

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

**LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS CUANDO
EXISTE ACCIÓN DOLOSA POR PARTE DEL PRINCIPAL
EN LA NO REALIZACIÓN DEL NEGOCIO EN EL
CONTRATO DE AGENCIA**

SANDRA LORENA ECHEVERRÍA MORATAYA

GUATEMALA, JUNIO 2010

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

**LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS CUANDO
EXISTE ACCIÓN DOLOSA POR PARTE DEL PRINCIPAL
EN LA NO REALIZACIÓN DEL NEGOCIO EN EL
CONTRATO DE AGENCIA**

TESIS

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

Por

SANDRA LORENA ECHEVERRÍA MORATAYA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio 2010

**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. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Saulo de León Estrada
Vocal: Licda. Rosa María Ramírez Soto
Secretario: Lic. Napoleón Orozco

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Marco Tulio Mellini Minera
Vocal: Lic. David Sentés Luna
Secretaria: Licda. Aura Marina Chang Contreras

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

DEDICATORIA

A Dios: Padre con gratitud por la vida, la salud, por permitirme culminar mi carrera profesional, y suplicando en nombre de tu hijo Jesucristo que tu Santo Espíritu me ilumine y que todo lo que realice en el ejercicio de mi profesión sea una ofrenda de olor fragante a ti.

A mis padres: **Horacio Echeverría Monforth (Q.E.P.D.) y María Cristina Morataya**, mujer virtuosa que siempre ha estado a mi lado, gracias por ser la persona que es.

A mis hermanos: **Carlos Humberto (Q.E.P.D.), Jorge Horacio**, en el lugar donde estés mi pensamiento y mi corazón estarán contigo; **Ana Regina, Cándida Oralia, Ángel, Floridalma, Waldemar, Ramiro, y especialmente a Rolando**, gracias por su apoyo incondicional.

A mis sobrinos y sobrinas: **Joel Armando, Nathan, Sandra Jeannette, Gustavo, Carmen Cristina, Lidia Yanett, Luisa Elizabeth, Oralia Azucena, Silvia Carolina, Edgar Ronaldo, Erick Fernando, Ángel Mauricio, Adrián, Astrid**

Regina, Tiffany, Kimberly Cristina, Sergio Renato, Romario David y David, como una muestra de mi amor, cada uno de ustedes es especial para mí.

A mis amigos: **José Antonio Canel H. César Aguilar, Carlos Alberto Guirola, Olga Beatriz Pérez López y Gladis Lily Patzán Otzoy**; por los momentos compartidos.

A: La **Universidad de San Carlos de Guatemala**, especialmente a la **Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**, cuna del saber y templo de mi formación profesional.

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Contratos mercantiles.....	1
1.2. Antecedentes del contrato.....	1
1.3. Análisis doctrinario.....	3
1.4. Definición de contrato mercantil.....	9
1.4.1. Características esenciales de las obligaciones mercantiles frente a las civiles.....	9
1.4.2. Características de las obligaciones mercantiles.....	13
1.4.3. Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato prerredactado.....	14
1.4.4. Singularidad de los contratos mercantiles.....	17
1.5. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles.....	18
1.5.1. La obligación mercantil.....	18
1.6. Clasificación de los contratos.....	20
1.7. Características del contrato mercantil.....	22
1.7.1. Representación para contratar.....	23
1.7.2. Formalidad del contrato mercantil.....	23
1.7.3. Cláusula compromisoria.....	24
1.7.4. Contrato de adhesión.....	24
1.7.5. Omisión fiscal.....	25
1.7.6. Libertad de contratación.....	25
1.7.7. Teoría de la imprevisión.....	25
1.7.8. Contratante definitivo.....	26
1.8. Integración del derecho privado guatemalteco en materia de contratos y obligaciones.....	26

CAPÍTULO II

2. Contratos típicos y atípicos.....	29
2.1. Definición contrato típico.....	29
2.2. Definición contrato atípico.....	29
2.3. Análisis jurídico doctrinario.....	30
2.4. Contratos típicos, regulados en la ley.....	31
2.4.1. Compraventa mercantil.....	31
2.4.2. Contrato de suministro.....	34
2.4.3. Contrato estimatorio.....	35
2.4.4. Contrato de depósito mercantil.....	36
2.4.5. Contrato de apertura de crédito.....	38
2.4.6. Contrato de descuento.....	40
2.4.7. Contrato de cuenta corriente.....	42
2.4.8. Contrato de reporto.....	43
2.4.9. Cartas órdenes de crédito.....	44
2.4.10. Tarjeta de crédito.....	46
2.4.11. Crédito documentario.....	46
2.4.12. Contrato de fideicomiso.....	48
2.4.13. Contrato de distribución y agencia.....	52
2.4.14. Contrato de transporte.....	54
2.4.15. Contrato de edición, representación y ejecución de obras públicas.....	58
2.4.16. Contrato de participación.....	58
2.4.17. Contrato de hospedaje.....	60
2.4.18. Contrato de seguro.....	62
2.4.19. Seguro de daños.....	64
2.4.20. Seguro contra incendio.....	65
2.4.21. Seguro de transporte.....	66

	Pág.
2.4.22. Seguro agrícola y ganadero.....	66
2.4.23. Seguro contra la responsabilidad civil.....	66
2.4.24. Seguro de automóviles.....	66
2.4.25. Seguro de personas.....	67
2.4.26. Contrato de reaseguro.....	68
2.4.27. Contrato de fianza mercantil.....	68
2.4.28. Contrato de reafianzamiento.....	70
2.5. Contratos atípicos.....	71
2.5.1. Leasing (arrendamiento financiero).....	71
2.5.2. Factoring.....	74
2.5.3. Franquicia.....	75
2.5.4. El Know how.....	78
2.5.5. Joint ventures.....	79
2.5.6. Contrato de Underwriting.....	79

CAPÍTULO III

3. Contrato de agencia.....	81
3.1. Definición.....	81
3.2. Análisis jurídico doctrinario del contrato de agencia en la ley española.....	82
3.2.1. Análisis general.....	85
3.3. Obligaciones del principal regulado en el Código de Comercio.....	88
3.3.1. Obligación de pagar la retribución del agente.....	88
3.3.2. Obligación de facilitar al agente los elementos necesarios para el desempeño de su gestión.....	91
3.4. Supuestos especiales.....	91
3.4.1. Agencia de zona.....	91
3.4.2. Agencia con exclusiva a favor del agente.....	92

	Pág.
3.4.3. Agencia con exclusiva a favor del principal.....	92
3.4.4. Agencia con pacto de garantía.....	93
3.5. Extinción del contrato de agencia de acuerdo al Artículo 290 del Código de Comercio.....	93
3.5.1. Denuncia en la agencia por tiempo indeterminado.....	94
3.5.2. Resolución por incumplimiento.....	95
3.5.3. Muerte o inhabilitación de las partes.....	95
3.6. Transmisión de la empresa de las partes.....	96

CAPÍTULO IV

4. Agentes comerciales.....	97
4.1. Consideraciones generales.....	97
4.2. Actuación de los agentes de comercio	98
4.3. Obligaciones del agente conforme el Artículo 287 del Código de Comercio.....	102
4.3.1. Obligación de promoción o de conclusión de negocios en interés del principal.....	102
4.3.2. Obligación de defensa de los intereses del principal.....	103
4.3.3. Obligación de cumplir las instrucciones del principal.....	103
4.3.4. Obligación de informar al principal.....	104
4.3.5. Obligación de secreto.....	105
4.3.6. Obligación de desempeño personal de la agencia.....	105
4.3.7. Obligación de restitución.....	106
4.3.8. Obligación de cooperar a la ejecución de los negocios celebrados.....	107

CAPÍTULO V

5. Daños y perjuicios cuando existe dolo de parte del principal en el	
---	--

	Pág.
contrato de agencia.....	109
5.1. Dolo.....	113
5.2. Culpa.....	114
5.3. Daños por parte del principal.....	116
5.4. Ventajas de la reforma legal.....	117
5.5. Desventajas.....	118
5.6. Necesidad de reformar el Artículo 289 del código de comercio.....	118
5.7. Proposición de reforma legal.....	119
CONCLUSIONES.....	125
RECOMENDACIONES.....	127
BIBLIOGRAFÍA.....	129

INTRODUCCIÓN

El principal puede actuar dolosamente, es decir, que intencionalmente actúa para que no se efectúe la negociación con el agente de comercio, sino que el principal actúa propiamente para efectuar el negocio por su parte, en este sentido trata de no pagar comisiones al agente que lo representa.

El Artículo 289 del Código de Comercio, únicamente establece que si por dolo o culpa del principal no llegare a realizarse en todo o en parte un negocio contratado por medio del agente, éste conservará el derecho a reclamar su comisión principal.

En tal sentido se hace necesario reformar el Artículo 289 del Código de Comercio para fijar que el agente de comercio que no llegare a realizar el negocio por dolo del principal, estará obligado a pagar los daños y perjuicios ocasionados.

El objetivo general de la investigación es: Demostrar que se causan daños y perjuicios al agente de comercio cuando el principal actúa en forma dolosa para que el agente no realice la negociación mercantil.

Los objetivos específicos son: Establecer las normas para facultar al agente de comercio el derecho de cobrar daños y perjuicios cuando pierde el negocio por la actuación dolosa del principal. Demostrar que se causan daños y perjuicios cuando se actúa dolosamente en la negociación comercial por parte del principal en el contrato de agencia.

Los supuestos de la investigación son: En la legislación guatemalteca se regula el contrato de agencia, teniendo como principal al propietario de la empresa comercial, y como agente de comercio a quien está facultado para hacer transacciones comerciales del producto que produce el principal. En los contratos de agencia no se regulan los daños y perjuicios causados por el principal cuando dolosamente impide que el agente

de comercio efectúe una negociación.

La presente investigación consta de cinco capítulos, el primero trata de los contratos mercantiles, sus antecedentes, análisis jurídico doctrinario, características, los contratos y obligaciones; el segundo se refiere a los contratos típicos y atípicos, definiciones, análisis jurídico doctrinario y el contrato de seguro; el tercero se desarrolla sobre el contrato de agencia, se define, se hace el análisis general y se estudian los diferentes contratos de agencia; el cuarto trata de los agentes comerciales, consideraciones generales, los agentes de comercio, las obligaciones y el principal; el quinto hace referencia a los daños y perjuicios cuando existe dolo, se analiza el dolo y la culpa, los daños por parte del principal, las ventajas y desventajas de la reforma del Artículo 289 al Código de Comercio

Los métodos de investigación utilizados fueron: 1) Inductivo: En la investigación se estudiaron los contratos de agencia y los agentes de comercio, por lo que del estudio de los temas particulares se llegó a conclusiones generales para analizar los beneficios que representa la inclusión de los daños y perjuicios en el Código de Comercio en el contrato de agencia. 2) Deductivo: La investigación se basó en la necesidad de regular en los contratos de agencia, los daños y perjuicios en el Código de Comercio, por lo que del estudio de la misma se llegó a conclusiones para establecer la necesidad de incluir los daños y perjuicios en este tipo de contratos, para dar mayor seguridad jurídica al agente de comercio. La técnica de investigación utilizada fue la documental.

Desde este orden de ideas, lo que busca la presente investigación es la protección del agente de comercio, cuando el principal realiza acciones mercantiles que puedan dañar el trabajo del agente, para evitar que éste gane comisiones y las mismas queden a favor del principal.

CAPÍTULO I

1. Contratos mercantiles

1.2 Antecedentes del contrato

“El derecho romano reconoció en el contrato un concurso de voluntades (*consensus*) que creaba un vínculo (*iurisvinculo*) si se actuaba de acuerdo con la formalidad prescrita a la causa *civilis*. Pero la importancia del contrato se fija en el pensamiento liberal individualista, cuyo tributo hizo posible una noción del contrato que se identifica con el simple convenio o mero concurso de voluntades, concurso que genera una fuerza maravillosa y que se erige absoluta en todos los órdenes, que está encima y más allá de la ley”¹.

“En el plano filosófico, el *iusnaturalismo* racionalista elevaría el contrato a fuente u origen de la sociedad (HOBBS, ROUSSEAU), al concurrir dos tradiciones: la idea del estado de naturaleza como fase previa al estado social, y la problemática de justificar el poder del monarca absoluto por el recurso a legitimar sus poderes en una primigenia transmisión de los mismos por el pueblo al soberano (y ya fuese concebido como un *pactum unionis* o como un *pactum subiectionis*). La época subsiguiente usó y abusó del

¹ Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico espasa**. Pág. 239.

concepto de contrato, tanto para justificar y garantizar ciertas libertades individuales, que la burguesía ascendente deseaba asegurar, como para justificar el monarca la sujeción contra aquellas libertades que se le reclamaban, Y, aunque ya Kant llamó la atención sobre el mero valor dialéctico de tales posiciones, la doctrina imperante, aceptó con posterioridad el contrato con realidad palpable, usando su concepto para explicar y justificar cualquier situación. En el derecho político, el contrato se manifiesta en la Constitución; en el penal, la sanción será la “Contraprestación” al delito; en el internacional, el contrato o tratado se rige en fuente única del derecho; en el civil, el contrato explica y subsume todas las instituciones del matrimonio, relaciones paterno-familiares, adopción, sociedad, etc.)”².

Respondiendo a su época, el contrato se identifica como la manifestación típica, si no única del negocio jurídico; conceptualización hoy superada. La idea del contrato con entrecruce de voluntades se modifica y orienta hacia su visión como yuxtaposición de intereses acorde con una función económico-social. Los intereses de las partes no ya son opuestos, sino también vehículo de la realización de un fin social superior. EL contrato es instrumento para satisfacer intereses, sí, pero conforme con su fin superior. No es ya el contrato expresión de concretos intereses, sino instrumento creador de las relaciones unitarias en que aquéllos pueden también realizarse.

² Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico espasa**, pág. 239.

“La fuerza vinculante se ha manifestado de diversos modos, dando lugar a una pluralidad de sistemas de contratación. El primitivo o religioso aseguraba el cumplimiento mediante el temor a la intervención de lo divino, que obliga a practicar la realidad contractual con sujeción a un rito religioso, cargado de solemnidades, rituales, ceremonias, que hagan su efecto de atemorizar a quien el acuerdo infrinja; rituales que se mantendrán perdiendo su significado religioso, luego de una avanzada evolución jurídica (*sponsio, confarreatio, sodalitas, etc.*)”³.

1.3 Análisis doctrinario

La noción actual del contrato que se destaca con pensar simplemente en las contrataciones en masa, que afectan a millones de personas de un colectivo. Concebido como instrumento de realización social de intereses particulares de índole patrimonial, el tema que centra la importancia del contrato es el de su fuerza vinculante. No, naturalmente, su fuerza jurídica, pues ésta se deriva de la ley, sino su razón *plus ultra iuris*.

“Teorías las hay para todo tipo de gustos y satisfacciones, abundando las filosofías, bien por remisión a un quimérico pacto social, bien como resultado de parecer un mero interés individual (Grocio, Puf-Fendore, Bentham). Hoy día parece más sensato remitirse a la sociología: la eficacia del instituto no deriva de otra causa que no sea la

³ **Ibid.**

eficacia que las convenciones sociales implican para el hombre. Ya se acepten por motivos egoístas, por temor, por conveniencia general, hay un hecho cierto, cual es, que las sociedades, los grupos humanos, necesitan dar valor a lo acordado como modo de prevenir una misma actividad, cooperativa, sin la cual no es dable la vida en sociedad. Tal valor podrá ser mayor o menor, aumentar su eficacia o apreciarla en crisis; pero siempre se busca asegurar y proteger ese valor mediante la actuación colectiva que, con el tiempo, evitando la imperativa reacción violenta que la frustración del acuerdo implica y provoca, pueda y puede subsistir mediante la remisión a un organismo adecuado de la función de guarda⁴.

Cuando es actividad de cooperación se expresa por medio del derecho, es claro que el ordenamiento acepta el carácter vinculante de la autonomía privada y particular, que se expresa en convenciones y contratos, que, por tal admisión del derecho, operan como *supuestis fáctivos*, normativamente considerados y generadores, por ellos y en cuanto ellos, de relaciones jurídicas las cuales provocan por sí mismas sus correspondientes efectos siendo uno el carácter vinculante para las partes que en ellas intervienen de lo por ellas acordado.

La fuerza vinculante del sistema contractual más moderno o civil es, asimismo, desenvolvimiento del primitivo o religioso, en que el ritual religioso ha sido substituido por una no menos complicada ceremonia civil (*nexum*) rígida en su realización, en sus

⁴ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 240.

manifestaciones y en su alcance. Un progreso se manifiesta con el influjo del cristianismo, quien elevando la interioridad de la conciencia al máximo rango pudo pretender asegurar la eficacia de los contratos en el hecho de la sola convención que les da existencia, con independencia absoluta de los rituales (presentes, no obstante, en el mecanismo de captación de la conciencia de las partes), que facilitó la energía del contrato, al hacerle vinculantes, aunque no constase su existencia (*pacta, quantum-quantum nuda, servanda sunt*). EL sistema implica, no obstante, un riesgo: la dificultad en la falta de prueba y, con el temperamento de las creencias religiosas, la frustración del contrato mismo. Se abre, pues, paso, la constatación del acuerdo por medios sencillos y rápidos (exigidos por un tráfico cada vez mas frecuente y extendido), constantes e indubitados (escritura, testificación, fehaciencia, incluso constatación aun registro o archivo público).

“Actualmente pueden considerarse como criterios o principios en que se mueve la contratación los siguientes:

- Libertad de conclusión. Cada persona puede o no celebrar un contrato. Hecha abstracción de los imperativos de la vida, también y cada vez más, de las situaciones de monopolio en la oferta de medios para satisfacer necesidades, quien contrata lo hace porque así lo estima. Pero se produce una intervención de la colectividad por medio del Estado, bien para homologar el tráfico y evitar francos y exagerados desequilibrios, bien para imponer al monopolista de los medios de

satisfacción la contratación ante la demanda. La masificación de la vida explica, que, con frecuencia el contrato del caso concreto deba adecuarse en su realización, a momentos, circunstancias e incluso contenidos previamente determinados, en todo o en parte, heterónomamente.

- Libertad en la determinación del contenido contractual. Las partes pueden estipular lo que crean conveniente. Dos límites importantes se imponen: no pueden emplear el contrato para evadir el contenido que la ley exige para esa modalidad concebido como contenido mínimo por lo que aquí es irrelevante lo que las partes pacten, ni usar del contrato para ir más allá de lo establecido legalmente que transgreda el límite. Asimismo, las nuevas modalidades contractuales pueden quedar sujetas a unos contenidos mínimos para cada parte condiciones generales o hacer depender la eficacia del contrato entero de su confección conforme con criterios legalmente fijados contratos de adhesión.
- Libertad formal. Por regla general, las partes determinan qué forma ha de tener el contrato, si simplemente oral, escrita en documentos privado o constatado en documento público. Aunque para trascender el alcance contractual respecto de terceros en normal reclamar una difusión del mismo por su incorporación a un servicio público ventas a plazos, etc⁵.

El contrato como todo acto humano, pasa por un proceso de gestación, que afecta al fondo mismo de la relación que el contrato establece. EL contrato surge a la vida

⁵ Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.** Pág. 240.

cuando se exterioriza adecuadamente. Normalmente, las partes piensan en un contenido, sopesando ventajas e inconvenientes, y, finalmente, resuelven celebrándolo. Y esto ocurre incluso en los casos de actuación aparentemente automática (transporte en autobús).

El contrato no nace si antes no se producen actuaciones previas, datos preliminares, que tienen de suyo peculiar eficacia. Se ha dicho de los datos preliminares precisamente por serlo, carecen de efecto de derecho; orientación que, ciertamente, no han sufrido sensibles modificaciones entre los autores. Ahora bien, que los tratos no obliguen al contrato, no significa que sean jurídicamente irrelevantes, pues generan otros alcances, conforme el principio general de buena fe al que están sometidos. Si los tratos han alcanzado un estudio tal, que puede estimarse razonablemente, y conforme un entendimiento normal, que se llegaría a la celebración del contrato quien desiste de ello sin causa justificada, con mayor fundamento si actúa de mala fe, debe responder de los daños causados ante la creencia de la otra parte de que el contrato nacería y los gastos realizados en función de esa misma creencia, o por otros perjuicios.

Esta responsabilidad precontractual plantea abundantes problemas; el primero, fijar su carácter contractual o extracontractual o *sui generis* y con propias reglas. Se apunta como dominante la tesis de considerarla extracontractual, estimándose de escasa relevancia jurídica, al tratarse de una cuestión de prueba y de un recto planteamiento

del problema, concebido como relación jurídica de confianza, que impone recíprocas obligaciones; o considerado como expresión de dos situaciones con conexión, sujetas al simple *alterum non laedere*, que impone un deber de respeto, en general de abstención, pero también en actuación positiva de lealtad, de aclaración etc.

Se concibe la situación preliminar, oferta y aceptación, como dos momentos independientes, aunque necesarios para que surja el contrato. La oferta, como manifestación subjetiva de un contenido objetivo con su destinatario concreto o genérico, por ser así ¿qué efectos produce? ¿vincula a quien la hace?. La doctrina y jurisprudencia suelen afirmar que no hay alcance vinculante si no hay aceptación. Pero sería absurdo admitir que quien ofrece no lo hace con intención de que se le acepte, lo que importa, al menos, la permanencia de esa oferta el tiempo necesario para ellos; bien porque ese tiempo se fije por el propio oferente, bien por criterios sociales de comportamiento. La aceptación, por referirse a la oferta reclama la correspondencia íntegra (pues, de no serlo, se ofrece como contraoferta) y ser referida a la persona del oferente, expresa o, circunstancialmente, de modo tácito, dentro del plazo fijado para la efectividad de la oferta; y, en su defecto, dentro del período que se estime socialmente normal. Concurriendo oferta y aceptación, surge el contrato perfecto, generando entonces sus efectos típicos.

“Con relación a sus clases, los diferentes contratos varían conforme a los criterios utilizados para su distinción. Quizá la más sucinta y técnica, que toma como punto de

partida las modalidades de cooperación humana y sus alternativas, sea la de Bettii, quien distingue los contratos que tienen por fin el desarrollo de una actividad, los que tienen por meta el resultado de su actividad ajena y los que pretenden al aseguramiento contra un riesgo”⁶.

1.4. Definición de Contrato Mercantil

“Contrato mercantil, es el peculiar del derecho de la contratación comercial o el que, común en ciertos aspectos básicos con el homónimo del derecho civil, se rige según la legislación mercantil por ser comerciante al menos uno de los que intervienen o por tratarse de actos de comercio, caracterizados por el lucro y la profesionalidad sobre todo”⁷.

1.4.1. Características esenciales de las obligaciones mercantiles frente a las civiles.

- Exigibilidad: La obligación está sujeta a un plazo, o sea el tiempo en que el deudor debe cumplirla. De acuerdo con el código civil cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para que lo determine Art. 1283 del Código Civil. Si este fuera el procedimiento que se siguiera ante las obligaciones

⁶ Cabanellas, Guillermo, **Ob. Cit.** Pág. 241.

⁷ **Ibid.** Pág. 356.

mercantiles sin plazo, la celeridad en el cumplimiento de los contratos se vería afectada y generaría hechos negativos en el tráfico comercial, además de hacer nugatoria la característica del poco formalismo del derecho mercantil. Aquí surge una segunda especialidad de las obligaciones mercantiles: cuando se omite el plazo, la obligación es exigible inmediatamente. En concordancia con este tema, los términos de gracia y cortesía para ampliar el plazo, no existen en las obligaciones mercantiles, a menos que se pacten expresamente Artículos 675 y 676 del código de comercio;

- Mora: Es la situación jurídica en que se encuentra el sujeto que no cumple con sus obligación o que no acepta la prestación que le hace el deudor, según el caso, en virtud de la exigibilidad de los respectivos vínculos. En las obligaciones y contratos mercantiles, a diferencia de lo que ocurre con el derecho civil, en donde es necesario el requerimiento, se incurre en mora sin necesidad de requerimiento bastando únicamente que el plazo haya vencido o que las obligaciones o contratos sean exigibles. Así se adquiere el status de moroso. La excepción a esta regla son los títulos de crédito y cuando hay pacto en contrario.
- Derecho de Retención: Es la facultad que se le da al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallen en su poder o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla.
- Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato prerredactado:

En cuanto a la forma: en lo mercantil los contratos se encuentran simplificados, no están sujetos para su validez a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren las partes quedan vinculadas en los términos en que se quisieron obligar, aunque cuando ha de surtir sus efectos en Guatemala, debe hacerse en español. Hay contratos, sin embargo, que exigen determinada solemnidad, como la escritura pública en el contrato de fideicomiso y en el de constitución de sociedad.

La autora de la presente investigación considera que en cuanto al perfeccionamiento: hay cuatro teorías, a saber:

- Teoría de la declaración: el contrato se perfecciona cuando se exterioriza la aceptación. Parte del sujeto aceptante, cuya aceptación puede exteriorizarse en forma verbal, escrita o tácita;
- Teoría del conocimiento: el contrato se perfecciona cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación. Parte de la opción del oferente;
- Teoría de la expedición: El contrato se perfecciona cuando el aceptante expide su declaración de acepto, pero se consigue cuando la declaración es por escrito;
- Teoría de la recepción: El contrato se perfecciona cuando se recibe la aceptación por parte del oferente aunque no lo conozca, lo que supone que tiene que ser por escrito y en sobre cerrado, en el caso de las entregas con aviso de recepción.

En cuanto a la interpretación: se indica que cuando hay insuficiencia en la ley mercantil, se aplicará la civil observando siempre que por la naturaleza del tráfico comercial deberá tomarse en cuenta los principios que son básicos para que tanto las relaciones objetivas que norma como las leyes que lo rigen, se adecuen perfectamente a los principios filosóficos establecidos en el artículo 669 del Código de Comercio (buena fe guardada, verdad sabida);

En cuanto al contrato pre redactado: Se considera que esta modalidad de contrato es más susceptible de darse en el campo mercantil, es también llamado contrato por adhesión, que son producto de la negociación en masa, son elaborados en serie, sometidos a las leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce al mínimo el esfuerzo de las partes y también la pérdida de tiempo. Se deben distinguir dos situaciones que disciplinan el contrato por adhesión:

- Contrato mediante formularios: Su interpretación se rige por las siguientes reglas:
 - Se interpretan en caso de duda en sentido menos favorable de quien preparó el formulario;
 - Cualquier renuncia de derecho tiene validez si en la redacción del documento aparece en caracteres tipográficos más grandes o diferentes al resto de documento; y
 - Las cláusulas adicionales prevalecen sobre las generales, aunque estas no hayan sido dejadas sin efecto.

- Contrato mediante pólizas: Su interpretación se rige por las reglas antes dichas, en estos casos puede suceder que lo que se pacto difiera de lo que dice el documento, para ello se puede pedir la rectificación dentro de los quince días siguientes a aquel en que se recibe el documento, si la persona contra quien se reclama no contesta se considera aceptada la rectificación.

1.4.2. Características de las Obligaciones mercantiles

La obligación está sujeta a un plazo, o sea el tiempo en que el deudor debe cumplirla. De acuerdo con el Código Civil cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para que lo determine Art. 1283 del Código Civil. Si este fuera el procedimiento que se siguiera ante las obligaciones mercantiles sin plazo, la celeridad en el cumplimiento de los contratos se vería afectada y generaría hechos negativos en el tráfico comercial, además de hacer nugatoria la característica del poco formalismo del derecho mercantil. Aquí surge una segunda especialidad de las obligaciones mercantiles: cuando se omite el plazo, la obligación es exigible inmediatamente. En concordancia con este tema, los términos de gracia y cortesía para ampliar el plazo, no existen en las obligaciones mercantiles, a menos que se pacten expresamente (Artículos 675 y 676 del Código de Comercio).

Derecho de retención: La retención, “es la facultad que se le da al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallen en su poder o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla”⁸.

1.4.3. Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato Mercantil y el contrato pre redactado

En cuanto a la forma, en lo mercantil los contratos se encuentran simplificados, no están sujetos para su validez a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren las partes quedan vinculadas en los términos en que se quisieron obligar, aunque cuando ha de surtir sus efectos en Guatemala, debe hacerse en español. Hay contratos, sin embargo, que exigen determinada solemnidad, como la escritura pública en el contrato de fideicomiso y en el de constitución de sociedad.

“En cuanto al perfeccionamiento: hay cuatro teorías, a saber:

- Teoría de la declaración: el contrato se perfecciona cuando se exterioriza la aceptación. Parte del sujeto aceptante, cuya aceptación puede exteriorizarse en forma verbal, escrita o tácita;

⁸ Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.** Pág. 888.

- Teoría del Conocimiento: el contrato se perfecciona cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación. Parte de la opción del oferente;
- Teoría de la expedición: El contrato se perfecciona cuando el aceptante expide su declaración de acepto, pero se consigue cuando la declaración es por escrito;
- Teoría de la recepción: El contrato se perfecciona cuando se recibe la aceptación por parte del oferente aunque no lo conozca, lo que supone que tiene que ser por escrito y en sobre cerrado, en el caso de las entregas con aviso de recepción⁹.

Al igual que los civiles, los contratos mercantiles se perfeccionan por el consentimiento de las partes, que se produce por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato.

En cuanto a la interpretación: se indica que cuando hay insuficiencia en la ley mercantil, se aplicará la civil observando siempre que por la naturaleza del tráfico comercial deberá tomarse en cuenta los principios que son básicos para que tanto las relaciones objetivas que norma como las leyes que lo rigen, se adecuen perfectamente a los principios filosóficos establecidos en el artículo 669 del Código de Comercio (buena fe guardada, verdad sabida).

⁹ Cortez Estrada, Alberto. Los **contratos**. Pág. 158.

En cuanto al contrato pre redactado: Se considera que esta modalidad de contrato es más susceptible de darse en el campo mercantil, es también llamado contrato por adhesión, que son producto de la negociación en masa, elaborados en serie, sometidos a las leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce al mínimo el esfuerzo de las partes y también la pérdida de tiempo. Se deben distinguir dos situaciones que disciplinan el contrato por adhesión:

- Contrato mediante formularios: Su interpretación se rige por las siguientes reglas:
 - Se interpretan en caso de duda en sentido menos favorable de quien preparó el formulario; - Cualquier renuncia de derecho tiene validez si en la redacción del documento aparece en caracteres tipográficos más grandes o diferentes al resto del documento. Y, - Las cláusulas adicionales prevalecen sobre las generales, aunque estas no hayan sido dejadas sin efecto.
- Contrato mediante pólizas: Su interpretación se rige por las reglas antes dichas, en estos casos puede suceder que lo que se pacto difiera de lo que dice el documento, para ello se puede pedir la rectificación dentro de los quince días siguientes a aquel en que se recibe el documento, si la persona contra quien se reclama no contesta se considera aceptada la rectificación.

1.4.4. Singularidad de los contratos mercantiles

La forma del contrato hace referencia al modo como se manifiesta o declara la voluntad de las partes, y por ende, como se perfecciona el contrato; la voluntad debe exteriorizarse de algún modo, verbal, escrito, o en ocasiones por medio de facta concludentia. En el derecho mercantil rige el principio de libertad en la elección de la forma, a menos que para contratos determinados el código o leyes especiales indiquen formas o solemnidades necesarias.

El contrato entre ausentes, cuando geográficamente oferente y aceptante están separados, que se perfecciona eligiendo entre cuatro momentos distintos:

- Declaración de la aceptación, El Código de Comercio se inclina por este;
- Emisión de ésta al oferente;
- Recepción por éste de la aceptación;
- Conocimiento por el oferente de la aceptación.

El Código Civil se inclina por el último mientras que el Código de Comercio por el primero al afirmar que los contratos se perfeccionan desde que se contesta la propuesta por correspondencia.

El perfeccionamiento de los contratos mercantiles, al igual que los civiles, los contratos mercantiles se perfeccionan por el consentimiento de las partes, que se da por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato. Pese a esta coincidencia, en la perfección de los contratos mercantiles concurren algunas singularidades, que se exponen a continuación:

- La forma del contrato es libre, carente de solemnidades como lo regula el Artículo 671 del Código de Comercio.
- Se refiere a los contratos estipulados entre ausentes, personas que se encuentran a distancia contrato por teléfono o fax. Para resolver el problema de cuándo se perfeccionan estos contratos, debe elegirse entre cuatro momentos: declaración de la aceptación; emisión de ésta al oferente; recepción por éste de la aceptación; o conocimiento por el oferente de la aceptación. Mientras que en el derecho civil elige el último momento para reputar perfecto el contrato entre ausentes, el derecho mercantil se inclina por el primero.

1.5. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles

1.5.1. La obligación mercantil

La prestación, entrega o abstención debida por el deudor o exigible por el acreedor cuando constituye acto de comercio. Sin duda para demostrar su carácter práctico, a

tenor del de los comerciantes, el legislador mercantil no se "entretiene" en establecer una teoría legal de las obligaciones mercantiles. Tanto el Código de Comercio Argentino como el español se remiten, en los primeros preceptos que a los contratos dedican, a los principios generales relativos a ellos y a las obligaciones establecidas en el derecho civil o en el derecho común, respectivamente.

Según Vásquez Martínez: Obligación significa vínculo jurídico que liga dos o más personas en virtud del cual una de ellas queda sujeta a realizar una prestación a favor de la otra acreedor, para la satisfacción de un interés de éste digno de protección; y a éste acreedor le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender tal prestación. Para el Código Civil toda obligación resultante de un acto de declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. La obligación impone cierto comportamiento o conducta que asume el nombre técnico de prestación y su contenido puede consistir en un dar, un hacer o en un no hacer, que es aplicable al campo mercantil pues desde un punto de vista jurídico-estructural no puede haber diferencias entre obligaciones civiles y mercantiles. Básicamente la nota diferencial entre éstas radica en que las mercantiles surgen en las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa. Son el instrumento o vehículo de la circulación de los bienes y de la organización de los elementos de la producción.

1.6. Clasificación de los contratos según el tratadista René Villegas Lara

La clasificación de los contratos más conocida, a efecto de identificar a qué clase pertenecen los diferentes contratos mercantiles:

“Bilaterales, unilaterales. Contratos bilaterales son aquéllos en que las partes se obligan en forma recíproca compraventa, suministro, seguro, etc.; y unilaterales aquéllos que la obligación recae únicamente en una de las personas contratantes donación pura y simple, mandato gratuito.¹⁰

Onerosos y gratuitos. Contrato oneroso es aquél en que la prestación de una de las partes tiene como contrapartida otra prestación. Es decir ante una obligación se tiene un derecho, aunque no sean equivalentes las prestaciones. En cambio, los contratos gratuitos se fundan en la liberalidad: se da algo por nada. Obviamente en el Derecho mercantil no hay gratuitos porque la onerosidad es principio de este derecho.¹¹

Consensuales y reales. Un contrato es consensual cuando se perfecciona en el momento en que las partes prestan su consentimiento; en cambio, los contratos reales son aquellos en que la perfección del contrato se da siempre y cuando se entregue la cosa objeto del negocio.¹²

Nominados e innominados. El contrato, sustantivamente, tiene un nombre. Una nominación. Este nombre se lo puede dar la ley –nominación legal- o la practica social

¹⁰ Villegas Lara Rene Arturo, **Derecho Mercantil Guatemalteco**, pag.18

¹¹ **ibid**

¹² **Ibid**

–nominación social-. Si un contrato tiene un nombre proveniente de la ley o las costumbres de los comerciantes es nominado; en caso contrario es innominado, que significa sin nombre.¹³

Principales y accesorios. Cuando un contrato surte efectos por si mismo, sin recurrir a otro, es principal si los efectos de un contrato dependen de la existencia de otro es accesorio.¹⁴

Conmutativos o aleatorios. Es una subdivisión de los contratos onerosos; de manera que hay oneroso conmutativo y oneroso aleatorio. El contrato conmutativo es aquel en que las partes están sabidas desde que se celebra el contrato cual es la naturaleza y alcance de sus prestaciones, obligaciones, de manera que aprecian desde el momento contractual el beneficio o la pérdida que les causa o les podría causar el negocio. En cambio, el contrato es aleatorio cuando las prestaciones dependen de un acontecimiento futuro e incierto que determina la pérdida o ganancia para las partes (el contrato de seguro).¹⁵

Típicos y atípicos. Un contrato es típico cuando la ley lo estructura en sus elementos esenciales: aparece en el listado que da la ley; Es atípico –sin tipicidad- cuando no obstante ser contrato, porque crea, modifica o extingue obligaciones, no lo contempla la

¹³ **ibid**
¹⁴ **ibid**
¹⁵ **Ibid**

ley específicamente”¹⁶. sino que las partes le dan la denominación que más les convenga en el momento de estipular sus cláusulas.

Formales o solemnes y no formales. Al estudiar la forma contractual, hemos dicho que el derecho mercantil se caracteriza por su poco formalismo. Entonces, esta clasificación tiene mucho sentido en el tráfico comercial porque en él, cualquier forma de contratar, salvo casos expresos de la ley (el de sociedad, fideicomiso, etc.), tiene validez y vincula a las partes. El contrato es formal cuando ella hace nacer el vínculo; la ausencia de la formalidad anula el contrato. El contrato es no formal cuando el vínculo no deja de surgir por la ausencia de alguna formalidad. Esto último es la regla en el Derecho Mercantil¹⁷.

Condicionales y absolutos. Un contrato es condicional cuando las obligaciones que genera se sujetan a una condición suspensiva o resolutoria; y es absoluto, cuando su eficacia no está sometida a una condición.¹⁸

Instantáneos y sucesivos. Cuando un contrato se consume o cumple de una vez en el tiempo, se clasifica como instantáneo. Ahora bien, si las obligaciones se van cumpliendo dentro de un término o plazo que se prolongue después de celebrado el contrato, se le llama sucesivo o de tracto sucesivo.¹⁹

1.7. Características del contrato mercantil según René Arturo Villegas Lara

- Representación para contratar

¹⁶ **ibid**

¹⁷ **ibid**

¹⁸ **ibid**

¹⁹ **Ibid**

- Forma del contrato mercantil
- Clausula compromisoria
- Los contratos por adhesión
- Omisión fiscal
- Libertad de contratación
- Efectos de la cláusula de imprevisión
- Contratante definitivo.

1.7.1. Representación para contratar

Esto es la representación aparente, o sea que una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato, como sería necesario en el tráfico civil. Representar a otro sin mayores formalismos, siempre y cuando, expresa o tácitamente, se de la confirmación por parte del representado. La representación aparente la encontramos en el código de comercio en el Artículo 670.

1.7.2. Formalidad del contrato mercantil

Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el

mismo, se extenderán en el idioma español. Se exceptúan de esta obligación los contratos, que de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales, ej: contrato de fideicomiso, y el de sociedad.

1.7.3. Cláusula compromisoria

Esto quiere decir que en los contratos mercantiles será válida la cláusula compromisoria y el pacto de sometimiento a arbitraje de equidad aunque no estén consignados en escritura pública. Este párrafo está contenido en el tercer párrafo del artículo 671 del código de comercio, pero fue derogado por la ley de arbitraje así que ya no es válido, por lo que se tiene que estipular en el contrato si las partes se comprometen a arbitraje o no.

1.7.4. Contrato de adhesión

Son los llamados contratos de formularios en el código de comercio, Art. 672. Estos contratos son productos de la negociación en masa, son elaborados en serie, según las leyes de los grandes números, sometidos a las leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce al mínimo el esfuerzo de las partes y la pérdida de tiempo. Según el artículo mencionado estos contratos se rigen por las siguientes normas:

- se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario.
- Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato.
- Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario.

1.7.5. Omisión fiscal

Los efectos de los contratos y actos mercantiles no se perjudican ni suspenden por el incumplimiento de leyes fiscales, sin que esta disposición libere a los responsables de las sanciones que tales leyes impongan.

1.7.6. Libertad de contratación

El Artículo 681 del Código de Comercio, establece: "Nadie puede ser obligado a contratar, sino cuando el rehusarse a ello constituya un acto ilícito o abuso de derecho".

1.7.7. Teoría de la imprevisión

Llama cláusula rebus sic stantibus. Únicamente en los contratos de tracto sucesivo y en los de ejecución diferida, puede el deudor demandar la terminación si la prestación a su cargo se vuelve excesivamente onerosa por sobrevenir hechos extraordinarios e

imprevisibles. La terminación no afectará las prestaciones ya ejecutadas ni aquéllas respecto de las cuales el deudor hubiere incurrido en mora. No procederá la terminación en los casos de los contratos aleatorios, ni tampoco en los conmutativos, si la onerosidad superviniente es riesgo normal de ellos.

1.7.8. Contratante definitivo

Cuando se celebra un contrato se debe saber de antemano quiénes son las personas que lo van a concertar. En el comercio una persona puede contratar con otra un determinado negocio, pero una de ellas lo hace como representante aparente, reservándose la facultad de designar dentro de un plazo no superior a tres días, quién será la persona que resultará como contratante definitivo. La validez de esta designación depende de la aceptación efectiva de dicha persona, o de la existencia de una representación suficiente. Si transcurrido el plazo legal o convenido no se hubiere hecho la designación del contratante, o si hecha no fuere válida, el contrato producirá sus efectos entre los contratantes primitivos.

1.8. Integración del derecho privado guatemalteco en materia de contratos y obligaciones.

El Artículo uno del Código de Comercio dispone 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 que son básicos para que, tanto las relaciones objetivas que norma como las leyes que lo rigen se adecúen perfectamente. El artículo 694 del código de comercio: sólo a falta de disposiciones en este libro, se aplicarán a los negocios obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del código civil. El código de comercio no es extenso en cuanto a regular todas las situaciones que se dan en las obligaciones y contratos mercantiles, por lo que supletoriamente se usará el código civil.

CAPÍTULO II

2. Contratos típicos y atípicos

2.1. Definición contrato típico

Contrato nominado o Típico. El que tiene en la ley una denominación y una regulación que lo caracterizan e individualizan, contrariamente a lo que sucede con el contrato innominado.²⁰

Para la autora de la presente investigación, los contratos típicos son aquellos que se encuentran legalmente regulados, y especificados en forma real para la acción contractual, es decir que éstos se encuentran formalmente estipulados en la ley.

2.2. Definición Contrato Atípico

Contrato innominado o Atípico. El que la ley no designa con denominación especial ni es objeto de una reglamentación que lo individualice y distinga de los demás, contrariamente a lo que sucede con el contrato nominado o atípico.²¹

²⁰ Osorio Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*, pág. 172

²¹ *Ibid*

“El contrato atípico es el que no se ajusta a ninguno de los tipos establecidos, en cuyo caso se está ante un contrato innominado; o aquel que combina las formas diversas de los existentes regulados, situación que se conoce como contrato múltiple. La especie antitética es, por supuesto, el contrato típico”²².

2.3. Análisis jurídico doctrinario

En la moderna técnica civilista se ha dado gran importancia al tema de la clasificación de los contratos, cuestión ésta que apenas se destacó en la doctrina tradicional. Los modernos autores, en efecto han puesto de relieve cómo la tipología contractual tiene un gran sentido en el área doctrinal pura, por cuanto contribuye a la mejor investigación, elaboración y enseñanza del derecho.

“Las clasificaciones que en el derecho romano se hicieron de los contratos respondían a puntos de vista particulares de aquella legislación, singularmente, el que atendía al requisito de las causas *civilis*, que determinó la famosa división cuatrimembre de los contratos en *verbales, literales, reales y consensuales*; o al que se asentaba en la acción, surgiendo la clasificación de los contratos en de *-Derecho estricto y de buena fe-*, o al *nomen iuris*, determinando la distinción de los contratos en *nominados e innominados*. Pero aquellas divisiones romanas no han trascendido, sin embargo, a la

²² Cabanellas, Guillermo, **Ob. Cit.**, pág. 340.

doctrina moderna en su configuración tradicional. Hoy, en efecto, todos los contratos son consensuales, como todos son de buena fe, así como no es dable aplicar el viejo concepto del “*contrato innomindo*”, susceptibles de la *condictio*. Sí se habla en la doctrina moderna del *contrato innominado*, es sólo con relación al llamado “*contrato atípico*” es decir, aquel que se sale de las líneas generales de las figuras comúnmente recogidas por el legislador, planteando el problema trascendente de la determinación de su naturaleza jurídica y del régimen legal aplicable”²³.

Desde el punto de vista legislativo no es fácil justificar la distinción entre contrato mercantil y contrato civil; sin embargo se califica como contratos mercantiles cuando esta regulado en el código de comercio, además para que un contrato sea mercantil se requiere la intervención de un comerciante y la destinación al comercio. La libertad de forma es la regla general.

2.4. Contratos típicos, regulados en la ley

2.4.1. Compraventa mercantil

Es un contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una mercadería o cosa mercantil (títulos de crédito, empresa mercantil) al comprador, cuya obligación es pagar el precio.

²³ Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 429.

- Características de la compraventa mercantil:

- Bilateral.
- Oneroso.
- Conmutativo.
- Consensual.
- Principal.
- TraslATIVO de dominio.

- Elementos de la compraventa mercantil:

- Personales: Vendedor y comprador uno tiene que ser comerciante.
- Reales: Cosa y el Precio.
- Formales: Depende de la mercadería vendida.

Ocurre la venta contra documentos cuando el vendedor cumple su obligación de entregar el objeto vendido, en el momento en que transfiere el título representativo, en ese mismo instante, salvo pacto en contrario, se debe pagar el precio y el comprador sólo puede negarse por defectos en la calidad o estado de las mercaderías representadas si tiene pruebas.

En la venta de cosas en tránsito se puede negociar un objeto que está en tránsito, por ejemplo, una mercadería que aún viene en el barco. En este caso, el comprador tiene facultad de resolver el contrato si el objeto no llega en buen estado o en la fecha acordada.

Venta FOB (libre a bordo): El vendedor cumple su obligación de entregar la cosa, al depositarla a bordo del buque u otro vehículo que ha de transportarla, en el lugar y tiempo convenidos, momento en el cual se transfieren los riesgos al comprador. El precio incluye el valor de la cosa, más los gastos, impuesto y derechos que se causen.
FOB: Libre a bordo – puerto de embarque convenido.

Venta FAS: La obligación del vendedor es entregar la mercadería colocándola a un costado del medio de transporte, momento a partir del cual se transfieren los riesgos al comprador.

FAS: Libre al costado del barco – puerto de embarque convenido.

El precio incluye el valor de la cosa, más los gastos, impuestos y derechos que se causen.

Venta CIF (Costo de Seguro y Flete): Es aquella en la que el precio de la mercadería comprada incluye el costo, el seguro y el flete. El vendedor tiene la obligación de

contratar y pagar el transporte, pagar un seguro y entregar al comprador los documentos correspondientes (carta de porte o conocimiento de embarque y la póliza de seguro)

El comprador esta obligado a pagar el precio contra la entrega de los documentos. Los riesgos se transmitirán al comprador, desde el momento en que la cosa objeto del contrato haya sido entregada al porteador. La vigencia del seguro deberá iniciarse desde ese momento.

Venta C y F (Costo y Flete): Es aquella en la que el precio cotizado sólo incluye el costo y el flete.

2.4.2. Contrato de suministro

“Es aquel por medio del cual una parte llamada suministrante, se obliga mediante un precio, a realizar a favor de otra, llamada suministrado, una serie de prestaciones periódicas y continuadas de mercaderías o servicios. Su función es la de asegurar la provisión de un bien o servicio”²⁴.

La autora de la investigación establece las siguientes características:

²⁴ Cortez Estrada, Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 349.

- Consensual;
- Bilateral;
- Oneroso;
- Principal.
- De tracto sucesivo.

- Elementos:

- Personales: suministrante y suministrado.
- Reales: Cosa y el precio.
- Formales: No está sujeto a formalidades especiales.

El plazo se pacta en interés de ambas partes.

2.4.3. Contrato Estimatorio

“Es aquél por medio del cual un sujeto llamado consignante, entrega a otro llamado consignatario, mercaderías a un precio estimado, para que en un plazo fijado se pague dicho precio o bien se devuelvan las mercaderías. Su función principal es que el minorista obtiene mercaderías sin pagar de inmediato el precio de ellas”²⁵.

²⁵ Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.** Pág. 245.

- Características:

- Principal.
- Bilateral.
- Oneroso.
- Tracto sucesivo.
- Real.

-Elementos:

- Personales: consignante y consignatario.
- Formales: No está sujeto a formalidad alguna.
- Reales: Cosas y el Precio.

El contrato estimatorio termina por el transcurso del plazo o cuando el consignatario vende antes las mercaderías.

2.4.4. Contrato de depósito mercantil

“Es un contrato por medio del cual el sujeto depositario recibe una cosa que le confía el depositante, con la obligación de custodiarlo y devolverlo cuando se le requiera. Su función es custodiar bienes. Los depósitos recibidos a nombre de dos o más personas,

podrán ser devueltos a cualquiera de ellas, aún en caso de muerte de uno o varios de los codepositantes, a menos que se hubiera pactado lo contrario”²⁶.

Atendiendo a la naturaleza del bien depositado y su restitución, el depósito mercantil puede ser:

Regular: Cuando se devuelve el mismo bien que se depositó.

Irregular. Cuando se devuelve uno distinto al depositado, de la misma especie y calidad, dinero por ejemplo.

- Características:

- Bilateral.
- Oneroso.
- Real.
- Conmutativo.
- Principal.
- Tracto sucesivo.

- Elementos:

²⁶ Cortez Estrada, Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 156.

- Personales: depositante y depositario.
- Reales. Mercaderías, dinero, joyas y el precio por él depósito
- Formales: Simple acuerdo verbal, contrato de adhesión y por, Escrito, ejemplo los depósitos de los Almacenes Generales de Depósito.

El contrato de depósito mercantil termina por:

- Restitución del objeto depositado;
- Devolución que hace el depositario.

Solamente los almacenes generales de depósito, debidamente autorizados podrán emitir certificados de depósito y bonos de prenda representativos de las mercaderías recibidas. Los depósitos hechos en los Almacenes Generales de Depósito se rigen por su propia ley.

2.4.5. Contrato de apertura de crédito

Por este contrato un sujeto denominado acreditante se obliga frente a otro llamado acreditado, a poner a su disposición una suma de dinero o a contraer obligaciones por cuenta del acreditado; éste a su vez, se obliga a restituir las sumas de que hubiere

dispuesto o las que se hubieren pagado por su cuenta, más gastos, comisiones e interés que resulten a su cargo.

- Características:

- Consensual.
- Conmutativo.
- Principal
- Bilateral.
- Oneroso.

Obligaciones principales del acreditante y el acreditado:

- Acreditante: Poner una suma de dinero a disposición del acreditado o a contraer obligaciones por cuenta de éste.
- Acreditado: Restituir el dinero de que dispuso, pagar gastos, comisiones e intereses.

Modalidades de la apertura de crédito:

- Garantizada: Hipoteca, prenda o fianza.
- Al descubierto: La garantía es la confianza mutua.

- Cuenta Corriente: El acreditado puede hacer abonos antes que deba pagarse totalmente.

Formas de terminar el contrato de apertura de crédito:

- Con la extinción del plazo.
- Si las partes no fijan plazo, se entenderá que la restitución deberá hacerse dentro de 3 meses que sigan a la extinción del plazo señalado para el uso de crédito.
- Anticipadamente si el acreditante lo comunica por escrito al acreditado.
- Cuando no se estipula plazo para la utilización del crédito, cualquiera de las partes podrá darlo por concluido, mediante denuncia que se notificará a la otra parte por conducto de notario.

2.4.6. Contrato de descuento

“Es aquel por medio del cual un sujeto llamado descontatario, transfiere a otro llamado descontador, un crédito no vencido a cambio del valor dinerario que representa, previa deducción de una suma fijada por las partes. El descontatario deberá responder del pago del crédito transferido, a menos que se hubiere acordado expresamente lo contrario”²⁷.

²⁷ Cortez Estrada, Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 166.

- Características:

- Bilateral.
- Oneroso.
- Consensual.
- Nominado.
- Principal.
- Conmutativo.

- "Clases de descuento:

- Cartáceo: Ocurre cuando se transmiten títulos de crédito.
- No cartáceo: El crédito consta en libros de contabilidad, que tendrán los siguientes requisitos: A. que los créditos sean exigibles a término o con previo aviso, B. que haya prueba escrita de la existencia del crédito, C. que el descuento se haga constar por escrito. El descontatario será considerado como mandatario del descontador de créditos en libros, en cuanto se refiere al cobro de los créditos materia del descuento"²⁸.

²⁸ Cortez Estrada, Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 172.

2.4.7. Contrato de cuenta corriente

Por este contrato las partes, denominadas cuentacorrentistas, se obligan a entregarse remesas recíprocas de bienes de diversa naturaleza, cuyo valor dinerario constituyen partidas de abono o cargo en la cuenta de cada cuentacorrentista, saldándose las operaciones al cierre de contrato para determinar quien es el sujeto deudor de la relación y exigirle el pago en los términos convenidos. Se caracteriza por el hecho de que las dos partes del negocio puede fungir como acreedores o deudores de la relación jurídica, ya que realizan operaciones de crédito en forma cruzada.

El contrato debe ser por escrito ya que según nuestra legislación, la circunstancia de que en la contabilidad de un comerciante se abra una cuenta corriente a otro, no prueba la existencia del contrato. La cuenta corriente se puede garantizar con garantía real o personal, el cuentacorrentista tiene derecho a hacer efectiva la garantía, por el saldo que resulte a su favor al cierre de la cuenta, y hasta el monto del crédito garantizado.

El cierre de la cuenta para la determinación del saldo se opera cada 6 meses, salvo pacto en contrario. Las acciones para la rectificación de cualquier error de número, de cálculo o duplicaciones u omisiones en la cuenta, prescriben en 6 meses.

- Características:

- Consensual.
- Principal.
- Bilateral.
- Oneroso.
- Nominado.
- Tracto sucesivo.

- Terminación del contrato de cuenta corriente:

- Vencimiento del plazo.
- A la fecha de un cierre si no hay plazo.

2.4.8. Contrato de reporto

Por este contrato una parte llamada reportado, transfiere a la otra llamada reportador, la propiedad de títulos de crédito, obligándose este último a devolver al primero otros títulos de la misma especie dentro del plazo pactado y contra reembolso del precio de los títulos, el que podrá ser aumentado o disminuido según se haya convenido. El reporto se perfeccionará por la entrega cambiaria de los títulos. Se considera como una operación propia de la bolsa de valores. El reporto debe constar por escrito, expresándose el nombre completo del reportador y del reportado, la clase de títulos dados en reporto y los datos necesarios para su identificación, el término fijado para su

vencimiento de la operación y el precio.

- Características:

- Contrato típico.
- Nominal,
- Formal.
- Bilateral.
- Oneroso.
- Conmutativo.
- Tracto Sucesivo.
- Real.

Función del Reporto: El propietario de un título de crédito puede tener interés en adquirir el valor dinerario que representa; para ello puede recurrir al contrato de reporto y adquiere una suma por transferir su derecho, al finalizar el plazo se le devolverá otro título de la misma especie.

2.4.9. Cartas ordenes de crédito

Es un contrato que se formaliza en un documento denominado Carta Orden de Crédito, por medio del cual quien lo expide – dador – se dirige a un destinatario, ordenándole la

entrega de una suma de dinero a la persona que en el mismo se indica y a quien le llamaremos tomador o beneficiario. Deberán expedirse a favor de persona determinada y no serán negociables, expresarán una cantidad fija o un máximo cuyo límite se señalará con precisión. No es título de crédito ya que no necesita de aceptación o protesto, ni confiere derecho alguno al tomador en contra del destinatario.

Función: facilitar que una persona (tomador) pueda disponer de dinero en efectivo en una distinta plaza a aquélla en que se emite.

- Sujetos:

- dador: "es la persona que emite la carta orden de crédito.
- destinatario: es la persona a quien va dirigida la carta orden de crédito.
- tomador o beneficiario: es la persona en cuyo favor se emite la carta orden de crédito"²⁹.
- Revocación: como la carta orden de crédito se puede extender sin necesidad de que el tomador entregue el importe de la misma, en este caso la carta es revocable, lo que se debe notificar al tomador y al destinatario.

²⁹ Cortez Estrada, Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 180.

- Plazo: si no se indica plazo se entenderá que será de un año contado desde la fecha de su expedición.

2.4.10. Tarjeta de crédito

Es aquel por el cual el comerciante que extiende el documento se compromete a pagar, hasta una suma determinada, las compras al crédito que el titular haga con los comerciantes afiliados al sujeto que extiende la tarjeta.

- Características:

- Contrato típico.
- Oneroso.
- Tracto Sucesivo.
- Formal.

2.4.11. Crédito documentario

Por este contrato un sujeto llamado acreditante, se obliga frente a otro llamado acreditado, a pagar o contraer una obligación por cuenta de este y en beneficio de un tercero beneficiario, de acuerdo con los requerimientos del propio acreditado. En la práctica el acreditante lo celebra por medio de contratos de adhesión, en donde el

banco tiene preestablecidos los términos de la contratación.

Su uso es en transacciones de plaza a plaza y permite que el comprador cumpla con su obligación de pagar antes de recibir el objeto de mercadería comprada; mientras que el vendedor recibe el precio antes de consumarse la compraventa. El documento por medio del cual se formaliza un contrato de crédito documentario se llama Carta de Crédito. El beneficiario podrá transmitir el crédito documentario si se le ha facultado para ello. Si la carta de crédito no indicare fecha de vencimiento, se entenderá que el crédito estará en vigor por 6 meses, contados a partir de la fecha de notificación al beneficiario.

- Sujetos:

- Acreditante: Persona que otorga el crédito mediante la carta de crédito sólo los bancos fungen como tales.
- Acreditado: Es la persona a quien se le otorga el crédito.
- Beneficiario: Es la persona que va a recibir el valor dinerario.
- Corresponsal: Cuando un banco distinto al acreditante, es el que hará efectivo el crédito al beneficiario.

Clases de créditos:

- Revocable: cuando el banco no hiciere constar en la carta de crédito su facultad de revocarlo, como acreditante puede rescindir o modificar los términos del contrato.
- Irrevocable: si en la carta de crédito consta que es irrevocable, no podrá ser modificada o rescindida sin la conformidad de todos los interesados.
- Confirmado: cuando el crédito se va a pagar por medio de un corresponsal y éste también garantiza al beneficiario de que el crédito lo hará efectivo, entonces se esta ante un crédito documentario confirmado.

2.4.12. Contrato de fideicomiso

“Es aquel contrato por el cual una persona llamada fideicomitente, transmite bienes a otra llamada fiduciario, con fines específicos y en beneficio de un tercero llamado fideicomisario. El fideicomisario y el fideicomitente pueden ser la misma persona. El fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso. Los derechos que el fideicomisario pueda tener en fideicomiso no son embargables, pero sí lo son los frutos que el fideicomisario perciba del fideicomiso”³⁰.

- Características:

- Es un negocio que puede presentarse como un acto unilateral, testamento o como un acto bilateral, contrato;

³⁰ Cortez Estrada, Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 180.

- Oneroso.
- Nominado.
- Típico.
- Formal, ad solemnitatem. Escritura Pública.
- Tracto sucesivo.

- Plazo máximo de un contrato de fideicomiso: 25 años, salvo que se pacte a favor de un incapaz, enfermo incurable o institución de asistencia social, en donde no opera dicho plazo.

- Elementos:

- “Fideicomitente: Es la persona que mediante testamento o contrato transfiere bienes para un fin determinado. Debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes. Por los menores, incapaces y ausentes pueden constituir fideicomiso sus representantes legales con autorización judicial.
- Fiduciario: A quien se le confían los bienes, únicamente los bancos o instituciones de crédito autorizadas por la Junta Monetaria.
- Fideicomisario: Persona que resulta beneficiada con motivo de la ejecución del fideicomiso. El que no pueda heredar por incapacidad o indignidad, no puede ser

fideicomisario de un fideicomiso testamentario”³¹.

- Derechos y obligaciones del fiduciario:

- Derechos: Ejercer las acciones propias para ejercer el fideicomiso y cobrar por el servicio..
- Obligaciones: Ejecutar el fideicomiso de acuerdo con la voluntad de quien lo instituyó; llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada de sus demás operaciones.

- “Derechos del fideicomisario:

- Exigir el cumplimiento del fideicomiso,
- Pedir la remoción del fiduciario.
- Impugnar las decisiones del fiduciario”³².

Clases de fideicomisos:

- Garantía: Se instituye para garantizar el cumplimiento de obligaciones, especialmente crediticias. En caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario podrá

³¹ Cortez Estrada, Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 180

³² Cortez Estrada, Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 188

promover la venta de los bienes fideicometidos en pública subasta ante notario. El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor.

- Administración: El fiduciario administra los bienes.
- Inversión: El fideicomitente transfiere bienes destinados a ser invertidos en ejecución del fideicomiso.

- Extinción del fideicomiso:

- Por realizarse el fin para el cual fue constituido.
- Por hacerse imposible su realización
- Por realizarse la condición resolutoria a que haya quedado sujeto
- Por convenio expreso
- Por revocatoria hecha por el fideicometido
- Por renuncia, no aceptación o remoción del fiduciario
- Por sentencia judicial
- Impuesto: el documento constitutivo de fideicomiso y la traslación de bienes en fideicomiso, al fiduciario, estarán libres de todo impuesto. Igualmente queda exonerado de todo impuesto la devolución de los bienes fideicometidos al fideicomitente, a la terminación del fideicomiso.

2.4.13. Contrato de distribución y agencia

Contrato de Distribución o Representación: Por este contrato un comerciante denominado principal, contrata con otro comerciante denominado distribuidor o representante, para que por cuenta de este último se venda, distribuya, expendan o coloquen los bienes o servicios de su giro.

- Elementos:

- Personales:
- Comerciante principal.
- Distribuidor.
- Reales: Suministro de bienes o servicios al distribuidor.
- Formales: No existe forma exigida por la ley.

- Características:

- Consensual
- Bilateral
- Oneroso
- Conmutativo
- No formal

- El distribuidor actúa por su cuenta, con su propia empresa.

Contrato de Agencia: Es aquel cuando un comerciante, que en la tradición mercantil ha sido conocido como principal, encarga a otra, el agente independiente, que va a fungir como su auxiliar, la promoción de negocios de su giro, que celebrará por su cuenta y riesgo.

- Elementos:

- Personales:

- a. Comerciante o principal.
- b. Agente independiente.

- Reales: Promoción y realización de los negocios del principal.
- Formales: No existe una forma obligatoria.

- Características:

- Bilateral.
- Oneroso.
- No formal.

- Conmutativo.
- Tracto sucesivo.

- Características especiales:

- Que el agente promocioe negocios de un principal o bien los promocioe y celebre;
- El agente actúa independientemente y con su propia empresa.
- Su actuar es unilateral.
- Tiene el agente un territorio donde actuar.

Terminación y rescisión de los contratos de agencia y de distribución:

- Acuerdo de las partes manifestado por escrito.
- Vencimiento del plazo si lo hay.
- Decisión del agente, siempre que diere aviso al principal con tres meses de anticipación;
- Por decisión del principal.

2.4.14. Contrato de transporte

Para la autora de la investigación es aquel por el cual una persona llamada porteador,

se obliga por un precio, a conducir personas o cosas de un lugar a otro que deberán ser entregadas al consignatario”.

Las acciones derivadas de contrato de transporte prescribirán en 6 meses contados a partir del término del viaje o de la fecha en que el pasajero o las cosas porteadas debieron llegar a su destino.

- Características:

- Consensual;
- Bilateral;
- Oneroso;
- Principal; y,
- Conmutativo.

- Clases de contrato de transporte:

- Terrestre, aéreo, marítimo y fluvial.
- Unitario. Actúa solo.
- Acumulativo: Utiliza los servicios de un tercero.

Transporte de personas: Tiene por fin conducir al sujeto de un lugar a otro. Esta persona recibe el calificativo de pasajero. Los porteadores son responsables por los daños y perjuicios que causen los vehículos, salvo si se comprueba que el damnificado dio lugar al daño o perjuicio. El porteador también responderá por los daños que sufran los pasajeros por retraso. En los transportes aéreos serán por cuenta del porteador los gastos de estancia y traslado de viajeros que, por razones de servicios o meteorológicos, se vieran obligados a realizar altos o desviaciones, aun sin su culpa. El porteador entregará al pasajero un boleto o billete.

- Elementos del contrato de transporte de personas:

- Personales: Porteador (persona individual o jurídica) que se obliga a transportar al pasajero, necesita autorización previa y el pasajero.
- Reales: Valor del pasaje.
- Formales: Boleto.

Transporte de cosas: Denominase cargador, remitente o consignante al que por cuenta propia o ajena encarga al porteador la conducción de mercaderías. El cargador está obligado a indicar al porteador la dirección del consignatario, el lugar de entrega, número, peso y forma de embalaje. El cargador soportará los daños que resulten de la falta de documentos, de la inexactitud u omisión de las declaraciones que debe formular

y de los daños que provengan de defectos ocultos del embalaje. El cargador responderá de los daños ocasionados por vicios ocultos de la cosa. El porteador deberá expedir comprobante de haber recibido la carga, o si éste lo exige, una carta de porte o conocimiento de embarque. El cargador podrá rescindir el contrato antes de comenzar el viaje, previo pago de la mitad del flete y devolución de la carta de porte. El porteador deberá poner las cosas transportadas a disposición del consignatario en el lugar, en el plazo y con las modalidades indicadas en el contrato. El porteador será responsable de la pérdida total o parcial de los efectos transportados y de los daños que sufran por avería o retraso, a menos que pruebe que se debieron a vicio propio de la cosa, a su especial naturaleza y caso fortuito, fuerza mayor. Se presumirá pérdida la carga que el transportador no pueda entregar dentro de los 30 días siguientes a la conclusión del plazo en que debió hacerlo.

- Elementos del contrato de transporte de cosas:

- Personales: Cargador, remitente o consignatario, es la persona que por cuenta propia o ajena contrata con el porteador la conducción de la cosa mercantil. Fletante o transportista, es la persona encargada de la conducción del objeto. Consignante es la persona quien recibe la mercadería.
- Reales. Mercadería y el precio.
- Formales: Comprobante de recibo de la mercadería.

2.4.15. Contrato de edición, representación y ejecución de obras públicas

Contrato de edición: Es aquel que celebra el titular de un derecho de autor sobre una obra literaria, científica o artística, o sus derechohabientes, con un editor, para que éste la reproduzca y la venda por su cuenta y riesgo, a cambio de una retribución.

De acuerdo con la Ley de Derechos de Autor y Derechos conexos, que se entiende por titular del derecho; derechohabiente, y editor: Al creador de la obra y derechohabiente, a la persona que adquirió el derecho de autor y forma parte de su esfera patrimonial, y editor comerciante que persigue obtener un lucro al reproducir y vender.

Contrato de ejecución pública de obras: Es aquel por virtud del cual el autor de una obra musical o sus derechohabientes, dramático - musical, pantomima, etc. Ceden o autorizan a una persona individual o jurídica para tal representación o ejecución, a cambio de una remuneración.

2.4.16. Contrato de participación

También conocido como cuentas en participación o negocios en participación, es aquel por el cual un comerciante denominado gestor, se obliga a compartir con una o varias personas llamadas partícipes, que le entregan bienes o servicios, las utilidades o las pérdidas que produzca su empresa como consecuencia de parte o la totalidad de sus

negocios. El contrato no está sujeto a formalidad alguna ni a registro, no constituye persona jurídica. El gestor actuará en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los participantes.

- Características:

- Consensual;
- Bilateral;
- Oneroso;
- Tracto sucesivo,
- Típico.

- Elementos:

- Personales:
 - Gestor, es el comerciante que, recibiendo bienes de otro, hace participar a este de las utilidades o pérdidas.
 - Partícipe, es la persona que entrega sus bienes al gestor.
- Reales. Bienes entregados.
- Formales. No exige ninguna formalidad.

Régimen legal supletorio que rige los Contratos de Participación: Se estará a las reglas que sobre información, intervención del socio partícipe, rendición de cuentas, extinción del contrato, existen para la sociedad colectiva.

2.4.17. Contrato de hospedaje

Existe este contrato cuando una persona da albergue a otra mediante una retribución, comprendiéndose o no la alimentación.

Modalidades del contrato de hospedaje:

- Hospedaje expreso: Se da cuando la persona que proporciona el servicio no tiene un negocio o empresa propio para ello, Ej. Casa huéspedes.
- Hospedaje tácito: Se da en los hoteles.

- Elementos:

- Personales:
 - Hotelero, hospedero o fondista
 - Viajero o huésped.
- Reales: Precio que paga el huésped y el servicio que se presta.

- Formales: No esta sujeto a forma especial.

- Características:

- Bilateral.
- Consensual.
- Oneroso.
- Tracto sucesivo.
- Adhesión.

- Obligaciones y derechos del hotelero:

- Colocar los reglamentos de su negocio en lugar visible.
- Resarcir los daños que sufra el huésped o sus bienes.
- Retener equipaje si el huésped se niega a pagar.
- Derecho de vender con intervención notarial, los bienes retenidos al huésped, si 30 días después de terminado el contrato no se presente a liquidar. Del precio que se obtenga se paga la cuenta, los gastos y el saldo se deposita en un banco, cinco años después si el dinero no es retirado se pone a disposición de la USAC.

- Extinción del contrato de hospedaje:

- Por el transcurso del plazo convenido.
- Por violación de los reglamentos que lo rigen;
- por cometer el huésped falta a la moral o hacer escándalos que perturben a los demás huéspedes.
- Ausencia del huésped por más de 72 horas sin dejar aviso.
- Por que no se pague la retribución en la forma convenida.

2.4.18. Contrato de seguro

Es un contrato por el cual una empresa aseguradora, que deberá ser una sociedad anónima organizada conforme la ley guatemalteca, se obliga a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al ocurrir el riesgo previsto en el contrato, a cambio de la prima que se obliga a pagar el asegurado o el tomador del seguro.

- Características:

- Es un contrato principal y típicamente mercantil.
- Es bilateral.
- Es consensual.
- Oneroso.
- Aleatorio.
- Adhesión.

- Escrito.

- Elementos:

- Personales:

Asegurador: Sociedad anónima.

Agentes de Seguros: Auxiliares del comerciante. Necesita autorización de la Superintendencia de Bancos.

Solicitante: Quien contrata el seguro.

Asegurada: Persona sobre la cual se sitúa el riesgo.

Beneficiario: Persona que va a recibir el producto.

- Reales: Riesgo y la prima.

- Formales: Póliza.

Riesgo: Es una eventualidad de todo caso fortuito que pueda provocar la pérdida prevista en la póliza.

Siniestro: Es la ocurrencia del riesgo asegurado.

El riesgo para que sea objeto de seguro, debe reunir una serie de requisitos establecidos por la doctrina y la legislación, cuáles son: Posible, Incierto, Futuro, Sujeto

a Interés.

La Prima: Es la retribución o precio del seguro.

La Póliza: Es un documento pre – redactado que contiene el contrato de seguro.

Debe ser aprobado previamente por la Superintendencia de Bancos.

Clases de pólizas que existen: Nominativas, A la Orden, Al Portador.

- Principales funciones de la Póliza:

- Función normativa: Norma los derechos de las partes, no puede contradecir las disposiciones de la ley.

Función determinativa: el contenido general y particular de cada contrato de seguro se determina por el contenido de la póliza.

Función traslativa: sirve para ceder la calidad de asegurado o de asegurador.

Función probatoria. Prueba la existencia del contrato de seguro.

* Función de Título Ejecutivo. La póliza es un título ejecutivo.

2.4.19. Seguro de Daños:

Finalidad del Seguro de Daños: Proporcionar una reparación económica que compense la pérdida ocasionada por el siniestro.

Seguro doble o múltiple: Un mismo bien puede asegurarse con dos o más aseguradoras por el mismo riesgo e igual interés.

Indemnización: Es el valor del interés asegurado o valor del seguro, siempre dentro del límite de la suma asegurada y siguiendo las pautas de la póliza.

- Nulidad, rescisión y reducción del seguro de daños:

Nulidad: Existe cuando se da el sobreseguro con dolo o mala fe.

Rescisión: Se puede rescindir un contrato de seguro cuando se celebra ignorando la existencia de otros seguros.

Reducción. Se refiere a la disminución de las obligaciones del asegurador.

2.4.20. Seguro contra incendio:

Indemnizar el daño que sufre un bien, debido a la acción del fuego. En el seguro contra incendio, el asegurador responderá no sólo de los daños materiales ocasionados por un incendio o principio de incendio, de los objetos comprendidos en el seguro, sino por las medidas de salvamento y por la desaparición de los objetos asegurados que sobrevengan durante el incendio, a no ser que demuestre que se deriva de hurto o robo.

2.4.21. Seguro de transporte:

Por este contrato, todos los medios empleados para el transporte y los efectos transportables, podrán ser asegurados contra los riesgos provenientes de la transportación.

2.4.22. Seguro agrícola y ganadero:

Los objetos que se aseguran mediante este contrato son los cultivos permanentes u ocasionales y el ganado, ya sea vacuno, caballar.

2.4.23. Seguro contra la responsabilidad civil:

El asegurador se obliga a pagar la indemnización que el asegurado deba a terceros a consecuencia de un hecho doloso que cause a éstos un daño previsto en el contrato de seguro. El seguro contra la responsabilidad civil atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario desde el momento del siniestro.

2.4.24. Seguro de automóviles:

El asegurador indemnizará los daños ocasionados al vehículo o la pérdida de éste; los

daños y perjuicios causados a la propiedad ajena y a terceras personas, con motivo del uso de aquél, o cualquier otro riesgo cubierto por la póliza.

2.4.25. Seguro de personas:

La función de seguro de Personas es la protección de la vida y la integridad física de la persona individual.

Seguro de vida: Se contrata previendo la muerte o la sobrevivencia.

Seguro de accidentes: Su fin es proteger a la persona asegurada de daños corporales que llegare a sufrir.

En los seguros personales el asegurador carece de acción para exigir el pago de las primas que se adeudan. 30 días después del vencimiento de la prima, sin que haya sido pagada, caduca el seguro de vida sin necesidad de declaración alguna.

Clases de seguros personales:

- Temporal.
- Popular o de grupo.
- Ordinario de vida.
- Seguro de vida con pagos limitados.

- Seguro de accidentes.
- Seguro de enfermedad

2.4.26. Contrato de reaseguro

Por el contrato de reaseguro, el asegurador traslada a otro asegurador o reasegurador, parte o la totalidad de su propio riesgo. En el contrato de seguro una entidad aseguradora contrata a su vez con un ente reasegurador, deben registrarse en la Superintendencia de Bancos, las divergencias se resuelven por arbitraje. La persona que tenga el carácter de asegurado directo o de beneficiario, no tendrá acción alguna en contra del reasegurador o los reaseguradores.

2.4.27. Contrato de fianza mercantil

Aquel en el que una afianzadora se compromete a responder de las obligaciones de otra persona, conforme las normas y tarifas que dicta la Superintendencia de Bancos. El contrato se hará constar en póliza que contendrá: lugar y fecha de su emisión, nombres y domicilios de la afianzadora y del fiado, designación del beneficiario, mención de las obligaciones garantizadas y el monto y circunstancias de la garantía, firma de la afianzadora. A falta de póliza la fianza se probará por la confesión de la afianzadora, o por cualquier otro medio si hubiere un principio de prueba por escrito. La afianzadora se obligará solidariamente y no gozará de los beneficios de orden y excusión. Las acciones

del beneficiario contra la afianzadora y las de ésta contra los contrafiadores y reafianzadoras, prescribirán en dos años.

Elementos:

Personales:

Fiador: Es la afianzadora.

Fiado: Es el deudor de la obligación garantizada.

Beneficiario. Es quien resulta acreedor del fiador, para el caso de incumplimiento
Del fiado.

Reales: Obligación del fiador y del fiado de pagar la prima.

Formales. Póliza.

- Características:

- Negocio consensual;
- Formal;
- Accesorio,
- Oneroso;
- Garantía;
- Tracto Sucesivo.

Derechos y obligaciones de los sujetos del contrato de fianza mercantil:

El fiador responderá del incumplimiento de la obligación del fiado.

El fiado tiene la obligación de pagar la prima.

Beneficiario, tiene derecho a cobrar la obligación accesoria.

Clases de contratos de fianza se pueden dar en la ley guatemalteca:

Fianza civil y

Fianza mercantil.

Atendiendo a las obligaciones y personas que se garantizan con la fianza estas pueden ser:

De fidelidad.

Judiciales.

Administrativas ante gobierno; y,

Administrativas ante particulares.

2.4.28. Contrato de Reafianzamiento:

Una afianzadora se obliga a pagar a otra, según los términos del contrato, las sumas que ésta haya pagado al acreedor del contrato de fianza reafianzado. De acuerdo con el decreto 470 del Presidente de la República, la Superintendencia de Bancos, obliga a toda afianzadora presentar un contrato de reafianzamiento. La reafianzadora está obligada a proveer de fondos a la afianzadora, tan pronto como ésta le comunique que

ha sido requerida de pago por el beneficiario de la fianza, y que va a proceder a realizarlo.

- Extinción del Contrato de Fianza: Se extingue con la extinción de la obligación garantizada, por ser accesorio.

2.5. Contratos atípicos.

Los contratos atípicos son aquellos que no están regulados en la ley y que, no obstante, se practican en la realidad del comercio. El mundo del contrato atípico se fundamenta en la doctrina llamada Libertad de configuración interna, que tiene como límite la creatividad de las personas para inventar fórmulas de negociación y plasmarlas en cláusulas contractuales; libertad que debe respetar el orden público, las leyes prohibitivas expresas y la moral.

En el medio guatemalteco se dan con frecuencia este tipo de contratos, de los cuales se enumeran algunos a manera de ejemplo.

2.5.1. Leasing (arrendamiento financiero)

Es aquel por medio del cual una persona individual o jurídica que desea obtener un equipo o maquinaria para su industria o comercio, recurre a una entidad financiera

autorizada para que esta adquiera lo que éste previamente les ha indicado, dicha entidad financiera lo compra directamente del proveedor sobre la base de las especificaciones que el comerciante previamente les indico, transfiriendo inmediatamente el bien adquirido al comerciante para que este lo utilice por el plazo acordado, este a su vez se compromete a pagar una renta periódica. Al finalizar el plazo el comerciante o industrial tiene la opción de adquirir la propiedad sobre la maquinaria que ha utilizado mediante el leasing, por el precio que se haya pactado desde el momento que se celebró el contrato. Si se renuncia a la compra el bien debe de ser devuelto a la entidad financiera, pero si se ejerce la opción, se paga un precio residual que es inferior al que se habría pagado por la maquinaria nueva.

Modalidades del Leasing:

Leasing operativo: En esta modalidad el propietario fabricante o proveedor de un bien lo transfiere a otro para utilizarlo en su actividad económica. En este caso el arrendante negocia con el arrendatario el uso del bien o cosa, a cambio de una renta y por un plazo de corta duración. No existe opción de compra.

Leasing financiero: Por medio de este el dador financiero proporciona dinero para comprar un bien que necesita el tomador, adquiriéndolo directamente del proveedor y pagándole el valor del mismo. Esta adquisición la hace el dador a su nombre y transfiere su uso al tomador, quien previamente ha seleccionado el bien a su

conveniencia. El tomador se compromete a pagar una renta por el uso del bien adquirido con el financiamiento y goza de la opción de comprarlo al finalizar el plazo.

- Elementos personales, reales y formales del leasing financiero:

Personales:

- Quien da el financiamiento.
- Tomador o beneficiario, quien usa el bien.

Reales: Cantidad financiada y los bienes que se adquieren.

Formales. Existe libertad de acuerdo a las partes.

- Características:

- Consensual;
- Bilateral;
- Oneroso;
- Conmutativo;
- Tracto Sucesivo,
- Celebrado por adhesión.

2.5.2. Factoring

Es un convenio de efectos permanentes establecido entre el contratante, según el cual aquel se compromete a transferir al factor todas o parte de las facturas que posee de terceros deudores y notificarles esa transmisión; como contrapartida, el factor se encarga de efectuar el cobro de estas deudas, de garantizar el resultado final, incluso en caso de morosidad del deudor y de pagar su importe, bien por anticipado, a fecha fija o mediante deducción de sus gastos de intervención.

- Sujetos del contrato de factoring:

- Factor: Que es la sociedad factoring.
- Cliente. Titular de los créditos transferidos.

- Modalidades de Factoring, según la doctrina:

- Con financiamiento: El cliente obtiene del factor el valor de las mercancías que ha vendido;
- Sin financiamiento. El gestor sólo administra el cobro de las facturas.

- Características:

- Consensual.
- Oneroso.
- Bilateral.

- Tracto sucesivo.
- Conmutativo.
- Adhesión.

2.5.3. Franquicia

El contrato de franquicia comercial se caracteriza por ser un negocio entre un franquiciante y un franquiciado, por medio del cual el primero permite al segundo la comercialización de un producto o un servicio que constituye la actividad propia de su empresa, debiéndose seguir las mismas pautas que se observan en la empresa franquiciante en cuanto a calidad, presentación del producto o servicio, publicidad, etc. De tal manera que el consumidor estará recibiendo un bien, por medio del franquiciado, como si se lo estuviera proveyendo el franquiciante.

“El contrato de franquicia es la figura jurídica que permite tanto la utilización de las marcas a nivel universal como la estandarización de la calidad de los productos y servicios. En el contrato de franquicia quien otorga la franquicia y quien goza de ella aportan valores y talentos que son complementarios y que permiten la eficaz conducción de un negocio, el primero aporta su nombre comercial o marca, así como todos sus conocimientos y experiencia en la operación de un negocio, mientras que el segundo aporta la inversión y su trabajo para el desarrollo y aportación de un negocio. Alrededor del mundo existen empresas exitosas que desean extender sus operaciones

de negocios a nivel global. Por razones prácticas y de negocios muchas de esas empresas no desean abrir sucursales en otros países ni operar a nivel de empresas locales que sean propiedad de la empresa matriz”.³³

- Características de la franquicia:

- Es una relación continuada de transferencia de la tecnología del franquiciante hacia el franquiciado.
- El franquiciante a cambio, recibe el pago de una cuota inicial y se queda recibiendo regalías periódicas.
- La franquicia implica licencia de uso de la marca.

- Derechos del franquiciante:

- Percibir la suma que convenga como derecho de entrada y las regalías periódicas que convengan;
- A exigir que el franquiciado haga cumplimiento de las normas de calidad del producto.
- Derecho a revisar la contabilidad del franquiciado.

- Obligaciones del franquiciado:

³³ Gonzalez Calvillo, Enrique. Franquicias: La revolución de los 90. Pág. 20.

- Debe comprar la maquinaria y hacer las instalaciones que le sugiere el franquiciante;
- Se obliga a pagar el precio de entrada y las regalías.
- Debe seguir las instrucciones del franquiciante.

Diferentes clases de contrato de franquicia:

Franquicia directa: Es aquella que se celebra entre franquiciante y franquiciado.

Franquicia piloto: Es aquella en que se establece una empresa intermedia encargada de controlar a los franquiciados que en una zona hayan celebrado contratos de tal naturaleza;

Franquicia de producción, de servicios y de distribución.

- Características del contrato:

- Bilateral.
- Oneroso.
- Consensual.
- Adhesión.
- Conmutativo.
- Tracto sucesivo.
- Atípico.

“De conformidad con el Convenio Centroamericano el contrato de licencias de uso debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Industrial y solo surtirá efectos frente a terceros a partir de la fecha de la correspondiente inscripción. Por lo tanto, en el caso de que el licenciado esté facultado para iniciar acciones legales en defensa de la Marca, solo podrá hacerlo desde el momento en que inscriba su contrato en el Registro de la Propiedad Industrial. De acuerdo con el convenio, si el documento proviene de un Estado distinto de los contratantes deberá presentarse debidamente legalizado, es decir, deberá tener los llamados pases legales o serie consular de autenticaciones. En Guatemala, si el contrato de licencia de uso hubiere sido redactado en otro idioma que no sea el español, se deberá acompañar una traducción jurada del mismo. La solicitud de inscripción de la licencia de uso puede ser presentada por el propietario de la marca y el titular de la licencia simultáneamente o por una sola de las partes”.³⁴

2.5.4. El Know how:

Es una habilidad técnica o conocimiento especializado en un campo determinado de los negocios, un conocimiento práctico de cómo lograr un objetivo, y en general, todo conocimiento técnico que es secreto, de uso restringido y confidencial.

³⁴ Chacon Torrebiarte, Carlos Gilberto. Las licencias de uso de marcas en las franquicias. Pág.23

2.5.5. Joint ventures:

Es aquel por el cual el conjunto de sujetos de derecho – nacionales o internacionales – realizan aportes de las más diversas especies, que no implicarán la pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica o empresa, para la realización de un negocio común, pudiendo ser éste desde la creación de bienes hasta la prestación de servicios, que se desarrollará dentro de un lapso limitado, con la finalidad de obtención de beneficios económicos.

2.5.6. Contrato de Underwriting:

Es una operación por la cual un banco o una sociedad financiera otorga prefinanciamiento a la sociedad emisora sobre la suma que representa el total o parte de los valores a emitir: acciones o debentures, pagando un precio menor al valor nominal de cada documento, los cuales colocará posteriormente por un precio mayor.

CAPÍTULO III

3. Contrato de agencia

3.1. Definición

“Contrato de agencia, es aquel en el cual una de las partes asume de manera estable el encargo de promover, por cuenta de otra y contra la retribución convenida, la conclusión de contratos en una zona determinada. Para no pocos juristas se está ante un caso particular de la comisión mercantil”³⁵.

“El contrato de agencia mercantil es aquel mediante el cual un empresario independiente, llamado agente, a cambio de una remuneración, asume de manera permanente el encargo de preparar o de celebrar contratos con terceros por cuenta y en nombre de otro empresario, denominado principal”³⁶.

Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra, llamada principal, de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y aventura de tales operaciones.

³⁵ Cabanellas, Guillermo, **Ob.Cit.**, pág. 343.

³⁶ <http://www.cita.es/empresa>

3.2. Análisis jurídico doctrinario del contrato de agencia en la ley española

Entre las estipulaciones del contrato de agencia, las partes podrán incluir una restricción o limitación de las actividades profesionales a desarrollar por el agente una vez extinguido dicho contrato.

Cada una de las partes podrá exigir de la otra, en cualquier momento, la formalización por escrito del contrato de agencia, en el que se harán constar las modificaciones que, en su caso, se hubieran introducido en el mismo.

El contrato de agencia podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido. Si no se hubiera fijado una duración determinada, se entenderá que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido.

El contrato de agencia convenido por tiempo determinado, se extinguirá por cumplimiento del término pactado.

No obstante los contratos de agencia por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerarán transformados en contratos de duración indefinida.

El contrato de agencia de duración indefinida, se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito.

Cada una de las partes de un contrato de agencia pactado por tiempo determinado o

indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, en los siguientes casos:

- Cuando la otra parte hubiere incumplido, total o parcialmente, las obligaciones legal o contractualmente establecidas.
- Cuando la otra parte hubiere sido declarada en estado de quiebra, o cuando haya sido admitida a trámite su solicitud de suspensión de pagos.

En tales casos se entenderá que el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción.

Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran.

El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente.

La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior.

Indemnización de daños y perjuicios. Sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato.

Supuestos de inexistencia del derecho a la indemnización. El agente no tendrá derecho a la indemnización por clientela o de daños y perjuicios:

- Cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente.
- Cuando el agente hubiese denunciado el contrato, salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario, o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente y no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades.
- Cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia.

La acción para reclamar la indemnización por clientela o la indemnización de daños y perjuicios prescribirá al año a contar desde la extinción del contrato.

3.2.1. Análisis general

El principal contratará para que el agente promueva o celebre un número indefinido de los negocios comprendidos en el encargo, cuantos más mejor, sin que dicho encargo pueda entenderse agotado mediante la promoción o la celebración de un único negocio.

La nota del carácter duradero del vínculo, en el contrato de agencia, se cumplirá la abstracción hecha de celebrarse por tiempo determinado o por tiempo indefinido.

La doctrina más autorizada sostuvo que la equidad demandaría la prolongación de la relación contractual durante un tiempo mínimo.

Sería injusto que una vez que el agente hubiese superado las dificultades iniciales que siempre supone la apertura de nuevo comercio y la conquista de nuevos clientes, el comerciante decidiese prescindir a su arbitrio de los servicios del agente, encargándose directamente o encomendando a otro las operaciones que han sido posibles gracias a la actividad del agente.

En la delimitación frente a la comisión, las diferencias pueden exponerse en los términos siguientes:

- La dimensión temporal: a) la comisión permite una colaboración aislada y esporádica para contratar pero, b) la agencia instituye una colaboración estable o duradera para que el empresario desarrolle su actividad por medio de un agente representante en una zona determinada.

- La naturaleza del encargo: a) en la comisión es específico, refiriéndose a “un acto u operación de comercio”, mientras que b) la agencia es general, refiriéndose a una serie indefinida de actos u operaciones de comercio de una determinada especie.
- La proyección en sede representativa: a) el agente celebra contratos en nombre y por cuenta del principal y b) el comisionista contrata con el tercero por cuenta del comitente pero podrá hacerlo en nombre de éste o en nombre propio.

En la delimitación frente a la concesión, mediante la concesión un comerciante o empresario se compromete a vender en una zona y en determinadas condiciones los productos de otro empresario y a prestar a los adquirentes de estos productos determinada asistencia.

Las afinidades entre estas dos figuras son:

- El agente y el concesionario desempeñan una suerte de representación económica del principal o del concedente respectivamente asumiendo un compromiso de difusión de los bienes y servicios cuya gestión se les confiere
- Agencia y concesión son contratos de confianza
- Son también contratos de duración
- Los medios de extinción coinciden en ambos contratos

Para la autora de la tesis las diferencias son las siguientes:

- El agente es un representante del principal mientras que - el concesionario no es nunca un representante.
- En la agencia las mercancías viajan y se entregan por cuenta y riesgo de la casa representada y ésta responde del saneamiento frente a la clientela y soporta el riesgo de impagos e insolvencias, contrariamente.
- en la concesión el concesionario actúa por cuenta propia y adquiere en firme la mercancía del concedente, asumiendo el riesgo y ventura de los negocios que realiza con su clientela
- La remuneración del agente consiste de ordinario en una cierta comisión calculada mecánicamente sobre el importe de cada negocio, mientras que el lucro del concesionario reside en el margen existente que en cada caso entregue el precio de reventa cargado al cliente
- Los pactos de exclusiva tienen en la agencia una naturaleza meramente facultativa, mientras que en la concesión adquieren una naturaleza esencial al menos en cuanto concierne a la exclusiva otorgada en beneficio del concesionario, cuya existencia resulta necesaria para la propia reconocibilidad del tipo
- Los pactos restrictivos de la competencia son de diferente relevancia ya que el agente no goza de una unidad económicamente independiente mientras que el concesionario sí.

3.3. Obligaciones del principal reguladas en el Código de Comercio

3.3.1. Obligación de pagar la retribución del agente

Esta obligación es esencial en la economía del contrato. Se fundamenta en la naturaleza sinalagmática y onerosa de este negocio jurídico. La retribución del agente podía revestir diversas modalidades:

- Remuneración fija. Su utilización es poco frecuente.
- Remuneración variable. Es la más habitual. Se halla orientada a retribuir al agente en función de los resultados de su actividad de promoción o de celebración de negocios. Dentro de esta modalidad resultan admisibles varias fórmulas para la determinación del premio adeudado al agente:
 - Pago de comisiones, entendidas como porcentajes aplicados sobre el importe de las operaciones relevantes.
 - Pago de un porcentaje de participación en las ganancias obtenidas por el principal en razón de las operaciones relevantes.
 - Pago de una cantidad fija por cada operación relevante, con independencia de su importe y de la ganancia obtenida por el principal, pudiéndose pactar una cantidad igual para cada operación o una cantidad distinta según sus diversas clases.
 - Pago de una cantidad igual al sobreprecio que el agente de ventas obtenga del cliente por encima de un precio mínimo indicado por el principal. Asimismo, pago de una cantidad igual a la rebaja que el agente de compras consiga por debajo de un precio máximo señalado por el principal.

Se reputaba lícito que el principal quedase obligado a satisfacer al agente una retribución mínima.

Los gastos de explotación de la agencia debían considerarse, salvo pacto en contrario, a cargo del agente, quien debía afrontarlos mediante sus ingresos empresariales. Sin embargo, se reflejaban los criterios del derecho comparado en cuanto a la distinción entre los gastos ordinarios, no reembolsables por el principal, y los gastos extraordinarios, reembolsables en línea de principio por el empresario representado.

Respecto de la cuantía de la comisión modalidad retributiva más relevante en el tráfico, podemos señalar que el tipo aplicable quedaba remitido a lo establecido en el contrato de agencia. Dicho tipo sería aplicable sobre una base determinada en los siguientes términos:

En la agencia de ventas, en razón del precio pagado por el cliente. Se examinaba en particular el supuesto de la concesión de un descuento al cliente, dudándose si la base sobre la que se aplicaría el tipo de comisión quedaba reducida o no en la medida de dicho descuento. A este efecto se distinguían dos supuestos:

- En caso de concederse un descuento en sentido estricto, debía computarse el precio en su integridad, sin deducción de la rebaja.
- Si se trataba de un precio especial, aplicado habitualmente a ciertos tipos de negocios como por ejemplo, grandes pedidos, debía computarse el precio especial y no el íntegro.

En la agencia de compras, en razón del precio pagado por el principal.

Con relación a los negocios que fundamentaban el derecho del agente a la comisión, se distinguía entre varios supuestos:

- Negocios concluidos durante la vigencia del contrato e imputables a la actividad del agente. A su vez, podía tratarse de negocios concluidos con la intervención directa del agente o de negocios que, sin concluirse con dicha intervención directa, debían imputarse a su actividad. La cuestión central residía en la prueba de la relación de causalidad entre la actividad del agente y la celebración del negocio a cuenta del cual se pretendía la comisión.
- Negocios concluidos después de la extinción del contrato pero imputables a la actividad del antiguo agente, siempre que se celebren dentro de un plazo razonable desde el fin de la relación.

En cuanto a los requisitos exigibles para el nacimiento del derecho del agente a cada comisión singularmente considerada, no era suficiente la mera celebración del negocio, siendo preciso además su "buen fin". El agente conservaba su derecho a la comisión cuando el negocio se había malogrado por una causa imputable al principal. Respecto a la determinación del momento en que se entendía alcanzado dicho "buen fin", se considera mayoritariamente, exigir el cumplimiento del principal, obligando al agente a restituir la comisión eventualmente cobrada cuando el tercero no llegaba a cumplir lo que le incumbía frente a su contraparte. El cliente no paga

3.3.2. Obligación de facilitar al agente los elementos necesarios para el desempeño de su gestión

Esta obligación comportaba la exigibilidad de la entrega al agente de todos los elementos necesarios para el ejercicio eficaz de su actividad empresarial. Dicha entrega debía entenderse, según lo pactado en cada caso, gratuita u onerosa.

3.4. Supuestos especiales

3.4.1. Agencia de zona

La doctrina más autorizada se refería a la agencia de zona cuando el agente tenía reconocido el derecho a dos categorías de comisiones:

- Comisiones por negocios en cuya realización hubiera intervenido *comisiones directas*.
- Comisiones por negocios en cuya realización no hubiera intervenido pero que se hubiesen celebrado con clientes establecidos en su zona *comisiones indirectas*.

Considerada así la agencia de zona, el principal conservaba la facultad de celebrar directamente negocios con clientes establecidos en la zona, al precio de abonar a quien era su agente en ella, las comisiones indirectas estipuladas.

Su funcionalidad económica residiría en la necesidad de recompensar la “previa labor de introducción de los productos en la zona realizada indiscutiblemente por el representante y que engendra a su favor un derecho económico que se extiende sobre

todas las operaciones ulteriores que son consecuencia de aquella actividad". Cuando el agente de zona permaneciese inactivo, limitándose a disfrutar la renta de las comisiones indirectas, incurriría en incumplimiento del contrato, con las consecuencias derivadas del Artículo 1124 del Código Civil.

3.4.2. Agencia con exclusiva a favor del agente

La autora de la presente investigación señala las siguientes características de la agencia con exclusiva en favor del agente:

- El agente adquiere una posición de monopolio en la intermediación de los productos del principal en la zona exclusiva.
- El principal queda obligado a abstenerse de realizar negocios directos con clientes establecidos en la zona exclusiva, ya fuese *motu proprio*, ya fuese atendiendo ofertas de dichos clientes.
- El principal tampoco disfruta de la facultad de realizar negocios en la zona exclusiva sirviéndose de terceros intermediarios.

3.4.3. Agencia con exclusiva a favor del principal

El agente queda obligado a no gestionar los intereses de ningún otro empresario, fuera o no competidor del principal, comprometiéndose, así exclusiva y excluyentemente a la defensa de un solo interés.

3.4.4. Agencia con pacto de garantía

El riesgo derivado del fracaso del negocio imputable al tercero gravita, ordinariamente, sobre el patrimonio del principal. En este caso, el agente arriesga, a lo sumo, su derecho a ser retribuido por el principal a cuenta de dicho negocio. Es decir, cuando un negocio no llega a buen fin por causa imputable al tercero, el agente se limita a asumir el perjuicio consistente en haberlo promovido o celebrado sin llegar a ser retribuido por ello.

Sin embargo, excepcionalmente, adquiriendo el derecho a una retribución más elevada, el agente podría asumir el riesgo de garantizar el cumplimiento del tercero, hablándose entonces de una agencia con pacto de garantía.

3.5. Extinción del contrato de agencia de acuerdo al Artículo 290 del Código de Comercio

Existen varias razones que pueden producir la extinción del contrato de agencia:

- Cumplimiento del plazo pactado en la agencia por tiempo determinado. Es el modo normal de extinción del contrato de agencia; consiste en el agotamiento del tiempo de duración del vínculo pactado por las partes. Este tiempo de duración puede pactarse lícitamente de varias maneras:
- Mediante la designación de una cierta fecha, llegando a la cual terminará la relación.
- Mediante el establecimiento de un plazo expreso de vigencia de la relación.

- Mediante la vinculación del momento del vínculo con un evento que se producirá con seguridad pero en una fecha desconocida al iniciarse la relación. Se está entonces ante una duración determinable.

En el caso de los vínculos por tiempo determinado no cabe admitir en rigor una facultad de denuncia o desistimiento unilateral del negocio. Este deberá cumplirse en los términos derivados de la *lex contractus*, siendo exigible recíprocamente el agotamiento del tiempo pactado.

3.5.1. Denuncia en la agencia por tiempo indeterminado

En sede de agencia se excluye la aplicación de la facultad atribuida al comitente por el Artículo 279 del Código de Comercio. Pero tratándose de una relación de agencia por tiempo indeterminado, se reconoce a ambas partes la facultad de denunciarla o desistir unilateralmente de ella.

Este criterio se fundamenta en la necesidad de evitar que una parte quede vinculada indefinidamente a la otra. Se trata de una facultad atribuida a ambas partes, aunque en la práctica la denuncia realizada por el principal sea más frecuente.

El ejercicio de esta facultad debe estar sometido a las exigencias de la buena fe, requiriéndose un plazo de preaviso previo a la extinción del contrato y excluyéndose la licitud de una denuncia abusiva.

Respecto del preaviso existen discrepancias al concreto plazo exigible a falta de estipulación expresa por las partes. Así un criterio sería aplicar el plazo de un mes. Otro criterio sería el de considerar exigible un plazo razonable, entendido como el tiempo objetivamente necesario para que el agente reorganizase su establecimiento ante la perspectiva de la extinción, señalando como plazo medio el de seis meses.

En cualquier caso la relación de agencia denunciada debería prolongarse en tanto no se agotase el plazo de preaviso aplicable, aunque, como alternativa a la regla anterior, algún sector consideraba razonable reconocer al principal la facultad de obtener la terminación inmediata desde el momento mismo de la denuncia, al precio de abonar al agente el lucro que previsiblemente hubiera obtenido mientras transcurría el plazo de preaviso.

En cuanto a la interdicción de la denuncia abusiva, se entendía quebrantado el límite de la buena fe cuando la facultad de denuncia del contrato entrañase abuso de derecho.

3.5.2. Resolución por incumplimiento.

Es un supuesto de extinción aplicable tanto a los contratos por tiempo determinado como por tiempo indeterminado.

3.5.3 Muerte o inhabilitación de las partes

La agencia constituye una relación de confianza, razón por la cual el fallecimiento del agente que fuera persona física es causa de extinción del contrato. Contrariamente el

fallecimiento del principal que fuese persona física no implicaría la extinción del contrato siempre que subsistiese el establecimiento del empresario fallecido.

En cuanto a la inhabilitación, se sostenía el efecto extintivo del contrato cuando sobreviniere la declaración de quiebra del agente. La declaración de quiebra del principal no extinguiría automáticamente el vínculo, aunque podría constituir justa causa para que el agente lo denunciase.

3.6. Transmisión de la empresa de las partes

En opinión de la doctrina mayoritaria la transmisión de la empresa del principal determinaría la transmisión al adquirente de los derechos derivados del contrato de agencia.

Sin embargo, la transmisión de la empresa del agente no produciría el anterior efecto, debido a que el contrato de agencia es creado en atención a las condiciones personales del agente enajenante.

CAPÍTULO IV

4. Agentes Comerciales

4.1. Consideraciones generales

La incorporación al Código de Comercio del contenido normativo, en lo referente a los agentes comerciales independientes, plantea dos problemas fundamentales: el primero, de técnica legislativa, hace referencia a si esa incorporación debe realizarse mediante la reforma del Código de Comercio o, por el contrario, mediante una ley especial; el segundo, de política legislativa, es el relativo al contenido de la norma de transposición.

En efecto, unas veces se limita el agente a buscar clientes; otras, además, contrata con ellos en nombre del empresario representado.

No se considerarán agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan.

Se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios.

4.2. Actuación de los agentes de comercio

El agente deberá realizar, por sí mismo o por medio de sus dependientes, la promoción y, en su caso, la conclusión de los actos u operaciones de comercio que se le hubieren encomendado.

La actuación por medio de subagentes requerirá autorización expresa del empresario. Cuando el agente designe la persona del subagente responderá de su gestión.

El agente de comercio está facultado para promover los actos u operaciones objeto del contrato de agencia, pero sólo podrá concluirlos en nombre del empresario o principal cuando tenga atribuida esta facultad.

Salvo pacto en contrario, el agente puede desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios. En todo caso, necesitará el consentimiento del empresario con quien haya celebrado un contrato de agencia para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos cuya contratación se hubiera obligado a promover.

El agente está facultado para exigir en el acto de la entrega el reconocimiento de los bienes vendidos, así como para efectuar el depósito judicial de dichos bienes en el caso de que el tercero rehusara o demorase sin justa causa su recibo.

El agente contratará para asegurarse una fuente de remuneración regular, creciente a medida que los resultados de su actividad vayan siendo mayores.

En el contrato cuyo vínculo es la promoción o conclusión de otros contratos, queda configurado como un negocio jurídico celebrado para la promoción o la celebración de otros negocios.

Se debe distinguir entre el agente meramente promotor de negocios y el agente con poderes de contratación con terceros:

- Promotor de negocios: se ocupará de promocionar activamente en el mercado los bienes y servicios cuya gestión se le haya encomendado, quedando obligado a transmitir al *dominus* los pedidos que obtenga al efecto de que aquél decida rechazar por sí mismo cada uno de los negocios propuestos.
- Con poderes de contratación: además de encargarse de la tarea anteriormente indicada, tendrá la facultad de celebrar por sí mismo los negocios como representante del principal.

En ambos casos el agente actúa en nombre y por cuenta del principal.

El apoderamiento y el efecto de representación tendrá en cada caso un alcance correlativo con la clase de encargo encomendado.

El contrato celebrado entre empresarios mercantiles, el agente será un empresario cuya

profesionalidad se caracteriza por hacer de la agencia su actividad económica habitual, poniendo su propia empresa a disposición de la colaboración con el principal.

La independencia empresarial del agente deberá estar sometida a las instrucciones técnicas y comerciales del principal

Bajo el concepto de agencia mercantil queda englobada una tipología económica muy heterogénea entre dos clases de “empresarios” mercantiles.

En el contrato mercantil, la naturaleza del contrato de agencia se justifica desde las posiciones más acreditadas atendiendo a la actividad característica de los agentes, notándose su condición de empresa cuyo tráfico de empresas consiste en la colaboración estable con otros empresarios

En la delimitación frente al corretaje, las afinidades pueden ser las siguientes:

- Ambos negocios se celebran para procurar la celebración de otros negocios.
- El agente y el corredor son empresarios independientes que ponen su organización autónoma al servicio de quienes les contratan, actuando por cuenta de estos últimos.

Las diferencias son las siguientes:

- La agencia es una relación de tracto sucesivo mientras que el corretaje se agota en un acto tracto instantáneo.

- El agente promueve o celebra negocios como representante de su principal, realizando frente a tercero una actividad dotada directamente de un contenido jurídico, limitada a los tratos preliminares o extendida a la celebración de los negocios, según sea el caso. Contrariamente el corredor realiza una actividad material, limitándose a aproximar a las partes a facilitar la celebración de un negocio entre ellas. Así ha podido decirse, bien que refiriéndose en rigor al agente de contratación, que el agente contrata mientras que el corredor hace que se contrate.
- El agente defiende parcialmente el interés de su principal mientras que la actuación del corredor, según un autorizado sector, se caracteriza por su imparcialidad frente a los dos futuros contratantes.
- La actividad encomendada al agente suele ser mucho mas amplia que la propia del corredor por cuanto no suele reducirse a la tarea de celebración del negocio, extendiéndose a otras como por ejemplo la atención de consultas y reclamaciones de la clientela una vez cumplido aquel
- El mediador tiene derecho a su retribución cuando el negocio entre las partes aproximadas se ha celebrado, mientras que el agente adquiere un derecho firme a su remuneración solo cuando el negocio ha llegado a un buen fin.
- El agente desempeña habitualmente su actividad conforme a una cierta delimitación territorial, ausente frecuentemente en el corredor.
- El contrato de agencia determina el nacimiento de obligaciones para el agente y para el principal, mientras que el contrato de corretaje solo las determina unilateralmente

4.3. Obligaciones del agente conforme el Artículo 287 del Código de Comercio

Se pueden distinguir las siguientes obligaciones:

4.3.1. Obligación de promoción o de conclusión de negocios en interés del principal

El agente contrae la obligación de esforzarse en promover o en concluir, según los casos, todos los negocios que sean posibles en nombre y por cuenta del principal. La extensión de esta obligación esencial variará según se trate de un mero agente de promoción de negocios o de un agente de contratación.

El agente de promoción de negocios quedará obligado a realizar la actividad preparatoria de captación de clientes y tramitación de pedidos al principal para que éste los rechace o bien los acepte, celebrándose, en este último caso el negocio directamente entre principal y tercero. El agente dirigirá al tercero interesado en la celebración del negocio no ya una oferta contractual sino una mera *invitatio ad offerendum*. En el ámbito limitado de la preparación de los negocios, tendrá la condición de representante del principal, actuando en nombre y por cuenta de éste.

Por su parte, el *agente de contratación*, además de asumir las obligaciones y adquirir las facultades características del agente promotor, recibe el encargo de celebrar por sí mismo el negocio con el tercero, actuando por cuenta y en nombre del principal. Para ello debe quedar apoderado por el *dominus* en la medida adecuada.

4.3.2. Obligación de defensa de los intereses del principal

Esta obligación, orientada a garantizar la prevalencia del interés del principal en el desarrollo de la gestión realizada por el agente, conllevaría varias proyecciones específicas según la doctrina más autorizada:

- Una *obligación positiva* del agente de actuar de tal manera que mejoren los resultados económicos del establecimiento del principal, procurando, por ejemplo, el incremento de la contratación, seleccionando la clientela y controlando su solvencia al efecto de que los negocios lleguen a buen fin, etc.
- Una *obligación negativa* del agente, al abstenerse de conductas que puedan acarrear daños al principal. Debe así, abstenerse de difundir informaciones perniciosas para el establecimiento representado; debe guardar silencio ante preguntas capciosas; desechar negocios que acabarían situando al principal en posición de incumplimiento frente al tercero; y, especialmente, debe abstenerse de competir con el principal, ya sea de modo directo (dedicándose por cuenta propia al mismo género de empresa), ya sea de modo indirecto (aceptando gestionar el interés de un competidor del primer principal). Los pactos existentes entre las partes podrán matizar notablemente esta última cuestión.

4.3.3. Obligación de cumplir las instrucciones del principal

En el cuadro de las distintas relaciones de colaboración que se establecen entre empresarios orientadas a la difusión masiva de bienes y servicios en el mercado, el tipo

negocial que nos ocupa se caracteriza por el otorgamiento al principal de la facultad de dictar al agente las condiciones de las operaciones realizadas con los terceros. Es preciso recordar que el agente actúa por cuenta y en nombre del principal, de manera que mientras éste asume el riesgo de la operación celebrada con el tercero, aquél arriesga a lo sumo su retribución por haber intermediado en la promoción o celebración del negocio. Así, la facultad referida permitirá al principal instruir al agente sobre las condiciones económicas de las operaciones, los criterios de selección de la clientela, las líneas generales de la política comercial, etc. Sin embargo, quedará excluida la licitud de las instrucciones que anularían la autonomía empresarial del agente, como pueden ser cuestiones relativas a la distribución del tiempo dedicado a la actividad, los horarios de visitas, cuestiones puramente de detalle, etc. Por lo demás, en la ejecución del encargo el agente no está vinculado únicamente a las instrucciones dictadas específicamente, sino sobre todo al principio general de protección leal de los intereses del principal.

4.3.4. Obligación de informar al principal

Esta obligación, según la doctrina, alcanza varias dimensiones, a saber:

- Informaciones proporcionadas a requerimiento del principal.
- Informaciones proporcionadas a iniciativa del mismo agente, cumpliendo así con una obligación propia de quien asume un encargo de gestión basado en la confianza que deposita en él el titular del interés.

Así, por ejemplo, información sobre la situación del mercado, las preferencias de la clientela, las variaciones que convenga introducir en la estrategia comercial, etc.

La obligación de información conoce límites, siendo infundada la pretensión del principal de acceder a los datos que, atendiendo a las circunstancias de cada caso, el agente pueda legítimamente mantener reservados en su propia esfera empresarial.

4.3.5. Obligación de secreto

Esta obligación, tal y como defiende la doctrina más acreditada, queda vinculada con su obligación de lealtad hacia el interés empresarial del principal, debiendo abstenerse de utilizar o de comunicar los secretos del establecimiento representado, que hayan sido conocidos con ocasión del ejercicio de la agencia. Como pueden ser cuestiones relacionadas con procedimientos de fabricación y organización, listas de clientes y proveedores, características y calidades de los productos, etc.

Por lo demás, la obligación de secreto no sólo resultará exigible durante la vigencia del contrato, sino también una vez extinguido. Uno de los problemas más delicados, sin duda, no resuelto satisfactoriamente, concierne a la precisión de los límites de esta obligación de reserva.

4.3.6. Obligación de desempeño personal de la agencia

Tratándose de un contrato de confianza, el principal lo celebra en consideración a las condiciones propias del agente. Conviene distinguir, al respecto, varias situaciones de

posible conflicto de intereses entre principal y agente, a saber:

- Utilización de auxiliares. La utilización por el agente de auxiliares dependientes en el ejercicio de la agencia no suscita, en principio, cuestión alguna.
- Subagencia. La contratación por el agente de un propio agente (subagente) plantea un supuesto de subcontratación. En este caso, el agente representa al principal, y el subagente al agente, no al principal. Se requerirá el consentimiento del principal para el nombramiento del subagente, ya que esta designación implica siempre un descargo de las propias obligaciones sobre otra persona.
- Segunda agencia. El nombramiento por el agente (agente general o primer agente) de un segundo agente para que actúe en nombre del principal exigirá el consentimiento de éste.
- Cesión del contrato de agencia. La cesión o transmisión por el agente de su contrato a favor de tercero, desvinculándose de sus compromisos con el principal, obviamente requerirá también el consentimiento de este último.

4.3.7. Obligación de restitución

Esta obligación, en términos generales, exige al agente, según lo pactado, la entrega al principal de los materiales, muestrarios, etc. Recibidos en razón de su cargo. En el caso de haber asumido la obligación de cooperar a la ejecución de los negocios celebrados con los terceros, la obligación de restituir del agente tendrá un alcance superior. Tratándose de un agente de ventas, deberá entregar al principal el precio recibido de los clientes, así como las mercancías devueltas; tratándose de un agente de compras,

deberá hacer lo propio con los géneros y títulos de tradición que se le hayan entregado en virtud de las adquisiciones cumplimentadas.

4.3.8. Obligación de cooperar a la ejecución de los negocios celebrados

En este terreno, el agente únicamente asumirá obligaciones cuando así se estipule, expresa o tácitamente. Centrándonos en el supuesto de la agencia de ventas, podemos señalar varias posibilidades, a saber:

- Entrega de mercancías: el agente almacenará stocks y contraerá obligaciones propias de un depositario, encargándose de la custodia de las mercancías y de su entrega a la clientela.
- Cobro periódico de las mercancías: en este caso sería aplicable por analogía el artículo 294 del Código de Comercio, siendo preciso el otorgamiento por el principal de un poder especial habilitando al agente para realizar eficazmente los correspondientes actos de cobro frente a los terceros.
- Concesión de descuentos o aplazamientos de pago: encontrándose el agente autorizado para el cobro del precio de las mercancías, se duda si podrá además conceder descuentos o aplazamientos de pago a los clientes. La solución se hallaría en la aplicación analógica del Artículo 271 del Código de Comercio, exigiéndose autorización del principal para la atribución de dicha facultad.
- Recepción de reclamaciones de los clientes: según la mayoría de la doctrina, el poder de representación propio del agente permitirá considerarle pasivamente legitimado para la recepción eficaz de reclamaciones y denuncias de los clientes,

debiéndolas cursar sin demora al principal. Por el contrario, salvo autorización expresa, no le habilitará para realizar contradecларaciones vinculantes para el *dominus*.

CAPÍTULO V

5. Daños y perjuicios cuando existe dolo de parte del principal en el contrato de agencia

Doctrinariamente, Guillermo Cabanellas, manifiesta que daño “En sentido amplio, es toda suerte del mal material o moral. Más particularmente el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes. El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. En principio el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia”²².

En este orden de ideas, los daños se consideran como el detrimento que la persona sufre en sus bienes y en su persona moralmente, es decir que los daños se refieren a cosas materiales o morales, es una forma de dañar la integridad física, material o moral de un tercero, siendo el sujeto activo quien ocasiona los daños y el sujeto pasivo quien los recibe.

²² Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.**, pág. 577.

El daño no es mas que el perjuicio que se causa al patrimonio de una persona; es el valor de la pérdida que se ha ocasionado. El daño que se puede causar al patrimonio o a algo que está fuera de él.

El daño patrimonial, siempre se puede tasar en dinero, pero el no patrimonial se refiere a daños morales o a los derechos de las personas. En este último caso, es difícil de cuantificarlo.

En el daño ocasionado, puede haber un daño emergente, que es aquel que se da cuando la persona que lo sufre está golpeada o porque su vehículo está dañado, disminuyendo su valor. Si se le priva a la persona de un automóvil a causa de un hecho de tránsito, ella sufre un daño emergente porque sufre un perjuicio. Por otra parte, el daño causado al automóvil, aunque se repare, hará que el valor comercial del mismo se vea depreciado.

También puede darse el caso de que el lucro que el propietario del vehículo hace con él, ya no se dé; entonces, éste cese y deje de percibir ganancias. O puede darse el caso que por las lesiones sufridas no pueda trabajar, por lo tanto, no pueda acrecentar su patrimonio.

“El daño material, es el que recae sobre cosas u objetos perceptibles por los sentidos”³⁷, es decir, que es el menoscabo a los bienes materiales propiedad del agraviado.

Mientras tanto, el daño moral, “es la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otro”³⁸.

“Daños, son los desperfectos o destrozos físicos y apreciables que un agente externo produce en los bienes, sean muebles o inmuebles”²³.

El Artículo 1645 del Código Civil, estipula que “Toda persona que cause daño o perjuicio a otras, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

El Artículo 1646 del mismo cuerpo de leyes manifiesta que “El responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima los daños y perjuicios que le haya causado”, y el Artículo 1647 regula que “La exención de responsabilidad penal no libera de la responsabilidad civil, a no ser que el juez así lo estime atendiendo a las circunstancias especiales del caso”.

³⁷ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.**, Pág. 473.

³⁸ **Ibid.**

²³ Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.**, pág. 277

El Artículo 1648 del Código Civil, manifiesta que “La culpa se presume, pero esta presunción admite prueba en contrario. El perjudicado sólo está obligado a probar el daño o perjuicio sufrido”.

Doctrinariamente, Manuel Ossorio, manifiesta que perjuicio es la “Ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo. Para algunos autores, el concepto de perjuicio se encuentra subsumido en el de daño; o sea, que el perjuicio no es sino una modalidad del concepto más amplio de daño”²⁴.

“Perjuicio, es la pérdida de utilidad o de ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse, pues el herido, por ejemplo, ha perdido sueldos y honorarios, o la máquina rota ha dejado de producir tal Artículo”²⁵.

“Todo daño provoca un perjuicio, y todo perjuicio proviene de un daño”³⁹.

El perjuicio, no es más que aquella pérdida, que se ha tenido a causa de un daño causado, es el efecto que produce el daño en las ganancias o pérdidas que se ha causado a la persona en perjudicarle por los daños ocasionados en su patrimonio, sean estos muebles o inmuebles.

²⁴ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.**, pág. 567.

²⁵ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** pág. 579.

³⁹ **Ibid.**

Para ilustrar los daños y perjuicios, se puede poner el caso del vendedor de productos alimenticios, quien conduciendo su vehículo es colisionado por un bus, en realidad al vehículo se le producen daños que deben ser reparados o indemnizados, pero además a la persona también se le producen perjuicios, pues al no tener vehículo con el cual laboraba no puede continuar con su trabajo cotidiano, por lo tanto se debe indemnizar en los daños y perjuicios causados, pues la persona perjudicada no obtiene ganancias para sobrevivir.

Para la autora el perjuicio, es el detrimento que sufren las ganancias de la persona al haberse cometido un daño, o sea, que el sujeto pasivo de la acción jurídica deja de percibir emolumentos cuando a causa del daño su consecuencia es no poder ganar cantidades que si no se hubiera causado el daño si las hubiese percibido.

5.1. Dolo

La autora considera que el dolo es la acción de tener conocimiento del daño que se está provocando, es decir, quien actúa con dolo sabe a ciencia cierta que está causando un daño material o moral al sujeto pasivo.

Cabanellas dice que dolo es “Engaño, fraude, simulación”²⁶.

²⁶ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** pág. 742.

Para Escriche, mencionado por Cabanellas, dice que dolo es “Toda especie de astucia, trampa, maquinación o artificio que se emplea para engañar a otro; o el propósito de dañar a otra persona injustamente”²⁷.

En el derecho civil, es la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucia y sutiliza o de la ignorancia ajena; pero sin intervención de la fuerza ni de amenazas, constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos.

El daño doloso es el que se ocasiona a sabiendas que se perjudica a otro mediante artimaña o argucia, es el pleno conocimiento de las causas que se ocasionan a otra persona en sus bienes.

5.2. Culpa

La autora señala que culpa es la acción, que se ejecuta por negligencia, impericia o ignorancia, pero sin la intención de causar el daño, es decir, no tener deseo de provocar un daño.

²⁷ **Ibid.**

“El daño por culpa o negligencia, en sus dos aspectos abarca totalmente la responsabilidad civil que obliga a reparar el mal causado a otro cuando, por acción u omisión, intervienga cualquier clase de culpa o negligencia”²⁸.

La culpa, es la acción provocada sin tener intención de causar un daño o un mal.

“Culpa es la infracción de la ley que uno comete sin dolo, ni malicia, por alguna causa que puede y debe evitar, es la omisión o acción perjudicial para otro, en que uno incurre por ignorancia, impericia o negligencia”²⁹.

La culpa y el dolo, son dos acciones totalmente diferentes y en polos opuestos, en la primera no se tiene la intención de causar el daño, y en la segunda el daño es causado conscientemente por el autor, es decir, que el daño es culposo cuando no se tuvo la intención de provocarlo, y es doloso cuando el agente tiene pleno conocimiento del hecho que realiza.

La persona que ha cometido un daño culposo, lo hizo sin intención de ocasionarlo, por lo tanto su pena será más leve que aquel que lo hizo con pleno conocimiento de causa.

Para analizar las responsabilidades del funcionario judicial es necesario tener presente si el mismo actuó con culpa o dolo.

²⁸ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** pág. 578.

²⁹ **Ibid.**

5.3. Daños por parte del principal

El principal en el contrato de agencia debe cubrir los daños ocasionados al agente de comercio, cuando los provoca actuando con dolo para que el agente no realice la negociación comercial, ya sea porque él la ha negociado o por otra persona que el principal tenga preferencia para que realice la transacción mercantil; también debiera cubrir los perjuicios que ocasiona, ya que por la participación del principal, el agente comercial ha dejado de percibir ingresos valorados en dinero; bien que cubra los daños ocasionados conforme el porcentaje que debió haber ganado el agente comercial. Las formas anteriores serían en caso de que el causante de la no negociación del agente fuera el principal, siempre y cuando la negociación fuere dolosa y no culposa.

Pero para que se produzca el hecho jurídico, debe existir mala fe o mala intención del principal, el cual es un hecho producido por el mismo, en que el protagonista es el principal que dolosamente actúa para evitar que el agente comercial realice la negociación.

Los accidentes pueden darse por la acción del conductor o bien por la omisión del mismo, siendo entonces que el hecho es producto de una conducta que se supone extraña a la voluntad del asegurado, por esto al darse esta circunstancia, el asegurador debe pagar el daño culposo, porque es culpa del asegurado.

El daño ocasionado puede ser leve o de gran magnitud. En los leves, para que el principal indemnice, debe ser la cuantía de poca monta, por lo que el pago no será de gran magnitud. En este caso la negociación no es de gran trascendencia, en el que el agente sea poco el porcentaje que ganaría mediante el negocio mercantil.

El daño de gran magnitud es aquel en que el agente al hacer la negociación se pudiera haber agenciado de una gran cantidad o porcentaje de dinero según la negociación, y por lo tanto la ganancia a percibir es alta económicamente, o bien, que al hacer la negociación, el cliente lo hubiese tenido fijo para hacer otras negociaciones durante el tiempo que actúe como agente del principal.

El Artículo 1645 del Código Civil, establece que “Toda persona que causa daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable”.

5.4. Ventajas de la reforma legal

- El agente recobra la cantidad de la negociación, cuando el principal actúa dolosamente.
- El principal repara los daños y perjuicios causados conforme el monto de la negociación.

- Al existir los daños y perjuicios por causa del principal se da seguridad jurídica al contrato de agencia.
- El agente comercial puede actuar con mayor seguridad en la negociación mercantil.
- El principal tiene una medida de coerción para no actuar dolosamente contra el agente de comer, y no interferir en el negocio mercantil.

5.5. Desventajas

El agente de comercio se ve coartado, pues se puede rescindir el contrato de agencia.

El principal puede incluir en el contrato cláusulas que le favorezcan para anular o rescindir el contrato de agencia.

5.6. Necesidad de Reformar el Artículo 289 del Código de Comercio

Por las razones expuestas se hace necesario reformar el Artículo 289 del Código de Comercio, en virtud que no ofrece garantías ni seguridad en la negociación mercantil al agente de comercio, pues en cualquier transacción puede intervenir el principal a fin de hacer él la negociación dejando fuera de la transacción al agente comercial.

La reforma al Artículo citado da seguridad jurídica al agente comercial, evitando que actúe el principal cuando le favorezca hacer la negociación sin la actuación del agente

comercial, sin importar que el agente haya conseguido al cliente, actuando en forma desleal.

5.7. Proposición de reforma legal

PROYECTO DE REFORMA

PROYECTO LEGISLATIVO PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 289 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

ORGANISMO LEGISLATIVO CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO _____

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que la necesidad de reformar la regulación que hace ley en cuanto al contrato de agencia dispuesto en el Código de Comercio, en el cual no se establecen responsabilidades para el principal cuando actúa deslealmente ante el agente de

comercio, al llevar a cabo negociaciones que fueren propias del principal, es justa, en el derecho mercantil, para dar seguridad jurídica a la negociación mercantil en esta clase de contratos, y tener certeza de las obligaciones que deben tener tanto el principal como el agente comercial, y para que dicho contrato llene los requisitos para los que fue creado, y evitar males que puedan repercutir en el agente comercial y dar protección al mismo, en virtud que de continuar con la regulación actual el agente comercial no tiene seguridad al actuar a favor del principal;

CONSIDERANDO:

Que siendo el contrato de agencia un acto puramente mercantil, por el cual el agente comercial se asocia al principal para hacer negociaciones mercantil que a ambos favorezcan, al primero porque de la negociación obtendrá una ganancia por la realización del negocio mercantil, y al segundo porque el agente de comercio velará por hacer negocios comerciales cuya venta favorece al principal por ser propietario o representante de sociedad cuya objeto de la venta de productos en el mercado guatemalteco, el agente comercial actúa para obtener un porcentaje en las ventas de la empresa a la cual se asocia, es necesario tener la plena seguridad que el agente comercial no perderá sus negocios mercantiles por causa del principal;

CONSIDERANDO:

Que el Estado debe velar porque las disposiciones que regulen los contratos mercantiles sean en forma contundentemente claras y se cumplan fielmente, para darle las mayores facilidades a las partes en la formalización de los actos contractuales, que redunden posteriormente en acciones claras entre agente y principal, evitando que por medio de este tipo de contratos se puedan ocasionar daños y perjuicios, y que el Estado está obligado a velar por la seguridad jurídica y el cumplimiento de las partes en los actos contractuales;

CONSIDERANDO:

Que para cumplir plenamente con la acción contractual en los contratos de agencia, sus lineamientos, formalidades y obligaciones, que garanticen la legítima obligación de las partes, es necesario reformar la ley acorde a la finalidad de satisfacer las necesidades del principal y del agente comercial, en una que de seguridad jurídicas a las partes, y que deslealmente se pueda perjudicar a una de ellas, causando daños y perjuicios que redundan en la inseguridad del negocio mercantil, y se le proporcione al agente de comercio un estándar de protección a las negociaciones comerciales que realiza, por lo que se hace necesario reformar lo relativo a los daños y perjuicios que se puedan

ocasionar por mala fe del principal al hacer negociaciones que debiera hacer el agente de comercio.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala;

DECRETA:

La siguiente

REFORMA AL ARTÍCULO 289 DEL DECRETO NÚMERO 2-70 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, CÓDIGO DE COMERCIO

ARTÍCULO 1. Se reforma el Artículo 289, el cual queda así:

"Artículo 289. (Responsabilidad del Principal). Si por dolo o culpa del principal no llegare a realizarse en todo o en parte un negocio contratado por medio del agente, éste conservará el derecho de reclamar íntegra su comisión principal.

Si el negocio no se realizare total o parcialmente por convenio entre el principal y el tercero, el agente tendrá derecho a percibir su comisión por parte del negocio que se

hubiere realizado, salvo pacto en contrario.

El principal además de las comisiones que debiera percibir el agente de comercio será responsable de los daños y perjuicios que le cause cuando actúe mediante acción dolosa o culposa.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO EN LA CIUDAD DE GUATEMALA A LOS... DÍAS, DEL MES DE... DEL AÑO...

CONCLUSIONES

1. El contrato de agencia aunque está regulado en el Código de Comercio, no se encuentra adecuadamente tipificado, en virtud de no señalar forma jurídica así como las obligaciones que se deriven del mismo por lo que en la práctica puede autorizarse en escritura pública, documento privado, acta notaria o formularios estándar impresos por la empresa principal.
2. Aunque en el Código de Comercio no se regulan los daños y perjuicios que pudiera causar el principal al agente de comercio, por negociaciones dolosas o culposas, cuando interviene en los negocios propios del agente, pues de esto deriva que el principal haga negocios futuros a su favor y el agente pierda sus transacciones mercantiles.
3. El contrato de agencia se hace importante, desde el momento en que la negociación mercantil se puede hacer a nivel nacional e internacional, desprotegiendo al agente de comercio que se adhiere al principal mediante este tipo de contratos, lo que constituye desventaja en el agente de comercio, en virtud que éste negocia a favor e interés del principal.
4. Las funciones, obligaciones y deberes del principal no se encuentran reguladas en el Código de Comercio, lo que deja en desventaja al agente de comercio en el sentido que el principal puede redactar el contrato sin la asistencia del agente de comercio, incluyendo cláusulas que le puedan ser desfavorables.

5. El Código de Comercio no regula los daños y perjuicios que puede causar el principal al agente de comercio, cuando interviene de forma directa en una negociación mercantil cuyo resultado es en perjuicio del agente.

RECOMENDACIONES

1. Se hace necesario regular los daños y perjuicios en el contrato de agencia, por la magnitud de las relaciones mercantiles que guarda.
2. El contrato de agencia debe faccionarse en escritura pública, por la trascendencia del mismo y la protección para las partes contractuales, incluyéndose los daños y perjuicios por culpa del principal.
3. Se debe especificar en el Código de Comercio cuáles son las responsabilidades de las partes en el contrato de agencia, así como las obligaciones y los requisitos que debe llenar el documento de faccionamiento con relación a los daños y perjuicios.
4. La Universidad de San Carlos de Guatemala, por tener iniciativa de ley, debe presentar un proyecto de ley, para reformar el Artículo 289 del Código de Comercio, con el objeto de incluir requisitos y forma de faccionamiento de los contratos de agencia.
5. En la regulación el Congreso de la República debe especificar los daños y perjuicios cuando la negociación no se realiza por culpa del principal.

BIBLIOGRAFÍA

BROSULTA PANT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. España, 1978. Ed. Tecnos.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, 1994. Ed. Heliasta S.R.L.

CARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. México, 1998. Ed. Porrúa.

CORTEZ ESTRADA, Alberto. Los contratos. Guatemala, 1999. Ed. y servicios.

CHACÓN TORREBIARTE, Carlos Gilberto. **Las licencias de uso de marcas en las franquicias**. Guatemala, 1995. Ed. MR. de León.

DE AGUILAR MARTÍNEZ. **Guía, requisitos legales y procedimientos de inscripción**. Guatemala, 1999. Ed. Ediciones y Servicios.

DE PINA VARA, Rafael. **Derecho mercantil**. México, 1990. Ed. Porrúa.

DÍAZ BRAVO, Arturo. **Contratos mercantiles**. México, 1994. Ed. Porrúa.

Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**. Madrid, España, 1999. Ed. Espasa Calpe, S.A.

GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando Flores. **Introducción al estudio del derecho y derecho civil.** México, 1978. Ed. Porrúa.

GONZÁLEZ CALVILLO, Enrique. **Franquicias: la revolución de los 90.** México, 1994. Ed. Porrúa.

MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho civil y derecho mercantil.** México, 1956. Ed. Porrúa.

Microsoft Corporation. Diccionario encarta 2004.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, 1984. Ed. Heliasta S.R.L.

PALLARÉS, Eduardo, **Diccionario de derecho procesal civil. México.** México, 1989. Ed. Porrúa.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** Argentina, 1999. Ed. Pirámide.

SOPENA, Ramón, **Diccionario enciclopédico ilustrado.** Barcelona, 1977. Ed. Ramón Sopena, S.A.

VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. **Contratos mercantiles.** México, 1997. Ed. Porrúa.

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

VICENTE y GELLA, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. México, 1999. Ed. Nacional.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala, 2002. Ed. Universitaria.

ZEA RUANO, Rafael. **Lecciones de derecho mercantil**. Guatemala, 1966. Tipografía Nacional.

LEGISLACIÓN:

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

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

Código de Comercio. Decreto 671 de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

Código de Comercio. Decreto 129 de la Asamblea Legislativa de la República de Honduras.

