

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

**LOS CONTRATOS DE “DERECHO DE LLAVE” Y “DERECHO DE LOCAL” COMO
CONTRATOS ATÍPICOS EN EL DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SABY MARISOL CONTRERAS OJEDA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, abril de 2012

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Lic. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Héctor Aníbal de León Velazco
Vocal:	Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Secretario:	Lic. David Sentés Luna

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Otto René Vicente Revolorio
Vocal:	Lic. Carlos Alberto Velázquez Polanco
Secretaria:	Lic. Pedro José Luis Mancio

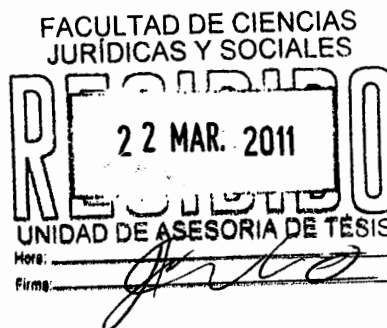
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y del Examen General Público).



Licenciado en ciencias jurídicas y sociales
José Carlos Bobadilla Rodríguez
Abogado y Notario colegiado No. 5455

Guatemala, 22 de marzo de 2011.

Licenciado
CARLOS MANUEL
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Estimado Licenciado Castro Monroy:

En atención al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público y en cumplimiento de la resolución de fecha 17 de noviembre de 2008, en el cual se me nombra asesor de Tesis de la Bachiller **SABY MARISOL CONTRERAS OJEDA**, quien elaboró el trabajo de Tesis, Titulado **LOS CONTRATOS DE "DERECHO DE LLAVE" Y "DERECHO DE LOCAL" COMO CONTRATOS ATÍPICOS EN EL DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO**. Me es grato hacer de su conocimiento que:

- a. El contenido científico y técnico de la tesis del presente trabajo, la estudiante investiga un tema de suma importancia para el derecho mercantil guatemalteco, abarca un amplio contenido técnico y científico relacionado al quehacer mercantil de los comerciantes, orientado desde un punto de vista jurídico por ser un tema fundamental al elaborar contratos atípicos, eminentemente práctica, aporta en su contenido, temas de sumo interés, para estudiosos del derecho mercantil y juristas que ejecutan labor en las distintas instituciones.
- b. La metodología y técnicas de investigación utilizados fueron los siguientes: Histórico, que dio a conocer la historia; el analítico, que dio a conocer la atipicidad de los contratos; el deductivo, señaló su necesidad; el inductivo, mostró sus características; el comparativo, que mostró comparaciones legislativas, y las técnicas empleadas fueron: bibliografía impresa, textos doctrinarios, diccionarios jurídicos y recopilación bibliográfica de internet, con las cuales se logró obtener la información doctrinaria y legal actualizada.




Licenciado en ciencias jurídicas y sociales
José Carlos Bobadilla Rodríguez
Abogado y Notario colegiado No. 5455

- c. Sobre la redacción: es la adecuada y el tema es abordado de una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina.
- d. En cuanto a la contribución científica del tema presentado: La tesis contribuye científicamente a la sociedad guatemalteca y en especial a los comerciantes, señalando lo esencial que es regular doctrinaria y legislativamente los contratos de derecho de llave y derecho de local en el país.
- e. Mi opinión acerca de las conclusiones y recomendaciones a las que se han llegado en el trabajo: Se relacionan entre sí y con los capítulos de la tesis. Al trabajo de tesis se le hicieron algunas enmiendas, las cuales fueron atendidas por la sustentante. La autora aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios.
- f. Mi opinión respecto a la bibliografía utilizada. Es la adecuada y se ajusta perfectamente al análisis del tema investigado.

Por lo anterior y en mi calidad de asesor apruebo mediante **DICTAMEN FAVORABLE**, el presente trabajo de tesis, para continuar con la tramitación correspondiente previo a optar al grado de académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.



José Carlos Bobadilla Rodríguez
Abogado y Notario
Colegiado 5,455
JOSÉ CARLOS BOBADILLA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 5455

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA




FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, nueve de noviembre de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) : **SANDRA ELIZABETH AGUILAR GONZÁLEZ DE FALCO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **SABY MARISOL CONTRERAS OJEDA**, Intitulado: **“LOS CONTRATOS DE “DERECHO DE LLAVE” Y “DERECHO DE LOCAL” COMO CONTRATOS ATÍPICOS EN EL DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/ jrvch.

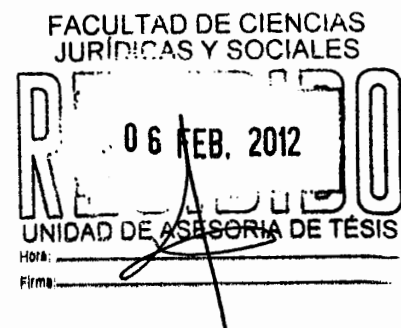




SANDRA ELIZABETH AGUILAR GONZÁLEZ DE FALCO
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiada No. 4,273
Avenida Reforma 1-90, Zona 9
Torre Masval, 6º. Nivel. Oficina No. 602

Guatemala, 25 de enero de 2012.

Licenciado
CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castro Monroy:

Como revisor de tesis de la bachiller Saby Marisol Contreras Ojeda, de conformidad con el nombramiento de fecha nueve de noviembre de dos mil once, en la elaboración del trabajo titulado: **LOS CONTRATOS DE "DERECHO DE LLAVE" Y "DERECHO DE LOCAL" COMO CONTRATOS ATÍPICOS EN EL DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO**, me complace manifestarle que:

1. El trabajo analiza un contenido científico y técnico, sobre un tema de suma importancia para el comercio guatemalteco y sobre todo para el quehacer mercantil de los comerciantes, refiriéndose a la necesidad de implementar una normativa en la que se regule los contratos de derecho de llave y derecho de local.
2. Los métodos utilizados para la realización del trabajo de tesis fueron acordes y de utilidad para el desarrollo de la misma. Utilizó los métodos: Histórico, siendo este el que da a conocer la historia; el analítico, que dio a conocer la atipicidad de los contratos; el deductivo, señaló la necesidad de regular los contratos de llave y de local; el inductivo, mostró las características de los contratos atípicos; el comparativo, que muestra comparaciones legislativas, y las técnicas que empleo fueron: bibliografía impresa, textos doctrinarios, diccionarios jurídicos, leyes y recopilación bibliográfica de internet, con las cuales se logró obtener la información requerida.
3. La redacción en la presente investigación es la adecuada y el tema es abordado de una forma metódica, de fácil comprensión, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina esencial para el derecho mercantil.




SANDRA ELIZABETH AGUILAR GONZÁLEZ DE FALCO
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiada No. 4,273
Avenida Reforma 1-90, Zona 9
Torre Masval, 6º. Nivel. Oficina No. 602

4. La contribución científica del tema presentado constituye un aporte social a los comerciantes y a los estudiosos del derecho mercantil guiándolos en la comprensión de lo que son los contratos atípicos de derecho de llave y derecho de local.
5. Las conclusiones y recomendaciones son acordes y se relacionan con el contenido de la tesis. Se basan en la necesidad de implementar el estudio doctrinario y legislativo de los contratos de llave y de local y constituyendo un aporte para la solución al tema elaborado.
6. La bibliografía utilizada es suficiente y adecuada para el tema desarrollado, ya que contiene la exposición de autores nacionales y extranjeros, además incluye legislación comparada que hacen que el contenido del tema sea más amplio.

El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador, previo a optar el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.



Sandra Elizabeth Aguilar González de Falco
Abogada y Notaria
Colegiado No. 4,273
Telefax: 23319661

Sandra Elizabeth Aguilar González de Falco
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, doce de marzo de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante SABY MARISOL CONTRERAS OJEDA titulado LOS CONTRATOS DE “DERECHO DE LLAVE” Y “DERECHO DE LOCAL” COMO CONTRATOS ATÍPICOS EN EL DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/sllh





DEDICATORIA

- A DIOS:** Doy gracias por la vida, por escuchar mis ruegos, por los triunfos alcanzados y por su infinito amor.
- A MIS PADRES:** Marco Tulio Contreras y Telma Amparo Ojeda por haberme apoyado incondicionalmente y estar conmigo en todo momento, este triunfo es para ustedes.
- A MIS HERMANOS:** Con cariño.
- A MIS SOBRINOS:** Por ser una luz nueva en la familia.
- A MIS ABUELOS:** Con mucho cariño.
- A MIS AMIGOS:** Por nuestra amistad de años.
- AL LICENCIADO:** José Carlos Bobadilla, por su amistad y apoyo.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por haberme formado como una profesional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Que son los contratos atípicos.....	1
1.1 Características de los contratos atípicos.....	3
1.2 Elementos de los contratos atípicos.....	3
1.3 Diferentes definiciones de los contratos atípicos.....	4
1.4 Legislación Guatemalteca sobre los contratos atípicos.....	5
1.4.1 Ley Mercantil Sobre Contratos Atípicos.....	6
1.4.2 Ley Civil Sobre los Contratos Atípicos.....	7

CAPÍTULO II

2. La empresa mercantil y el empresario como elementos esenciales del derecho de llave y derecho de local.....	15
2.1 Definición de empresa mercantil.....	16
2.2 La empresa mercantil desde el punto de vista económico.....	19
2.3 La empresa mercantil desde el punto de vista jurídico.....	20
2.4 Definiciones de comerciante o empresario.....	23
2.5 El comerciante o empresario individual y el colectivo o jurídico.....	27

CAPÍTULO III

3. Elementos del derecho de llave y derecho de local.....	31
3.1 La clientela.....	31
3.2 El aviamiento.....	33



3.3	La fama mercantil.....	36
3.4	Nombre comercial.....	36
3.5	Propiedad comercial o mercantil.....	37
3.6	El establecimiento.....	38
3.7	El local.....	39
3.8	Elementos y valores incorpóreos de la empresa.....	40

CAPÍTULO IV

4.	El contrato atípico de "Derecho de Llave".....	45
4.1	Definición de derecho de llave	46
4.2	Características del derecho de llave	50
4.2.1	Es un contrato consensual.....	50
4.2.2	Es un contrato bilateral.....	51
4.2.3	Es un contrato oneroso.....	51
4.2.4	Es un contrato mercantil.....	51
4.2.5	Es un contrato que necesita cumplir con ciertos requisitos...	51
4.3	Elementos.....	52
4.3.1	Elemento subjetivo.....	52
4.3.2	Elemento objetivo.....	52
4.4	Naturaleza Jurídica.....	54
4.5	Efectos de la venta de un derecho de llave.....	64

CAPÍTULO V

5.	El contrato atípico de "Derecho de Local".....	73
5.1	Definición del derecho de local	75
5.2	Características del derecho de local	79
5.2.1	Es un contrato consensual.....	79

5.2.2 Es un contrato bilateral.....	79
5.2.3 Es un contrato oneroso.....	79
5.2.4 Es un contrato mercantil.....	80
5.2.5 Es un contrato que necesita cumplir con ciertos requisitos...	80
5.3 Elementos del derecho de local	80
5.3.1 Elemento subjetivo	80
5.3.2 Elemento objetivo.....	80
5.4 Naturaleza jurídica.....	81
5.5 Efectos de la venta de un derecho de local.....	81
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
ANEXO.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	99



INTRODUCCIÓN

Los contratos de derecho de llave y de local ambos, son de uso corriente tanto entre comerciantes como en no comerciantes, los segundos ya que sin ser comerciantes, a veces deben pagar, derecho de local, para utilizarlo luego como una oficina por ejemplo, en cuanto a los comerciantes ellos todo el tiempo hacen uso de estos contratos atípicos aunque, confundiéndolos entre sí.

Estos contratos en el derecho mercantil guatemalteco, poco estudiados, muchas veces confundidos, son de uso corriente en el país, basta leer la prensa diaria en los suplementos de clasificados, de hecho tiene una clasificación propia en donde se anuncia "se vende derecho de llave" en donde no se sabe si es de llave o de local, pidiendo sumas cuantiosas, dependiendo obviamente de la ubicación geográfica del local, las dimensiones del mismo, la renta a pagar y el plazo de tiempo que el propietario del mismo esté dispuesto a darlo en arrendamiento al nuevo inquilino.

Desde un punto de vista jurídico, cuáles son las razones doctrinarias por la que los contratos atípicos mercantiles de derecho de llave y derecho de local deben ser tratados como meros contratos atípicos mercantiles, y no confundirlos con otras instituciones. Establecida la atipicidad de los contratos de derecho de llave y derecho de local, se establecerá fehacientemente la diferencia entre los contratos objeto del presente estudio, para que no se haga una mala aplicación de los mismos.

El objeto de la investigación, es dar a conocer los contratos mercantiles de derecho de llave y derecho de local como meros contratos atípicos, la diferencia entre ambos y su aplicación dentro del derecho mercantil guatemalteco vigente. Se establece que en una relación mercantil lo que debe prevalecer es el principio de la autonomía de la voluntad



y los de la verdad sabida y buena fe guardada, por lo que es en este cuerpo legal de donde debe partir la presente investigación.

El contenido de la presente tesis se desarrolla en cinco capítulos: El primero se refiere a los contratos atípicos, características, elementos, definiciones, y la legislación guatemalteca de los contratos atípicos; el segundo, la empresa mercantil y el empresario como elementos esenciales del derecho de llave y derecho de local, definición, la empresa mercantil desde el punto de vista económico y desde el punto de vista jurídico, definiciones de comerciante o empresario y el comerciante o empresario individual y el colectivo o jurídico; el tercero, elementos del derecho de llave y derecho de local, la clientela, el aviamiento, la fama mercantil, nombre comercial, propiedad comercial o mercantil, el establecimiento, el local y elementos y valores incorpóreos de la empresa; el cuarto, el contrato atípico de derecho de llave, definición, características, elementos, naturaleza jurídica, efectos de la venta de un derecho de llave; y el quinto, el contrato atípico de derecho de local, definición, características, elementos, naturaleza jurídica, y efectos de la venta de un derecho de local.

Los métodos de investigación jurídica utilizados en esta investigación son: histórico, porque se hace necesario revelar su historia; analítico, en la extracción de las partes de un todo; deductivo, es decir que la conclusión no es nueva, se sigue necesariamente de las premisas; comparativo, en la comparación de varias legislaciones; y las técnicas empleadas como la bibliografía impresa, textos doctrinarios, diccionarios jurídicos, leyes y recopilación de bibliografía electrónica.

Con la elaboración del presente estudio, se pretende ofrecer una luz a la solución del problema, que en el medio comercial se presenta y que cada día toma más auge, a medida que las relaciones mercantiles y las necesidades del comercio guatemalteco evolucionan.



CAPÍTULO I

1. Qué son los contratos atípicos

El nacimiento de los contratos atípicos, se basa en el principio de la libertad contractual, ya que coincide con la necesidad de adaptar los contratos a fines empíricos y a las urgencias reales e las partes contratantes. Es en el derecho romano, donde ya se plantea la existencia de los contratos innominados, ya que gran parte de las instituciones jurídicas se producen por deformación o adaptación de algunas figuras jurídicas a las soluciones prácticas que reclamaban las necesidades socioeconómicas. Los romanos utilizaban un negocio jurídico para fines distintos de los que habían inspirado a la institución. Por ejemplo, la hipoteca y la prenda, nacieron de la venta ficticia con pacto de retroventa (fiducia cum creditore), por el cual el acreedor se obligaba a vender nuevamente al deudor el objeto con que se garantizaba el adeudo que constituía el precio de la compraventa. El objeto real de estos contratos era el de garantía, no el de transmisión de la propiedad.

El Código Civil y el Código de Comercio, reconocen el principio de autonomía de la voluntad o de libertad contractual como la posibilidad de celebrar contratos, ya sea que estén estructurados y regulados por el ordenamiento legal, o que sean contratos en los que las partes determinan libremente su contenido. De este modo se puede hablar de contratos nominados o típicos y de contratos innominados o atípicos; o de contratos regulados y contratos no regulados. La moderna tendencia prefiere la terminología de típicos y atípicos.

“Son contratos típicos aquellos para los cuales existe en la ley una disciplina normativa”.

Los contratos atípicos como concepto negativo de los típicos son: Todos aquellos contratos que no se encuentran expresamente establecidos en la ley. Las partes en los contratos atípicos, se encuentran ante una amplitud para celebrar los contratos que no han sido disciplinados legalmente y que difieren de los tipos reglamentados, en base a la libertad contractual y por supuesto, al acuerdo de voluntades.

La diferencia entre contrato típico y atípico se encuentra basada en que tiene una función económica y social diferente de aquellos que se encuentran expresamente reglamentados en la legislación.

La doctrina distingue criterios de clasificación variados, pero el más usado es el siguiente:

- a. Contratos atípicos puros: Son aquellos que tienen un contenido completamente extraño a los moldes legales o tipos establecidos.
- b. Contratos mixtos o complejos: Son los que resultan de la combinación o mezcla de elementos y prestaciones que corresponden a contratos típicos.



Estos a su vez se clasifican en:

b.1 Contratos combinados o gemelos: Son aquellos en que la prestación de una de las partes pertenece a varios contratos típicos y la contraprestación de la otra es propia de un solo contrato típico.

b.2 Contratos de doble tipo: El contrato en su totalidad puede encuadrarse dentro de dos contratos típicos.

1.1 Características de los contratos atípicos

- a. Bilateral
- b. Consensual
- c. Atípico
- d. Conmutativo
- e. No formal

1.2 Elementos de los contratos atípicos

- a. Subjetivos
- b. Objetivos
- c. Formales: No existe formalidad alguna para los mismos.

1.3 Diferentes definiciones de los contratos atípicos

“Los contratos atípicos son aquellos que, carentes de una causa obligandi específica, se forman posteriores –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 un actio propia, sino la general praescriptis verbis”.¹

“Son aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación, respecto a la relación de derecho privado entre los particulares que contratan”.²

“Son aquellos que no encuentran su sede dentro de la ley, aquellos que carecen, no ya de un nombre, sino de una estructura o regulación legal. Son el producto de la libertad contractual y de las necesidades de la vida jurídica: no nacen de la fantasía de los juristas o de la inventiva de los legisladores sino de la necesidad práctica que plantea el tráfico negociar”.³

Son todos aquellos contratos que no se encuentran expresamente establecidos en la ley. Las partes en los contratos atípicos, se encuentran ante una amplitud para celebrar los contratos que no han sido disciplinados legalmente y que difieren de los tipos reglamentados, en base a la libertad contractual y por supuesto, al acuerdo de voluntades.

¹ Arrubla Paucar, Jaime. **Contratos mercantiles**. Pág. 35

² Arce Gargollo, Javier. **Contratos mercantiles atípicos**. Pág. 45.

³ www.justiniano.com/revista_doctrina/contratos_conexos.htm. **Contratos conexos**.



1.4 Legislación Guatemalteca sobre los contratos atípicos

Para el tratadista René Villegas, “no debe confundirse el contrato atípico con el contrato innominado. Innominado significa que no tiene nombre; atípico, que no lo contempla la ley”.⁴ En ese sentido, es natural que haya contratos atípicos que sean nominados, ya que la misma práctica mercantil se encarga de ponerle un nombre aunque este no exista regulado en la ley.

La premisa sobre la cual existen los contratos atípicos mercantiles la constituye la libertad de los contratantes, ya que se fundamenta en la creatividad de las personas para inventar de acuerdo con sus particulares necesidades comerciales formas de negociación que luego se moldean en los contratos.

Desde el Artículo 1 del Código de Comercio, se dice que cuando hay insuficiencia de la Ley Mercantil, se aplicará la civil, observando siempre que por la naturaleza del tráfico comercial, deberá tomarse en cuenta los principios básicos para que, tanto las relaciones objetivas que norman, como las leyes que la rigen, se adecuen perfectamente. El Artículo 694 establece que solo a falta de disposiciones del Código de Comercio, se aplicarán las disposiciones del código civil.

Este Artículo es innecesario. Su objetivo ya estaba previsto, y en mejor forma, en el Artículo 1 del Código de Comercio. De todos modos es muy importante el tema, no por

⁴ Villegas Lara, René. *Derecho mercantil guatemalteco*. Pág. 354

la redacción de la ley, sino porque es necesario conocer cómo se va a actuar en materia de obligaciones y contratos, cuando el Código de Comercio es insuficiente.

Todo lo normativo de las obligaciones y contratos es genérico y se encuentra en el Código Civil, de manera que las preguntas sobre esa materia no las responde el Código de Comercio, porque es innecesario tratar de elucubrar sobre conceptos ya elaborados con precisión en la doctrina civil. Entonces, lo que el Código de Comercio hace, es establecer aquellos aspectos que singularizan a las obligaciones y contratos que se dan en el campo comercial de manera que operen como signos distintivos.

El fundamento de los contratos atípicos es precisamente la necesidad de adaptar los instrumentos jurídicos a las necesidades que imponen la vida moderna, los cambios y el desarrollo de la economía. El derecho debe ser flexible al cambio que se produce en la forma de vida humana y especialmente en el derecho mercantil, ya que surge en la práctica y costumbres que van estableciendo los hombres según sus diferentes necesidades.

1.4.1 Ley Mercantil Sobre Contratos Atípicos

En el derecho mercantil, en el derecho de contratos, la atipicidad puede predicarse como la nota característica de ese ámbito de la contratación. Si antes, se dijo que los contratos civiles habían perdido, en cierto modo, su interés, por haber quedado superados por sus homónimos mercantiles, ahora puede decirse algo parecido, aunque con todos los matices que se precisen: aún siendo de gran interés práctico la mayor



parte de los supuestos contractuales que se encuentran en el Código de Comercio y en la legislación complementaria, un sector muy significativo de la contratación privada, está constituido por contratos sin regulación jurídica suficiente y propia. A poco que se reflexione sobre los distintos contratos regulados en el Código, puede comprobarse, junto a ellos, la existencia de otras (normalmente modalidades que han acabado deformándolos y dando lugar a otros nuevos con sus propios perfiles y notas), que no son, precisamente una excepción en la práctica comercial.

Como se anotó anteriormente, los contratos atípicos carecen de una específica disciplina legislativa, siendo problema fundamental su régimen jurídico. Es indudable que a estos negocios le son aplicables las normas generales en materia contractual, como corresponde a la naturaleza de contratos que ellos revisten. Es claro entonces, que la reglamentación a que debe someterse el contrato atípico se encuentra constituida en principio por la manifestación de la facultad que tienen las partes para gobernar su interés y la autodisciplina que en ellas se han dado.

1.4.2 Ley Civil Sobre los Contratos Atípicos

La Ley determina y continúa aún hoy precisando una serie de figuras típicas; disciplinadas en cuanto a su contenido, sus efectos, sus exigencias normativas, etc. Se trata de aquellas que se estiman de mayor utilidad y frecuencia en el tráfico comercial sin perjuicio de la sobrevivencia de especies de antiguo prestigio.

Fuera de los contratos típicos se encuentra la serie de inagotable de los contratos

innominados o atípicos, que son todos aquellos contratos que no encuentran su sede dentro de la Ley Civil; carecen, no ya de un nombre (de ahí la impropiedad de la designación como innominados) sino de una caracterización legal, de una estructura peculiar.

La Ley puede dar un nombre a un negocio jurídico cualquiera, pero esta circunstancia no nos autoriza a tenerlo como nominado o típico, en sentido técnico; para ello será preciso que le provea, además, de una disciplina propia.

La variedad de tales contratos es infinita, como las necesidades a que puede dar satisfacción.

Ejemplos de contratos innominados:

1. **Contrato de garaje:** Es el celebrado entre el garajista y el propietario de un vehículo, o quien tiene derecho a usarlo, a los fines de la guarda o custodia del mismo, en lugar determinado o no, y además la limpieza y normal entretenimiento del vehículo, contra el pago de un precio en dinero. La jurisprudencia tiene declarado que el contrato de garaje debe ser considerado como un contrato innominado que participa de los caracteres de la locación de cosas, del depósito y de la locación de servicios.

2. **Contrato de publicidad:** Es aquel celebrado por un anunciador, que es quien encarga la publicidad, reclame o propaganda, con una agencia de publicidad, siendo indiferente el medio que se utilice al efecto.

3. Contrato de espectáculo: Celebrado entre el espectador, que es quien paga un precio para gozar de un resultado, y el promotor o empresario del espectáculo, que se compromete a brindarlo de conformidad con los anuncios, carteleras, avisos, etc.

Para calificar a un contrato a fin de saber si es típico o no, debe atenderse, más que a las palabras empleadas por las partes, a la finalidad perseguida; deberá tenerse en cuenta si concurren los elementos que caracterizan a los contratos legislados, pues es esa concordancia entre lo convenido y las previsiones normativas lo determinante de la tipicidad.

Para los contratos típicos hay normas imperativas y supletorias. Para los atípicos no hay normas supletorias, entonces del texto del contrato tienen que surgir todas las prohibiciones.

El contrato consiste en saber cuáles serán las reglas a aplicar a ese negocio, a parte de los recordados preceptos generales.

La doctrina extranjera remite a los principios generales de las obligaciones y los contratos, a los cuales podríamos añadir los principios sobre los actos o negocios jurídicos onerosos, y si esas pautas fueran insuficientes todavía para completar el régimen del negocio se recurrirá, en última instancia, a los principios generales del derecho que dan un amplio margen al arbitrio judicial.

Para Segovia, se le aplican: Primero. Las normas de la teoría general del contrato;

Segundo. Las disposiciones generales sobre hechos y actos jurídicos; Tercero. Las normas del contrato que tengan mayor analogía.

Salvat parte de la estipulación de las partes, sigue con las disposiciones del contrato nominado con el que guarde mayor analogía y finaliza con las disposiciones generales de los contratos.

Spota, pone en primer lugar las leyes análogas, en segundo, los principios generales del derecho.

Es preciso no confundir los contratos atípicos puros, con los llamados atípicos mixtos, ni con los aparentemente atípicos.

No existe combinación de distintos tipos contractuales en un contrato, sino de contratos distintos celebrados entre las mismas partes, en las llamadas uniones de contratos.

La doctrina distingue dentro de estas uniones de contratos:

a) La unión meramente externa vincula a contratos separados e independientes entre sí, sea por su celebración coetánea, por la unidad del documento o por otra causa.

b) En la unión con dependencia existe una relación de tal naturaleza que un contrato influye sobre el otro, tienen entre sí relevancia jurídica; si sólo uno depende del

otro, estamos frente a la dependencia unilateral; si se encuentran en recíproca dependencia, estamos frente a una dependencia bilateral.

Ejemplo dependencia unilateral: Una persona compra un caballo y alquila la silla para montarlo (el que alquila el caballo está interesado, depende).

Ejemplo dependencia bilateral: Transferencia fondo de comercio, el contrato de suministro de bebida por parte del vendedor del fondo; este contrato de suministro de bebida puede revestir de interés no sólo para del que suministra sino también para el que compra y en razón de ello el vendedor en el contrato de suministro debe cumplir con la exclusividad del suministro de la bebida en razón de la dependencia que existe.

En la unión alternativa de contratos existe de por medio una condición pactada que, según se cumpla o no, se entiende concluida una u otra convención.

Es un contrato aparentemente atípico aquel que consta de un tipo básico con una o más prestaciones accesorias, subordinadas, que pertenecen a otros tipos contractuales.

En el contrato atípico mixto existe una unidad, no una pluralidad de contratos, un contrato en concreto que contiene elementos pertenecientes a otros tipos de contratos. La doctrina clasifica a los contratos atípicos mixtos en: a) contratos gemelos o combinados; b) mixtos en sentido estricto, y c) contratos dúplices.

Los gemelos o combinados, son aquellos en los cuales uno de los contratantes se obliga a varias prestaciones principales, que corresponden a distintos tipos de contratos, mientras que el otro contratante promete una contraprestación unitaria.

Los mixtos en sentido mixto son los que contienen un elemento de otro tipo contractual.

En los dúplices el total contenido del contrato encaja en dos tipos contractuales distintos, apareciendo como de una u otra especie.

En lo que respecta a la disciplina jurídica, de los contratos atípicos mixtos existen fundamentalmente tres teorías:

- a) La de la absorción;
- b) La de la extensión analógica y
- c) La de la combinación.

La de la absorción postula la existencia de un elemento prevalente, proveniente de un contrato típico, que absorbe los elementos secundarios; en consecuencia, se le aplicarían al negocio los preceptos del contrato típico a que pertenece ese elemento, con evidente menoscabo de las peculiaridades que las partes han querido poner de resalto.

La teoría de la extensión analógica propone aplicar al contrato mixto las normas generales sobre el contrato y, por vía analógica, las particulares normas relativas al negocio típico que se manifiestan como más adaptadas a aquel que se quiere regular.



Dado que todos los Códigos reconocen al contrato como figura genérica, y regiamente la facultad que tienen las partes para perfeccionar contratos de toda clase, el contrato atípico no plantea un problema de obligatoriedad, sino de interpretación. En efecto, tal como sostiene Federico De Castro y Bravo, el problema consistente es averiguar cuál debe ser la regulación imperativa a la que tendría que someterse y las reglas de derecho dispositivo que hayan de completar, en su caso, el negocio atípico.

Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de da contrato.

Para el Código Civil francés, se aplicarán las reglas generales sobre contratación: “Los contratos, sea que tengan una denominación propia, sea que no la tengan, están sometidos a las reglas generales que constituyen el objeto del presente título”.

En el Código italiano, el tema halla semejante tratamiento: “Todos los contratos, aunque no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, quedan sometidos a las normas generales contenidas en este título” (o la, “De los contratos en general”).

El Código venezolano sanciona: “Todos los contratos, tengan o denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas este título”.

El Código Civil de México para el Distrito Federal, establece: “Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales



de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento”.

El Código Civil cubano, indica: “Las relaciones contractuales que no están comprendidas en ninguno de los tipos de contratos regulados en este título, se rigen por las normas de los contratos más afines y por los demás preceptos y principios generales de este Código”.

De los ejemplos citados puede advertirse que todos plantean, que la parte general de los contratos, recogida por los Códigos, sirve para regular a los contratos atípicos.



CAPÍTULO II

1. La empresa mercantil y el empresario como elementos esenciales del derecho de llave y derecho de local

Para poder iniciar la exposición sobre qué es la Empresa Mercantil jurídicamente considerada, es necesario que se hagan varias apreciaciones atendiendo lo que sobre el particular exponen varios autores. Esencialmente ha sido considerada la empresa, desde el punto de vista organizativo, como un elemento nuclear, “ya que es alrededor de ella que surge el concepto de comerciante o empresarios”.⁵ Es considerada también como un conjunto unitario de los elementos necesarios para que el comerciante pueda desarrollar su actividad profesional, o sea un conjunto de cosas que sirven al comerciante para realizar su comercio.

Terminológicamente la palabra empresa, tiene varias acepciones dentro de las cuales se pueden señalar las siguientes: “Acción o propósito difícil e incierto que requiere esforzado comienzo. Asociación científica, industrial o de otra índole, creada para realizar obras materiales, negocios o proyectos de importancia, concurriendo de manera común a los gastos que origina y participando también todos los miembros de las ventajas que reporte”.⁶ El diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales la define: “es la organización de los elementos de la producción, naturaleza, capital y

⁵ Vásquez Martínez, Edmundo. *Instituciones de derecho mercantil*. Pág. 20

⁶ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Pág. 41.

trabajo con miras a un fin determinado”.⁷

Se señala que: “Es la organización de los elementos de la producción –naturaleza, capital y trabajo con miras a un fin determinado”.⁸

2.1 Definición de empresa mercantil

Doctrinariamente: “Organización lucrativa de personal (empresario o dirección, socios industriales o trabajadores), capital (dinero, propiedades, máquinas y herramientas, mobiliario) y trabajo (actividad organizadora, directiva, investigadora, publicitaria, técnica y de ejecución material, con unidad de nombre, permanencia en actividad y finalidad definida”⁹

Continuando con exposición sobre lo que se ha considerado la empresa mercantil, se dirá también que la misma es conceptualizada como una Universalidad de elementos. En la empresa mercantil o casa comercial como otros le llaman, se agrupan múltiples valores como factores concurrentes para aquella explotación que se ha determinado. Se crea así entre los componentes singulares una unidad, una entidad económica, en cuyo seno pierden aquellos su particular importancia mientras la adquieren muy destacada, el conjunto. De aquí nace la posibilidad de que la empresa sea objeto de negocios jurídicos estimada como un todo (No objeto de negocios separados sobre cada uno de sus elementos). Además, esa consideración global de la empresa a su

⁷ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 281.

⁸ Ibid. Pág. 46

⁹ Ibid.

separados sobre cada uno de sus elementos). Además, esa consideración global de la empresa, a su individualidad propia, se da el fenómeno de que conserve su existencia e identidad aunque algunos de sus elementos varíen o sean sustituidos por otros. Las alteraciones parciales de su estructura interna no envuelven, pues, una desmembración; no extingue la unidad y continuidad del conjunto.

Hablando siempre sobre la universalidad de elementos de la empresa mercantil hay autores que agregan a esa universalidad una base puramente jurídica; sin embargo, para englobarla en esta categoría es necesario tener en cuenta su especial concepción de ésta para distinguirla de la universalidad de hecho. Una universalidad es una masa de bienes que componen un todo.

Se habla de la universalidad de hecho y la de derecho; respecto a la de hecho se dice que es una creación por la voluntad que la integran, pudiendo ser objeto de contrato; en cambio, la universalidad de derecho, es una creación de la ley, que la integra con todos los elementos activos y pasivos que la propia ley le atribuye, que autoriza a que sea objeto de contrato.

Hay autores que identifican empresa y fondo de comercio; pero otros sin embargo engloban en el concepto de empresa al empresario y la actividad jurídica de éste, el fondo de comercio sería el sustrato material, el conjunto de bienes integrantes; para quienes contemplan en la organización el rasgo distintivo, la empresa sería el fondo de comercio en estado dinámico y éste la empresa en estado estático. El fondo de

Al referirse a la conceptualización de carácter doctrinario sobre lo que se entiende por empresa, hay autores que consideran a la empresa como sinónimo de negociación, mercantil, y definen la “negociación mercantil, como el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósito de lucro”.¹⁰

Los elementos que constituyen la negociación mercantil, suelen dividirse en incorporales y corporales. Se mencionan entre los primeros: la clientela y el aviamento o avió, el derecho de arrendamiento, la llamada propiedad industrial. Los elementos corporales son: los muebles y enseres, las mercancías y las materias primas.

Concepto jurídico mercantil: El Código de Comercio en el Artículo 655 da los datos necesarios para poder definir la existencia jurídica del concepto de empresa, señalando que: “se entiende por empresa mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios”.

¹⁰ Mantilla Molina, Roberto. **Derecho mercantil**. Pág. 97.

2.2 La empresa mercantil desde un punto de vista económico

No debe entenderse la empresa mercantil como simple organización de actividades, sino organización, pero de los factores de la producción que tiende a producir los bienes y servicios necesarios para cumplir con la demanda requerida por los usuarios.

Analizando esto, se puede decir que económicamente hablando, la empresa mercantil: “es un organismo que se propone producir para el mercado determinados bienes o servicios, con independencia financiera de todo otro organismo” .¹¹

Económicamente considerada, la empresa es en su sentido más elemental, una combinación de coyunturas favorables para obtener beneficios; es un conjunto de bienes y servicios económicamente complementarios de la finalidad de lucro. Desde el punto de vista de la economía, la empresa se ha definido como aquella organización de factores de producción (bienes naturales, trabajo y técnicas) que tienden a producir destinados a la concurrencia en el mercado guiada por el deseo de lucro.

“También puede decirse que es la organización con fines productivos de múltiples elementos que en armonía con un criterio empírico puede respectivamente agruparse en bienes, servicios y relaciones económicas” ¹²

¹¹ Ibid. Pág. 20

¹² Vásquez Martínez, Edmundo. Ob. Cit. Págs. 248-249

2.3 La empresa mercantil desde el punto de vista jurídico

Desde el ángulo específicamente jurídico, se puede señalar que como fenómeno social, ha presentado varios problemas que naturalmente se han tratado de resolver; la empresa mercantil ha necesitado de condiciones especiales que le permitan sobrevivir a cualquier vicisitud, independientemente de la persona natural que se encuentra al frente de la misma, además de poder garantizar las diversas transacciones que las demás personas puedan realizar con la misma y su propia identificación como empresa con su exclusivo de signos tales como nombre comercial, las marcas, etc. Estas instituciones han sido creadas por el derecho para configurar a la empresa jurídicamente considerada como una unidad integrada por sus diversos elementos.

Para analizar lo que es la empresa desde el punto de vista jurídico, se puede señalar también varias teorías entre las que se mencionan, las patrimoniales y las inmateriales. La teoría patrimonial, "considera que la empresa es un patrimonio separado, es decir, un conjunto de bienes que en interés de un determinado fin y particularmente de la responsabilidad por deudas, el tratado en ciertos aspectos como un todo distinto del resto del patrimonio".¹³

La teoría inmaterial, señala: "la consideración de la empresa no como conjunto de cosas, sino como idea organizada, o como protección del trabajo humano han sido las

¹³ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Curso de derecho Mercantil*. Pág. 411

distintas posiciones que se han apuntado para explicar la empresa desde un punto de vista inmaterial".¹⁴

Desde el punto de vista jurídico también se considera a la empresa mercantil, determinándose como actividades ejercidas en forma profesional, económicamente organizada, desenvolviéndose o actuando dentro de un mercado de bienes y servicios.

Sobre este punto de vista jurídico, el Licenciado Edmundo Vásquez Martínez en su obra *Derecho Mercantil I*, señala: el concepto sobre lo que es la empresa mercantil desde el punto de vista jurídico y dice: "Desde el punto de vista jurídico se ha dicho que la empresa es el ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes y servicios".¹⁵

También se entiende al establecimiento o empresa mercantil, jurídicamente considerada como el conjunto de bienes de toda especie, corporales e incorporales, muebles e inmuebles. En particular pueden citarse las mercancías, el dinero, los derechos y créditos, patentes, marcas, el nombre comercial y un bien intangible por excelencia, pero de gran importancia económica: Lo que los autores italianos llaman *aviamiento*, que es la aptitud que todos esos bienes reunidos tienen para producir utilidades. Esa aptitud depende fundamentalmente de la clase de bienes, de la ubicación del negocio, de la actividad de los principales, factores, dependientes y

¹⁴ Ibid. Pág. 412

¹⁵ Vásquez Martínez, Edmundo. *Derecho mercantil I*. Pág. 27.



comisionistas y de la fuerza de la organización para atraerse la confianza y simpatía del público y formar lo que se llama clientela.

El elemento económico capital –decía- jurídicamente se traduce en el concepto bien; y el económico trabajo, en el de servicio o prestación. No debe agregarse el trabajo personal del empresario, porque no debe tomarse en cuenta, dado que es el derecho habiente de su hacienda.

Puede afirmarse, en general y probablemente sin suscitar oposición, que la empresa es, desde el punto de vista jurídico, un conjunto de bienes y de prestaciones de servicios que se articulan para desarrollar una determinada actividad económica de producción o de cambio. Para ser calificada de mercantil, el empresario debe perseguir la satisfacción de necesidades ajenas y la obtención de un lucro, afrontando el correspondiente riesgo.

En cuanto a la ley sustantiva de carácter mercantil, se ha señalado que el Artículo 655 del Código de Comercio, establece: “Se entiende por empresa mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro de manera sistemática, bienes o servicios”.

Haciendo un análisis sobre el concepto de empresa mercantil contenido en el Código de Comercio, se dirá que el mismo reúne los elementos necesarios e indispensables para que se pueda dar la empresa mercantil como tal; consistiendo los mismos en los

llamados: A) Elementos personales, que lo integran las personas que prestan su trabajo y aquellas que obtienen de ella las cosas o servicios que proporciona e incluyendo dentro de este grupo al empresario; B) Elementos materiales, como el conjunto de todas aquellas cosas que son perceptibles por medio de los sentidos tales como el establecimiento, el local, el mobiliario, mercancías, materia prima, el dinero, etc.; y C) Los valores incorpóreos, como todos aquellos que no son perceptibles por los sentidos pero cognoscibles con el pensamiento, así por ejemplo el nombre comercial, signos distintivos de la empresa, el crédito, etc. La coordinación de todos los elementos que integran la empresa mercantil, dará como resultado poder ofrecer al público con forma sistemática y con ánimo de lucro bienes y servicios.

También dentro del ordenamiento jurídico mercantil se dan datos indispensables para poder llegar al concepto jurídico establecido; así por ejemplo el Código de Comercio confiere a la empresa el carácter de objeto jurídico al señalar que se considera Cosa Mercantil; que se considera un bien mueble y que es susceptible de usufructo y arrendamiento. (Artículos 4º. In 2; 655 y 664 del Código de Comercio). Por otro lado, también reconoce la transmisibilidad de la empresa como un solo objeto; protege a la empresa como creación del empresario al considerar como signos distintivos de ella los nombres comerciales, marcas, avisos, anuncios, etc.

2.4 Definición de comerciante o empresario

El comerciante en general; se puede decir que tradicionalmente existe el vulgar y el jurídico, por el vulgar se entiende por comerciante al marchante, al mercader; todo esto

derivado del aspecto puramente histórico, ya que comerciante viene de mercado y el mercado supone operaciones de compra-venta. Siempre se ha considerado comerciante al que compra y al que vende.

Los comerciantes, en otras apreciaciones doctrinarias, se consideran como tales al que comercia, ya que comerciar según la Academia Española, es negociar comprando y vendiendo o permutando géneros. En el lenguaje usual y moderno se le da el calificativo de comerciante al individuo, que en cualquier forma se dedica a traficar o negociar, persiguiendo lucro.

También se habla de los criterios materiales y los formales, mediante los cuales se dice que en el concepto material es comerciante aquel que de una manera efectiva se dedique a realizar actividades catalogadas como mercantiles y en el sentido formal son comerciantes aquellos que adoptan una forma determinada o que se inscriben en los registros especiales. Según el derecho mexicano en sentido material, son las personas individuales y en el sentido formal son las sociedades que por su misma constitución se consideran comerciantes independientemente de los actos que realicen.

Tanto el derecho civil como en el derecho mercantil, es el sujeto uno de los elementos constitutivos de la relación jurídica. Las personas se ligan por vínculos de derecho, cuyo contenido se traduce en facultades y deberes u obligaciones. Los sujetos de estas relaciones pueden ser comerciantes y no comerciantes, así como personas naturales y jurídicas.

Cuando en un negocio jurídico regido por el Código de Comercio intervengan comerciantes y no comerciantes, se aplicarán sus disposiciones; así lo dispone el Artículo 5º. del Código de Comercio. El concepto de comerciante que tiene el Código de Comercio, señala determinadas condiciones, entre las que se puede mencionar: a) Ejercicio de una actividad económica dirigida a la producción o al cambio de bienes y servicios; b) Ejercicio de dichas actividades en nombre propio; c) Ejercicio de tal actividad profesional; d) Que la actividad tenga finalidad lucrativa; y e) Que se ejercite por medio de una empresa.

En cuanto a la capacidad comercial, lo que se entiende por capacidad jurídica en términos generales, es la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Se puede dividir esta capacidad señalando la capacidad de GOCE, o sea la que se tiene sólo para adquirir derechos y que todas las personas la poseen y la capacidad de ejercicio o sea la que se tiene para poder ejercer esos derechos adquiridos siendo titulares de esta capacidad todas las personas que han cumplido 18 años de edad de acuerdo a lo preceptuado por el Artículo 8º. del Código Civil, establece "La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido 18 años...". Aunque hay excepciones en cuanto a la capacidad de ejercicio, ninguna de ellas se relaciona al ejercicio, ninguna de ellas se relaciona al ejercicio de la actividad comercial, a este efecto el mismo Artículo 8º. del Código Civil, en el último párrafo señala: "... Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley". Específicamente el Artículo 6º. del Código de Comercio señalando que "Tienen

capacidad para ser comerciantes las personas individuales y jurídicas que conforme al Código Civil son hábiles para contratar y obligarse”.

El concepto de empresario mercantil lo da el Código de Comercio, al señalar que dicho concepto se aplica a los comerciantes en su actividad profesional, al indicar que: “Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente: 1º. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios de bienes y a la prestación de servicios; 2º. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios; 3º. La Banca, Seguros y Fianzas; 4º. Las auxiliares de las anteriores”. (Artículo 2º. del Código de Comercio); señalando también que: “No son comerciantes: 1º. Los que ejercen una profesión liberal; 2º. Los que desarrollen actividades agrícolas, pecuarias o similares en cuanto se refiera al cultivo y transformación de los productos de su propia empresa; 3º. Los artesanos que solo trabajan por encargo o que no tengan almacén o tienda para el expendio de sus productos”. (Artículo 9º. del Código de Comercio).

Con base en el concepto que señala el Código de Comercio, el Licenciado Edmundo Vásquez Martínez, señala que se puede “definir el empresario mercantil o comerciante como el sujeto que ejercita una actividad (producción o transformación para el cambio o intermediación en la circulación de bienes y servicios), en nombre propio, por profesión, con finalidad de lucro y mediante una organización adecuada (empresa)”.¹⁶

¹⁶ Vásquez Martínez, Edmundo. Ob Cit. Pág 21

2.5 El comerciante o empresario individual y el colectivo o jurídico

Desde la dimensión individual o colectiva se puede analizar al empresario o comerciante. Se señala que: “desde el punto de vista corriente, y más generalizado, sólo existe una clase de persona: la individual (o natural o física). Desde el punto de vista jurídico, existen, además, las denominadas personas jurídicas (o sociales, morales, colectivas, abstractas)”.¹⁷

En el derecho romano se vislumbró una nueva categoría al reconocer en cierta forma existencia propia a determinados entes públicos (fisco, municipio). En la Edad Media, por el incremento del comercio entre ciudades alejadas y el surgimiento de nuevas formas para facilitar traslados de dinero, surge ya la idea de la sociedad mercantil, que especialmente, y paralela a otras formas de asociación, tanto auge tiene en la época actual. Sin embargo, no es sino modernamente que el tratamiento legislativo y el estudio científico de la persona jurídica ha tenido la importancia debida. El concepto de persona jurídica, según Espín Cánovas, es: “La colectividad de personas o conjunto de bienes que, organizada para la realización de un fin permanente, obtiene el reconocimiento por el Estado como sujeto de derecho”¹⁸

a) Concepto de comerciante individual

En cuanto al concepto de comerciante o empresario individual, ya se ha referido en

¹⁷ Mantilla Molina, Roberto. *Derecho Mercantil*. Pág. 75

¹⁸ Brañas, Alfonso. *Ob. Cit.* Págs. 105 – 106.

líneas anteriores pero que sin embargo, se repetirá, señalando que se puede definir como el sujeto que ejerce una actividad (producción o transformación para el cambio o intermediación en la circulación de bienes y servicios), en nombre propio, por profesión, con finalidad de lucro y mediante una organización adecuada (empresa).

Es una figura clásica en el mundo empresarial y constituye una de las formas más frecuentes de creación de empresa, generalmente se asocia con el autoempleo, dado que el comerciante individual es a su vez trabajador en su propia empresa. Se asocia con el autoempleo, dado que el propietario de la empresa es a su vez trabajador en la misma, independientemente de la actividad que desarrolle y del tipo de trabajo que realice.

Se dice del comerciante individual a aquella persona que teniendo capacidad para contratar, cumple con las tres características básicas para ser comerciante; al realizar actos de comercio, realizar dichos actos de forma habitual, y que para él estos actos sean con propósitos de obtener beneficios económicos o patrimoniales. Sin embargo, se ha cuestionado al precisar que uno de los requisitos del comerciante, sea tener capacidad limitada para el ejercicio del comercio, pero no tenga capacidad general para contratar, como es el caso del menor emancipado y autorizado para ejercer el comercio; o que tenga capacidad general para contratar, pero no la especial para comerciar, como es el caso del comerciante fallido y no rehabilitado, es por esto que el legislador se ocupa de aquellos sujetos que no tengan la capacidad plena para contratar, sin embargo, la pueden tener para comerciar.

b) Empresario colectivo o social

La persona jurídica de acuerdo con el Código Civil, Artículo 16 se entiende como: "La persona jurídica forma una entidad civil distinta de sus miembros individualmente considerados; puede ejercitar todos los derechos y contraer obligaciones que sean necesarias para realizar sus fines y será representada por la persona u órgano que designe la ley, las reglas de la institución, sus estatutos o reglamentos, o la escritura social".

El empresario social o colectivo, debe entenderse como sinónimo de sociedades. Este tipo de comerciante ha venido substituyendo al comerciante tradicional como es el individual o empresario individual; esto por el creciente desarrollo comercial en el que es necesario una mayor inversión para poder impulsar con más fuerza las tareas que se tratan de realizar.

El Código de Comercio en el Artículo 3º. señala que: "Las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto", luego en el Artículo 10, indica: "Son sociedades organizadas bajo forma mercantil, exclusivamente las siguientes: 1º. La sociedad colectiva; 2º. La sociedad en comandita simple; 3º. La sociedad de responsabilidad limitada; 4º. La sociedad anónima; 5º. La sociedad en comandita por acciones".

Cuando se habla de empresario colectivo, se refieren a las sociedades mercantiles, es decir, a asociaciones voluntarias de personas físicas o jurídicas que crean y explotan

una empresa de producción y/o mediación de bienes y/o servicios para el mercado, con el fin de obtener un beneficio.

Las sociedades mercantiles tienen una serie de características diferenciadores:

- a. La asociación voluntaria, duradera y organizada de personas que colaboran en la consecución de un lucro.
- b. La aportación de bienes, dinero, muebles, inmuebles, etc., o de derechos, reales, de crédito, de propiedad industrial, etc.
- c. La colaboración de todos o de alguno de los socios en la marcha de los asuntos sociales y en la consecución el fin común.
- d. La búsqueda de un beneficio individual que puede consistir tanto en un incremento de riqueza, como en cualquier otra ventaja patrimonial de distinto orden, aunque no se traduzca directamente en una ganancia (evitación de gastos o de pérdidas).

Según el régimen de responsabilidad establecido entre los socios y la sociedad, las sociedades mercantiles pueden ser personalistas o capitalistas.

Las sociedades personalistas, son las que no limitan la responsabilidad de los socios: sociedades colectivas y comanditarias simples.

Las sociedades capitalistas, son las que limitan la responsabilidad de los socios por las deudas sociales: sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

CAPÍTULO III

2. Elementos del derecho de llave y derecho de local

3.1 La clientela

Doctrinariamente, se han clasificado los elementos de la empresa en materiales, personales y los inmateriales o valores incorpóreos. Lo que se refiere propiamente a la clientela de un negocio, está clasificada dentro de los elementos personales de la empresa, así por ejemplo se habla de que dentro de estos elementos personales en una empresa, están considerados "como el que presta su colaboración a la empresa (personal de la empresa) y el que obtiene de ella las cosas o servicios que proporciona (clientela)".¹⁹

Aclarando más sobre lo que se entiende por clientela de una empresa mercantil, expongo lo siguiente: "Se ha definido a la clientela como el conjunto de personas que de hecho, mantienen con la empresa relaciones continuas en demanda de bienes o de servicios. Algunos la incluyen dentro de las que denominan, relaciones de hecho de la empresa, y consideran que éstas son cualidades de la empresa que la valorizan como resultantes de una adecuada organización con independencia de la empresa, ni ser objeto de derechos reales, que carecen en suma de sustantividad jurídica: No son cosas ni derechos".²⁰

¹⁹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Ob. Cit. Pág. 414

²⁰ Vásquez Martínez, Edmundo. *Instituciones de derecho Mercantil*. Pág. 263



Siempre sobre la exposición de lo que es la clientela, señalaremos que también se define como el conjunto de personas que acostumbran acudir a una casa comercial, para proveerse de géneros o para utilizar sus servicios. Se considera también en el terreno propiamente económico como un elemento esencial de la empresa, e incluso como la parte principal de valor de ésta. Pero desde el punto de vista jurídico, no puede ser calificada de objeto.

La doctrina francesa, distingue entre la clientela habitualmente considerada o sea la que regularmente llega a una casa comercial para proveerse de bienes o para la prestación de servicios y la clientela ocasional o de paso que accidentalmente llega a una casa comercial para satisfacer alguna necesidad.

Se considera que entre lo que es clientela y lo que es aviamiento, existe íntima conexión; clientela y aviamiento son, a nuestro entender, cualidades de la negociación pues aquellos no pueden existir ni ser concebidos sin ésta. Son cualidades que individualmente le dan un valor significativo a la negociación, pero ha de concluirse que ni el aviamiento ni la clientela son objetos de derecho; y, en efecto, ni el uno ni la otra son susceptibles de una especial protección jurídica, sino que su protección ha de derivar de la que reciba la negociación en su conjunto.

Por último, se puede decir que el comerciante o empresario tiene derecho a impedir que la clientela que ha logrado establecer en un determinado negocio o actividad comercial, le sea arrebatada o alejada mediante maquinaciones fraudulentas, de acuerdo a lo que establece el Artículo 358 del Código Penal que se refiere

precisamente a la competencia desleal, también el Artículo 663 del Código de Comercio se refiere a la abstención por parte del enajenante de una empresa de iniciar una nueva que por su objeto, ubicación y demás circunstancias puedan desviar la clientela de la empresa mercantil transmitida.

Identificada la clientela con lo que es el aviamiento, puede situarse a ésta como parte integrante de lo que se ha denominado como título de nuestro trabajo, derecho de llave. “No se concibe hacienda sin aviamiento. Como lo declara nuestra jurisprudencia, no existe establecimiento alguno sin “valor llave”, esto es, sin el aviamiento que ese valor presupone”.²¹

3.2 El aviamiento

Íntimamente ligado o vinculado va este otro elemento de la empresa mercantil con lo que es la clientela; en el Código de Comercio aviamiento es lo que denomina como fama mercantil.

El aviamiento, es el producto de la inteligencia humana aplicada a hacer que de un conjunto de heterogéneos elementos dispares, resulte una combinación apta para la obtención del fin deseado que es un resultado económico o sea la prestación de cosas o servicios.

²¹ Helperin, Isaac. **Curso de derecho comercial**. Pág. 94



Se puede decir también, que aviamiento es el resultado de la reflexión y del esfuerzo inteligente.

La empresa no es el aviamiento ni la idea organizadora, ni tampoco la protección del trabajo humano, tampoco la organización y la clientela asegurada; "el aviamiento si es el resultado de la idea organizadora, del trabajo humano, que tiene como resultado interno la adecuada organización unitaria de los dispares elementos materiales e inmateriales que constituyen la empresa, lo que se exterioriza en el aseguramiento de una clientela".²²

La inteligencia humana aplicada sobre una variedad de elementos para lograr un propósito previamente determinado, cuando este propósito se logra es lo que constituye el aviamiento o sea el resultado de obtener una clientela.

Todo lo señalado, permite comprender que para lograr los objetivos económicos que se persiguen en toda empresa mercantil, es necesario que se conjuguen una serie de situaciones especiales empezando por una buena organización siguiendo con una acertada dirección y concluyendo con la elaboración de productos de calidad y una atención esperada a la clientela; naturalmente que para lograr estos objetivos se debe contar con ciertas cualidades personales del titular de la empresa: su aptitud, precisión, exactitud, cortesía.

²² Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Ob.cit.* Pág. 414

Como se ha dicho al principio de esta exposición sobre lo que es el aviamiento, éste y la clientela están íntimamente ligados o vinculados, así lo sostienen varios autores, quienes señalan que: Aviamiento y clientela son una misma cosa, pero una posición más correcta es la que considera que el aviamiento o fama mercantil preexiste a la clientela, que ésta es un producto del aviamiento, es un resultado y también llega a constituir uno de sus factores, puesto que lo acrecienta. Su tutela jurídica se consigue únicamente en cuanto la empresa misma es tutelada mediante la acción de competencia desleal y en cuanto se protege a la persona del empresario por un derecho personalísimo practica y jurídicamente intransmisible (para que el nuevo titular se pueda beneficiar del aviamiento o fama personal del fundador, únicamente se puede proceder de manera indirecta, no mediante la transmisión de la propiedad de aquel, sino garantizándose su cooperación para el logro de un fin que es contenido específico de una relación obligatoria de hacer o no hacer, esto es, con la estipulación de cláusulas de competencia o de obligaciones positivas de hacer). Por consiguiente, al señalar el Código de Comercio que “todo contrato sobre una empresa mercantil, que no exprese los elementos que de ella se han tenido en cuenta, comprenderá... la clientela y la fama mercantil”, significa que el nuevo titular de la empresa adquiere el derecho a impedir que le sea arrebatada o alejada la clientela o lesionada la fama mercantil, por medios fraudulentos, de competencia desleal (Artículo 657 inciso 2º.; 362 y 363 del Código de Comercio).²³

²³ Vásquez Martínez, Edmundo. Ob. Cit. Pág. 264

3.3 La fama mercantil

Ya se ha dicho en líneas anteriores, que el aviamiento es o puede considerarse como la fama mercantil, ya que el aviamiento se integra con la coordinación de los elementos heterogéneos dispares de la empresa que bajo una buena organización y dirección del titular de la misma logra sus objetivos de carácter económico, logrado implícitamente una clientela como producto de su fama mercantil. Entonces se concluye diciendo, que la fama mercantil es el aviamiento.

3.4 Nombre Comercial

También es conocido como firma comercial y es el que da a conocer al público un establecimiento comercial, industrial o agrícola o bien como lo indica el Convenio para la Protección de la Propiedad Industrial en el Artículo 48: ..., "nombre comercial es el nombre propio o de fantasía, la razón social o la denominación con la cual se identifica una empresa o establecimiento". Se puede decir que nombre comercial, es el nombre que una persona individual o jurídica utiliza para identificarse en el ejercicio de sus actividades comerciales y para realizar sus transacciones dentro del comercio en general.

También se puede definir como su identificación dentro del mundo del comercio por medio del cual adquiere derechos y contrae obligaciones que traen consigo responsabilidades de tipo patrimonial.

En el sistema designa el nombre comercial a la empresa o al establecimiento más bien que al empresario y el mismo constituye uno de los elementos de la empresa mercantil.

3.5 Propiedad comercial o mercantil

Íntimamente vinculado con el concepto de establecimiento está el problema de la llamada propiedad comercial, expresión utilizada para significar los especiales derechos del titular de la empresa sobre los locales arrendados para su establecimiento. Si el empresario pudiera ser desahuciado en cualquier momento, el propietario del local podría aprovecharse del buen nombre, de la clientela, del aviamiento en suma para montar en él un negocio igual o semejante. Además, un traslado significa muy frecuentemente la pérdida de la clientela cuando no la muerte misma de la empresa. Por eso en muchos países se ha establecido la llamada propiedad comercial, que consiste en la atribución de especiales derechos arrendados que ocupan, bien creando un derecho de prórroga en la duración de los contratos, bien concediendo una opción para el caso de venta de los locales, bien atribuyendo al empresario una parte de la plusvalía que el dueño obtenga en caso de enajenación de los mismos.

Se puede señalar también, como una propiedad comercial o mercantil, pero en un aspecto puramente inmaterial, los elementos que forman los signos distintivos de la empresa tales como: las marcas, patentes, los avisos y el nombre propiamente comercial.

Estos bienes también son considerados dentro de la llamada propiedad industrial, aunque algunos autores le niegan la calidad de propiedad a lo considerado propiedad industrial. Sin embargo, hay posiciones modernas que han superado ésta negativa, hablando decididamente sobre lo que es la propiedad inmaterial, la cual recae sobre bienes inmateriales, es decir, sobre ideas en cuanto son elementos creados por el pensamiento.

3.6 El establecimiento

El establecimiento, se puede decir que es la base física de la empresa, su asiento material, el cual en sentido amplio se considera como el conjunto de bienes materiales e inmateriales que son organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad mercantil. Como se ve, la palabra establecimiento se utiliza aquí en sentido amplio el cual se debe distinguir de lo que se entiende por establecimiento en un sentido estricto, o sea, el local donde se encuentra la empresa y que vendría a ser uno de esos bienes materiales que el empresario organiza. Es con respecto al establecimiento en el sentido estricto, que se habla del derecho de arrendamiento o derecho de llave, como se acostumbra decir en el lenguaje usual de los comerciantes; derecho que lo han venido confundiendo, pues en verdad es un derecho, pero de local.

Se habla que la empresa mercantil puede tener uno o varios establecimientos, así por ejemplo el establecimiento principal se podría considerar como el lugar en que se encuentra la dirección del negocio o sea el centro de operaciones; es establecimiento

subordinado o sea la sucursal que es donde se realizan actividades similares a las de la principal en cierta forma independiente.

3.7 El local

“Se entiende por local comercial el edificio o las instalaciones físicas en un determinado lugar, que se destinan para el ejercicio de una actividad material. Todo establecimiento tiene un local y como éste es importante a los efectos de la clientela y de la fama mercantil, la ley, al disciplinar lo relativo al establecimiento, se cuida de disponer que el cambio de local del establecimiento principal debe ponerse en conocimiento público mediante aviso que se publica en el Diario Oficial y que también debe inscribirse en el Registro Mercantil, sancionándose la falta de publicación dando derecho a los acreedores a exigir daños y perjuicios (Artículo 665 del Código de Comercio)”.²⁴

Se entiende por local, a aquellos establecimientos comerciales que tienen como objetivo principal el desarrollo de alguna actividad comercial o económica, pudiendo ser esta de diferente tipo. Los locales pueden variar mucho en términos de tamaño, características, diseño y público al que se dirigen, aunque hay algunas características en común que todos ellos comparten.

Todo establecimiento comercial requiere un local donde ubicar y organizar los elementos materiales y donde su dueño desarrolle su actividad mercantil. El local sirve

²⁴ Vásquez Martínez, Edmundo. Ob. Cit. Pág. 26

de asiento a los bienes organizados y contribuye a delimitar su extensión. Además, puede ser un factor importante para la atracción de la clientela, a tal punto que, en algunos casos, es considerado como elemento esencial del establecimiento.

Las leyes guatemaltecas no se pronuncian sobre este elemento, como tampoco lo hacen sobre los demás que la doctrina considera integrantes de la casa de comercio. Las únicas normas sobre local se encuentran en las leyes de arrendamientos urbanos, que admiten que su arrendatario pueda ceder el arriendo siempre que lo haga simultáneamente con la enajenación del establecimiento comercial y que se cumplan con una serie de requisitos que oportunamente se considerarán. A mi criterio, el legislador ha sobreentendido, por encima de las controversias doctrinarias, que el derecho de local es un bien del establecimiento, y para hacer factible su enajenación, ha autorizado excepcionalmente, la cesión del arriendo.

3.8 Elementos o valores incorpóreos de la empresa

El grupo de elementos o valores incorpóreos de la empresa está integrado por cosas o bienes no perceptibles son los sentidos, pero cognoscibles con el pensamiento. Entre los elementos inmateriales se encuentran los derechos de crédito, el nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa, los contratos de arrendamiento, los secretos de fabricación y del negocio, las exclusivas y las concesiones y en general los derechos que representan un valor para el negocio.

Se mencionan como elementos inmateriales o valores incorpóreos, como los derechos de crédito o como los que integran la propiedad inmaterial: nombre comercial, avisos, marcas, patentes.

- a. Propiedad industrial, artística y literaria.
- b. Propiedad comercial o derecho de local.
- c. El aviamiento y la clientela.

También se tienen como elementos de la empresa:

1. El empresario: Manejada por una persona física, comerciantes individual, o por una sociedad mercantil, comerciante moral; es el que la organiza y la maneja con la idea y finalidad de lucro.
2. El patrimonio de la empresa: Es el conjunto de elementos patrimoniales sobre los que tienen derechos y obligaciones, es decir, bienes corpóreos o incorpóreos organizados para la actividad mercantil llamado este elemento también la hacienda.
3. El trabajo: Es el conjunto de personas que trabajan auxiliando al comerciante en las actividades empresariales y dentro de la organización y jerarquía que tenga la empresa de estos elementos.
4. El establecimiento: Es el local donde se encuentra la empresa y realiza sus actividades comerciales, pueden ser un solo local o varios en el caso de la existencia de sucursales.



5. El nombre comercial: Considerado en la Ley de la Propiedad Industrial, como el derecho de uso exclusivo del nombre que se le haya dado a la empresa o el establecimiento mercantil.
6. Los avisos comerciales: Son las frases u oraciones que tienen por objeto anunciar al público, establecimientos o negociaciones comerciales, industriales o de servicios o productos o servicios para distinguirlos fácilmente de los de su especie.
7. La marca: Es todo signo visible que distingue productos y servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado.
8. La franquicia: Existe franquicia cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica para producir o vender un producto con los métodos operativos y comerciales del titular de la marca.
9. La denominación de origen: Nombre de una región geográfica, que sirve para designar un producto originario de la misma y cuya calidad y características se deben sólo al medio geográfico.
10. La patente: Invención o creación humana que permite transformar la materia para ser aprovechada por el hombre.
11. De los modelos de utilidad: Aparatos o herramientas que son modificados en su composición estructura o forma y presentan una función diferente o ventaja respecto a su utilidad.
12. De los diseños industriales: Dibujos o modelos industriales que son nuevos y susceptibles de aplicación industrial.

13. De los secretos industriales: Información de aplicación industrial que guarda toda persona física o moral con carácter confidencial, implica una ventaja competitiva frente a terceros.
14. De los derechos de autor: Reconocimiento que hace el Estado a favor de todo creador de obras literarias y artísticas.

Todos estos elementos bien organizados con la finalidad de rendir utilidades económicas, crean la clientela, formada por personas que acuden de manera sistemática a la empresa para proveerse de los bienes y servicios que ésta expende.

Así se puede concluir, que los elementos incorpóreos dan más valor a la misma empresa.



CAPÍTULO IV

4. El contrato atípico de “derecho de llave”

En toda sociedad organizada el fenómeno económico precede, se presenta antes que la institución jurídica lo regule. Esta forma de creación de la ley se da con mayor frecuencia en el campo económico, debido a la idiosincrasia, dinámica y cambiante propia de las relaciones mercantiles. Es la razón por la cual el derecho de llave como fenómeno económico y jurídico en gestación o en etapa de formación, se encuentra ante un caso típico de ausencia de legislación.

El derecho de llave en el comercio guatemalteco se presenta como un valor comercial, fruto del trabajo del comerciante, el que al integrarse al patrimonio de su titular, reclama certeza y tutela jurídica para garantizar en esa forma la permanencia de la riqueza en la persona a quien en justicia y equidad corresponde.

El derecho de llave se evidencia o se aprecia más en una forma objetiva al momento de celebrarse el contrato de compraventa mercantil que lo transfiere o enajena, puesto que es en este momento en que el enajenante le asigna un valor pecuniario a tal derecho el adquirente paga un precio por ese valor suma o incorpora a su propio patrimonio.

4.1 Definición de derecho de llave

En la doctrina que se ocupa del estudio de la ciencia del derecho y en especial del derecho mercantil, no se encuentra una definición exacta sobre lo que constituye el derecho de llave; y esto es debido, básicamente, a que se trata de un derecho relativamente nuevo que ha surgido al comercio en general y, por consiguiente, al comercio guatemalteco, como resultado del constante cambio y actualización de las operaciones mercantiles que los comerciantes, en nuestro medio, llevan a cabo, que son reguladas por medio de los usos y práctica comercial a falta de legislación específica que norme tales relaciones. Un ejemplo palmario se encuentra en el comercio guatemalteco, con los contratos de compraventa que a diario celebran los comerciantes y por medio de los cuales se compran y venden derecho de llave, independientemente de la empresa mercantil de la cual forman parte.

En el ordenamiento legal vigente, no se encuentra ninguna norma específica con respecto al derecho de llave; y es solamente a nivel internacional en donde hallamos algunos aspectos relacionados con este derecho, que no es llamado con el nombre de derecho de llave, expresión con la que lo han denominado los comerciantes guatemaltecos.

Es así como el eminente tratadista Joaquín Rodríguez Rodríguez, se refiere en su obra de derecho mercantil a lo que el denomina Propiedad Comercial, definiéndola de la siguiente manera: "Es la atribución de especiales derechos a los empresarios sobre los locales arrendados que ocupan, bien creado un derecho de prorroga en la duración de

los contratos, bien concediendo una opción para el caso de venta de los locales, bien atribuyéndole al empresario una parte de la plusvalía que el dueño obtenga en caso de enajenación de los mismos".²⁵

Continúa manifestando el tratadista en su obra que: Si el empresario pudiera ser desahuciado en cualquier momento, el propietario del local podría aprovecharse del buen nombre, de la clientela, del aviamiento en suma, para montar en él, un negocio igual o semejante. Además, un traslado significa, "frecuentemente la pérdida de la clientela, cuando no la muerte misma de la Empresa".²⁶

El concepto y el criterio anteriormente expuesto, se puede deducir varias cuestiones muy importantes, con respecto al Derecho de Llave; y la primera de ellas consiste en que si bien es cierto este tratadista le concede un valor comercial a lo que él denomina propiedad comercial, que según mi punto de vista tiene una estructura muy parecida a lo que los comerciantes guatemaltecos llaman derecho de llave, con algunas variantes, también lo es que este jurista solamente contempla el caso cuando existe de por medio un contrato de arrendamiento entre el comerciante y el propietario del inmueble, y no aborda el caso en su forma más común o sencilla, o sea, cuando el titular del Derecho de Llave, es a su vez propietario del local o establecimiento comercial.

²⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Curso de desarrollo mercantil*. Pág. 416

²⁶ Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 215

Del concepto analizado, se deduce una segunda conclusión que consiste en que su autor condiciona la existencia de un local o establecimiento con respecto a la propiedad comercial, para que puedan darse los efectos jurídicos, como son: La prórroga del contrato del arrendamiento, el derecho de tanteo y la participación del arrendatario del precio obtenido en caso de venta del local y de la plusvalía creada sobre el mismo. Este tratadista, al referirse a la propiedad comercial, estima que al arrendatario le asiste el derecho de participar en caso de venta del local, sobre la plusvalía creada, por ser el mismo arrendatario, como empresario o comerciante, el autor o creador de ese valor comercial, fruto de su trabajo, capacidad e inteligencia. Estos efectos jurídicos, según nuestro criterio, son los mismos para el derecho de llave. Recurriendo al Diccionario de Derecho Usual, se encuentra con que la palabra derecho proviene del latín "Directum, Directo, Dirigere, enderezar o alinear".²⁷ Sin embargo, por la complejidad de esta palabra y por las discusiones doctrinarias en torno a la misma, se limitará a señalar lo que es la palabra derecho, en sentido subjetivo. De conformidad con la Diccionario de Derecho Usual: "Es la facultad o poder de potestad individual de hacer elegir o abstenerse en cuanto asimismo atañe y de exigir, permitir o prohibir a los demás, ya sea el fundamento natural, legal, convencional o unilateral".²⁸

En cuanto a la palabra llave cerrar, el mismo Guillermo Cabanellas, dice que: "Es el instrumento generalmente de metal, para o abrir puertas, trampas o cualquier otro cierre".²⁹

²⁷ Ibid. Pág 47

²⁸ Ibid. Pág.47

²⁹ Ibid. Pág 47

En un sentido ya propiamente mercantilista la palabra Llave significa: La cantidad que al traspasarse o enajenarse un establecimiento comercial o industrial se paga por las utilidades que rinde, capitalizadas a un alto tipo de interés por lo regular. Continúa diciendo el tratadista Cabanellas, que así: Al venderse una tienda, además de las mercaderías que quedan para el comprador y de las instalaciones que aprovecha, aún no habiendo transferencia de la propiedad, por pertenecer a una de las partes o a un tercero, se valora la situación del local, la clientela de que goza y las ganancias líquidas que obtiene. En los pequeños comercios o talleres la llave no suele exceder de los beneficios obtenidos en un par de años.

Con las dos definiciones anteriores expuestas, bien se podría recurrir a un método bastante práctico, uniendo los dos conceptos apuntados y agregando a mis propios elementos de criterio, para así elaborar un concepto de lo que es el derecho de llave, desde un punto de vista puramente personal, el cual quedaría redactado así: El derecho de llave es un derecho especial de naturaleza incorporal, que se encuentra íntimamente vinculado a un local o establecimiento mercantil; es susceptible de apropiación por parte de los comerciantes, quienes podrán someterlo al tráfico jurídico o bien a su explotación con ánimo de lucro y su origen se encuentra en los usos y en la práctica comercial.

De este concepto, se puede deducir que se trata de un derecho muy especial, de carácter patrimonial, cuyo objeto recae sobre una cosa de naturaleza incorporal, es susceptible de tráfico mercantil, considerado como parte del patrimonio de los comerciantes especialmente, por lo que es propiedad de los mismos y en tal virtud



deberá ser tutelado por el ordenamiento legal. Definitivamente, es un derecho que pertenece al campo del derecho mercantil. Por su objeto y finalidad lucrativa, se encuentra vinculado con la empresa mercantil y, en especial, con uno de sus elementos como es el local o establecimiento. El derecho de llave es el resultado o producto del trabajo intelectual de los comerciantes, proyectado hacia un local determinado, el que por el trabajo y capacidad del comerciante, es dotado o revestido de un valor comercial o de una mayor plusvalía, independientemente del valor que pueda tener el inmueble en sí.

4.2 Características del derecho de llave

4.2.1 Es un contrato consensual

El contrato de derecho de llave, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, puesto que en este caso funciona el principio plasmado en la legislación civil, en cuanto a la libertad de forma y modo de los contratos, toda vez que el contrato que ocupa, no se encuentre establecido en forma especial en nuestra legislación. Consideramos que este contrato de derecho de llave, deberá ser desprovisto de mayores formalismos, para responder y estar de acuerdo a los principios del derecho mercantil.



4.2.2 Es un contrato bilateral

El Código Civil en el Artículo 1587 señala: “El contrato de derecho de llave es bilateral, puesto que produce obligaciones recíprocas entre las partes”.

4.2.3 Es un contrato oneroso

Ya que conlleva obligaciones pecuniarias y recíprocas para las partes, de modo que se da una prestación a cambio de otra.

4.2.4 Es un contrato mercantil

Esto es debido al objeto sobre el cual recae la negociación, como lo es el derecho de llave, elemento que se sitúan dentro de la empresa mercantil.

4.2.5 Es un contrato que necesita cumplir con ciertos requisitos

El contrato de derecho de llave es un contrato principal, necesita que se den ciertos requisitos o de que la negociación se lleve a cabo dentro de ciertas circunstancias y estos requisitos son como ya quedaron indicados con anterioridad autorización de parte del arrendador del local, para que el de arrendamiento, con el nuevo titular del derecho adquirido como la del inmueble al que se encuentra vinculado, que no viene a ser un requisito, sino una forma de hacer efectivo y funcional el contrato celebrado.

4.3 Elementos

4.3.1 Elementos subjetivos

No existe en la legislación mercantil precepto alguno sobre la capacidad de los contratantes para llevar a cabo un contrato de derecho de llave, a excepción del Artículo 6º. Del Código de Comercio que se refiere más que todo a la capacidad para ser comerciante y no a la capacidad para ser parte en un contrato mercantil; sin embargo, este mismo Artículo remite al Artículo 8º. Del Código Civil, que establece: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles, se adquiere por la mayoría de edad”. “Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años....”

Se concluye, que para poder ser parte en un contrato de derecho de llave se necesita cumplir con los mismos requisitos establecidos para celebrar un contrato de compraventa común o civil. El elemento subjetivo está constituido por el titular del derecho de llave y el adquirente del derecho.

4.3.2 Elemento objetivo

En cuanto al elemento objetivo, Se entiende por objeto, en general, “Todo lo que es externo al sujeto y, más concretamente cuando es susceptible de ser sometido al poder de las personas, como medio para un fin jurídico”.³⁰

³⁰ Langle y Rubio, Emilio. *Manual de derecho mercantil español*. Pág. 9

Todas las cosas del mundo pueden ser objeto de relaciones jurídicas de compraventa a excepción de las expresadamente prohibidas por la ley. En tal virtud, el derecho de llave, como elemento inmaterial, puede figurar entre las cosas objeto de relaciones jurídico mercantiles de compraventa, basados dichos actos en el principio de la autonomía de la voluntad y en la norma constitucional que establece: "Está permitido todo lo que no está prohibido por las leyes".

El precio es un elemento muy importante en esta clase de contratos y su régimen en cuanto a la fijación depende de la voluntad de los contratantes. Es tan importante que el Código Civil en el Artículo 1796, indica que: "No hay compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo..."

En la práctica comercial guatemalteca el precio se representa en dinero, el cual es fijado por convenio entre ambas partes, variables por efectos de la oferta y de la demanda. Actualmente, en el país con respecto al derecho de llave, la balanza se ha inclinado a favor del vendedor y esto se debe a la gran escasez de locales comerciales. Se ha podido notar, incluso que existen comerciantes que construyen condominios comerciales y que al momento de vender los locales de dichos edificios cobran una suma determinada por concepto de derecho de llave, siendo estos locales nuevos. Simplemente dentro del valor del local comercial incluyen el valor de la plusvalía que ellos mismos y en forma unilateral consideran existente.

4.4 Naturaleza jurídica

Después de haber expuesto el aspecto puramente práctico o real sobre lo que es el derecho de llave y analizados los elementos que integran la empresa mercantil, estamos en la posibilidad de entrar al análisis para poder determinar la naturaleza jurídica del derecho de llave.

Para llegar a determinar la naturaleza jurídica del derecho de llave, considero importante partir de un concepto sobre lo que es naturaleza jurídica. Para el efecto es pertinente aclarar que de los autores consultados ninguno proporciona un concepto sobre lo que es naturaleza jurídica; así pues es necesario formularlo con base a lo que se debe entender propiamente por naturaleza y ubicar o ajustar este concepto a lo jurídico. En el diccionario de derecho Usual, dice: "Naturaleza; Esencia y propiedad característica de los seres; conjunto y disposición de las cosas existentes; virtud o calidad de las cosas".³¹ Finalmente, en el aspecto jurídico se entiende lo jurídico como concerniente al derecho; ajustado a él; legal, de donde hemos conceptualizado lo que es naturaleza jurídica, diciendo que debe entenderse como la esencia las particulares características de una institución, analizados los elementos que la forman y adecuarlos conforme a derecho.

Como antecedente de lo que ha sido tradicionalmente el derecho de llave, se hará un poco de historia refiriéndonos únicamente a lo que se entiende simplemente por llave.

³¹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Pág. 480.

Toda institución nace a la vida legislativa de un país, como consecuencia de la necesidad que el legislador ha observado en el pueblo y en este campo el derecho de llave no podría ser la excepción. Se ha encontrado que la palabra llave a través de la historia ha sido sinónimo de propiedad y que la entrega de las llaves que el vendedor hace al comprador, produce la tradición o entrega de lo vendido y por lo tanto, la efectiva traslación de la propiedad. Pero, en el caso, que puede entregar el comerciante arrendatario a la persona que adquiere su empresa; si es mercadería, la entrega real o efectiva de la misma no puede ser a través de la entrega de las llaves. La entrega de las llaves presupone que lo que se adquiere es un bien sujeto a ser abierto con una llave.

Estimo que con la entrega de las llaves, el comerciante enajenante está entregando al adquiriente el fruto de su trabajo, aquel conjunto de bienes inmateriales como la clientela, a fama mercantil, en suma el aviamiento y lo que es aún más importante el bien inmaterial que solemne y antepuesto a otro bien o constituyen los derechos adquiridos por virtud y gracia de la palabra del legislador, que no es más que la palabra de todo un conglomerado social, aunque esta última estimación no sea del todo cierta en la práctica.

Se entiende que la venta del derecho de llave es en la práctica, transmitir un conjunto de bienes inmateriales como lo son una clientela establecida y una fama mercantil, debemos también comprender que en los casos en que el comerciante tiene instalada su empresa en un local ajeno es necesario analizar lo que se refiere a los contratos de arrendamiento celebrados entre éste y el propietario del local. Para este efecto resulta

imperativo exponer más ampliamente sobre lo que es la propiedad comercial o mercantil.

En la legislación, hablando de la propiedad comercial, vemos que la empresa frecuentemente funciona en locales que pertenecen a personas distintas del empresario o comerciante con el que obviamente se obliga a contratar dicho local en calidad de arrendamiento. En la realidad investigada, se encuentra que el comerciante o empresario pasa por una serie de penalidades cuando por circunstancias especiales, quiere transmitir a otra persona su empresa, muchas veces el arrendador no presta su consentimiento para que la transmisión se realice, poniendo obstáculos entre lo que regularmente se observan el que la persona que recibirá la transmisión de la empresa, no es de su agrado, o que considera que no es honorable y en el más común de los casos de que acepta pero imponiendo celebrar nuevo contrato de arrendamiento y aprovechándose de esta circunstancia realiza un aumento considerable de la renta del local, lo que deviene en la no aceptación de la persona que deseaba le fuera transmitida la empresa. Esta exposición es un reflejo de lo que en la realidad sucede. Sin embargo lo que se refiere a la disciplina jurídica, dentro de nuestra legislación, únicamente dentro del Código de Comercio se toma en cuenta la situación real en que se encuentran los comerciantes al celebrar los contratos de arrendamiento con los propietarios de los locales comerciales en los cuales realizan sus actividades mercantiles, al señalar en el Artículo 657 inciso 4º. y en forma limitada, que en todo contrato que se realice sobre una empresa, tácitamente se considera incluido en la transmisión varios elementos de la empresa entre los que se mencionan a los contratos de arrendamiento.



Esta inclusión dentro del Código de Comercio, obedece a la importancia que tiene el local, no sólo como base física de la empresa, sino por lo que implica desde el punto de vista de la clientela y de la fama mercantil, es por esta especial característica que adquieren los locales comerciales, cuando en ellos se ha establecido un negocio que en base a su buena organización, dirección y atención al público, se hacen de una clientela y de fama mercantil, por lo que los empresarios o comerciantes busquen un precepto jurídico en que basarse, para poder lograr cierta estabilidad y tranquilidad en el local que estén arrendando. El Código Civil en orden a la estabilidad se limita a establecer que, vencido el plazo de arrendamiento el arrendatario tiene derecho de tanteo para la renovación del contrato por un nuevo plazo y que hay renovación tácita, si el arrendador no reclama la cosa y recibe la renta del período siguiente sin reserva alguna (Artículos 1886 y 1887 del Código Civil). La disposición del Código de Comercio relativa a la inclusión tácita de los contratos de arrendamiento en cualquier contrato sobre la empresa, significa un indudable derecho para el arrendatario que modifica en este aspecto el régimen civil del contrato de arrendamiento, tanto el que transmite como el que adquiere, tienen en virtud del referido precepto un derecho al arrendamiento de los locales de la empresa.

Sin embargo, en la práctica esto que está establecido en el Código de Comercio no sucede, pues el valor del arrendamiento se le da un trato especial cuando se trata de transmitir una empresa como ya quedó explicado en líneas anteriores.

La transmisión del derecho de arrendamiento en la mayoría de los contratos que sobre la transmisión de una empresa se realizan, se hace en forma totalmente aislada o

separada pues el derecho de arrendamiento en si del local es lo que equivocadamente se conoce como derecho de llave, que definitivamente ha venido pasando por una serie de dificultades que ponen los dueños de los locales, para que los comerciantes o empresarios puedan transmitir este derecho de arrendamiento que por ley tienen. Naturalmente que esta es una estimación confundida, no por el comerciante sino por los propietarios de los locales comerciales, quienes relacionan los contratos de arrendamiento con lo que es realmente el derecho de las encuestas realizadas con los comerciantes, como ya quedó expuesto, se verá que éste es un derecho con relación a la persona del empresario sobre el crédito que se ha logrado en un local al establecer una clientela y hacerse de una fama mercantil.

Analizando todo lo expuesto en esta parte del presente capítulo, principalmente lo que se refiere a la propiedad mercantil en la cual están involucrados los especiales derechos que el titular de la empresa tiene sobre los locales arrendados para su establecimiento y lo que al respecto preceptúa al Artículo 657 inciso 4º. del Código de Comercio, en el cual señala legalmente que en la transmisión de la empresa mercantil se considera incluido en el contrato respectivo, los contratos de arrendamiento.

Tales situaciones tienen como directriz apoyar el derecho que el comerciante tiene frente a terceros. Sin embargo, no podría decirse que la naturaleza jurídica del derecho de llave sea específicamente la de un arrendamiento o sea la de dar el uso o goce de una cosa que en este caso sería el local, ya que, y a pesar que estos contratos están íntimamente ligados a la empresa, tal como quedó ya expuesto, no pasaría de ser un pura relación del comerciante-arrendatario con el propietario-arrendador.

Se busca la naturaleza jurídica atendiendo la característica especial que adquieren los locales comerciales cuando en ellos se ha establecido un negocio que en base a su buena organización, dirección y atención al público, se hacen de una clientela y de fama mercantil, se llegará a establecer que es la posibilidad más cierta para determinarla, ya que, aparte de lo establecido en la investigación y en lo preceptuado en el Artículo 657 inciso 2º. del Código de Comercio que señala la clientela y la fama mercantil como elementos que se consideran incluidos en los contratos de transmisión de una empresa mercantil, está lo relacionado a los elementos que integran la empresa misma, tales como los personales, materiales y los que más interesan como son los incorpóreos o inmateriales, que es donde efectivamente podemos situar los derechos que el comerciante adquiere a través de su trabajo acreditando un negocio y que es lo que al final constituye realmente el llamado derecho de llave.

Se tendría que estimar también, los casos en que un comerciante está vendiendo un derecho de llave, es decir que su negocio o empresa sí posee esa clientela y fama mercantil que se hace necesarios para tipificar ese derecho y sin embargo el eventual adquirente de la empresa ya no continúa con el giro o naturaleza del negocio adquirido, destinando o utilizando el local para otra actividad totalmente distinta a la que tenía al momento de adquirirla. Aquí realmente ha existido la venta de ese derecho de llave, aunque el adquirente no utilice la fama y la clientela que en el negocio ha quedado establecida.

Sin embargo, hasta aquí solamente se ha tratado lo que se refiere a los contratos de arrendamiento y a la propiedad mercantil; necesario resulta analizar otros elementos

que integran la empresa mercantil como una universalidad y llegar más ciertamente a la esencia y características especiales de este derecho de llave como una institución.

Siempre atendiendo a los resultados del trabajo de campo realizado, especialmente en las entrevistas con los comerciantes, sin dejar a un lado el aspecto puramente doctrinario, existen otras posibilidades para poder determinar la naturaleza jurídica del derecho de llave; así, por ejemplo, se verá que podría ser su esencia y característica especial, la clientela, ya que como se ha expuesto en anteriores renglones, uno de los elementos que integran la empresa es el que se refiere a los personales y que acepta dentro de su clasificación a la clientela. Sin embargo, aunque se considere que la clientela puede ser valorizada como resultado de una adecuada organización de la empresa, pues según los comerciantes la clientela es uno de los elementos que para ellos constituye el derecho de llave, dado a que la misma se logra a través de los años de trabajo de estar acreditando un negocio o empresa, y que se considere como elemento incluido dentro de todo contrato de transmisión sobre una empresa mercantil, en su carácter particular como elemento de la empresa y considerado separadamente, seguirá siendo una parte que integra la universalidad de la empresa y que de ninguna manera puede ser considerada como un objeto susceptible de poderse transmitir aisladamente. Es innegable que cuando se transmite una empresa, en el contrato respectivo se considera incluida la clientela y que el nuevo titular de la empresa adquiere el derecho de impedir que le sea arrebatada, alejada o lesionada la fama mercantil, por medios fraudulentos de competencia desleal.

Otra de las posibilidades que se desprenden del presente análisis, es la que se refiere a determinar que la naturaleza jurídica del derecho de llave sea el aviamiento; según varios autores de derecho mercantil, al hablar de éste otro elemento de la empresa, determinan que está íntimamente vinculado con lo que es la clientela y por otro lado el Código de Comercio lo denomina como Fama Mercantil. Es decir, que clientela y aviamiento (fama mercantil) es la misma cosa, sin olvidar que hay posiciones más evolucionadas que consideran que la clientela es producto del aviamiento (fama mercantil).

Partiendo siempre de la realidad investigadora, en la que los comerciantes señalan que el derecho de llave es transmitir la clientela y fama mercantil que han logrado en un determinado local comercial, se podría determinar su naturaleza jurídica en este elemento de la empresa, pero conforme a derecho tampoco es posible, puesto que su tutela jurídica se consigue únicamente en cuanto la empresa misma es tutelada mediante la acción de competencia desleal y en cuanto se protege a la persona del empresario por un derecho intuitu persona, práctica y jurídicamente intransmisible. Queda pues esta posibilidad descartada por cuanto no es posible considerar el aviamiento como un objeto aislado de la universalidad de elementos que integran la empresa y por consiguiente que pueda ser susceptible de transmitirse.

La fama mercantil, se ha dicho que en la legislación debe entenderse como el aviamiento de una empresa; y que ambos elementos están considerados como inmateriales o valores incorpóreos. Debe hacerse mención de que los comerciantes consideran que es un elemento que ellos estiman incluido en la venta del derecho de

llave que realizan, pero que jurídicamente, al igual que los elementos analizados con anterioridad, no es susceptible de transmisión en forma aislada por ser un derecho que corresponde a la persona del empresario. En tal virtud también debemos descartar esta posibilidad de poder determinar la fama mercantil considerada particularmente, como la naturaleza jurídica del derecho de llave.

Se ha analizado ya varias posibilidades, atendiendo a la cualidad de varios de los elementos que integran la empresa y que por ser lo que más se mencionan en la realidad investigada como partes integrantes en la venta de ese derecho de llave que los comerciantes realizan con tanta frecuencia y que incluso llegan a darle mucho más valor que a la propia existencia de mercadería que podrían tener en el momento de transmitir la empresa. Se ha expuesto también que ninguno de ellos en su carácter individual o en forma aislada es susceptible de transmitirse a terceras personas por su propia naturaleza de ser un derecho que corresponde a la persona titular de la empresa, lo que hace descartarlos de la posibilidad que sean aisladamente, la naturaleza jurídica del derecho de llave.

De lo analizado, se desprende la posibilidad de que pueda determinarse la naturaleza jurídica de este derecho de llave como un elemento inmaterial o incorpóreo de la empresa mercantil; antes considero necesario referirse a lo que se entiende doctrinariamente por elementos inmateriales o valores incorpóreos de la empresa; la mayoría de los autores están de acuerdo en que son el grupo de elementos de la empresa integrados por cosas o bienes no perceptibles con los sentidos, pero cognoscibles con el pensamiento. Partiendo de esta base y de que tanto la fama

mercantil y el aviamiento son considerados como valores incorpóreos de la empresa y además que la clientela también es relacionada por varios autores como consecuencia o resultado del aviamiento, se tiene necesariamente que vincular esta parte doctrinaria con el resultado de la investigación de campo que dio como resultado determinar que para los comerciantes en la práctica diaria, el derecho de llave representa lo acreditado de un negocio o empresa en la que obviamente se ha logrado una clientela y una fama mercantil. Con todos estos fundamentos, la posibilidad más cierta para determinar la naturaleza jurídica del derecho de llave, considerando el conjunto de elementos que la conforman como son la clientela, la fama mercantil, el aviamiento y los contratos de arrendamiento, puede situarse como un elemento inmaterial o valor incorpóreo de la empresa mercantil, susceptible de transmitirse a terceras personas.

En definitiva el derecho de llave, puede situarse como un elemento inmaterial o valor incorpóreo de la empresa mercantil, logrando a través de los años de trabajo constante e ininterrumpido del comerciante, logrando con ello establecer una clientela y hacerse de una fama mercantil para llegar a su objetivo máximo como es obtener beneficios económicos.

Desde este punto de vista y una vez ubicado ese derecho de llave dentro de un ordenamiento jurídico, se puede afirmar que el comerciante arrendatario está en pleno derecho de transmitir a un eventual adquiriente la empresa o negocio, el que necesariamente debe tener una clientela establecida y una fama mercantil comprobada, elementos estos que se hacen indispensables para que realmente se esté vendiendo un derecho de llave. En los casos en que un comerciante esté vendiendo un derecho de



llave de un negocio o empresa en que no se pueda probar que existe una clientela y una fama mercantil, estaríamos frente a un negocio totalmente distinto al de la venta de un derecho de llave, negociación que la tendríamos que ubicar dentro de la venta de un derecho, pero únicamente del local, es decir derecho de usar un local.

4.5 Efectos de la venta de un derecho de llave

Todo acto humano que está destinado a producir un efecto jurídico ya sea por consentimiento de las partes o por disposición de la ley, produce los efectos recaen sobre una serie de elementos como son los personales, reales y formales. Para los fines que el presente trabajo persigue considero necesario únicamente referirme a los elementos personales y así se ha encontrado que son:

- a) Arrendador-propietario;
- b) Arrendatario-comerciante;
- c) Un eventual adquiriente de la empresa; y,
- d) Terceros.

Al referirse al arrendador propietario, de acuerdo al principio de delimitación de actividades, se encuentra con que éste debe ser una persona que, a través de su calidad de arrendador adquiera beneficios lucrativos pero dejando claro que esos beneficios no interfieran ni puedan interferir en el futuro en la actividad mercantil del comerciante. Como en líneas anteriores ha quedado expuesto, el arrendador-propietario de los locales en que las empresas mercantiles funcionan, en la mayoría de

los casos se oponen a la transmisión de la empresa, estimando que tiene razón justa para participar de las utilidades que para la transmisión de una empresa. Naturalmente que olvida el arrendador propietario que su propia actividad y la actividad mercantil son distintas en su función y naturaleza y estimo que la actividad mercantil debe estar más protegida por la ley, ya que si bien es cierto es una actividad lucrativa no es menos cierto que tiene ciertas características de función social de las que está desprovista la actividad del propietario arrendador.

El arrendatario comerciante, como también en líneas anteriores quedo expuesto, el instalar una empresa mercantil podría decirse que es una aventura de consecuencias imprevisibles o sea que el comerciante bien puede satisfacer las metas que se propuso como puede fracasar.

En este orden de ideas se insiste en que la actividad mercantil debe estar protegida por la ley y que la misma debe desproveer al propietario arrendador de los beneficios del comerciante si su empresa logra el éxito que desea.

Si hipotéticamente se figura una empresa mercantil que en base al trabajo y constancia de su propietario lograra los fines beneficiosos que éste se propuso, éstos no se lograrían en un período corte de tiempo. Estimo que es necesario para el comerciante realizar un análisis comparativo en relación a años anteriores para determinar si su empresa (aún después de haber nacido), continúa un desarrollo acorde a las inversiones y trabajo. Así que se sugiere que por disposición expresa de la ley el arrendamiento mercantil debe tener un plazo no menor de tres años debido a la

naturaleza conmutativa del mismo, es decir el conocimiento claro y cierto del arrendador en lo que a los beneficios del mismo contrato se refiere y se propone además que, dado ese mismo conocimiento claro y cierto que de antemano tiene el arrendador propietario, el plazo del contrato pueda ser prorrogado unilateralmente por el arrendatario comerciante por un mínimo también de tres años.

Hasta aquí se ha referido únicamente a la relación arrendador-propietario, arrendatario-comerciante dejando deliberadamente para otro momento la eventual relación arrendador propietario, arrendatario comerciante y eventual adquirente de la empresa. La vida diaria ha demostrado en infinidad de casos que éste sujeto, a quien en el presente trabajo llamamos un adquirente eventual de la empresa, al exteriorizar sus intenciones de adquirir la misma, logra un convenio con el propietario de ella, satisfactorio para ambas partes, pero al comunicarse con el arrendador propietario y hacerlo partícipe de las intenciones de transmisión de la empresa, éste manifiesta una serie de inconvenientes tales como el desconocimiento de la capacidad económica del adquirente, tales como el desagrado que esta persona le provoca, etc., inconvenientes que no son más que el reflejo de su deseo de participar lucrativamente en el traspaso de la empresa del cual debe de ser por disposición legal, ajeno. Dichos inconvenientes desaparecen cuando cualquiera de los dos sujetos de la relación mercantil o ambos a la vez, convienen en dar al arrendador propietario una suma de dinero que representa un pago por el derecho del local, pero que últimamente se ha venido confundiendo, por parte de los dueños de locales con lo que es el derecho de llave; este pago legalmente no puede considerarse como tal, ya que como ha quedado expuesto para que ese derecho se dé, es necesario que el que vende sea propietario de los derechos

adquiridos por su trabajo en un negocio establecido; quedando por lo tanto diferenciado el término derecho de llave del de derecho de local que sería la denominación apropiada para esa suma de dinero que se entrega al propietario del local o arrendador.

De nuevo se manifiesta que la ley debe proteger a la actividad mercantil y que la misma debe regular la eventual transmisión de la empresa por la diferencia del plazo del arrendamiento convenido y la eventual prórroga unilateral a que antes se ha referido, siempre y cuando el arrendatario original avale ante el propietario arrendador, en forma solidaria, las obligaciones del adquirente de la empresa. El desarrollo actual del comercio hace evidente que la mayoría de transacciones comerciales, sin importar el monto de las mismas, son el base a créditos para ser satisfechas en las oportunidades convenidas; o sea que ante esta situación aparecen como sujetos de la actividad mercantil aquellos a quienes en el presente trabajo se les llamara terceros, tales como: la clientela y los proveedores. Respecto a la clientela a quienes si bien ya se ha referido anteriormente, en esta parte del trabajo se ha considerado no como bien inmaterial de la empresa sino como personas que concurren a un establecimiento comercial para realizar sus negociaciones; la concurrencia de esta clientela a determinado local comercial implica gastos para ellos tomando en cuenta el desplazamiento que hacen en forma directa a ese establecimiento; estos gastos entendemos que la clientela los deduce de sus ganancias al momento en que sus propias operaciones de venta se concretan con las mercaderías obtenidas en el establecimiento al cual ha concurrido. Pero qué pasa cuando esta clientela no encuentra el negocio en el lugar de siempre; estos gastos que han tenido con su desplazamiento a ese lugar, no los recuperan. En este orden de ideas es necesario que la clientela tenga la certeza de encontrar el

establecimiento en el lugar ya conocido, o sea que dentro de la adicción a la ley mercantil que en el presente trabajo se propone, se pretende proteger también esta clientela. Respecto a los proveedores de la empresa se estima que los mismos deben tener también la certeza de que sus acreedurías les serán pagadas oportunamente y esa misma adicción a la ley, pretende darle al proveedor cierta seguridad aún cuando la empresa sea transmitida a otra persona.

Se ha hecho un esbozo de los efectos de la venta de una empresa mercantil, compra venta que de realizarse de acuerdo a la adicción legal que se propone, llegaría a ser la venta de un real y efectivo derecho de llave y dejamos para esta última parte del capítulo, lo relativo a la tributación fiscal a que dicha compra-venta queda sujeta.

El Registro Mercantil opera la transmisión de la empresa mercantil, de acuerdo a testimonio de la escritura pública, de acuerdo al testimonio de la escritura pública en la que se ha verificado la negociación y atendiendo naturalmente a los requisitos que el Código de Comercio establece en el Artículos 656 en el segundo párrafo: ... “Si es comerciante individual, deberá publicarse en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación en el país, con la anticipación y en la forma y para los fines que señala el Artículo 260, el último balance y el sistema establecido para la extinción del pasivo”. Por su parte el Artículo 338 refiriéndose a otras inscripciones señala lo siguiente: “Aparte de los hechos y relaciones jurídicas que especifiquen las leyes, es obligatorio el registro de los siguientes: 1º... 2º... 3º... La creación, adquisición, enajenación o gravamen de empresas o establecimientos mercantiles...”.

De acuerdo a la libre contratación y respeto a la voluntad de las partes, en las negociaciones de la venta de un derecho de llave o el pago por un derecho de local, no se hace figurar en el respectivo documento en que se celebre, con lo cual evidentemente hay una evasión de la tributación fiscal. Esta observación se hace como consecuencia de la investigación realizada en el Registro Mercantil de esta capital, en donde de 30 escrituras de transmisión de empresas mercantiles, en ninguna aparece cláusula especial en la que se especifique la venta de un derecho de llave y además, respecto a las ventas de los derechos por un local, atendiendo a las entrevistas con los comerciantes quienes aseguran que los propietarios de los locales les exigen que en forma totalmente separada deben cubrir ese pago sin que exista ningún documento que lo acredite, aparte naturalmente del contrato de arrendamiento. El decir que el propietario arrendador le dice al comerciante arrendatario, previo a la firma del contrato de arrendamiento, usted me debe pagar el derecho de local y, como se repite éste pago no se hace en ningún documento de donde viene la clara evasión tributaria.

Por último, se cree necesario proponer una ampliación a la ley mercantil en el sentido de crear el contrato mercantil de arrendamiento a celebrarse en el momento de instalar o transmitir una empresa mercantil y que por lo menos contenga incorporados los siguientes elementos:

1. Que el plazo del contrato no sea menor de tres años;
2. Que el comerciante arrendatario, tenga unilateralmente la facultad de prorrogar el plazo del contrato, en por lo menos un período igual, o sean otros tres años más,



aceptando tácitamente un aumento en la renta del local en un máximo del 20 por ciento mensual.

3. Que en caso de transmisión de la empresa el comerciante arrendatario pueda, juntamente con su empresa, transmitir los derechos de arrendamiento, para que de esa manera no participe directa ni indirectamente el arrendador propietario, para quien ya se dijo los beneficios del arrendamiento son claros;
4. Que para el caso de la cesión o traspaso de la empresa, el arrendatario primario u original, quede solidariamente responsable ante el arrendador propietario por el cumplimiento del contrato;
5. Que el comerciante adquirente de la empresa, debe adquirir los derechos derivados del arrendamiento en las mismas condiciones, plazo y prohibiciones que el arrendatario original o primario. (Motivo: Que no pueda el sustituto en ningún momento adquirir más derechos que los que tenía el sustituido ni éste más beneficios que los que pudiera obtener el propietario arrendador);
6. Otorgarse el contrato de arrendamiento en escritura pública.

También se considera necesario, exponer los requisitos mínimos que el comerciante arrendatario deberá de cumplir para tener la facultad de transmitir a un tercero adquirente sus derechos (derecho de llave), incluyendo en los mismos lo que se refiere al contrato de arrendamiento.

- a. Que el arrendatario lleve legalmente establecido en el local sin interrupción el tiempo mínimo de un año;



- b. Que en la escritura pública donde se realice la negociación, se estipula la obligación que el adquirente tiene de permanecer por lo menos un año en el local;
- c. Que la transmisión del derecho de arrendamiento sea únicamente por el tiempo que falte para el vencimiento de contrato original;
- d. Que el adquirente acepte expresamente la prohibición de no poder organizar el local para otra actividad que no sea de las pactadas en el contrato original;
- e. Que el propietario arrendador sea notificado judicial o notarialmente ocho días después de efectuada la transmisión de que todos los requisitos se han cumplido.



CAPÍTULO V

5. El contrato atípico de “derecho de local”

Normalmente un comerciante necesita de un local o establecimiento para desarrollar sus actividades que le son propias. Este comerciante puede obtener el local que necesita de varias formas, entre las más importantes está la adquisición por medio de la compraventa con lo cual adquiere el dominio absoluto de la propiedad y una segunda forma que se presenta a través del contrato de arrendamiento, con lo cual no adquiere la libre disposición del bien arrendado, sino que solamente el uso o goce del inmueble para un plazo determinado. Con respecto a la enajenación del derecho de llave en el primer caso, no existe ningún problema, puesto que coinciden a una misma persona las calidades del propietario del local y titular del derecho de llave.

Los locales, como establecimientos comerciales o económicos, cuentan con un par de características o rasgos generales que siempre están presentes. Uno de los principales elementos que sirven para definir a un local es que el mismo ofrece un tipo de servicio o producto a un tipo determinado de público. El modo en que el que logra hacerlo es a través de la compra de ese producto o servicio a un mayorista para luego venderlo al público general. En el caso de algunos servicios, los mismos pueden realizarse en el mismo local.

Se puede decir entonces, que el local comercial es siempre un intermediario entre el que fabrica o produce lo que se vende y el que lo compra. En esta actividad de

intermediario, el local comercial siempre obtiene una mínima ganancia por realizar tal tarea. Esto es importante ya que otros tipos de establecimientos pueden no ser comerciales o pueden ser sin fines de lucro, por ejemplo, una organización social.

En la época actual, se ha presentado un serio problema de difícil solución y el mismo se da cuando el titular del derecho de Llave es arrendatario o subarrendatario del local en donde se encuentra situado su negocio y surge pugna de intereses entre el arrendatario y el propietario del local, bien durante la vigencia del contrato de arrendamiento o bien al concluir el plazo del mismo, por cualquiera de las formas establecidas en la Ley o en el propio contrato.

El problema en concreto consiste en que el arrendamiento en que el arrendador o propietario del local, quiera dar por terminado el contrato de arrendamiento para que se le entregue el local y, por su parte, el arrendatario querrá continuar explotando su negocio en el mismo local arrendado o bien que se le abone por parte del arrendante una indemnización por el daño causado a consecuencia de la negativa a prorrogar el contrato. Estas son las dos posiciones básicas que se presentan, aunque habrá otras, como por ejemplo, el que el propietario autorice el arrendatario a sub-arrendar a la persona que se le venda el derecho de Llave.

Este problema, que es más que todo de justicia y de equidad, tendremos que analizarlo desde dos puntos de vista, uno estrictamente legal y otro doctrinariamente. Desde el punto de vista legal y de conformidad con nuestra legislación, no se estipula nada al respecto; es más cierra toda posibilidad al arrendatario comerciante de obtener una



prórroga del contrato, el Código Civil estipula en el Artículo 1940 inciso 6º que: Al arrendante le asiste el derecho de rescindir el contrato de arrendamiento: “Cuando el arrendante necesite el local para instalar su propio negocio o cualquier otra actividad lícita, siempre que no tenga otro inmueble con las condiciones para tal fin”.

A todas luces, este caso especial de terminar con el contrato de arrendamiento nos parece poco equitativo y sobre todo contradictorio: puesto que el arrendador con evidente supremacía económica, en la mayoría de los casos en cualquier momento podrá rescindir el contrato, sin probar la necesidad que tiene del local, ya que lo único que se exige es que no tenga otro local con las condiciones adecuadas para tal fin, que resulta muy cómodo para el arrendante o propietario del local.

En cuanto a lo contradictorio, este Artículo da lugar a pensar en una ilicitud penal y no civil, con lo cual cabría la posibilidad de que el propietario del local, al dar por terminado el contrato de arrendamiento, instalará un negocio de la misma o parecida actividad comercial a la del comerciante arrendatario. Lo que según mi criterio sería un caso típico de competencia desleal.

5.1 Definición de derecho de local

El contrato por el que una persona/s se obligan a ceder a otra/s el goce o uso de una edificación urbana cuyo destino primordial sea ejercer en ella una actividad económica, por tiempo determinado y precio cierto.



Código Civil de la República de Guatemala, Decreto Ley No. 106 del Congreso de la República.

No regula específicamente el arrendamiento de local de negocio, por lo que se aplicarán supletoriamente las normas establecidas para el arrendamiento en el Código Civil, Artículo 1880 y siguientes.

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

El Artículo 657, establece que todo contrato sobre una empresa mercantil, que no exprese los elementos que de ella se han tenido en cuenta, comprenderá:

1. El o los establecimientos de la misma;
2. La clientela y la fama mercantil;
3. El nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa y del establecimiento;
4. Los contratos de arrendamiento;
5. El mobiliario y la maquinaria;
6. Los contratos de trabajo;

Las mercaderías, los créditos y los demás bienes y valores similares.

El contrato de arrendamiento de local no existe legislación específica en ningún país, por lo que se aplican los Códigos Civiles y de Comercio. El único país que menciona más detalladamente este contrato es Costa Rica en su Ley de arrendamientos urbanos y suburbanos.

Costa Rica si tiene una norma que regula específicamente lo relativo a la cesión de los derechos de arrendamiento de los locales comerciales.

Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, Ley No. 7527.

Artículo 4. Esta ley rige para todo contrato verbal o escrito de arrendamiento de bienes inmuebles, en cualquier lugar donde estén ubicados y se destinen a la vivienda o al ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal, profesional, técnica, asistencial, cultural, docente, recreativa o actividades y servicios públicos.

Se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Civil en cuanto no contravengan lo dispuesto en la presente ley.

Artículo 79. Establecimiento comercial o industrial: De la disposición estipulada en el artículo anterior, se exceptúa al arrendatario de un local destinado a establecimiento comercial o industrial, quien puede ceder su derecho de arrendamiento, al traspasar el establecimiento mediante un contrato de compra-venta mercantil. Para que la cesión del arrendamiento tenga validez, la compra-venta debe comprender todos los elementos del establecimiento mercantil y realizarse con arreglo a los trámites



establecidos en el Código de Comercio. Dentro de los 15 días naturales siguientes a la escritura pública de la compra-venta mercantil, el cedente y el cesionario del arrendamiento deben notificar la cesión al arrendador y entregarle copia certificada del contrato de compra-venta. El cesionario subroga al arrendatario cedente en todos los derechos y obligaciones del arrendamiento. No obstante, salvo acuerdo distinto con el arrendador. El arrendatario cedente será responsable solidario con el cesionario de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento. Esa responsabilidad durará un año a partir de la notificación de la cesión. De contravenir las disposiciones anteriores, el arrendatario incurrirá en desalojo en lo personal y el arrendador podrá invocar la resolución del contrato, por el incumplimiento del arrendatario. Para aplicar esta disposición legal, debe entenderse por establecimiento comercial o industrial la actividad empresarial que implique el contacto general y directo con el público, con los consumidores o los usuarios.

Artículo 80. Cambio de destino de un establecimiento. El arrendatario no podrá modificar el giro o la actividad empresarial del establecimiento comercial o industrial, sin el consentimiento escrito del arrendador. En caso de incumplimiento del arrendatario, el arrendador podrá invocar la resolución del contrato por cambio de destino.

Código Civil de la República de Costa Rica, Ley no. 63 del Congreso Constitucional de la República.

5.2 Características

- **Es un contrato consensual**

El Contrato de Derecho de Local, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, puesto que en este caso funciona el principio plasmado en nuestra legislación civil, en cuanto a la libertad de forma y modo de los contratos, toda vez que el contrato que nos ocupa, no se encuentre establecido en forma especial en nuestra legislación. Consideramos que este contrato de Derecho de Local, deberá ser desprovisto de mayores formalismos, para responder y estar de acuerdo a los principios del derecho mercantil.

- **Es un contrato bilateral**

El contrato de derecho de local es bilateral, puesto que produce obligaciones recíprocas entre las partes.

- **Es un contrato oneroso**

Es un contrato oneroso, ya que conlleva obligaciones pecuniarias y recíprocas para las partes, de modo que se da una prestación a cambio de otra.

- **Es un contrato mercantil**

Esto es debido al objeto sobre el cual recae la negociación, como lo es el derecho de local, elemento que situamos dentro de la empresa mercantil.

- **Es un contrato que necesita cumplir con ciertos requisitos**

El contrato de derecho de local es un contrato principal, necesita que se den ciertos requisitos o de que la negociación se lleve a cabo dentro de ciertas circunstancias y estos requisitos son como ya quedaron indicados con anterioridad autorización de parte del arrendador del local, para que el de arrendamiento, con el nuevo titular del derecho adquirido como la del inmueble al que se encuentra vinculado, que no viene a ser un requisito, sino una forma de hacer efectivo y funcional el contrato celebrado.

5.3 Elementos del derecho de local

- **Elementos subjetivos**

Lo constituyen el local, mobiliario, máquinas, etc.

- **Elementos objetivos**

Vale decir, razón social o nombre, privilegios de invención, modelos industriales, derecho de llave, clientela, ubicación. Estos son elementos esenciales para la existencia del establecimiento; incluso podría faltar la mercadería, pero nunca el nombre, la clientela o la ubicación, los cuales son determinantes en las ventas del establecimiento.

5.4 Naturaleza jurídica

Con base en lo establecido por Agüero, se discute la naturaleza civil o mercantil del contrato de local, dado que el local es una cosa mercantil, y siendo que éste es el objeto principal del presente contrato, debe otorgársele una naturaleza mercantilista.

Además de esto, los elementos subjetivos que intervienen en este contrato han de ser necesariamente comerciantes, por lo que debe dársele también por esta razón un carácter comercial al mismo.

5.5. Efectos de la venta de un derecho de local

La venta del establecimiento comprende las mercaderías, o la venta del establecimiento no comprende el pasivo del vendedor. Las características de la compraventa de un establecimiento comercial dependen de las situaciones que se den con respecto a, si abarca a las marcas comerciales, el nombre comercial, los privilegios industriales y los

modelos industriales, o si incluye el derecho de llave y la clientela. Vinculado con la clientela está el derecho de llave, que muchas veces se confunde. Sin embargo, el derecho de llave es un efecto o consecuencia de la clientela, ya que por causa de ella es posible determinar la cualidad del establecimiento para obtener con su manejo una determinada utilidad.

En la regulación civil, se opta por dejar al libre pacto de las partes todos los elementos del contrato, por ello se deberán pactar todas aquellas cuestiones que le pueden interesar, y solo en defecto de pacto se aplicarán las previsiones legales.

En torno al elemento local, se plantean distintas situaciones no contempladas por la Ley. Tradicionalmente, se ha sostenido que la venta de un derecho de local no comprende la transmisión de la propiedad. Si el vendedor del establecimiento quiere también transmitir el inmueble, ello debe ser objeto de un contrato separado y autónomo, que recoja esa voluntad.

El derecho de local, es un elemento en el comercio. Tal como se expresa, el dueño del establecimiento comercial puede tener los distintos elementos a diferentes títulos: propiedad, usufructo, préstamo o arriendo. Esas diversas posibilidades también se presentan con respecto al local. El dueño del local comercial puede ser propietario del inmueble, donde se instaló el establecimiento o puede ser un usufructuario o sólo arrendatario del mismo.



Cuando el local se enajena, el enajenante tiene la obligación de asegurar al adquirente el uso y goce de ese bien, por cualquier título que sea hábil para ello. El adquirente de un local tiene derecho a obtener el uso y goce del inmueble en que está asentada, sea cual fuere el título por el cual se le confieran.

Si el enajenante del local es usufructuario del inmueble, podrá arrendarlo para entregar el uso y goce del local al adquirente del establecimiento. Si el enajenante del local es arrendatario, podrá ceder el arriendo, en los casos en que la Ley se lo autoriza. Si la Ley le prohíbe ceder el arriendo, será ineludible recabar el consentimiento del propietario para la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento con el adquirente o para que autorice la cesión del arriendo.

En otras palabras, quien enajena un establecimiento comercial tiene la obligación implícita de asegurar al adquirente la posibilidad de usar y gozar el local. No contrae la obligación de transmitirle la propiedad del inmueble, pero debe sí asegurarle la posibilidad de su uso. De manera que, necesariamente, en forma simultánea o sucesiva con la enajenación de la casa de comercio, debe celebrarse otro contrato por el cual se confiera al adquirente el uso y goce del local.

La ejecución del contrato de enajenación no se agota con la tradición del local sino que, conservando cada elemento su individualidad jurídica, será menester celebrar los negocios jurídicos que su estatuto legal respectivo imponga, para que el adquirente del local adquiera su uso, goce o disponibilidad jurídica según los casos.

El derecho de local, es un bien integrante en el comercio que como todos los demás, puede tenerse a diversos títulos: propiedad, usufructo, arriendo, etcétera. Quien enajena en el comercio no enajena derechos de propiedad sobre cada uno de los bienes que lo amparen. Transmite ese conjunto organizado de bienes; pero como cada bien conserva su individualidad jurídica y como cada uno de ellos puede estar ligado por diversos títulos al dueño del local, para la completa y formal ejecución de la enajenación, habrá que respetar sus respectivas individualidades jurídicas, celebrando los negocios que en cada caso sean pertinentes.

Para la adquisición del local, el adquirente se hará dueño de ésta como un todo jurídico, y a la vez adquirirá el uso de los bienes que la integran, a título de propiedad, usufructo, arriendo, etc., según se haya convenido con el enajenante y según los derechos que éste tuviera sobre ellos. En rigor, se repite, lo que sucede con el local, sucede con los demás elementos. Si el dueño del local comercial es arrendatario de las instalaciones y prestatario de algunos equipos industriales o tiene licencia para explotación de una patente, no podrá transmitir la propiedad de tales elementos sino que sólo puede obligarse a ceder sus derechos sobre ellos y en lograr el consentimiento del dueño cuando ello sea necesario, de modo tal, que el adquirente del local pueda tomar posesión del conjunto organizado de elementos que constituyen el local.

El dueño del establecimiento comercial que es arrendatario del local y que no tiene derecho de ceder el arriendo por aplicación de las normas legales vigentes. Entre otras, surgen las siguientes interrogantes: Si el vendedor del establecimiento está obligado a obtener del propietario del local el consentimiento para la cesión del arriendo o para la

enajenante deberá pagar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el adquirente.

El derecho al arriendo no es un elemento del local precisamente porque no se tiene derecho al arriendo. El enajenante cumple con la obligación principal que le impone el contrato, que no comprende el local. El vendedor no puede transmitir más derechos que los que él tiene.

El enajenante del local, se obliga a asegurar al adquirente el uso o disponibilidad de cada uno de los elementos que la componen, incluido el local. Si en la propuesta, no se logra el consentimiento del propietario del inmueble, el adquirente tiene la facultad de pedir la rescisión del contrato de enajenación. Podrá no hacer uso de ella toda vez que el local no constituya un elemento esencial y le resulte indiferente mantener el negocio celebrado, instalándose con los restantes elementos en otro lugar.

En cuanto a la posibilidad de reclamar la reparación de daños y perjuicios sufridos, ello depende de las circunstancias de cada caso. El adquirente, antes de celebrar el negocio, debe tener la diligencia de investigar la situación del enajenante respecto al local. La cesión está limitada a ciertos casos y condiciones, debe atender especialmente este aspecto y tomar previsiones al respecto. Si el enajenante no puede ceder el arriendo, ni el propietario accede a celebrar un contrato nuevo con el adquirente, ese hecho no será imputable exclusivamente a aquél. Se hace la salvedad de los casos en que el vendedor haya asumido expresamente la obligación de obtener el consentimiento del dueño del inmueble o en que hubiere engañado al adquirente



sobre las condiciones del arriendo, asegurándole la posibilidad de ceder el arriendo. En ambos casos se generará la obligación de reparar los perjuicios causados.

En la práctica las partes suelen superar, anticipadamente, los problemas en torno al local, planteado en los párrafos precedentes, mediante previsiones contractuales adecuadas. Cuando éstas no existen o son insuficientes o tienen bases engañosas, se crean contiendas de difícil solución. Se siente, entonces, la necesidad del dictado de soluciones legales que claramente dispongan si el local integra o no el comercio y las obligaciones que a su respecto tiene el dueño que la enajena y los derechos correlativos del adquirente.

Se concluye que la ley admite los contratos verbales, cualquiera de las partes puede obligar a la otra a hacer el contrato por escrito, forma ésta que es la recomendable en todo caso.



CONCLUSIONES

1. La doctrina guatemalteca establece una clasificación de contratos atípicos, los cuales son utilizados en el quehacer mercantil guatemalteco, pero no se expresa en ninguna normativa legal específica, sobre los contratos de derecho de llave y derecho de local, siendo estos contratos que son muy utilizados por los comerciantes en su labor mercantil.
2. El contenido del derecho de llave se encuentra muy escaso en la legislación nacional, y el existente no despeja muchas dudas, al contrario, algunos estudiosos lo confunden con otras figuras jurídicas como el derecho de local, o lo sintetizan en una de sus modalidades, sin especificar que existen otras formas de perfeccionamiento del contrato en mención.
3. En la legislación nacional como en la internacional, encontrada durante esta investigación, se observó que el contrato de derecho de llave y de local no se encuentran ubicados en ningún campo del derecho, ya que los regulan en la ley mercantil y en la ley civil no especificando su ubicación exacta, siendo esto una incógnita durante su estudio.



4. En el contrato de llave y de local no existen normas que refieran a los derechos que adquiere el comprador o inquilino del local, ni indican que será del buen nombre, de la clientela o que pasara si se coloca un nuevo negocio igual o semejante, dando esto la pauta que el que compra tenga a su disposición los derechos del anterior comerciante.

5. Se encontró un obstáculo para la obtención de literatura que demuestre el contenido de los contratos de derecho de llave y local, existen libros en la legislación guatemalteca, que tocan levemente algunas estipulaciones, pero son muy escasas y la mayoría de literatura son escritos, en los cuales si se regulan los contratos de llave y local en la legislación extranjera.



RECOMENDACIONES

1. Los tratadistas y estudiosos de derecho mercantil guatemalteco, deberían de exponer con más énfasis una clasificación extensa de los contratos atípicos, incluyendo dentro de la misma los contratos de derecho de local y derecho de llave ya que estos son contratos que son utilizados en el quehacer mercantil de los comerciantes y así poder saber sobre su uso en el comercio.
2. La Universidad de San Carlos de Guatemala u otra entidad que establece nuestra carta fundamental, podría proponer a petición de la Cámara de Comercio o comerciantes individuales, un proyecto de Ley dirigido a normar y regular todo lo relativo al derecho de llave y local, ya que el comercio es tan importante para el país en general, que no es de esperar que solamente un sector determinado tome la iniciativa, y así despejar las dudas que se observan en este derecho.
3. Los tratadistas y estudiosos del derecho mercantil guatemalteco, tendrían que definir una norma legal que regule la figura de los contratos de llave y de local, siendo específicamente el Código de Comercio, puesto que el tráfico en masa y la rapidez con la que se coordina esta situación, solo puede y debe realizarse bajo los principios jurídicos y filosóficos del derecho mercantil, y así tener definido en qué campo del derecho se encuentran ubicados.

4. Los notarios, al momento de autorizar un contrato de compraventa o arrendamiento entre comerciantes, en que se encuentre involucrado un derecho de llave o de local, tendrían que instruir a las partes sobre su voluntad de incluir cláusulas relativas a los efectos jurídicos especiales de este derecho, para que no cause discordia entre los comerciantes al momento de adquirir el local y los elementos incorpóreos de este, y así suplir en esta forma la falta de legislación al respecto.

5. La Universidad de San Carlos de Guatemala y las Universidades privadas, tendrían la necesidad de analizar la posibilidad de hacer publicaciones en las bibliotecas del país, promoviendo un factor de solución al adquirir estos, ya que se recurre a estos lugares para el apoyo intelectual, y en ocasiones se encuentra escasa la información, y en relación a la obtención de material de investigación como lo es el internet, que presenta otro nivel de adquisición de material que facilita la investigación.



ANEXO





CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO

COMPARECENCIA DE ACUERDO A CADA PAÍS

EXPONEN: I DON AURELIO GÓMEZ GUTIERREZ es propietario de la siguiente finca: Local destinado a comercio, en la planta baja del inmueble número trece de la calle Lope de Vega, de esta ciudad. Tiene una superficie de doscientos metros cuadrados. Cuenta con un coeficiente de participación en los elementos comunes del inmueble de uno punto setenta y cinco. Fue adquirida por compraventa en escritura autorizada por Notario de Madrid, Sebastián Hernández del Mazo, en fecha uno de agosto de mil novecientos ochenta y cinco. Figura escrita en el Registro de la Propiedad número tres de Madrid, tomo quince, libro ocho, folio mil quinientos veinte, finca doce. Su referencia catastral es: ciento veintitrés mil cuatrocientos cincuenta y seis GH cuatro mil quinientos cincuenta y seis J cincuenta y cinco. El arrendador declara bajo su personal responsabilidad que la finca objeto de arriendo se encuentra libre de cargas, gravámenes y arrendamientos. II. Interesados a SUPERMERCADOS REUNIDOS SOCIEDAD ANONIMA, el arrendamiento del local descrito para el uso comercial que mas adelante se describe, por medio de su administrador único Pablo Lázaro Pérez, ambas partes acuerdan celebrar el presente contrato de ARRENDAMIENTO DE LOCAL, que no es de adhesión y ha sido pactado por ambas partes de forma expresa y detallada, sin suscripción general del mismo, sino previa negociación particular de las diferentes estipulaciones y pactos que conforman el mismo. CLAUSULA PRIMERA. Legislación aplicable. El presente contrato se otorga conforme a lo establecido en la ley veintinueve guión mil novecientos noventa y cuatro del veinticuatro de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU), y conforme a su Artículo 4, apartado 3, se regirá por los libremente pactado en el presente contrato para uso distinto del de vivienda, tal como indica el Artículo 3 de dicha Ley. SEGUNDA. Duración del contrato. El plazo de duración del contrato será de diez años a partir de la fecha reseñada en el encabezamiento del presente documento, finalizando por lo tanto el día uno de enero de dos mil dieciséis. Llegada la fecha de vencimiento del contrato, el arrendamiento se prorrogará de forma automática por plazos anuales si ninguna de las partes manifestare



lo contrario con dos meses de antelación a la fecha del vencimiento de cada prórroga anual. Transcurrido los primeros doce meses, cuyo plazo es de duración obligatoria para el arrendatario, éste podrá rescindir el contrato anticipadamente, sin esperar a su finalización, siempre y cuando lo notifique fehacientemente a la arrendadora con un preaviso mínimo de dos meses de antelación a la fecha de desalojo, viniendo obligado a abonar el recibo de alquiler hasta la fecha de desalojo y entrega de llaves. TERCERA. Renuncia a indemnización. La parte arrendataria renuncia expresamente a lo establecido por el Artículo 34 de la LAU, por lo que la extinción del contrato por el transcurso del término convenido, no dará derecho al arrendatario a indemnización alguna a cargo del arrendador. CUARTA. Destino. Manifiesta el arrendatario PABLO LAZARO PEREZ que el local objeto de este contrato será destinado única y exclusivamente a la venta al por menor de productos de alimentación, droguería y perfumería, conforme con el objeto social de la empresa arrendataria. Será causa de resolución contractual la variación de dicho destino sin autorización escrita del arrendador AURELIO GOMEZ GUTIERREZ, aunque se trate de actividad a fin a la descrita. QUINTA. Licencias. El arrendatario declara conocer plenamente la situación urbanística y de planteamiento del local arrendado, así como los usos administrativamente permitidos en el mismo. Serán de cuenta y riesgo del arrendatario la obtención de los permisos y licencias que resulten necesarios para la apertura y el desarrollo de su actividad, siendo a su cargo todos los impuestos, arbitrios y demás contribuciones que se impongan, correspondientes al negocio o por razón del mismo. La validez del presente contrato de arrendamiento no se verá afectada si el arrendatario no obtiene alguna de las licencias necesarias, incluida la de apertura, o si cualquiera de ellas es revocada en el futuro, excepto en el caso de que dichas licencias no se concedan o se revoquen por causas imputables al arrendador según lo dispuesto en el presente contrato. SEXTA. Objeto. Es objeto de este arrendamiento la superficie situada dentro de las paredes del local. Queda especialmente excluido del arrendamiento el uso de elementos comunes de la finca que no guardan relación con el contrato de arrendamiento, tales como la fachada, partes laterales de la entrada, la azotea, el vestíbulo de escalera, los ascensores, el garaje y las zonas recreativas. La colocación en la fachada de rótulos o anuncios de cualquier clase, necesitara del previo

consentimiento escrito del arrendador, que podrá exigir que no desmerezca del aspecto general del edificio. Expresamente se prohíbe el arrendatario depositar en la escalera portal o pasillos del edificio, ni siquiera accidentalmente, mercancías, maquinaria u otros objetos, obligándose el pago de los desperfectos que se puedan ocasionar en los elementos comunes de la finca como consecuencia de la conducción de bultos en general, maquinaria, enseres, etc. SEPTIMA. Estado actual del local. La parte arrendataria declara conocer las características y estado de conservación del local y aceptarlas expresamente. Igualmente declara recibir el local en perfectas condiciones en cuanto a su estado de conservación y al correcto funcionamiento de todas y cada una de sus instalaciones, comprometiéndose a entregarlos como los recibe o, en su defecto, a satisfacer en metálico el importe de los desperfectos que existan a la finalización del contrato y que no sean consecuencia del uso normal del local. Las modificaciones que se autoricen por la propiedad serán de cuenta y cargo de la parte arrendataria quien deberá presentar informe y proyecto de la obra a realizar con el informe de las compañías suministradoras si ello fuere preciso. No obstante la anterior, a la finalización del contrato, la parte arrendataria deberá volver a dejar el local en el mismo estado en que se entrega en el día de hoy. OCTAVA. Renta. La renta será de dieciocho mil euros anuales, pagaderos por meses adelantados en los cinco primeros días de cada mes, siendo la cantidad a abonar mensualmente de mil quinientos euros. El recibo mensual del alquiler irá incrementando con el importe correspondiente del Impuesto sobre el Valor añadido. El abono de la renta se deberá verificar por el arrendatario mediante transferencia bancaria, a la cuenta del arrendador cuyos datos son los siguientes: Titular... Entidad... Oficina ... Cta./Cte... el resguardo de ingreso emitido por la entidad bancaria acreditará el pago de la renta salvo prueba en contrario. El retraso en el pago de la renta será causa suficiente para la resolución del contrato, siendo de cuenta del arrendatario los gastos que ello origine, incluidos los derechos y honorarios de Procurador y Abogado aunque ellos no fuesen preceptivos. El arrendatario deberá abonar asimismo a la Agencia Tributaria (u organismo que la sustituya) el porcentaje de retención correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las personas físicas, porcentaje que se descontará en los recibos mensuales, debiendo presentar a los arrendatarios al final de año, certificado acreditativo de las retenciones

efectuadas. NOVENA. Revisión de renta. Ambas partes acuerdan que la renta se actualizara cada año según el Índice General del Sistema de Índices de Precios de Consumo en un periodo de dos meses inmediatamente anteriores a la fecha de cada actualización, tomando como mes de referencia para la primera actualización l que corresponda al último índice publicado en la fecha de celebración del contrato, y en las sucesivas el que corresponda al último aplicado. La renta actualizada será exigible al arrendatario a partir del mes siguiente a aquel en que la parte interesada lo notifique a la otra parte por escrito o, expresando el porcentaje de alteración aplicado. En ningún caso la demora es aplicar la revisión supondrá renuncia o caducidad de la misma. DECIMA. Gastos asumidos por la arrendataria. Serán de cuenta del arrendatario. Los gastos derivados del presente contrato, tales como timbre, gestión, registro, honorarios de la Agencia por su formalización y tramitación, y en su caso, los de su elevación a escritura pública e inscripción el Registro de la Propiedad. El pago del aumento de prima en el seguro de incendios o Multirisgos del inmueble, si esta fuera debida a la instalación o índole en el local arrendado. De su importe anual resulta que el coste mensual de los gastos y servicios a los que se refiere al apartado anterior, en la fecha de celebración del presente contrato, es mensualmente el siguiente: Servicio de portería, gastos generales, impuestos tasa de recogida de basuras, otros. Dichos gastos se actualizaran anualmente repercutiendo al arrendatario las variaciones que se produzcan y se señalaran anualmente en concepto aparte de la renta pero integrados en el recibo del alquiler. UNDECIMA. Interés de demora. La renta, cantidades asimiladas y demás conceptos incluidos en los recibos del alquiler, devengaran un interés de demora de tres puntos porcentuales por encima del que, en cada momento, sea el interés legal del dinero. El interés de demora se devengara desde el día en que fuese exigible el recibo del alquiler. DUODECIMA. Fianza. El arrendador recibe en este acto del arrendatario la suma de tres mil euros, un importe igual a dos mensualidades, en concepto de fianza que queda adscrita a las responsabilidades de la parte arrendataria y que en ningún caso servirá de pretexto para retrasarse en el pago de la renta. DECIMOTERCERA. Servicios y suministros. El local se arrienda en el estado actual, que el arrendatario manifiesta conocer y aceptar, de las acometidas generales y ramales o líneas existentes correspondientes al mismo, para los suministros de los que



esta dotado el inmueble. El arrendatario podrá concertar con las respectivas compañías suministradoras todos o algunos de los suministros de los que está dotado el inmueble, en total indemnidad del arrendador. Los gastos por servicios individuales, mediante aparatos contadores, tales como luz, agua, teléfono o gas, serán de cuenta exclusiva del arrendatario, así como la adquisición, conservación y reparación o sustitución de los contadores. DECIMOCUARTA. Obras y gastos de conservación. Con renuncia expresa a lo dispuesto en el Artículo 30, en relación con el Artículo 21 de la LAU, el arrendatario vendrá obligado a mantener en buen estado de uso y conservación el local arrendado, así como todas las instalaciones en el existentes, debiendo realizar por su cuenta y cargo los trabajos necesarios para la conservación, reparación y reposición de todos los elementos arrendados, tales como, instalaciones eléctricas, control de climatización, agua, puertas, ventanas, cristales, etc. A la medida necesaria para su uso normal. DECIMOQUINTA. Obras del arrendatario. El arrendatario no podrá practicar obras de clase alguna en el local, sin previo permiso por escrito de la propiedad. En todo caso, las obras así autorizadas serán de cargo y cuenta del arrendatario, y quedaran en beneficio de la finca, sin derecho a indemnización o reclamación en momento alguno. El permiso municipal, será también de cuenta y cargo del arrendatario, así como la dirección técnica o facultativa en su caso. DECIMOSEXTA. Obras del arrendador. Los contratantes convienen en renunciar expresa a lo dispuesto en el Artículo 30, en relación con los Artículos 22y 26 de la LAU, que para el caso de que el arrendador desee efectuar obras de mejora en el edificio, deberá notificarlo por escrito, con tres meses de antelación como mínimo, al arrendatario, quien no podrá oponerse en las mismas sin perjuicio del derecho que le asiste, a ejercitar dentro del plazo de un mes desde dicha notificación, de rescindir el contrato si las obras le afectan de modo relevante, sin que proceda ninguna indemnización a cargo del arrendador por tal motivo. DECIMOSÉPTIMA. Daños. La parte arrendataria se hace directa y exclusivamente responsable de cuantos daños puedan ocasionarse a terceras personas cosas, y sean consecuencia directa o indirecta del negocio instalado, del mal uso del mismo, y de la actuación de sus empleados, eximiendo de toda responsabilidad a la propiedad de dichas causas. DECIMOCTAVA. Obligaciones de la parte arrendataria. La arrendataria viene obligada a: No instalar transmisiones, motores



maquinas, etc., que produzcan vibraciones o ruidos molestos para los demás ocupantes del inmueble o de los colindantes de la propiedad, o que puedan afectar a la consistencia, solidez o conservación del inmueble. A no almacenar o manipular en el local materias explosivas, inflamables, incomodas o insalubres y observar en todo momentos las disposiciones vigentes. DECIMONOVENA. Derecho de adquisición preferente. En el caso de venta de la finca arrendada, el arrendatario renuncia expresamente al derecho de adquisición preferente establecido en el Artículo 3d1 de la LAU, que remite al Artículo 25. VIGESIMA. Extinción del arrendamiento y restitución del local. A la expiración del contrato o su resolución judicial firme, la arrendataria esta obligada a desalojar el inmueble dejándolo libre, vacio y a disposición de la propiedad. Debiendo hacer entrega de las llaves en el domicilio de la parte arrendadora. VIGESIMOPRIMERA. Notificaciones y comunicaciones. Las partes convienen que para cualquier notificación o comunicación que el arrendador realice con el arrendatario, será considerado domicilio valido el local arrendado. VIGESIMOSEGUNDA. Jurisdicción de tribunales. Las partes se someten por imperativo de la ley a los Juzgados y Tribunales del lugar donde radica la finca. VIGESIMOTERCERA. Inscripción. A instancia de cualquiera de las partes y en cualquier momento de vigencia del arrendamiento, el documento presente podrá ser elevado a escritura pública e inscribirse en el registro de la propiedad. Los gastos y derechos derivados de esta operación correrán a cargo de las dos partes distribuyéndose a partes iguales entre las mismas. Y en prueba de conformidad los contratantes firman por duplicado el presente documento en el lugar y fecha arriba indicados.

EL ARRENDADOR

EL ARRENDATARIO



BIBLIOGRAFÍA

- ARCE, Juan. **Contratos mercantiles atípicos**, México, Ed. Ed. Porrúa, 1999.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime. **Contratos mercantiles atípicos**, 2ª. Ed. Biblioteca Jurídica Chile, Chile 1992.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho Civil**. Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de San Carlos de Guatemala. 1973.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, 7ª. Ed. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1980.
- FARINA, Juan M. **Contratos comerciales modernos**, Argentina, Ed. Astrea, 2ª. Edición.
- HALPERIN, Isaac. **Curso de derecho comercial**; V.I 3ª. Ed., Ediciones De Palma Buenos Aires 1977.
- HOCSMAN, Heriberto S. **Contratos conexos** - Justiniano. www.justiniano.com/revista_doctrina/contratos_conexos.htm - España.
- LANGLE Y RUBIO, Emilio. **Manual de derecho mercantil español** Tomo I y II, Bosch, Casa Editorial – Barcelona 1950.
- LAW & IURIS. **Los contratos atípicos**, Perú. 14 de octubre de 2008. <http://www.lawiuris.com/2008/10/14/los-contratos-atipicos/> - Perú.
- LEFEBVRE, Francis. **Contratos mercantiles**, España. Ed. Francis Lefebvre. 2006.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil**, 13ª. Ed., Ed. S. A. de C. V. México D. F. 1973.



MARTÍNEZ, Onelio Agustín. **Contratos mercantiles en Guatemala**, 27 de Octubre de 2008; www.monografias.com › Derecho.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales**. Ed. Heliasta S.R.L. Viamonte 1730 Buenos Aires Argentina.

PÉREZ-SEBARRONA, José Luis. **Contratos atípicos en el ámbito mercantil español y europeo. Derecho privado actas del congreso mundial de cultura y sistemas jurídicos**, México, UNAN, 2005.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Tomo I; 6ª. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México D. F. 1966.

SALAVERRIA, José Antonio. **Apuntes de contratos atípicos mercantiles**. Madrid España.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Derecho mercantil I**. Ed. Universitaria, Guatemala C. A. 1966.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. 1ª. Ed. Serviprensa Centroamericana, C.A. 1978.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Ed. Universitaria. 5ª. Ed. 200

www.institutoblestgana.clvirtuales/gest_compvent/.../contenido6.htm. **La Compraventa del establecimiento de comercio**.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106. Enrique Peralta Azurdia. 1963.

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