las partes puedan cumplir sus recíprocos intereses. Una vez concluido ese período de tiempo estipulado por las partes, termina el contrato. Algunas veces, suele abusarse por los concedentes, en los contratos, que utilizan para con todos sus concesionarios. En este caso, el profesor francés Guyenot “establece algunos parámetros, para fijar la indemnización que se causaría a favor del concesionario:

- El mayor valor de la clientela aportada por el concesionario y que se traduce a favor del concedente;

- Los gastos que el concesionario ha expuesto en vista de la explotación de la concesión; y
- Las indemnizaciones que el concesionario debe a su personal, que se ve en la necesidad de despedir como consecuencia de la terminación del contrato.

La no renovación de un contrato, no puede considerarse una práctica abusiva. Sin embargo, ello no puede sostenerse en todos los casos. En aquellos contratos, como la concesión mercantil con exclusividad a favor del concedente, donde las partes conocen el camino que tendrán que recorrer para ejecutar el contrato, donde se saben cuáles serán los esfuerzos económicos del concesionario que lo llevarán a montar todo un andamiaje indispensable para la ejecución contractual, la no renovación abusiva debe tener sus consecuencias jurídicas, es decir, indemnizar los perjuicios que se causen con la no renovación".⁽⁶¹⁾

B. Por desahucio unilateral. Debe ser la forma de poner fin al contrato de concesión que no tiene establecido un plazo o una condición para su duración. La parte que desee poner fin al contrato, deberá notificarlo a la otra parte, con una antelación suficiente para que la otra pueda concluir sus negocios pendientes, procurarse un reemplazo u otra actividad.

C. La insolvencia de una de las partes. La insolvencia de una de las partes que permita albergar el justo temor, de que no podrá continuar atendiendo debidamente la concesión, la faculta para solicitar la terminación del contrato.

4.3.8. Diferencias:

- **Con el contrato de agencia:**

Conviene comparar el contrato de concesión con el de agencia no solo por la similitud de elementos externos y la falta de un criterio uniforme sobre su caracterización, sino porque es frecuente el uso indistinto de ambos términos. Las diferencias más importantes son las siguientes:

Salvo en casos excepcionales, cuando el agente actúa en nombre propio o además es representante, no cumple la función de vender sino sólo de promover, de modo que la vinculación jurídica del comprador no se establece con él sino con el proponente, que es quien soporta el riesgo económico de la explotación. El concesionario compra la mercadería que luego vende a su propio nombre quedando así vinculado jurídicamente con el comprador.

La agencia requiere la aplicación de los recursos del proveedor a la fase de comercialización; la concesión permite en cambio alcanzar un cierto poder directivo y de control sobre recursos ajenos, poder a través del cual el fabricante llega a organizar y dirigir una red comercial sin necesidad de concentrar en ella parte de su capacidad de inversión.

El agente actúa en su zona con exclusividad, o sea, sin la concurrencia directa del fabricante o distribuidor, mientras que el concesionario no siempre es exclusivo, hasta el punto que suele preverse en el reglamento la actuación de otro concesionario en la misma zona.

⁶¹ Guyenot, Jean, **Los contratos de concesión comercial**, págs. 400/ 405.

El concesionario lucra con la diferencia entre el precio de compra al fabricante o distribuidor y el precio de reventa al consumidor; el agente en cambio es retribuido generalmente con un porcentaje de comisión sobre el precio de venta del artículo.

Si bien el agente y el concesionario desarrollan su actividad con independencia y autonomía, lo cierto es que la concesión suele instrumentarse en un contrato de adhesión, o sea en un contrato reglamento en el que se fijan al concesionario normas muy detalladas y condiciones muy estrictas sobre el desarrollo y cese de su relación contractual, a tal punto que en la práctica el concesionario se halla sometido a la voluntad del concedente, no por dependencia jurídica pero si por subordinación económica y técnica.

- **Con el contrato de distribución:**

Desde el punto de vista de sus elementos externos la actividad del concesionario no difiere de la del distribuidor: los dos están en una misma situación en relación con el cliente. Se ha señalado que la distinción entre uno y otro está especialmente en la naturaleza de la relación interna con el proveedor.

Pueden apuntarse las siguientes diferencias:

La diferencia más importante radica en que con el sistema de concesiones se busca imponer una unidad de decisión en cabeza del principal o concedente, que dirige la actividad del concesionario a través de una serie detallada de cláusulas y controles sin arriesgar su propia inversión. Es decir que el contrato se caracteriza porque el concesionario realiza sus negocios, en definitiva, bajo el nombre y control del proveedor, ya sea que este resultado se produzca por efecto de las previsiones de la convención o porque económicamente lo obliga el abastecimiento exclusivo o casi exclusivo. En el contrato de distribución en cambio, si bien se prevé el cumplimiento de ciertas directivas impartidas por el fabricante, especialmente referidas a la fijación del precio de venta del producto y un régimen de supervisión o de acopio de información, estas no implican el mismo grado de enajenación de la independencia económica ni de subordinación técnica por parte del distribuidor, sino más bien el medio para desarrollar un régimen de cooperación tendiente a alcanzar el fin que determinó el advenimiento del acuerdo realizado en interés recíproco.

El concesionario tiene una obligación de garantía, obligación que no tiene el distribuidor. El distribuidor vende un producto cuya garantía presta el fabricante. En cambio el concesionario presta directamente la garantía al usuario como una obligación propia, aunque en muchos casos obtiene un reembolso parcial del concedente.

Es necesario puntualizar que las diferencias se acortan sobremanera en la práctica comercial. Muchas veces en función de fallos aislados se ha pretendido en la práctica confundir una figura por otra o disminuir las responsabilidades por el simple hecho de cambiar el nombre del contrato de

concesión por contrato de distribución. La distribución propia puede o no ser exclusiva. La concesión de hecho o de derecho es siempre exclusiva.

• **Diferencia entre franquicia y concesión comercial:**

La concesión del uso de marca y el pago de prestaciones periódicas diferencian totalmente a la concesión de la franquicia: en este último contrato son ingredientes esenciales, que no existen en la concesión. En la concesión no hay licencia de marca, el concesionario no tiene permiso de usar la marca del concedente en otros o en sus propios productos: simplemente adquiere mercadería conocida bajo un nombre comercial o marca que revende, solo puede utilizar la marca en conjunción con la venta del producto cuya reventa el concedente le ha autorizado. Tampoco en la concesión, se concede un método de comercialización, sino que solo se fijan pautas.

4.4. La necesidad de regular legalmente los contratos atípicos de comercialización.

La franquicia comercial, es un contrato atípico mercantil, en el cual se otorga la autorización para utilizar propiamente un método que permita un negocio exitoso, está destinado a tener una amplia acogida en nuestro país y en toda sociedad en donde la competencia, el deseo de tener un negocio propio, el sacrificio personal y el éxito son bien considerados.

Es un contrato complejo que incide en múltiples disciplinas del derecho. En algunas situaciones podrían darse casos en los que haya confusión con respecto a la relación entre franquiciante y franquiciado a la hora de la resolución de conflictos. Entonces será necesario decidir la ley aplicable, tal decisión es también necesaria a la hora de iniciar la relación contractual, principalmente con relación al pago de las regalías.

Podemos encontrar legislada la franquicia comercial en el Código italiano, ya que en ese país y en general en Europa, reviste de suma importancia la realización de este tipo de negocios comerciales, pero no se encuentra contemplado en nuestro derecho, en el que constituye un contrato innominado, pese a que el mismo se utiliza frecuentemente en nuestro país.

En la franquicia comercial, existen desde el principio derechos y obligaciones exigibles con su otorgamiento. Existe una obligación de comprar y revender, de prestar servicios o de colocar pedidos, prestar asesoramiento o entrenamiento, de adquirir suministros o repuestos. Esto constituye una estipulación futura que puede o no cumplirse. Las obligaciones nacen con el otorgamiento del contrato que ya hemos señalado, no se encuentra regulado ni contenido en ninguna de nuestras leyes vigentes, por lo que se da lugar a ser utilizado de manera antojadiza y algunas veces resulta más beneficioso para una sola de las partes, perjudicando a la otra o simplemente sosteniendo el negocio sin la rentabilidad esperada por ésta.

Muy a menudo, la franquicia es un contrato que se realiza con base a cláusulas predispuestas. Es por eso que algunos estudiosos de este sistema comercial de distribución, consideran que el contrato de franquicia se caracteriza por la ausencia de negociación, imponiendo una de las partes todas las condiciones del contrato, el franquiciado no podrá modificar el contrato que le presenta el franquiciante, excepto en aquellas áreas en que el franquiciante lo admite. Es necesario regular legalmente el contrato de franquicia comercial, ya que siendo un contrato atípico o innominado, puesto que su existencia, contenido, efectos y forma no han sido disciplinados por la ley y siendo este de uso frecuente en el comercio guatemalteco en la actualidad, en la que el desarrollo y evolución de la actividad comercial no se detiene, sino que, por el contrario crece y avanza a pasos gigantescos, la ausencia de regulación legal de dicho contrato constituye un estancamiento a esa actividad que es tan importante como generadora de ingresos económicos, empleos, relaciones comerciales entre países a nivel internacional y en general es altamente productiva y expansiva en los negocios comerciales realizados diariamente tanto en nuestro país como en todas partes del mundo. De ahí, la necesidad de crear normas específicas y de carácter imperativo aplicables al contrato de franquicia comercial. La concesión comercial, desempeña una función económica de gran importancia en el comercio actual de nuestro país. Versa generalmente sobre la distribución de bienes y la concesión de servicios. La concesión es un contrato atípico o innominado, es decir que su tipología no está regulada dentro de la clasificación normativa guatemalteca. La situación jurídica de las partes está dominada por principios contradictorios. Por un lado, el concesionario conserva, aparentemente, su independencia jurídica y patrimonial, por otro su empresa está económica y contractualmente ligada a la del concedente. Los candidatos al contrato tienen la posibilidad de aceptar o rehusar, no obstante el rigor de esta condición, la celebración de los contratos de concesión comercial, son cada vez más frecuentes. El concedente, situado por razones diversas en una posición económica más fuerte que su cocontratante, impone las condiciones del contrato. A esto se suma la ausencia de una norma legal que limite dichas imposiciones y ubique tanto al concedente como al concesionario en posición de igualdad jurídica. El concesionario asume como principal obligación y adquiere también como principal derecho, la realización de la explotación concedida, dicha explotación debe realizarse en nombre propio, por cuenta y riesgo del concesionario. El concedente no se responsabiliza frente a terceros y si en apariencia el concedente fuere responsabilizado frente a terceros, tendría derecho a repetir frente al concesionario, en virtud de la relación que los vincula. El concesionario debe soportar el riesgo de la explotación. En el aspecto laboral, correrán por cuenta de él no sólo la remuneración, sino todas las obligaciones del patrono, incluidas las cargas laborales o sociales. Por otro lado, le corresponderán también, salvo pacto en contrario, todos los impuestos que se deriven de la explotación. Ya en marcha la concesión, cualquier intento de oponerse a las directivas del concedente, le puede significar sanciones pecuniarias o la amenaza de la rescisión del contrato.

Por ser la concesión un contrato atípico, no hay formalidades establecidas de ninguna especie. Esto permite el juego libre de la voluntad respecto de las formas, lo que constituye otro motivo para

regular legalmente este contrato, ya que el mismo, es demasiado serio e importante por su relevancia en el ámbito económico-comercial en la relación de negocios tanto nacionales como extranjeros. Además, el hecho de no estar regulado, ha permitido el abuso por parte de empresas extranjeras concedentes hacia empresas nacionales concesionarias, que obtienen de este negocio grandes ganancias que generalmente se van hacia el extranjero y aunque estas concesiones han generado empleo y beneficios económicos, no se puede ocultar el hecho de que los beneficios son mayores para las empresas extranjeras, lo cual no sería así, si hubiera una norma específica y de carácter imperativo que regule y permita controlar el contrato de concesión comercial y establezca los derechos y obligaciones de ambas partes, ya que describirlo como una relación de confianza y colaboración basada en la lealtad es totalmente alejado de la realidad. Como corolario de lo anterior, si actualmente el Congreso de la República está por aprobar un proyecto de ley en el cual se contempla la creación de la Ley de los Contratos de Concesión Pública por el cual el Estado otorgaría la concesión de servicios públicos a entidades privadas, ya sea nacionales o extranjeras, es decir, que podrán entregarse en concesión todas aquellas obras y bienes públicos (construcción o mantenimiento de carreteras, puertos, edificios públicos, servicios de desarrollo turístico, parques, correos, alimentación para hospitales, cárceles, escuelas, elaboración de documentos de identificación, etc.), también es de suma importancia que se regule en una ley específica lo concerniente al contrato de concesión comercial por el impacto de beneficio económico que conlleva y la regularidad con que éste es utilizado en los negocios mercantiles en Guatemala y el mundo.

CONCLUSIONES

1. El derecho mercantil, a través de normas jurídicas codificadas o no, regula la actividad profesional de los comerciantes, siendo una de estas actividades, la intermediación comercial, también llamada colaboración o cooperación simple.
2. La agencia, distribución, representación, comisión, el corretaje, la franquicia y concesión, forman parte de los modernos sistemas de comercialización, utilizados actualmente y con mucha frecuencia en la actividad mercantil.
3. La intermediación comercial es la transferencia de bienes o prestación de servicios entre personas profesionales del comercio: auxiliares de los comerciantes o intermediarios en donde se ubican los agentes de comercio, distribuidores, representantes, comisionistas, corredores, franquiciantes y concesionarios.
4. Los comerciantes productores o principales, para comercializar sus bienes o realizar la prestación de servicios a otros comerciantes, o bien al consumidor final, necesitan de comerciantes intermediarios mayoristas o auxiliares de comercio. Para la realización de dicha actividad, celebran entre sí contratos mercantiles de colaboración, siendo estos el de agencia, distribución, representación, comisión, corretaje, franquicia, y concesión.
5. Los contratos de agencia, distribución, representación, comisión y corretaje, así como las figuras de agente de comercio, distribuidor, representante, comisionista y corredor, se encuentran reconocidos y regulados en el Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.
6. Los contratos de franquicia y concesión comercial, así como las figuras de franquiciante-franquiciado y concedente-concesionario; constituyen los llamados contratos atípicos de comercialización por no estar reconocidos, contemplados y regulados en ningún cuerpo legal guatemalteco. Razón por la cual, existe una situación de desigualdad del beneficio económico entre los sujetos que son parte de estos contratos, y de estar debidamente regulados, los beneficios comerciales y económicos, pudieran ser mayores para nuestro país.
7. Por ser la franquicia y la concesión comercial, dos sistemas modernos y frecuentemente utilizados en el ámbito de la negociación mercantil tanto nacional como extranjera, merecen y demandan estar fundamentados y tipificados legal y detalladamente en una ley específica.

8. El hecho de que no estén regulados en nuestra legislación la franquicia y la concesión comercial, ha permitido el abuso por parte de empresas extranjeras que obtienen de este negocio grandes ganancias que generalmente se van hacia el extranjero.
9. La franquicia y la concesión comercial en nuestro país, ha generado empleo y beneficios económicos, pero las ganancias son mayores para las empresas franquiciantes y concesionarias. Situación debe evitarse, regulando de manera específica y efectiva el control de dichos contratos en la actividad comercial, estableciendo los derechos y obligaciones de ambas partes.

RECOMENDACIONES

1. Siendo, que actualmente la distribución de productos y la prestación de servicios alcanzan una proporción extraordinaria por el constante desarrollo industrial y la producción en masa, juntamente con la intensificación de los medios de comunicación y transporte que han dado al comercio grandes dimensiones; es necesario comercializar a través de intermediarios calificados, relacionados con el productor por medio de una forma estable y dinámica de cooperación y que además, estas relaciones sean protegidas y garantizadas por estar reguladas en la ley vigente de nuestro país.
2. Al ser la franquicia y la concesión comercial dos sistemas de distribución que han demostrado en la práctica ser funcionales, contribuyentes de la economía y frecuentemente utilizados en la negociación mercantil tanto nacional como extranjera, deben ser motivo de un inmediato estudio y análisis para su pronta inclusión dentro del sistema legal vigente de nuestro país.
3. Que a través de la regulación legal de la franquicia y concesión comercial se controle eficientemente la distribución de las pérdidas o ganancias económicas, producto de estos contratos para que el beneficio o perjuicio, sea compartido de manera equitativa.
4. Al estar debidamente regulados los contratos de franquicia y concesión comercial, debe equipararse la situación económica en la negociación comercial para las partes que intervienen en los mismos, así como aprovechar esta actividad frecuentemente utilizada en el comercio guatemalteco para nuestro beneficio económico, laboral y de comercio, tanto en el ámbito nacional como en el extranjero, proyectándonos hacia el futuro y pensando principalmente en el progreso y desarrollo de nuestro país.
5. Las empresas que quieren competir en un mundo globalizado, deben contar con las condiciones legales, es decir con leyes que les amparen y den las directrices necesarias para la realización e implementación de sus estrategias de inversión y comercialización, si quieren maximizar la rentabilidad de sus recursos.
6. Regular legalmente la franquicia y concesión comercial para contribuir a la correcta contratación mercantil en dichos negocios, considerando que la inversión extranjera constituye una buena alternativa para aumentar la rentabilidad del capital y ésta no debe verse únicamente para las empresas extranjeras, sino también para empresas nacionales mirando hacia fuera, pudiendo gestionar legalmente la extensión de negocios nacionales hacia otros países.

BIBLIOGRAFÍA

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. **Contratos mercantiles**. 2t.7ma. ed.; Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica D.I.E.O., 1995.

ASCARELLI, Tulio. **Derecho mercantil**. México: Ed. Porrúa, 1940.

BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Tecnos, S.A., 1978.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 11^a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1976.

CAMARA ALVAREZ, Manuel. **Estudios de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Derecho Financiero.1977.

CASTRO BRAVO, Federico. **El negocio jurídico**. Madrid, España: Ed. Civitas, 1985.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Derecho mercantil**. 6t.; 8^a. ed.; México: Ed. Porrúa, 1985.

CODERA MARTÍN, José María. **Diccionario de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Pirámide, 1987.

CON SANCHUM, Eduardo. **Derecho mercantil**. Costa Rica: Ed. Universitaria, Universidad de Costa Rica, 1967.

DIAZ BRAVO, Arturo. **Contratos mercantiles**. 4ta. ed.; México: Textos Jurídicos Universitarios. Ed. Marla, 1994.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. **Teoría general del negocio jurídico**. 2da. ed.; Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1977.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Madrid, España: Revista de Derecho Privado, 1970.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. **Derecho comercial y económico**. 2t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1991.

GARCÍA MARTÍNEZ, Juan Estuardo. **La empresa mercantil**. Guatemala: Impresos Centro América, 1989.

GARCÍA TOURS, María R. y B. Rabasa Asenjo. **Diccionario marketing**. 2da.ed.; Madrid, España: Ed. Pirámide, S.A., 1981.

GARO, Francisco J. **Derecho comercial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. de Palma, 1956.

GARRÍGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. 2t.; 7ma. ed.; Madrid, España: Ed. Aguirre, 1976.

GHERSI, Carlos Alberto. **Contratos civiles y comerciales**. 2t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea. 1992.

GIRÓN TENA, José. **Estudios de derecho mercantil**. Madrid, España: Revista de Derecho Privado, 1955.

GORDILLO BALSELLS, Carlota. **Breve introducción al derecho mercantil**. Guatemala: Ed. Superiores, 1981.

GUTIÉRREZ FALLA, Laureano F. **Apuntes de derecho mercantil.** Tegucigalpa, Honduras: Impresos López, 1971.

GUYENOT, Jean. **Cuso de derecho comercial.** 1 vol.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídica, Europa-América, 1975.

JUÁREZ MIDENCE, Carla del Socorro. **Los contratos de agencia, distribución y representación en la doctrina y legislación guatemalteca.** Guatemala: Ed. Mayte, 1996.

KOTLER, Philip. **Fundamentos de mercadotecnia.** México: Ed. Publimex, 1986.

LARA VELADO, Roberto. **Introducción al estudio del derecho mercantil.** San Salvador, El Salvador: Ed. Universitaria, 1969.

LEO FERNÁNDEZ, Raymundo y Osvaldo R. Gómez Leo. **Tratado teórico práctico de derecho comercial.** 2t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. de Palma, 1987.

LIPSON, Harry A. y John R. Darling. **Fundamentos de mercadotecnia.** México: Ed. Ciencia y Técnica, S.A., 1987.

LÓPEZ MAYORGA, Leonel Armando. **Introducción al estudio del derecho.** 1 vol.; 2da. ed. Guatemala: Ed. Lovi, 1999.

MARZORATI, Osvaldo J. **Sistema de distribución Comercial.** 2t.; 2da. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1990.

MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídica Europa América, 1952.

OSSORIO y FLORIT, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 2da. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1981.

ROCCO, Alfredo. **Principios de derecho mercantil**. México: Ed. Nacional, 1981.

SCVHEWE, Charles D. y Rubén M. Smith. **Mercadotecnia**. México: Ed. Mc Graw Hill, Programas Educativos, 1986.

STANTON, William J. **Fundamentos de mercadotecnia**. México: Ed. Mc Graw Hill, Litografía Ingramex, 1985.

VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. **Contratos mercantiles**. 2da. ed. México: Ed. Porrúa, 1982.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Guatemala: Ed. Serviprensa, 1978.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 3t.; 2da. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 1985.

TORRES M., Virgilio. **Glosario de marketing de negocios**. México: Ed. Mc Graw Hill. Programas Educativos, 1993.

Legislación:

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

Código de Comercio. Decreto número 2-70, 1971.

Código Civil. Decreto Ley 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107, 1964.

Decreto 8-98, del Congreso de la República. (Derogó el Decreto 78-71 y reformó el Código de Comercio).

Ley del Contrato de Agencia. Congreso de la República, Decreto 78-71.

Ley de Protección al Consumidor. Congreso de la República, Decreto Ley 1-85, 1985.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto número 2-89, 1989.

