

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a crown on top, a lion on the left, and a figure on the right. The shield is supported by two pillars, one on each side, with banners that read 'PLUS' and 'ULTRA'. The outer ring of the seal contains the Latin text 'SACRAE LITTERAS ORBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALTENSIS INTER'.

**LA NECESARIA REGLAMENTACIÓN DEL PRINCIPAL EN EL
CONTRATO DE AGENCIA EN LA LEGISLACIÓN
MERCANTIL GUATEMALTECA**

FREDY ANTONIO CONSTANZA SOBERANIS

GUATEMALA, MARZO DE 2007

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

**LA NECESARIA REGLAMENTACIÓN DEL PRINCIPAL EN EL
CONTRATO DE AGENCIA EN LA LEGISLACIÓN
MERCANTIL GUATEMALTECA**

TESIS

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

Por

FREDY ANTONIO CONSTANZA SOBERANIS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, marzo de 2007

**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. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

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 la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. Víctor Manuel Alegria Rodas
ABOGADO Y NOTARIO

7ª. Av. 7-78 Zona 4 Of. 904

Tel. 23323000



Guatemala, 12 de diciembre de 2006.

Señor:

**Decano de la Facultad
de Ciencias Jurídicas y Sociales
UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA**
Presente.-

Señor Decano:

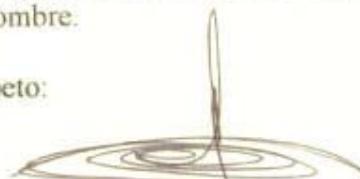
Atentamente me dirijo a ese Decanato, en atención a la providencia a través de la cual se me nombra Asesor de Tesis del tema propuesto por el estudiante FREDY ANTONIO CONSTANZA SOBERANIS referente a la Tesis titulada "LA NECESARIA REGLAMENTACIÓN DEL PRINCIPAL EN EL CONTRATO DE AGENCIA EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL GUATEMALTECA" cuya aprobación me permito recomendar por los siguientes motivos:

En primer lugar, es importante destacar que el sustentante asumió un reto académico, al buscar un tema de vital importancia en la disciplina del Derecho Mercantil, y específicamente, en la comprensión de esa variedad Contratación Mercantil, habiendo acatado las sugerencias metodológicas y técnicas efectuadas por el infrascrito.

Así también, merece especial consideración, el hecho que el criterio hipotético fue confirmado por los resultados de la investigación y el sustentante ha sido escrupuloso en los aspectos de contenido y forma.

Finalmente, a criterio del infrascrito, el trabajo pudo tener más alcances teórico-prácticos, pero su modestia refleja también su autenticidad, por lo que se opina que al haberse satisfecho los requisitos exigidos para esta clase de trabajo, le concedo mi aprobación con el ánimo que el mismo pueda ser objeto del examen correspondiente, previo dictamen del revisor que para tal efecto se nombre.

Con las muestras de mi consideración y respeto:



Victor Manuel Alegria Rodas
Abogado y Notario
Co1. No. 4605

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintitrés de enero de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) RONAL MANUEL COLINDRES ROCA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **FREDY ANTONIO CONSTANZA SOBERANIS**, Intitulado: **“LA NECESARIA REGLAMENTACIÓN DEL PRINCIPAL EN EL CONTRATO DE AGENCIA EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL GUATEMALTECA”**

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh

Lic. Ronald Manuel Colindres Roca
ABOGADO Y NOTARIO



01 FEB. 2007

Guatemala, 1 de febrero de 2007

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín, Jefe
Unidad de Asesoría de Tesis,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.

Lic. Castillo Lutín:

En atención a la providencia de la Unidad que usted dirige, de fecha veintitrés de enero del año en curso, le informo que procedí a revisar el trabajo que con el título de **"LA NECESARIA REGLAMENTACIÓN DEL PRINCIPAL EN EL CONTRATO DE AGENCIA EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL GUATEMALTECA"** elaboró el bachiller **FREDY ANTONIO CONSTANZA SOBERANIS**, bajo la asesoría del Abogado **VÍCTOR MANUEL ALEGRÍA RODAS**. A criterio del suscrito, el bachiller Constanza Soberanis trata un tema de suyo interesante y latente dentro del Derecho Mercantil en Guatemala, toda vez que en el contrato de Agencia, la actividad de uno de los sujetos intervinientes en la relación jurídica, como lo es el PRINCIPAL, no se encuentra claramente establecida, por ello, la necesidad de regularla; la investigación llena los requisitos de forma y fondo para los trabajos de esta naturaleza, la dirección empleada, la bibliografía consultada y las leyes comentadas, me parecen aceptables; por último, su opinión personal sobre la cuestión planteada es prudente de tomarse en consideración para ser discutida en el examen correspondiente.

Por las razones expuestas **OPINO** que el trabajo del bachiller Constanza Soberanis, debe aceptarse como tesis para obtener el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Aprovecho la oportunidad para hacer llegar al señor Decano, las muestras de mi consideración y respeto.

"Id y enseñad a todos"

Lic. Ronald Manuel Colindres Roca
Revisor
Colegiado 3615





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiséis de febrero del año dos mil siete-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante FREDY ANTONIO CONSTANZA SOBERANIS, Intitulado "LA NECESARIA REGLAMENTACIÓN DEL PRINCIPAL EN EL CONTRATO DE AGENCIA EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL GUATEMALTECA" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/silh



ACTO QUE DEDICO

- A DIOS:** Fuente de sabiduría que ha guiado mi vida y porque nada es posible sin su voluntad.
- A MIS ABUELITOS:** Alejandro y Aurorita, por sus esfuerzos, sacrificios y forjarme a ser un hombre responsable y honrado, porque este titulo es solo suyo abuelito.
- A MIS PADRES:** Fredy y Sonia, luces que con amor encendieron mi ser, que sea mi triunfo una pequeña recompensa a sus múltiples sacrificios.
- A MIS HERMANAS:** Alejandra y Chiqui, por aprender a vivir unidos y superar los problemas de la vida juntos y luchar por ser mejores cada día, las amo mucho mis hermanitas.
- A MIS HIJOS:** Fredy Alejandro y Ángel Fernando, por ser la fuente de inspiración y el motivo que me llevo hasta alcanzar mi meta.
- A MI TIA Y PRIMOS:** Silvia, Ana Silvia, Oscar Alejandro y Nicthe del Rosario, por su cariño.
- EN ESPECIAL A:** Lizbeth Maria Alonzo Azurdia, por su paciencia, comprensión, amor y ser la ayuda idónea que el señor me ha regalado. porque sin ti no lo hubiera logrado. Te Amo.
- A LA UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA:** En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por la oportunidad brindada para mi formación profesional.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Contratos.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Relación histórica.....	3
1.3. Análisis jurídico.....	6
CAPÍTULO II	
2. Derecho mercantil.....	21
2.1. Definición.....	21
2.2. Relación histórica.....	24
2.3. Relación histórica del derecho mercantil guatemalteco.....	35
2.4. Análisis jurídico del derecho mercantil guatemalteco.....	39
CAPÍTULO III	
3. Contratos mercantiles.....	45
3.1. Obligaciones mercantiles.....	45
3.2. Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato prerredactado.....	46
3.3. Singularidad de los contratos mercantiles.....	49
3.4. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles.....	51
3.4.1. La obligación mercantil.....	51
3.5. Características del contrato mercantil.....	52

CAPÍTULO IV

4. El contrato de agencia.....	55
4.1. Análisis doctrinario.....	55
4.2. El agente de comercio.....	57
4.2.1. Obligaciones del agente.....	60
4.3. El principal.....	68
4.3.1. Obligaciones del principal.....	74
4.3.1.1. Obligación de pagar la retribución del agente.....	74
4.3.1.2. Obligación de facilitar al agente los elementos necesario para el desempeño de su gestión.....	77
4.4. Características del contrato de agencia.....	77
4.4.1. Contrato de duración.....	77
4.4.2. Contrato cuyo objeto es la promoción o la conclusión de otros contratos.....	79
4.4.2.1. Contrato celebrado entre empresarios mercantiles.....	80
4.4.2.2. Contrato de confianza.....	80
4.4.2.3. Contrato mercantil.....	80
4.5. Delimitaciones del contrato.....	81
4.5.1. Frente a la comisión.....	81

4.5.2. Frente al corretaje.....	81
4.5.3. Frente a la concesión.....	83
4.5.4. Proyecto de reforma.....	85
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	91
ANEXOS.....	95
ANEXO I.....	97
ANEXO II.....	101
ANEXO III.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	109

INTRODUCCIÓN

Entre los contratos regulados en el Código de Comercio de Guatemala, se encuentra Contrato de Agencia, dentro de los cuales se especifica al agente de comercio y al principal, siendo éste el que domina en la empresa (propietario, gerente, representante), y aquél que formaliza contratos a favor del principal (agente de comercio), pero no se encuentra regulado el faccionamiento de los mismos, además la ley trata al principal en forma vaga y si bien regula la función del agente de comercio, no especifica los requisitos, características y formalidades que deben prevalecer en el principal en los contratos de agencia. Por lo tanto la investigación va enfocada a sugerir se regule la función del principal, ya que éste constituye una parte importante en el Derecho Mercantil, puesto que están dedicados a tener agentes de comercio para formalizar contratos de compra venta a favor del principal.

Este contrato se ha considerado como atípico y en forma deficiente porque debido a la gran cantidad de negocios y transacciones comerciales por medio de las cuales se distribuyen bienes y servicios al público a nivel comercial, actualmente se efectúan de conformidad al convenio y voluntad de las partes, exteriorizado en escrituras públicas o contratos especiales basados en formatos estándar, inspirados por los principios filosóficos de la buena fe guardada, la verdad sabida y la intención de lucro, que mueven el comercio nacional e internacional, se hace necesario regular lo relativo al principal en el contrato de agencia, para que los inversionistas extranjeros e interesados en distribuir bienes y servicios, tengan una regulación que beneficie al

agente de comercio guatemalteco, y que por no haber regulación burlen las leyes guatemaltecas, y se tenga la seguridad y estabilidad por el tiempo pactado, en cuanto a los actos o relaciones comerciales, que pueden ser en forma definida o indefinida.

Entre las características del contrato de agencia, se encuentran principalmente que su fin es el lucro, como también extender la venta de determinada producción industrial en diferentes países o lugares determinados, basado en lineamientos y reglas del productor principal.

Es aconsejable reformar el Código de Comercio de Guatemala, implementando la regulación del principal en los contratos de agencia, porque además de ser provechoso, se llena una laguna legal existente en la legislación mercantil, porque al no contar con una regulación de la función del principal, da lugar para que el contrato sea tomado en forma atípica y se formalicen contratos sin tener el principal requisitos, características, responsabilidades y funciones en la formalización de los negocios mercantiles.

De lo anteriormente relacionado se infiere que el contrato de agencia no se encuentra debidamente regulado en el Código de Comercio de Guatemala, mismo que los comerciantes han tomado como atípico, se presta en algunos casos a cometer ilícitos y que pueden ser resultado de estafas, apropiaciones y retenciones indebidas.

En tal sentido, es recomendable regular la figura del principal en el contrato de agencia en el Código de Comercio de Guatemala, basándose en el modernismo y las múltiples transacciones comerciales que permitan un margen amplio dentro de la globalización, ya que esta clase de contratos funcionan a nivel internacional.

El objetivo general de la investigación es: Demostrar que debe reformarse el Artículo 288 del Código de Comercio de Guatemala para regular al principal en el contrato de agencia, incluyendo los requisitos, responsabilidades, características y funciones del principal, lo anterior para dar seguridad jurídica a las transacciones mercantiles.

Los objetivos específicos fueron: Establecer normas que regulen al principal en los contratos de agencia en el Código de Comercio de Guatemala, para que den seguridad jurídica en las transacciones comerciales. También demostrar que en los contratos de agencia no se encuentra regulado el principal y por lo tanto se hace necesario incluir su regulación en el Código de Comercio de Guatemala. Así mismo analizar las ventajas que conlleva la regulación de los principales en el contrato de agencia para proteger a los agentes comerciales y dar transparencia a las negociaciones mercantiles.

Los supuestos de la investigación fueron: En la legislación guatemalteca es escasa o casi nula la transacción por medio de los contratos de agencia, por no estar actualizado el Código de Comercio de Guatemala en lo relativo a los mismos. Por

haber escasa regulación legal en cuanto al principal en los contratos de agencia, dichos contratos no tienen seguridad jurídica ante los agentes de comercio. Por último, el agente de comercio actúa en representación de una empresa para llegar a la contratación de los productos ofrecidos por el empresario capitalista, quien es el principal en la transacción mercantilista.

Se utilizaron los siguientes métodos de investigación: Analítico: Por medio de este método se analizaron las ventajas y desventajas que presenta la inclusión, en el Código de Comercio de Guatemala de la regulación del principal en los contratos de agencia, con el objeto de dar transparencia y seguridad jurídica en el mismo, para luego hacer las conclusiones generales para reformar el Artículo 288 del Código mencionado, incluyendo la regulación del principal en el contrato de agencia. Inductivo: En la investigación se estudiaron a los contratos de agencia, al principal y los agentes de comercio en la legislación guatemalteca, por lo que del estudio de los temas particulares se llegó a conclusiones generales para analizar los beneficios que representa la inclusión de la regulación del principal en el Código de Comercio de Guatemala, del contrato de agencia en cuanto a los requisitos, formalidades, características, funciones y responsabilidades del principal. Deductivo: La investigación se basó en la necesidad de regular al principal en los contratos de agencia, en el Código de Comercio de Guatemala, por lo que del estudio de la misma se llegó a conclusiones para establecer la necesidad de incluir la regulación

correspondiente en este tipo de contratos en la legislación guatemalteca, para dar mayor seguridad jurídica al agente de comercio como al empresario.

La técnica de investigación utilizada fue la documental, en virtud que la misma es de tipo jurídica.

Para que exista una mejor comprensión del tema el presente trabajo de investigación se ha dividido en cuatro capítulos. El primer capítulo, se refiere a los contratos en general, su definición, relación histórica y un análisis jurídico de los mismos.

El segundo capítulo, se desarrolla la relación histórica y se hace un análisis jurídico del Derecho Mercantil

En el tercer capítulo, se menciona lo relativo a los contratos mercantiles, su forma, características y las distinciones que existen entre contratos civiles y mercantiles.

Y en el cuatro capítulo, se desarrolla de una forma amplia y clara el Contrato de Agencia, el cual es el tema objeto de la realización de la presente tesis.

CAPÍTULO I

1. Contratos

1.1. Definición

Vásquez Bote, manifiesta: “Es el negocio jurídico por el que una o más partes crean, modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial”¹.

Ocurre con el concepto del contrato lo que con algunas de las ideas más fundamentales del derecho: que, no obstante su aparente sencillez, encierran, sin embargo, una gran complejidad para lograr definirlos. Y es que, en realidad, para formarnos una idea exacta del contrato, es necesario situarnos en las principales fases de su evolución jurídica; pues no es lo mismo el concepto de esta figura en el mundo romano, por ejemplo, que el que se tenía de ella en la época liberal, y el que supone hoy día.

Los autores, sin embargo, no quisieron desprenderse de la sistemática tradicional; pero para no marchar de espaldas al nuevo orden de ideas tuvieron que desarrollar sus excepciones con una repetición de conceptos, cosa que, por otro lado, no podía resistir, claro está, los argumentos justos de una crítica serena.

¹ Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**, pág. 139.

Para paliar estos inconvenientes, podía seguirse en la doctrina un doble sistema: bien conseguir un emplazamiento más lógico y definitivo, por medio de un reajuste de materias, distribuyendo las mismas entre la esplendorosa parte general del derecho civil y la cada día más exigua teoría general del contrato, o bien hacer un estudio detallado y completo de la doctrina del negocio jurídico en aquella parte general; y luego, al desarrollar los capítulos contractuales, seguir un sistema de referencias y reenvíos.

La primera posición tenía el inconveniente de la diversidad de criterios que podían seguirse, en orden al correcto emplazamiento de las diversas materias, y por ello es más lógico y está más de acuerdo con los principios el segundo sistema.

Prescindiendo de los tiempos anteriores al derecho de roma, en los que el contrato sólo se manifiesta como una solución pacífica al *causus belli* provocado por el delito y concretándonos al mundo jurídico, se observa que el contrato, en ese derecho, tiene una significación especial, referida a aquellos supuestos en los que el acuerdo de voluntades podía producir plena obligatoriedad. Sabido es, en efecto, que la mera convención o pacto era sólo el simple acuerdo, que por sí sólo no generaba acción ni vínculo obligatorio. Para que esta convención se transformase en *contractus* era necesaria una causa *civilis*.

1.2. Relación histórica

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 triunfo 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 se erige absolutamente en todos los órdenes, que está encima y más allá de la ley.

“En el plano filosófico, el *iusnaturalismo* racionalista elevaría el contrato a fuente u origen de la sociedad, 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 uso y abusó del 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 como realidad palpable, usando el concepto para explicar y justificar cualquier situación”².

² **Ibid**, pág. 140.

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 erige en fuente única del derecho; en el civil, el contrato explica y subsume todas las instituciones (matrimonio, relaciones paterno-familiares, adopción, sociedad, etc.).

En el derecho civil, respondiendo a su época, identifica el contrato como la manifestación típica, si no única, del negocio jurídico; conceptualización hoy superada. La idea del contrato como cruce 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 realización de un fin social superior. El contrato es instrumento para satisfacer intereses, pero conforme con un fin superior. No es ya el contrato expresión de concretos intereses, sino instrumento creador de relaciones unitarias en que aquéllos pueden también realizarse. Noción actual del contrato que se destaca con pensar simplemente en las contrataciones en masa, que afecta 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. Teorías las hay para todo tipo de gustos y satisfacciones, abundando las filosóficas, bien por remisión a un quimérico pacto social, bien como resultado de apreciar un mero interés individual.

El contrato no nace a la vida como una relación común, sino que, 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 cuando se exterioriza adecuadamente; pero, además, hace falta que el contrato se rija por normas jurídicas. Normalmente, las partes piensan en un contrato, para solventar una necesidad; deliberan sobre su contenido, sopesando ventajas e inconvenientes y finalmente, suelen celebrarlo. Y ésto ocurre incluso en los casos de actuación aparentemente automática.

La evolución del derecho romano posterior determinó el abandono del viejo rigorismo. La degeneración de las formas solemnes de la stipulatio, la inexistencia de la antigua forma del contrato literal, la creación de la categoría de los contratos innominados, la admisión de los pactos vestidos, etc., hizo poco a poco descomponerse el sistema cerrado de los tipos contractuales y el inicio de un camino tendente a la admisión franca de una categoría abstracta y general del contrato, que va después a recibir su fuerza obligatoria por sí mismo, independientemente de las causas anteriores señaladas.

De esta forma se llega a la época liberal, donde, por influencia de diversos factores de tipo doctrinal y político, se llega a la concepción que se ha vivido hasta la época presente, y caracterizada por la obligatoriedad y fuerza vinculante del contrato, nacida únicamente y exclusivamente del convenio o acuerdo de voluntades; por la soberanía absoluta del mismo en todos los órdenes de la vida transaccional privada:

por la abstención del Estado frente a los diversos tipos de contratos creados por la autonomía de la voluntad; por el sentido huero de justicia intrínseca, puesto que solamente tenía importancia el voluntarismo contractualista, etcétera.

1.3. Análisis jurídico

En la presente época parece más sensato remitirse a la sociología: la eficacia del instituto no deriva de otra causa que no sea la eficacia que las convenciones sociales implican para el hombre. Ya se acepten por motivos egoístas, por temor, por conveniencia general, hay un hecho cierto el cual es, que las sociedades, los grupos humanos, necesitan dar valor a lo acordado como modo de prevenir un mínimo de actividad cooperativa, sin la cual no es dable la vida en sociedad. Tal valor podrá ser mayor o menor, aumenta su eficacia o apreciarla en crisis; pero se busca asegurar y proteger ese valor mediante la actuación colectiva que, con el tiempo, evita la imperativa reacción violenta que la frustración del acuerdo implica y provoca, y pueda subsistir mediante la remisión a un organismo adecuado de la función que guarda. Cuando esa actividad de cooperación se expresa por medio del derecho, es claro que el ordenamiento acepta el carácter de la autonomía privada y particular, que se expresa en convenciones y contratos, que, por tal admisión del derecho, operan como supuestos fáctico, normativamente considerados y generadores, por ello y en cuanto a ello, de relaciones jurídicas, las cuales provocan por sí mismas sus correspondientes efectos, siendo uno el carácter vinculante para las partes que en ellas han acordado.

Tal 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, perdido su significado religioso, luego de una avanzada evolución jurídica.

El contrato más moderno del derecho civil es, asimismo, desenvolvimiento del anterior, en que el ritual religioso ha sido sustituido por una no menos complicada ceremonia civil, rígida en su realización, en sus 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 capacitación de la conciencia de las partes), que facilitó la energía del contrato, al hacerle vinculante, aunque no constase su existencia. El sistema implica, no obstante, un riesgo: la dificultad en la falta de prueba y con el atemperamiento de las creencias religiosas, la frustración del contrato mismo. Se abre pues, paso, a la constatación del acuerdo por medios sencillos y rápidos (exigidos por un tráfico cada vez más frecuente y extendido), constantes e indubitados (escritura, testificación, fehaciencia, incluso constatación en un registro o archivo públicos).

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 vida y, también y cada vez más, de las situaciones de monopolio en 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, en el contrato del caso concreto deba adecuarse en su realización, a momentos, circunstancias e incluso en su realización, a circunstancias e incluso contenidos previamente determinados, en todo o en parte.
- Libertad en la determinación del contenido contractual. Las partes pueden estipular lo que crean por conveniente. Dos límites importantes se imponen: no pueden emplear el contrato para evadir el contenido que la ley exige para esa modalidad, ni pueden usar del contrato para ir más allá de lo que la ley autoriza (por lo que son nulos los pactos que transgredan el límite). Asimismo, las nuevas modalidades contractuales pueden quedar sujetas a contenidos mínimos para cada parte (condiciones generales) o hacer depender la eficacia del contrato entero de su confección conforme a 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 documento privado o constatado en documento público. Aunque para trascender el alcance contractual respecto de terceros es normal reclamar una difusión del mismo por su incorporación a un servicio público (ventas a plazos, etc.).

El contrato no nace si antes no se producen actuaciones previas, tratos preliminares, que tienen de suyo peculiar eficacia. Se ha dicho que los tratos preliminares, precisamente por serlo, carecen de efecto de derecho; orientación que ciertamente, no ha 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 al principio general de buena fe al que están sometidos.

Según Puig Peña, “Si los contratos han alcanzado un estadio tal, que puede estimarse razonablemente, y conforme con un entendimiento normal, que se llegaría a la celebración del contrato, quien desiste de ello sin causa justificada, debe responder de los daños causados ante la creencia de la otra parte de que el contrato nacería y por gastos realizados en función de esa misma creencia, o por otros perjuicios”³.

Esta responsabilidad precontractual plantea abundantes problemas; el primero, fijar su carácter contractual o extracontractual, o sui generis y con propias reglas. Se

³ Puig Pena, Federico. *Compendio de derecho civil español*, pág. 230.

apunta como dominante la tesis de considerarla extracontractual, estimándose el tema de escasa relevancia, 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 sin conexión, que impone un deber de respeto en general de abstención, pero también en actuación positiva de lealtad, de aclaración, etc.

El derecho civil 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 un destinatario concreto (o genérico), por ser así, 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 implica, al menos, la permanencia de esa oferta el tiempo necesario para ello; 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 *betti*, quien distingue los contratos que tienen por fin el desarrollo de una actividad, los que tienen por meta el resultado de esa actividad ajena, y los que pretenden el aseguramiento contra un riesgo”⁴.

Al constituirse en la técnica alemana la figura central del negocio jurídico, con trazos singulares y rasgos definidos que la presentaban con autonomía, tanto en su estudio como en su íntima consideración, pareció lógico que la teoría general del contrato, inserta en Códigos, y tratadistas como un estudio previo a los diferentes supuestos contractuales, fuese a ir desapareciendo por perder su razón de ser y motivo de existencia.

En un primer momento se consideró esencial, como necesario para obtener el efecto contractual, la observancia de una forma especial. Más tarde se reconoció como válidamente celebrado si había ejecución por parte de uno de los contratantes a título de crédito, o mediante la transcripción de ellos en los libros de *data* y haber de todo *pater familias*. Por último, y como enlace con el derecho moderno, se admitió excepcionalmente que para ciertos contratos (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato) bastase el solo acuerdo de voluntades. De aquí los contratos verbales (*stipulatio dictio dotis, operarum iurata promissio*), cuya causa, como consistía en el

⁴ Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.**, pág. 150.

empleo de las palabras prescritas en forma de pregunta y respuesta, en los que la causa consistía en la transcripción realizada en los libros como consecuencia de operaciones jurídicas libremente consentidas por las partes; reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), que se integraban por la recepción por el deudor de la cosa a título de crédito, y consensuales, admitidos así por la especial naturaleza e importancia de la relación jurídica que se supone la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

Sobre este particular, tengamos en cuenta las consideraciones que a continuación reseñamos:

- Los hombres, en efecto, para la satisfacción de sus necesidades -tanto de orden primario como de matiz accesorio- entran en relaciones entre sí, dando vida a multiplicidad de acuerdos o convenciones que constituyen el entrecruce de toda su intensa y variada actividad; representan el exponente de la solidaridad humana, sin la cual no pueden aquellos vivir en el trato con sus semejantes. Estas convenciones descubren la gama extraordinaria del contenido sobre el cual puede versar el trato con los demás: relaciones patrimoniales, de amistad, de favor, de complacencia, de diversión, etc.
- Pero un sector de las mismas queda acotado, desde el momento en que el objeto de ellas tiene un interés jurídico. Entonces el derecho se hace ya entrando en el

terreno del contrato que tiene, de momento, aquel basamento inicial, convención y un polo especial de referencia, objeto con interés jurídico.

- Muchas veces el derecho tanto científico como legislado, se detiene ante ese umbral. Ve el contrato en eso, y no quiere seguir indagando. Si hay una convención y ésta tiene un interés jurídico, se está ante un contrato, cualquiera que fuesen los designios de las partes; bien se muevan éstos en el ámbito patrimonial, bien trasciendan del mismo para integrar relaciones de familia o incluso acuerdos de propia sustancia pública. El antiguo Código italiano decía a este respecto que el contrato era el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o disolver entre sí un vínculo jurídico. Y algunos autores, coincidentes en esta primera acepción, decían, que el contrato era el acuerdo de dos o más voluntades, dirigidas a producir efectos jurídicos.
- Pero las insistentes investigaciones de la doctrina cuidaron de seguir describiendo trazos, para perfilar mejor la figura del contrato. Bien que éste sea una convención con un interés jurídico; pero es necesario algo más, pues este objeto con interés jurídico hay que concretarlo todavía para que se pueda obtener con precisión el propio campo del contrato. Entonces surge una expresión: la constitución de un vínculo obligatorio de carácter patrimonial. Este criterio se entronca en cierto sentido con el derecho romano, toma asiento legal en la época de la codificación y es seguido por la mayoría de los tratadistas, que tan finalmente representa la que se pudiera llamar doctrina nacional, al definir el contrato como aquella convención

jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una persona se obliga a favor de otra, o varias entre sí, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no.

- Este criterio general de considerar el contrato como el acuerdo de constitución de un vínculo obligatorio, se ha sometido a revisión últimamente. Hoy día, en efecto, se entiende que el contrato puede ir dirigido no sólo a la creación de ese vínculo obligatorio, sino también a la modificación o extinción del mismo. El criterio es correcto y ha merecido el beneplácito de la más selecta doctrina. En efecto, el contrato es negocio jurídico bilateral dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico del contenido patrimonial o económico. Ha recibido consagración legal esta doctrina que define el contrato que es aquel acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial.
- Un fino examen del basamento jurídico del contrato ha hecho ver, finalmente, que es preciso delimitar su concepto con una sugerencia especial, porque acuerdo hay en todos los actos jurídicos plurilaterales, y, sin embargo, el contrato es sólo una especie de ellos. A tal efecto se ha establecido que el contrato representa una coincidencia de intereses opuestos. Las partes tienen motivaciones diferentes, que se unen en el punto crucial del contrato. Entonces el contrato propio sensu en el llamado acto colectivo, que se integra por una suma de voluntades concordantes o paralelas, como sucede, por ejemplo, con el acto constitutivo de una asociación.

Tampoco es contrato aquellas situaciones en las cuales la norma se crea por un sujeto y las obligaciones resultantes se aceptan por otro u otros, como acontece, por ejemplo, con las subastas. La dogmática de esos actos complejos suscita modalidades interesantísimas, cada día de más acusado perfil, cuyo estudio corresponde a la parte general del derecho civil. Sólo se trata aquí su línea diferenciativa, para recoger su distinción del contrato.

A la vista de las anteriores consideraciones, se puede definir el contrato diciendo que es aquel acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial.

El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, no cabe duda que procede adscribir su criterio a la tesis obligacional pura, de sabor clásico y que reduce el contrato al acuerdo de constitución de un vínculo obligatorio. Sin embargo, la técnica no estorba para admitir la concepción obligacional amplia y moderna, incluyendo contratos típicamente modificativos y extintivos

El concepto que del contrato tenía la doctrina dominante en el mundo, como consecuencia del liberalismo, ha sufrido honda crisis, puesto que se ha intentado cambiar fundamentalmente hasta los pilares y paredes maestras de la figura contractual. Porque si bien sigue siendo la voluntad concordada la piedra angular de la

construcción, sin embargo entran ahora en el concepto del contrato elementos nuevos, que le dan una particular fisonomía. La conceptualización del contrato como el entrecruce de voluntades opuestas queda, en efecto, modificada, pues que a la oposición de intereses o a la distinción de los mismos, sustituye hoy la yuxtaposición de aquellos. Es decir, que los intereses de las partes no parecen contrapuestos y en lucha incesante de uno contra otros, aparentemente resuelta en la síntesis del contrato, sino yuxtapuestos, es decir, agrupados en un radio común: el servir a los intereses de la comunidad. El contrato, pues, es un medio de satisfacción económica, que, como todas las instituciones fundamentales, quedan articuladas en la sociedad, para el bien común. El protagonista del contrato es ahora la comunidad; los individuos pactan, sometidos a la suprema conveniencia de ésta; los intereses se supeditan a lo que el bien común reclame, y en vez de manifestarse el contrato como expresión de apetencias particularistas, efímeramente conjugadas hay que entenderlo como fuente creadora de una relación nueva, unitaria, fecunda, inspirada por el pensamiento de comunidad, basada en principios de fidelidad y buena fe y justificada en los rigores por consideraciones de mutuo miramiento y atención inexcusable a las circunstancias accidentales.

El sistema de contratación equivale a buscar el principio supremo, a cuyo calor se han desenvuelto las transacciones; la idea cardinal, la base primordial bajo la cual se cobijan y desenvuelven los contratos reconocidos de una legislación. Todos los pueblos no tienen la misma psicología ni todas las épocas se desenvuelven bajo el mismo signo; hay un mundo de concepciones que varía de nación a nación, de era a

era. Por eso cada país y en definitiva, cada legislación tiene un punto de vista distinto, un criterio diferente en orden al momento formal en que puede decirse que el contrato existe. Esto da lugar a los sistemas de contratación, definidos por civilistas como los diferentes criterios con que cada legislación se determina la base fundamental a que ha de ajustarse la formación de los contratos.

Desde el punto de vista cronológico, el primer sistema de contratación que aparece en los pueblos es el rigurosamente formalista, caracterizado por la existencia de determinadas formalidades exteriores con el carácter de esenciales para la existencia y validez de los contratos. Es el propio de los pueblos primitivos, encerrando en su primera fase un sabor típicamente religioso que caracteriza a las legislaciones de los países orientales, y en su segundo momento, un matiz civil del cual son exponentes las legislaciones romana y germánica.

El derecho romano, sobre todo en la primera época, no admitió que la mera voluntad de las partes contratantes bastase en principios para engendrar una mera obligación. Era necesario que aquélla se manifestase a través de las fórmulas solemnes del contrato verbal; por medio de las transcripciones típicas del contrato literal o con el complemento de la entrega de los contratos reales. Únicamente admitió una especie de contrato (los consensuales) que, por la trascendencia e importancia de la relación, podían quedar perfectos por mera voluntad. Las convenciones que no respondiesen a estas causas civiles eran pactos nulos, desprovistos por completo de acción. Algunos de éstos, sin embargo, determinaron en su eficacia algunas

consecuencias civiles (pactos vestidos), por estar agregados a contratos de buena fe (*pacta adiecta*), o por reconocimiento del derecho pretorio (*pacta praetoria*), o de las constituciones imperiales (*pacta legitima*).

El derecho romano queda, pues, adscrito al sistema formalista civil, con las atenuaciones que suponen los contratos consensuales y los pactos vestidos, que representan el tránsito al sistema consensual.

El derecho germánico es también predominantemente formal y simbólico en igual, o quizá mayor intensidad que el romano.

Pero los inconvenientes de este sistema saltaban a primera vista. El formalismo iba bien, mientras las relaciones de obligación no presentaron caracteres de complejidad; pero el apretado mecanismo de la forma resultó anacrónico en cuanto se aumentaron de la vida civil. Aparte de esto, ahogaba las iniciativas de los particulares y en definitiva, tiranizaba la libertad del tráfico. La técnica de los pactos pretorios y de los contratos consensuales representa, un loable esfuerzo para ir abandonando la pesada carga del formalismo y orientarse hacia el principio del consentimiento. Éste, sin embargo, caracterizado porque sólo atiende al elemento interno del contrato, a la mera convergencia de voluntades, cualquiera que fuere la forma en que queda expresado, no surge de pronto; va naciendo poco a poco en la misma vida del pueblo, consciente de las desventajas del sistema anterior, y adquiere consagración legal en el derecho con la famosa Ley del Ordenamiento de Alcalá, con arreglo a la cual será valedera la

obligación o el contrato que fueran hechos en cualquier manera que aparezca que por el mismo se quiso obligar a otro a hacer contrato con él. Esto es, la desaparición del formalismo, el límite del simple consentimiento.

Pero el sistema consensualista, llevado a sus extremos, también tiene sus inconvenientes, y no pequeños, pues con el amplio margen de libertad concedido se produce una verdadera inseguridad e incertidumbre en el derecho, que trae consigo la multiplicación de los litigios e imprecisión de las relaciones. Se debe considerar como un mecanismo proteccionista en una sociedad en descomposición de elementos, la mejor garantía de los actos jurídicos y el mejor reconocimiento de la libertad de las convenciones. Por lo mismo que la forma es enemiga declarada de arbitrariedad y hermana gemela de la libertad, es una valiosa garantía de los intereses públicos y privados y jamás podrá ser eliminada del derecho.

Quizá estas afirmaciones envuelvan algo de exageración; pero lo cierto y verdad es que en los tiempos modernos las legislaciones no aceptan el sistema consensualista en su forma pura, sino que se observa una vuelta a los sistemas de forma, como garantía singularmente de los terceros y de la seguridad del tráfico. Ello ha dado nacimiento al sistema de la forma escrita, en el cual, para evitar la imprecisión que surgiría de los contratos confiados sólo a la prueba testifical, se exige que la manifestación de la voluntad que comprobada en un cuerpo de escritura más o menos trascendente.

Este sistema recibió el favor de la doctrina, por asegurar la seriedad del consentimiento y la fijación del vínculo; pero en aquellos contratos de escasa cuantía resultaba improcedente. Además, la exigencia constante de la forma escrita podía embarazar en ocasiones la contratación.

Por esto ha surgido el llamado sistema ecléctico o moderno, propio de los Códigos más recientes. Con arreglo al mismo, por regla general, los contratos quedarán perfectos por mera voluntad; pero en algunas ocasiones se exige una determinada forma de prueba, bien de solemnidad causa, bien probaciones causa.

CAPÍTULO II

2. Derecho mercantil

2.1. Definición

“Puede definirse diciendo que es el ordenamiento privado propio de los empresarios y de su estatuto, así como de la actividad externa que éstos realizan por medio de una empresa. Esta síntesis conceptual reduce la función de la empresa a su verdadero carácter instrumental, que acepta de la teoría de los actos en masa y de la teoría de la empresa lo que ambas posean de exacta comprensión de la realidad, que resuelve en favor del empresario y en detrimento de la empresa la vieja polémica doctrinal y, en definitiva, con esta definición se afirma que el derecho mercantil es un ordenamiento especial de sujetos y actos o actividades profesionales, como lo fue en sus orígenes”⁵. (sic.)

“Derecho mercantil, es el conjunto de leyes relativas al comercio y a las transacciones realizadas en los negocios. Entre estas leyes se encuentran las relativas a las ventas; a los instrumentos financieros, como los cheques y los pagarés; transporte terrestre y marítimo; seguros; corretaje; garantías; y embarque de mercancías. El Código de Comercio de Guatemala recoge todas las disposiciones del

⁵ Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.**, pág. 155.

derecho mercantil y los conflictos se resuelven en tribunales civiles o en tribunales específicos aunque esto dependa de los países donde se produzca la disputa”⁶. (sic.)

Conocido también como derecho comercial versa sobre los principios doctrinales, legislación y usos que reglan las relaciones jurídicas y usos que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los de los actos y contratos de cambio, realizados con ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión.

Comprende lo relativo a los comerciantes individuales, compañías o sociedades lucrativas, las actividades bancarias u bursátiles, la contratación peculiar (documental y simplificada) de los negocios mercantiles, los títulos, valores y otros efectos del comercio, lo relacionado con el derecho marítimo y lo concerniente a la suspensión de pagos o quiebras.

“El derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciante en su función profesional”⁷. (sic.)

Para de Pina Vara el derecho mercantil es: “El conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en su ejercicio de su profesión”⁸.

⁶ Microsoft Corporation, **Encarta 2004**. Pág. 120

⁷ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, pág. 16.

⁸ De Pina Vara, Rafael. **Derecho mercantil**, pág. 54.

Para Mantilla Molina, derecho mercantil es: “El sistema de normas jurídicas que determinan su aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”⁹.

Barrera Graft, opina que el derecho mercantil es: “La rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas, la actividad del comerciante, individual y colectivo y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles”¹⁰.

Para Cervantes Ahumada, Mencionado por de Pina Vara, “La materia del comercio que constituye al derecho mercantil comprende al comerciante o titular de una empresa mercantil, la empresa y las demás cosas mercantiles (dinero, mercancía, títulos de crédito, etc.), los actos concretos de la actividad comercial (actos de comercio) y los procedimientos judiciales o administrativos aplicables exclusivamente a los comerciantes (juicios mercantiles, procesos de quiebra, etc.)”¹¹. (sic.)

Por tal motivo se puede afirmar que el derecho mercantil es el derecho del comercio, derecho de los comerciantes, derecho de las empresas y de las cosas involucradas en el tráfico mercantil.

⁹ Mantilla Molina, Roberto. **Derecho civil y derecho mercantil**, pág. 132.

¹⁰ Fundación Tomás Moro, **Ob. Cit**; pág. 162.

¹¹ De Pina Vara, **Ob. Cit**; pág. 56.

2.2. Relación histórica

El comercio es una actividad muy antigua y que únicamente el hombre realiza.

La palabra comercio se deriva del latín *cum* y *nerds* que quiere decir con mercancía. Lo cual significa que en esta expresión se contempla la idea del cambio y del tráfico.

Aparece el comercio en forma rudimentaria cuando el ser humano con la finalidad de satisfacer sus necesidades cambia los bienes que el produce por otros que no tiene su alcance.

Los seres primitivos, hacen uso del trueque directo, es decir sus productos los cambian por otros como por ejemplo: pieles, flechas, eran cambiados por objetos de barro, semillas, etc.

El comercio en sentido moderno principia cuando el hombre adquiere bienes para cambiarlos por otros y no para ser consumidos, en este momento se vuelve intermediario.

En el transcurso de la historia la actividad comercial de intermediación ha sido muy complicada, por lo mismo los comerciantes han creado sus propios instrumentos

para llevar a cabo su actividad de Intercambio como lo son por ejemplo: el dinero, el crédito, los títulos de crédito, las sociedades mercantiles, etc.

En el año 20 antes de Cristo, se elabora el primer Código que reglamenta varias instituciones del comercio, como por ejemplo: el préstamo por intereses, el contrato de sociedades, etc. (Código Babilónico de Hammurabi).

Los fenicios elaboran importantes leyes mercantiles toda vez que eran grandes navegantes y comerciantes.

Los egipcios, los griegos, los chinos realizaban una importante actividad comercial y por lo tanto elaboraron diversas normas sobre esta materia.

Los romanos también tenían un importante comercio, llegando a crear o a iniciar el derecho bancario; algunos tratadistas nos recuerdan que la grandeza del imperio romano se debió principalmente a su auge comercial y a las leyes o normas que lo regulaban.

A la caída del imperio romano aparece el derecho mercantil o comercio de la edad media; cada pueblo o comunidad o feudo van elaborando sus propias normas o leyes.

Posteriormente surgen las naciones y principalmente en Italia y Francia aparecen las leyes que rigen esta actividad.

“El derecho mercantil, como rama del derecho en general, es reciente si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas jurídicas. Ello obedece a circunstancias históricas precisas en el desarrollo de la civilización. Ciencias como la Historia, la Sociología o la Antropología, enseñan que el hombre, en los iniciales estadios de su vida, satisfacía sus necesidades con los bienes que la naturaleza le proporcionaba de manera espontánea; y si más tarde puso en práctica sus facultades intelectuales y físicas para transformar lo que el ambiente le brindaba, el producto de los actos creadores no tenía más objeto que llenar necesidades del núcleo familiar o del reducido grupo al que pertenecía. En otras palabras, producía para el consumo y sin ningún propósito de intercambio”¹². (sic.)

Conforme la organización social fue evolucionando y las necesidades se hicieron más complejas, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que habría de incluir el desarrollo de la civilización: la progresiva división de trabajo. Este fenómeno histórico, ampliamente planteado por Federico Engels en la obra “El Origen de la Familia, la Propiedad y el Estado”, va a condicionar relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir el derecho mercantil.

Por esa división apareció el mercader, que sin tomar parte directa en el proceso de la producción, hace circular los objetos producidos llevándolos del productor al consumidor. Así surge el profesional comerciante; y así también la riqueza que se

¹² Villegas Lara, **Ob. Cit**; pág. 20.

produce adquiere la categoría de mercancía o mercadería, en la medida en que se es elaborada para ser intercambiada; para ser vendida.

Los satisfactores tienen entonces, un valor de cambio y se producen con ese objeto. En el principio, ese intercambio era producto por producto, por medio del trueque. Pero, cuando apareció la moneda como representativa de valor, se consideraron las bases para el ulterior desarrollo del comercio y del derecho que lo rige.

Las civilizaciones más caracterizadas por la historia realizaron el tráfico comercial y fomentaron costumbres para regirlo. Los egipcios, los fenicios, los persas, los chinos, el mismo hombre americano, comerciaron. Pero, el derecho que esa actividad pudo generar no pasa de ser un lejano antecedente de la materia que estudiamos. Hay culturas que sí vale la pena comentar, principalmente por la Grecia clásica, se establece en principio que el mayor aporte a la ciencia jurídica es en el terreno de la política; y por lo tanto, la investigación cobra mayor impacto en los derechos que la desarrollan.

No obstante, la proximidad de las ciudades más importantes al Mar Mediterráneo y el hecho de que la vía marítima fuera la más expedita para aproximarse a otras ciudades, hizo que el comercio por mar fuera una actividad de primer orden para la economía. Con ello se construyeron figuras que aún ahora, con diferente ropaje, existen en el derecho mercantil actual. Por ejemplo, el préstamo a la

gruesa ventura era, como el contexto lo sugiere, un negocio por el cual un sujeto hacía un préstamo a otro, condicionando el pago por parte del deudor, a que el navío partiera y regresara exitosamente a su destino.

En el fondo, el prestamista corría el riesgo de perder un patrimonio prestado, si ocurría un siniestro en alta mar. Era un préstamo aventurado. Esta institución se considera como antecedentes del contrato de seguro. La echazón también se le identifica como aporte griego. Por ella el capitán del buque podía aligerar el peso de la carga echando las mercaderías al mar y sin mayor responsabilidad, si con ello evitaba un naufragio, encallamiento o captura.

“El derecho mercantil marítimo se le conoce hoy como avería gruesa. También fueron importantes las famosas Leyes de Rodas, las que deben su nombre por haberse originado en la Isla de Rodas; y era un conjunto de leyes destinadas a regir el comercio marítimo. Lo anterior denota que este derecho se originó por la actividad del hombre en el mar; y que cuando hubo facilidad para el tráfico terrestre, las instituciones se adaptaron a una nueva vía de comunicación; y señala también cómo el desenvolvimiento material generado por el hombre estimula el cambio constante del derecho mercantil”¹³. (sic.)

El derecho romano merece un comentario especial. La cultura romana fue creadora de un sistema de alcances insospechados. La vastedad territorial del imperio

¹³ **Ibid.** pág. 23

permitió la aceleración del tráfico comercial; pero no generó un derecho mercantil autónomo. El jus civile era un derecho destinado a normar la actividad privada de los ciudadanos, fuera o no de carácter mercantil.

Una de sus principales características distintas era la de ser un derecho esencialmente formalista. Para que los negocios jurídicos cobraran validez se les adornaba con fórmulas sacramentales necesarias para el surgimiento de vínculos jurídicos. Pero sucede que el comercio se ha caracterizado y sigue caracterizando por desenvolverse en forma rápida, sin mayores formalismos. ¿Cómo podía entonces acogerse a un derecho tan rígido en sus mecanismos? El genio romano encontró la solución dándole facultades de interpretación casuística al Pretor, de manera que cuando aplicaba la Ley Civil al comercio, debía observar las peculiaridades propias del fenómeno comercial.

“La rigidez de la ley se suplía con la elasticidad de una interpretación especial, fórmula que sirve de antecedentes a la idea de que el juez adapte la ley al caso concreto, particularmente en el ámbito del derecho privado. En resumen, no existió en Roma la división tradicional del derecho privado. No se dio un derecho mercantil en forma autónoma. El jus civile era un universo para toda relación de orden privado”¹⁴.
(sic.)

¹⁴ www.paraprofesionales.com/especialidades/derecho%20mercantil.php?8categorias=xx&pdn (13 de junio 2006)

Una de las manifestaciones propias de la edad media, sobre todo en lo que respecta a la organización social, es el feudalismo. El titular de un feudo ejercía poder omnímodo en su jurisdicción territorial y todo lo que allí se hacía iba en su propio beneficio, lo que incluía también poder político. Ese poder entraba en conflicto con los intereses de las monarquías.

Tradicionalmente la actividad económica de los feudos era de naturaleza agrícola y excluían el tráfico comercial porque lo consideraban deshonroso. Fuera de los feudos, entonces, se formaron las villas y los pueblos, en donde se atrincheró la naciente burguesía comerciante. La irrupción de esta clase social en la composición de la sociedad marca una etapa transformadora en todo lo que rodea el poder de incluir cambios radicales en la riqueza comercial.

La importancia de la burguesía no radicaba en los bienes territoriales, sino en la riqueza monetaria que producía el tráfico comercial. La monarquía encuentra en los comerciantes su mejor aliado. Los estimula en su función y con ello se principia a definir lo que hoy se conoce como derecho mercantil.

Los comerciantes se organizaron en asociaciones llamadas corporaciones, esas corporaciones se regían por estatutos, en los que se recogieron las costumbres que ellos mismos habían venido practicando, de ahí que, a este derecho también se le llama derecho corporativo o derecho estatutario, como connotación histórica los estatutos no sólo contenían reglas de derecho que regulaban el comercio, los

derechos y obligaciones del comerciante, sino también organizaron una jurisdicción propias para la solución de sus controversias. Esa jurisdicción estaba a cargo de un funcionario llamado cónsul y es origen de los tribunales propiamente mercantiles que se dan en algunos países. Como aporte importante de esta etapa se puede señalar la letra de cambio, la consolidación de diversos tipos de sociedades mercantiles, fomento del contrato de seguro, inicio del registro mercantil, etcétera. Pero, lo más importante de todo es que el derecho mercantil se transformó en un derecho autónomo del derecho civil; y aun cuando era un derecho para una clase especial los comerciantes, la incidencia de las nuevas convicciones sobre el comercio determinó que el derecho mercantil principiara a caminar por sus propios medios, tratando de estructurar una doctrina plasmada en leyes capaces de regir un fenómeno tan cambiante como el tráfico mercantil. Todo lo que se haya hecho a partir de esa época por esta materia se debe, pues, a las necesidades reales de la nueva clase comerciante.

Se ha insistido en señalar cómo los hechos que marcan el curso de la historia humana influyen en el derecho mercantil. El descubrimiento no fue un accidente; fue el resultado de la pretensiones de España, Inglaterra, Francia, Holanda, Italia, que buscaban nuevas rutas para nuevos mercados.

En la edad moderna la principal vía de comunicación siguió siendo el mar, y la legislación mercantil insistió en seguirse dando para ese tráfico. Aunque durante años el derecho mercantil moderno continuó conservando su carácter de ser un derecho de la profesión del comerciante, con la legislación de Napoleón en 1807, sucedieron dos

hechos importantes: en primer lugar, se promulgó un Código propio para el comercio; y, en segundo, el derecho mercantil dejó de ser una ley clasista para convertirse en un derecho destinado a regir relaciones objetivas que la ley tipifica como comerciantes siendo irrelevante que el sujeto de las mismas sea o no un comerciante.

Nace así la etapa objetiva del derecho mercantil. La revolución industrial, los inventos importantes en la ciencia, exigieron esa objetivación que durante largo período inspiró a no pocos Códigos en el mundo moderno. Por otro lado, las doctrinas liberales se desarrollaron en nuevas leyes protectoras de los intereses de la industria y del comercio, apuntalando el funcionamiento del sistema capitalista.

En la actualidad el derecho, como totalidad, refleja los intereses y los conflictos de la estratificación social. Pero si en alguna rama no es difícil detectar ese reflejo, es en el derecho mercantil. Este derecho está vinculado, en la forma más caracterizada, con el sistema capitalista. Las crisis, renovaciones, la complejidad de contradicciones se manifiesta en el contenido de normas. Algunos autores lo tipifican como el derecho del sistema capitalista, aunque a veces los términos se usan con poca propiedad.

En el principio puede decirse que el derecho mercantil se ha desarrollado con fortaleza a la luz de la doctrina liberal, en tanto está pregonada la libertad individual y por consiguiente, la libertad de comercio. Sin embargo, en la primera mitad del siglo XX y ya para finalizar la segunda, se practicó la idea de limitar la autonomía de la

voluntad, base esencial de la libre contratación, y de hacer que el Estado interviniera como sujeto de actividades comerciales.

En algunos casos se hizo en forma absoluta, como en los llamados países socialistas, y en otros regulando la intervención del Estado en ciertos renglones de la economía. Para aquellos Estados que no llegaron a ser expresiones de una economía socialista en su totalidad, fue común encontrarlos como banqueros, como transportistas, como prestadores de servicios, etc. Esto influyó en el derecho mercantil, al grado de tenerse la impresión de que este derecho estaba destinado a desaparecer, para convertirse en un derecho administrativo mercantil, para el día en que el Estado fuera único sujeto que practicara el comercio. Sin embargo, a partir de la desintegración del bloque de países socialistas, ocurrida principalmente con la extinción de la Unión Soviética, la teoría y la práctica del derecho mercantil se replantea sobre la base de sujetarse a algunos puntos guías de la actividad comercial y de las leyes y costumbres que lo rigen. Estos puntos pueden sintetizarse así:

- Retirar al Estado de la función de sujeto comerciante.
- Que en el desarrollo del comercio no haya monopolios ni privilegios.
- Adaptar la legislación nacional a la práctica de una economía mundial globalizada.

Cuando se pretende que el Estado reduzca su intervención en la economía, particularmente en el mundo del comercio, no debe considerarse esa intención como una receta universal. Si una sociedad, como sucede en países considerados con atraso económico y social, existen con evidentes desigualdades, no es válida la tesis de convertir al Estado en un mero arbitro de los intereses que expresan la existencia humana. Habrá áreas de la vida de los ciudadanos en donde es una necesidad la intervención del Estado, tal el caso de la educación, la salud, la seguridad, la vivienda mínima; pero no se justifica en actos de comercio; no debe ser acto de gobierno comercializar productos lácteos o granos básicos, transportar personas o cosas.

Sin embargo, debe estar también a los fines del comerciante, sea éste individual o social. Es propio o de su interés desarrollar actividades comerciales con el pensamiento puesto sólo en la ganancia. De ahí que deba existir una legislación que, entre otras protecciones, garantice lo siguiente:

- Prohibir los monopolios y los privilegios porque niegan la base de la actividad comercial que es la libertad de competencia; y
- Establecer normas imperativas, limitantes de la libertad jurídica del comerciante, con la finalidad de proteger al consumidor. Por ejemplo, no debe permitirse que se induzca al consumo de bienes y servicios carentes de calidad; o que se capten ahorros por parte de sociedades mercantiles inadecuadas para ello por su forma, sólo para dar dos ejemplos. Y si bien es cierto que el comercio debe ser fluido, el

ordenamiento jurídico que lo rija debe garantizar la seguridad jurídica de las transacciones y la satisfacción de las necesidades de las personas que en ellas intervengan.

El derecho mercantil moderno principia a partir de los grandes descubrimientos geográficos, así vemos cómo España adquiere un gran desenvolvimiento en el comercio, y por ello mismo, en la legislación mercantil.

2.3. Relación histórica del derecho mercantil guatemalteco

El derecho mercantil mexicano, tanto entre los aztecas como entre los mayas y en todos los Imperios de México, se realiza una importante actividad comercial, en la cual los comerciantes ocupaban un honroso lugar en la sociedad.

Con la conquista de México, se implanta la legislación española; nos rigen inicialmente las Ordenanzas de Burgos y Sevilla y más adelante las ordenanzas del consulado de México (Leyes promulgadas por la Corporación Mexicana en 1604).

Las Ordenanzas de Bilbao fueron nuestro Código de Comercio en los últimos años de la colonia y vigentes hasta 1854, fecha en que se promulgó el Código de Laredo, primer Código del México independiente.

“El 15 de diciembre de 1883, la materia mercantil quedó federalizada, y el 20 de abril de 1884 se promulgó el segundo Código de Comercio de México independiente”¹⁵.

Este Código tiene una corta vida, ya que fue sustituido por el de 1889, vigente desde 1890. El Código de 1889 en su época fue una buena ley, en la actualidad se ha venido acentuando su obsolescencia y por lo tanto urge una nueva legislación que estén de acuerdo con la realidad que se vive en relación con la materia comercial o mercantil.

Guatemala, al igual que el resto de los dominios españoles en América, regía su vida jurídica por la legislación de la metrópoli. La recopilación de Leyes de Indias, la Leyes de Castilla, las Siete Partidas y Ordenanza de Bilbao, para citar las más conocidas, contenían normas destinadas al comercio.

“La capitanía general del reino de Guatemala estaba sujeta al Virreynato de la Nueva España; de esa cuenta, el comercio lo controlaba el Consulado de México y éste ejercía jurisdicción en los países centroamericanos para resolver las controversias que se pudieran ocasionar. Ante la insistencia de los comerciantes de la Capitanía, se creó el Consulado de Comercio de Guatemala, por Real Cédula del 11 de diciembre de 1793. En esa cédula: se dispuso que rigieran las ordenanzas de Bilbao, que era entonces el Código de más aceptación en Metrópoli. La cédula que creó el Consulado

¹⁵ www.rinconjuridico.com/codigo_de_comercio_mexico.cef?pt=2&vid=1786256_1xokt (1 de julio de 2006)

importó la separación de la justicia mercantil de los tribunales comunes, reservando a jueces especiales el conocimiento de los negocios del comercio; esa misma cédula prestó el servicio de dar leyes propias y adecuadas a su naturaleza”¹⁶. (sic.)

El derecho comercial contenido en esas leyes servía más a los intereses de la corona, que a lo de los propios comerciantes, ya que: “La política económica del Estado Español en las Indias estuvo inspirada por las doctrinas mercantiles imperantes en la época de los grandes descubrimientos en el nuevo continente. Esta política se basaba en dos principios el exclusivo colonial y la llamada teoría de los metales preciosos”¹⁷. (sic.)

Bajo dichas tesis el tráfico comercial en estas colonias no favorecía en mayor grado el desarrollo económico de la región.

“Al suceder la independencia política de Centro América no se dio como consecuencia una legislación propia. Las Leyes de España siguieron teniendo vigencia por algunos años. En el gobierno del doctor Mariano Gálvez se hizo el intento de modernizar las leyes del país, sustituyendo las leyes españolas por los llamados Códigos de Livingston, dentro de las cuales se comprendían disposiciones referentes al comercio. El hecho de haberse formulado esos Códigos para pueblos de

¹⁶ **Ibid.** (1 de julio de 2006)

¹⁷ **Ibid.** (1 de julio de 2006)

idiosincrasia diferente, dio como resultado una resistencia de los destinatarios, lo que le restó positividad”¹⁸.

Aunado a eso, la llegada del gobierno conservador de Rafael Carrera, significó el establecimiento de evolución legislativa, ya que se volvió a la legislación española, al grado que los estudios facultados de derechos se hacían sobre las leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Como consecuencia, se volvió al Consulado de Comercio y se introdujeron algunas variantes de procedimiento, advirtiéndose que la vigencia de ese régimen era temporal; pero la verdad es que rigió durante todo el gobierno carrerista y se prolongó hasta la renovación legislativa impulsada por la revolución de 1877.

Especial atención merece el Código de la Revolución Liberal. En el año de 1877, al promulgarse los nuevos Códigos de Guatemala, se incluyó un Código de Comercio, con una ley especial de enjuiciamiento mercantil. La comisión redactora del Código, al informar del mismo, asentaba: La comisión no se lisonjea de que su proyecto sea original. En materia de legislación, y principalmente de legislación comercial muy poco o nada puede decirse de nuevo. La comisión lo que ha hecho es examinar las necesidades y las tendencias del comercio de la República, y buscar entre los Códigos más reputados de Europa, y particularmente de América, los principios y reglas que mejor satisfagan las necesidades que mejor correspondan a esa tendencia. No ha destinado tampoco la comisión en sus trabajos los usos

¹⁸ Villegas Lara, **Ob. Cit**; pág. 30.

establecidos en el comercio de la república, porque ha considerado que éstos son generalmente el resultado de una necesidad legal, o el signo de una necesidad legal; o el signo de un progreso y conservado todos aquellos que deben respetarse por su tendencia a facilitar las transacciones comerciales y mantener la buena fe que siempre debe presidirlas.

A diversos autores del siglo XX corresponde la observación de que, sin negar variantes en el contenido de todos los actos y contratos mercantiles, se parecen por demás a los de índole civil; lo cual permite moldearlos unitariamente en un texto legal sin prescindir de las instituciones más específicas en regulaciones adicionales. Pese a lo certero de ese análisis, por inercia legislativa continúan en vigor los Códigos de comercio de casi todos los países, promulgados en su mayoría en el siglo XIX¹⁹.

Menor éxito tiene la independencia de lo mercantil en lo procesal, donde el fuero comercial subsiste en pocos países, ante la evidencia de que los jueces comunes están capacitados para el fallo de las cuestiones jurídicas del más variado contenido.

2.4. Análisis jurídico del derecho mercantil guatemalteco

El Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala es el que centraliza este tema, indicando que: Se reconoce la libertad de industria, comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.

¹⁹ Microsoft Internacional, **Diccionario Encarta 2004**. pág. 115

En principio, debe establecerse que en la conciencia común se tiene la idea de que un comerciante es aquella persona que, con intenciones de lucro, compra para revender, colocándose o desarrollando una actividad intermediadora entre productor y consumidor de bienes y servicios. Ahora bien, la idea doctrinaria y la legal rebasa al simple intermediario para darnos una concepción más amplia del comerciante.

Hay dos clases de comerciantes: comerciantes individuales y comerciantes sociales. Los primeros como el texto lo indica, son las personas individuales cuya profesión es el tráfico comercial; y los segundos, las sociedades mercantiles.

El comerciante individual es el sujeto que ejercita una actividad en nombre propio y con finalidad de lucro, mediante una organización adecuada. Lo que caracteriza al comerciante que ejercita actos de comercio, de aquel que no es comerciante pero si realiza actos de comercio, es la habitualidad, es decir, el comercio es el medio de vida.

Son comerciantes sociales, las sociedades organizadas bajo la forma mercantil, con calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto; y, quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividad que se refiera a la industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios, la banca, seguros y fianzas.

El plazo de la sociedad principia desde la fecha de inscripción definitiva de la misma en el Registro Mercantil, pero su responsabilidad se retrae desde que se realiza la inscripción provisional. Las sociedades mercantiles pueden constituirse por los plazos siguientes:

- Por plazo determinado: Cuando se fija el momento en que la sociedad finalizará su actividad, aunque los socios pueden prorrogarlo.
- Por plazo indefinido: Cuando los socios no señalan el momento de finalización de la actividad.

La razón social se forma con el nombre y apellido de uno de los socios o con los apellidos de dos o más de ellos, con el agregado obligatorio de la leyenda que corresponde al tipo de sociedad mercantil de que se trate.

La denominación social, ésta que es propia de la sociedad anónima, pero que es alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada, y que puede formarse libremente con el agregado obligatorio de la leyenda sociedad anónima, que podrá abreviarse S.A. La denominación podrá contener el nombre de un socio fundador o los apellidos de dos o más de ellos, pero en este caso, deberá igualmente incluirse la designación del objeto principal de la sociedad.

El domicilio es el lugar donde tenga su asiento principal la sociedad y debe determinarse en la escritura pública de constitución de la misma. En caso de que existan agencias o sucursales de la sociedad, las sedes de éstas se considerarán el domicilio de la misma, aun cuando se encuentren en lugares distintos del domicilio social, para los efectos legales de los actos o contratos que las agencias o sucursales celebren o ejecuten.

Los elementos personales los constituyen las personas individuales o jurídicas dedicadas al comercio y cuando la actividad se hace en colectivo son denominados socios. Para la constitución de una sociedad mercantil es necesaria la pluralidad de socios.

El contrato social es el objeto de la sociedad, es el conjunto de obligaciones de los socios, deberes que nacen al momento de otorgarse la escritura constitutiva de la sociedad mercantil. Este es diferente al fin social y al objeto social.

Las aportaciones dinerarias es la forma más común de hacer los aportes de capital y consiste en la entrega de dinero en efectivo en la cantidad, forma y plazo pactado en la escritura social.

Las aportaciones no dinerarias pueden ser de diversa naturaleza: inmuebles, muebles, patentes de invención marcas de fábrica, nombres comerciales, valores inmobiliarios, acciones, créditos, estudios de prefactibilidad y factibilidad, costos de

preparación de la empresa, así como la estimación de la promoción de la misma, siempre que sean susceptibles de valoración pecuniaria; no aceptándose como tal la simple responsabilidad del socio, que se daría, por ejemplo, en el caso de que se conviniera en forma simple que un socio aporte sólo un compromiso de responder de las obligaciones sociales, lo que no es permitido por la ley porque sería un aporte ficticio.

CAPÍTULO III

3. Contratos mercantiles

3.1. Obligaciones mercantiles

“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”²⁰. (sic.)

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

²⁰ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**. pág. 97.

existen en las obligaciones mercantiles, a menos que se pacten expresamente (Artículos 675 y 676 del Código de Comercio de Guatemala).

En cuanto a la 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.

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.

3.2. 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.

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.

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 de Guatemala (buena fe guardada, verdad sabida).

En cuanto al contrato prerredactado, 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 el ánimo y 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.

3.3. 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.
- 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 de Guatemala 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 de Guatemala.
- 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.

3.4. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles

3.4.1. 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.

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.

3.5. Características del contrato mercantil

- Es un contrato de cambio que procura la circulación de la riqueza dando una cosa por dinero (Artículo 1790 del Código Civil).
- Es un contrato consensual, ya que se perfecciona por el mero consentimiento. El Código Civil lo expresa al disponer que "el contrato de compraventa queda perfecto entre las partes desde el momento en que convienen en la cosa y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado". (Artículo 1791 del Código Civil).
- Es un contrato oneroso, puesto que supone equivalencia entre las prestaciones del comprador y del vendedor.
- Es un contrato bilateral, desde luego que produce obligaciones recíprocas entre las partes (Artículos 1791, 1809 y 1825 del Código Civil).
- Es un contrato generalmente conmutativo, pues representa una ventaja o beneficio por lo regular cierto.

- Es un contrato traslativo de dominio, en el sentido de que sirve por si solo para la transferencia de la propiedad. El Artículo 1790 del Código Civil dice que el vendedor transfiere la propiedad.

En lo mercantil, el objeto más frecuente y típico de la compraventa es la mercadería, entendiéndose por tal los bienes muebles en cuanto forman el objeto del tráfico mercantil. Es preciso también tener en cuenta que el Código de Comercio de Guatemala al referirse a las cosas mercantiles enumera a título de ejemplo y como expresamente regidos por él: los títulos de crédito, la empresa mercantil y sus elementos, las patentes de invención y de modelo, las marcas, los nombres, los avisos y los anuncios comerciales (Artículo 4o. del Código de Comercio de Guatemala). De consiguiente, otras cosas que no son mercaderías constituyen también el objeto de la compraventa mercantil, de tal manera que puede decirse que, toda cosa mueble o inmueble, corporal o incorporal, fungible o no fungible, puede ser objeto de compraventa mercantil si se vende o se compra en el ejercicio de una explotación mercantil y no se trata de cosas inalienables. En otras palabras, todas las cosas que se compran o se venden en el ejercicio de una empresa mercantil, son cosas mercantiles objeto del contrato de compraventa mercantil.

Dentro de las cosas que pueden ser objeto de la compraventa mercantil hemos mencionado a la empresa y sus elementos. Lo que caracteriza a la venta de una empresa es que, además de la enajenación de todos los bienes que la componen, provocará la sucesión en sus contratos, así como la cesión de sus créditos en favor del

adquirente. El régimen de transmisión de la empresa mercantil lo establecen los Artículos 656 y siguientes del Código de Comercio de Guatemala.

El contrato de compraventa mercantil se extingue por las mismas causas que los contratos en general: por rescisión voluntaria mediante mutuo consentimiento o por declaración judicial en los casos que establece la ley, y por resolución (Artículos 1579 a 1582 Código Civil). Tanto la rescisión como la resolución producen los mismos efectos, las cosas vuelven al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, es decir, que los contratantes deben restituirse lo que respectivamente han recibido: el comprador devuelve la cosa y el vendedor el precio (Artículos 1583 y siguientes, Código Civil).

CAPÍTULO IV

4. El contrato de agencia

4.1. Análisis doctrinario

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.

En este contexto, el contrato de agencia ha permanecido hasta ahora al margen del Código de Comercio de Guatemala, como contrato creado y desarrollado por la práctica. A la colaboración aislada y esporádica para contratar, característica del comisionista, se opone la colaboración estable o duradera propia del agente, merced a la cual promueve o promueve y concluye éste en nombre y por cuenta del principal contratos de la más variada naturaleza. En efecto, unas veces se limita el agente a buscar clientes; otras, además, contrata con ellos en nombre del empresario representado.

En los ordenamientos jurídicos que disponen de una doble disciplina contractual, como el español, el carácter mercantil de este contrato está fuera de toda duda. Pero dicho carácter mercantil no condiciona la solución al problema de técnica

legislativa. Hay, pues, que valorar con criterios de oportunidad la inclusión o exclusión en el Código del régimen jurídico de la agencia.

Se plantea también, como consecuencia de la falta de tipificación legal del contrato de agencia la delimitación del agente comercial, y la no regulación del principal. Sin embargo, un planteamiento coherente con el sistema jurídico obliga a traducir esa normativa en términos formalmente objetivos, regulando el contrato de agencia.

Se debe definir con certeza qué es el contrato de agencia, en el Código de Comercio de Guatemala y delimitar sus características y requisitos.

El contrato de agencia exige permanencia o estabilidad: es un contrato de duración. En este contrato el agente se encarga de manera permanente de promover contratos o de promoverlos y concluirlos por cuenta ajena o propia, la duración del contrato puede ser por tiempo determinado o indefinido. Tan permanente es una agencia por tiempo indeterminado, como una agencia por un año o por varios.

El régimen jurídico el contrato de agencia se configura bajo el principio general de la imperatividad de los preceptos de la ley, salvo expresa previsión en contrario. Pero lo más significativo es que se establece un derecho común aplicable a toda clase de agencias mercantiles.

La extinción del contrato, según sean pactados por tiempo determinado o por tiempo indefinido. En el primer caso, el contrato se extinguirá por el vencimiento del término. Los contratos de duración determinada que se ejecuten por las partes

después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, quedan transformados en contratos de duración indefinida.

Para el caso de contratos de agencia concluidos por tiempo indefinido o que, habiéndose pactado por tiempo definido, se hubieran convertido o transformado en indefinidos por ministerio legis.

Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra 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 ventura de tales operaciones.

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. El agente de comercio

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

La opción entre la reforma del Código de Comercio de Guatemala y la aprobación de una ley especial debe partir necesariamente del dato de que el contrato de agencia carece de tipificación legal, aunque existan regulaciones parciales de en la legislación guatemalteca.

Se debe definir con certeza jurídica carácter intermediario independiente que tiene el agente. La diferencia fundamental entre el representante de comercio y el agente comercial radica precisamente en esa independencia o autonomía, que falta en el primero. Esta característica básica, hace el calificativo de intermediarios independientes.

El agente, sea persona natural o jurídica, debe ser independiente respecto de la persona por cuenta de la cual actúa, a la que, a fin de evitar confusión con otras modalidades de colaboración, se evita denominarla comitente.

El agente puede ser un mero negociador, es decir, una persona dedicada a promover actos y operaciones de comercio o asumir también la función de concluir los promovidos por él. En lugar del término negociar, se ha preferible, técnicamente, el más preciso de promover.

Aspecto particularmente importante es el relativo a la delimitación del objeto de esa actividad de promoción negocial, fijándose en la venta o la compra de mercancías. Sin embargo, este criterio parece demasiado estrecho, razón por la cual se ha sustituido esa referencia, en lagunas legislaciones, a la actividad de compra o venta

por otra más amplia: el agente se obliga a promover, o a promover y a concluir, actos u operaciones de comercio.

El agente comercial no actúa por cuenta propia, sino ajena, sea por cuenta de uno o de varios empresarios: no se incluye la exclusiva como rasgo definidor, y cuando concluye actos y operaciones de comercio debe hacerlo en nombre del principal.

Las facultades del agente es desarrollar la actividad profesional por cuenta de distintos empresarios, salvo que los bienes o los servicios sean idénticos o similares, en cuyo caso se requiere el consentimiento del empresario con el que primero se hubiera contratado.

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 está facultado para promover los actos u operaciones objeto del contrato de agencia, pero sólo podrá concluirlos en nombre del empresario 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.

4.2.1. Obligaciones del agente

En el ejercicio de su actividad, tanto profesional, como particular, los agentes de comercio, están obligados a lo siguiente:

- En el ejercicio de su actividad profesional, el agente deberá actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe.

- En particular, deberá:
 - ✓ Ocuparse con la diligencia de un ordenado comerciante de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado.

- ✓ Comunicar al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y, en su caso, conclusión, se le hubiere encomendado, así como, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución.
- ✓ Desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia.
- ✓ Recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido.
- ✓ Llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.

Además se pueden distinguir las siguientes:

- 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.

- 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.
- 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 comercial 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.

- 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.

- 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.

- 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.

- 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.

- 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 de Guatemala, 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 de Guatemala, 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 contradecaraciones vinculantes para el *dominus*.

4.3. El principal

La regulación de la obligación del empresario de remunerar la actividad del agente se hace necesaria para dar seguridad jurídica al agente de comercio, porque si se encuentran regulada la actividad del agente asimismo debe regularse la actividad del principal, sus características y obligaciones, por ejemplo el reembolso de gastos y otro sobre la convención de riesgo que pueda sufrir el agente.

Se debiera legislar en materia de singular relieve lo relativa a la indemnización debida al agente en caso de extinción del contrato, pago que tendría que hacer el principal, además de la indemnización por razón de clientela y la indemnización de daños y perjuicios.

Las obligaciones que debieran estar reguladas en el Código de Comercio de Guatemala, con respecto al principal pudieran ser:

- En sus relaciones con el agente, el empresario deberá actuar lealmente y de buena fe.

- En particular, el empresario deberá:
 - ✓ Poner a disposición del agente, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional.

 - ✓ Procurar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia y, en particular, advertirle, desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar.

 - ✓ Satisfacer la remuneración pactada.

Dentro del plazo determinado, el empresario deberá comunicar al agente la aceptación o el rechazo de la operación comunicada. Asimismo deberá comunicar al agente, dentro del plazo más breve posible, habida cuenta de la naturaleza de la operación, la ejecución, ejecución parcial o falta de ejecución de ésta.

En lo tocante a los sistemas de remuneración es necesario legislar que:

- La remuneración del agente consistirá en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de los dos sistemas anteriores. En defecto de pacto, la retribución se fijará de acuerdo con los usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad. Si éstos no existieran, percibirá el agente la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación.
- Se reputa comisión cualquier elemento de la remuneración que sea variable según el volumen o el valor de los actos u operaciones promovidos, y, en su caso, concluidos por el agente.
- Cuando el agente sea retribuido total o parcialmente mediante comisión, se observará lo establecido en las leyes ordinarias civiles y mercantiles.

Por los actos y operaciones que se hayan concluido durante la vigencia del contrato de agencia, el agente podría tener derecho a la comisión cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- Que el acto u operación de comercio se hayan concluido como consecuencia de la intervención profesional del agente.

- Que el acto u operación de comercio se hayan concluido con una persona respecto de la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido con anterioridad un acto u operación de naturaleza análoga.

- Por los actos u operaciones de comercio que se hayan concluido después de la terminación del contrato de agencia, el agente tendrá derecho a la comisión cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:
 - ✓ Que el acto u operación se deban principalmente a la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato, siempre que se hubieran concluido dentro de los tres meses siguientes a partir de la extinción de dicho contrato.

 - ✓ Que el empresario o el agente hayan recibido el encargo o pedido antes de la extinción del contrato de agencia, siempre que el agente hubiera tenido derecho a percibir la comisión de haberse concluido el acto u operación de comercio durante la vigencia del contrato.

Asimismo, como protección al principal, se debe tener en cuenta que el agente no tendrá derecho a la comisión por los actos u operaciones concluidos durante la vigencia del contrato de agencia, si dicha comisión correspondiera a un agente anterior, salvo que, en atención a las circunstancias concurrentes, fuese equitativo distribuir la comisión entre ambos agentes.

La comisión se devengará en el momento en que el empresario hubiese ejecutado o hubiese debido ejecutar el acto u operación de comercio o éstos hubiesen sido ejecutados total o parcialmente por el tercero.

El empresario debiera estar obligado a entregar al agente una relación de las comisiones devengadas por cada acto u operación, el último día del mes siguiente al trimestre de operaciones en que se hubieran devengado, en defecto de pacto que establezca un plazo inferior. En la relación se consignarán los elementos esenciales en base a los que haya sido calculado el importe de las comisiones.

Asimismo, se hace necesaria la regulación del derecho del agente de exigir la exhibición de la contabilidad del empresario en los particulares necesarios para verificar todo lo relativo a las comisiones que le correspondan, Igualmente, el derecho a que se le proporcionen las informaciones de que disponga el empresario y que sean necesarias para verificar su cuantía.

Se debe regular el pago de comisiones, el plazo para su pago, salvo pacto en voluntario entre las partes.

El pacto por cuya virtud el agente asuma el riesgo y ventura de uno, de varios o de la totalidad de los actos u operaciones promovidos o concluidos por cuenta de un empresario, será nulo si no consta por escrito y con expresión de la comisión a percibir.

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.

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

La nota del carácter duradero del vínculo se cumplirá abstracción hecha de celebrarse por tiempo determinado o por tiempo indefinido.

La doctrina mas 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.

4.3.1. Obligaciones del principal

4.3.1.1. 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.

4.3.1.2. 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.

4.4. Características del contrato de agencia

4.4.1. Contrato de duración

Es un contrato de duración o de tracto sucesivo en la medida en que las prestaciones comprometidas por las partes sirven causalmente a necesidades de colaboración estable.

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.

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

La nota del carácter duradero del vínculo se cumplirá abstracción hecha de celebrarse por tiempo determinado o por tiempo indefinido.

La doctrina mas 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.

4.4.2. Contrato cuyo objeto es la promoción o la conclusión de otros contratos

Este contrato 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.

4.4.2.1. 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.

4.4.2.2. Contrato de confianza

Es un contrato celebrado y cumplido *intuitu personae*, haciendo exigible de ambas partes una colaboración basada en la confianza recíproca. Sin detrimento de lo anterior, se notará cómo alcanza una trascendencia superior en la mecánica del contrato la confianza del principal en el agente que la confianza del agente en el principal.

4.4.2.3. 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.

4.5. Delimitaciones del contrato

4.5.1. Frente a la comisión

Las diferencias pueden exponerse en los términos siguientes:

- La dimensión temporal. La comisión permite una colaboración aislada y esporádica para contratar pero 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. En la comisión es específico, refiriéndose a un acto u operación de comercio, mientras que la agencia es general, refiriéndose a una serie indefinida de actos u operaciones de comercio de una determinada especie.
- La proyección en sede representativa. El agente celebra contratos en nombre y por cuenta del principal y el comisionista contrata con el tercero por cuenta del comitente pero podrá hacerlo en nombre de éste o en nombre propio.

4.5.2. 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 y 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.

4.5.3. 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.

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 impagados 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 en cada caso entre el precio de revente 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 si.

4.5.4. Proyecto de reforma

PROYECTO DE REFORMA

PROYECTO LEGISLATIVO PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA

ORGANISMO LEGISLATIVO

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO _____

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que la necesidad de reformar los motivos que hacen que en el contrato de agencia el principal no se encuentre normado en el Código de Comercio de Guatemala, es justa, en el derecho mercantil, para tener certeza de las obligaciones que debe cumplir el mismo ante el agente de comercio y para que dicho contrato llene

los requisitos para los que fue creado, evitar consecuencias que puedan repercutir en el agente de comercio y dar protección al mismo, en virtud de continuar con la regulación actual no se especifican las obligaciones del principal;

CONSIDERANDO:

Que siendo el contrato de agencia un acto puramente mercantil, por el cual el principal se auxilia de agentes de comercio para que negocien la mercancía que produce el principal, pagando al agente comisiones según las negociaciones efectuadas, es necesario tener la plena seguridad que el principal tendrá obligaciones que cumplir con el agente, para que éste no se vea perjudicado ante la negociación mercantilista, y que al incumplir sus obligaciones el principal, el agente pueda resarcirse de los daños y perjuicios que se le pudieren ocasionar por incumplimiento del contrato de agencia;

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 principal y agentes de comercio, evitando que por medio de este tipo de contratos se puedan ocasionar daños y perjuicios, o acciones penales y civiles, 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 construir un andamiaje jurídico acorde a la finalidad de satisfacer las necesidades del agente de comercio, en una forma mucho más veraz, para que el mismo tenga la seguridad jurídica al formalizar este tipo de contratos, y se le proporcione un estándar de igualdad ante el principal y el mismo tenga plena seguridad del acto que realiza, se hace necesario reformar lo relativo a las obligaciones del principal en el contrato de agencia;

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 288 DEL DECRETO NÚMERO 2-70 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA

Artículo 1. Se adiciona el Artículo 288 Bis, el cual queda así:

"Artículo 288 Bis. El contrato de agencia deberá faccionarse en escritura pública, estipulando en la misma: a) La obligación del principal de pagar en el tiempo convenido las comisiones al agente comercial; b) Compromiso a pagar los daños y perjuicios que ocasione al agente por el incumplimiento del contrato, por el principal o este a aquel. Constituyendo al mismo título ejecutivo suficiente, para el pago por comisiones y como base en el calculo de daños y perjuicios, si no se hubiere fijado. En el documento público se señalará la dirección y el lugar para recibir notificaciones del principal y del agente de comercio. El contrato deberá quedar anotado en el Registro Mercantil de la República de Guatemala, en el libro donde fue inscrita la creación de la empresa del principal, en un plazo que no exceda los quince días hábiles".

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 es de suma importancia en virtud que por medio de éste un agente comercial actúa en representación del empresario o principal.
2. El agente de comercio es aquel que presta sus servicios, independientemente, al principal en el inicio y conclusión de negocios mercantiles.
3. Por medio del contrato de agencia, la actividad se puede desarrollar a nivel nacional e internacional.
4. El principal es el empresario que se auxilia de un agente comercial para llevar a cabo sus actividades mercantiles.
5. El Código de Comercio guatemalteco no define con certeza el contrato de agencia.
6. El agente de comercio puede laborar con dos empresas o más, siempre que no comercie con los mismos productos, salvo que el principal de su anuencia.
7. Tanto el principal como el agente de comercio tienen obligaciones que cumplir durante el tiempo que dure el contrato, el cual puede ser por tiempo definido o por tiempo indefinido.
8. La reglamentación en los contratos de agencia es importante para delimitar las actividades y los compromisos de los empresarios que actúan como principales.

9. En el Código de Comercio de Guatemala, se regula al agente pero no aparecen reglamentadas las actividades, obligaciones y compromisos del principal.
10. Al no regularse las actividades del principal, se le da preferencia al mismo en virtud que no tiene mayores obligaciones ante el agente de comercio.
11. Cada una de las partes debe tener derechos y obligaciones en los contratos de agencia, en el Código de Comercio guatemalteco tiene mayores obligaciones el agente de comercio por estar regulado, mientras que el principal no tiene mayores obligaciones por no estar establecido.
12. El contrato de agencia es netamente comercial y económico, por lo que la ley debe proteger al agente de comercio.
13. El agente de comercio es intermediario entre el comprador y el principal.
14. No se tiene regulado los derechos y obligaciones que tiene el agente de comercio en su papel de intermediario entre el comprador y el principal en los contratos de agencia.
15. El principal es el propietario del medio de producción o de comercio, estando autorizado para buscar agentes de comercio que le sirvan como intermediarios para ofrecer o vender su mercancía.

RECOMENDACIONES

1. Se hace necesario regular las actividades del principal, con el fin de no perjudicar al agente de comercio durante el desarrollo del trabajo mercantil.
2. El Organismo Ejecutivo debe presentar un proyecto de ley, para regular las obligaciones del principal, a fin de modernizar el Código de Comercio de Guatemala, y como una protección jurídica al agente de comercio.
3. Las personas o empresas que actúan como agente de comercio, deben estar protegidas nacional e internacionalmente en los contratos de agencia, ya que los mismos se pueden desarrollar a ese nivel, por lo que se hace necesario reglamentar al principal.
4. Se hace necesario reformar el Artículo 288 del Código de Comercio de Guatemala, incluyéndole Artículo 288 Bis para regular la actividad del principal o empresario.
5. El Código de Comercio de Guatemala, debe definir con certeza qué es el contrato de agencia, y así regular las obligaciones del principal.
6. Se debe reglamentar la anuencia del principal para que el agente de comercio pueda negociar con dos o más productos similares de dos más empresas.

7. En la reforma del Código de Comercio de Guatemala, se deben especificar las obligaciones y derechos que le corresponden al principal dentro del tiempo pactado por las partes, que podrá ser de forma definida o indefinida.
8. El Congreso de la República de Guatemala, debe proponer la discusión de los empresarios que actúan como principales en los contratos de agencia.
9. Se debe reformar el Código de Comercio de Guatemala para delimitar las actividades y compromisos del principal.
10. El contrato de agencia, por ser un contrato comercial, se debe reglamentar en forma clara las obligaciones del principal, como una protección al agente de comercio.
11. Se deben concretizar las obligaciones a que queda sujeto el principal para que actúe conforme a la ley en la problemática que se pueda dar entre éste y el agente de comercio.
12. Las obligaciones y derechos del principal deben ser en forma imparcializada para no perjudicar al agente de comercio que se encuentra reglamentado.
13. Siendo el agente de comercio el intermediario entre el principal y el comprador, al reglamentar al principal deben establecerse normas que protejan al agente en la formulación de los contratos.

14. La intermediación entre agente de comercio y principal debe regularse para dar claridad a los contratos de agencia.

15. Siendo el principal el propietario de los medios de producción, es la parte económicamente fuerte de la relación comercial, por lo que al reglamentarse debe proteger a la parte económicamente débil (agente de comercio).

ANEXOS

ANEXO I

CONTRATO DE AGENCIA CONFORME EL ACTUAL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA, FACCIONADO EN ACTA NOTARIAL

En la ciudad de Guatemala, el día... de... del año..., siendo las... horas, constituido en mi oficina profesional ubicada en..., soy requerido por los señores... y..., de... y... años de edad, respectivamente, el primero Licenciado en Administración de empresas y el segundo comerciante; ambos son guatemaltecos, casados y de este domicilio, se identifican con las cédulas de vecindad números de orden... y..., y registros... y... , extendidas por los alcaldes de... y..., respectivamente. Los comparecientes manifiestan ser de los datos de identificación antes indicados y encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles. El primero actúa en su calidad de gerente general de la empresa "...", tal y como lo prueba con el acta de nombramiento de fecha..., autorizada por el notario..., documento que tengo a la vista y que a mi juicio y conforme la ley es suficiente para este acto; el segundo actúa en su calidad de comerciante individual y propietario del negocio de nombre comercial "...", tal y como lo prueba con la patente de comercio registrada bajo el número..., folio... del libro.. de Comerciantes Individuales, extendido por el Registro Mercantil de la República de Guatemala, con fecha...; quienes comparecen a celebrar CONTRATO DE AGENCIA, basado en las siguientes cláusulas: PRIMERA: Manifiesta el primero de los comparecientes, que en adelante será identificado como el principal, que la empresa que dirige, se dedica a la negociación de aparatos eléctricos de las marcas "... y "...",

que por medio del presente contrato, toma como agente comercial al segundo de los comparecientes, que en adelante será identificado como el agente, para que el mismo por medio de la empresa de su propiedad proceda a negociar las líneas que distribuye la empresa de la cual es gerente general. SEGUNDA: Continua manifestando el principal que el contrato respectivo tendrá un plazo de dos años a partir de la presente fecha, pudiendo renovarse por medio de cartas con firma legalizada, y será basado en las siguientes condiciones: 1. El agente tendrá la categoría de independiente, en virtud que el mismo actuará por medio de la empresa de su propiedad, quedando ligado al principal por medio del presente contrato; 2. El agente podrá distribuir otra clase de productos siempre y cuando sean de marcas diferentes y no competitivos con los negociados por el presente contrato, especificando que los productos a distribuir son únicamente radios, televisores y refrigeradoras; 3. Las condiciones del presente contrato pueden cambiar con anuencia del principal; 4. El principal puede en cualquier momento contratar otros agentes comerciales sin aviso previo o posterior notificación al agente del presente contrato. 5. El agente actuará por nombre propio quedando autorizado para hacer la negociación completa sin aviso al principal, pudiendo conceder plazos, descuentos y quitas; 6. El agente deberá comunicar al principal las quejas y reclamaciones en un plazo que no exceda los cinco días hábiles, pudiendo obtener fianzas para el cumplimiento con el principal. 7. La comisión devengada por el agente será de veinte por ciento del valor de lo vendido, el que será pagado conforme los pagos que haga el agente al principal. 8. El principal se obliga a pagar la comisión íntegra cuando por dolo, culpa del principal, el agente no llegare a realizar parcial o totalmente el negocio contratado por el agente. 9. El presente contrato podrá

rescindirse por voluntad de las partes, por decisión del agente, manifestado con tres meses de anticipación, quien deberá rendir cuentas dentro de los tres meses mencionados para la devolución de la mercadería y el pago que pudiere estar pendiente, cuando el contrato termine por voluntad del agente, el principal no queda obligado a pagar daños y perjuicios. 10. El contrato podrá terminar por decisión del principal cuando haya justa causa, en cuyo caso no queda obligado a pagar daños y perjuicios. 11. El incumplimiento de las cláusulas del presente contrato dará por terminado el mismo no pudiendo pedir el pago de daños y perjuicios la parte que lo incumplió. 12. La comisión de delito contra la propiedad o persona de una de las partes contra la otra, dará por terminado el contrato. 13. La negativa infundada de las partes a rendir cuentas o informes o practicar liquidaciones relativas al negocio dará por terminado el contrato, pudiendo la parte afectada recurrir a los tribunales para que forzosamente se practiquen. 14. Se conviene que las partes deberán rendir informes, cuentas y liquidaciones en forma trimestral en los primeros cinco días del mes siguiente a partir de la fecha del presente contrato. 15. Se dará por terminado el contrato cuando el agente divulgue o informe a terceros, sin la autorización del principal, datos, claves o fórmulas que se puedan considerar secretos del principal. 16. Se dará por terminado el contrato cuando haya baja en la venta o colocación del producto, en caso de negativa se recurrirá al órgano jurisdiccional para probar los hechos. 17. Se dará por terminado el contrato cuando el principal llevare a cabo actos que directa o indirectamente, impidan o tienda a impedir, que el agente cumpla con el contrato. 18. Cualquier caso controversial sobre terminación, rescisión o daños y perjuicios, será dilucidado por el órgano jurisdiccional respectivo, esta será

determinada en la vía sumaria estipulada en el Código Procesal Civil y Mercantil, pudiendo también optar por el arbitraje. TERCERA: En la forma estipulada tanto el agente como el principal aceptan las cláusulas del presente contrato. No habiendo más que hacer constar se da por terminada la presente en el mismo lugar y fecha de su inicio, cuando son las... horas, la que leo íntegramente a los comparecientes y bien enterados de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la ratifican, aceptan y firman juntamente con el notario que autoriza, quedando contenida en tres hojas de papel bond, debidamente identificadas con mi firma y sello ya las cuales adhiero los timbres de ley.

(f) Principal

(f) Agente

ANTE MI:

ANEXO II

CONTRATO DE AGENCIA CONFORME EL ACTUAL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA, FACCIÓNADO EN DOCUMENTO PRIVADO CON FIRMA LEGALIZADA

En la ciudad de Guatemala, el día... de... del año..., nosotros... y..., de... y... años de edad, respectivamente, el primero Licenciado en Administración de empresas y el segundo comerciante; ambos son guatemaltecos, casados y de este domicilio, se identifican con las cédulas de vecindad números de orden... y..., y registros... y... , extendidas por los alcaldes de... y..., respectivamente. Manifestamos ser de los datos de identificación antes indicados y encontrarnos en el libre ejercicio de nuestros derechos civiles. Yo... actúo en mi calidad de gerente general de la empresa "...", tal y como lo pruebo con el acta de nombramiento de fecha..., autorizada por el notario...; el segundo actúa en su calidad de comerciante individual y propietario del negocio de nombre comercial "...", tal y como lo prueba con la patente de comercio registrada bajo el número..., folio... del libro.. de Comerciantes Individuales, extendido por el Registro Mercantil de la República de Guatemala, con fecha...; por medio del presente documento celebramos CONTRATO DE AGENCIA, basado en las siguientes cláusulas: PRIMERA: Manifiesta el primero de los comparecientes, que en adelante será identificado como el principal, que la empresa que dirige, se dedica a la negociación de aparatos eléctricos de las marcas "... y "..., que por medio del presente contrato, toma como agente comercial al segundo de los comparecientes,

que en adelante será identificado como el agente, para que el mismo por medio de la empresa de su propiedad proceda a negociar las líneas que distribuye la empresa de la cual es gerente general. SEGUNDA: Continua manifestando el principal que el contrato respectivo tendrá un plazo de dos años a partir de la presente fecha, pudiendo renovarse por medio de cartas con firma legalizada, y será basado en las siguientes condiciones: 1. El agente tendrá la categoría de independiente, en virtud que el mismo actuará por medio de la empresa de su propiedad, quedando ligado al principal por medio del presente contrato; 2. El agente podrá distribuir otra clase de productos siempre y cuando sean de marcas diferentes y no competitivos con los negociados por el presente contrato, especificando que los productos a distribuir son únicamente radios, televisores y refrigeradoras; 3. Las condiciones del presente contrato pueden cambiar con anuencia del principal; 4. El principal puede en cualquier momento contratar otros agentes comerciales sin aviso previo o posterior notificación al agente del presente contrato. 5. El agente actuará por nombre propio quedando autorizado para hacer la negociación completa sin aviso al principal, pudiendo conceder plazos, descuentos y quitas; 6. El agente deberá comunicar al principal las quejas y reclamaciones en un plazo que no exceda los cinco días hábiles, pudiendo obtener fianzas para el cumplimiento con el principal. 7. La comisión devengada por el agente será de veinte por ciento del valor de lo vendido, el que será pagado conforme los pagos que haga el agente al principal. 8. El principal se obliga a pagar la comisión íntegra cuando por dolo, culpa del principal, el agente no llegare a realizar parcial o totalmente el negocio contratado por el agente. 9. El presente contrato podrá rescindirse por voluntad de las partes, por decisión del agente, manifestado con tres

meses de anticipación, quien deberá rendir cuentas dentro de los tres meses mencionados para la devolución de la mercadería y el pago que pudiere estar pendiente, cuando el contrato termine por voluntad del agente, el principal no queda obligado a pagar daños y perjuicios. 10. El contrato podrá terminar por decisión del principal cuando haya justa causa, en cuyo caso no queda obligado a pagar daños y perjuicios. 11. El incumplimiento de las cláusulas del presente contrato dará por terminado el mismo no pudiendo pedir el pago de daños y perjuicios la parte que lo incumplió. 12. La comisión de delito contra la propiedad o persona de una de las partes contra la otra, dará por terminado el contrato. 13. La negativa infundada de las partes a rendir cuentas o informes o practicar liquidaciones relativas al negocio dará por terminado el contrato, pudiendo la parte afectada recurrir a los tribunales para que forzosamente se practiquen. 14. Se conviene que las partes deberán rendir informes, cuentas y liquidaciones en forma trimestral en los primeros cinco días del mes siguiente a partir de la fecha del presente contrato. 15. Se dará por terminado el contrato cuando el agente divulgue o informe a terceros, sin la autorización del principal, datos, claves o fórmulas que se puedan considerar secretos del principal. 16. Se dará por terminado el contrato cuando haya baja en la venta o colocación del producto, en caso de negativa se recurrirá al órgano jurisdiccional para probar los hechos. 17. Se dará por terminado el contrato cuando el principal llevare a cabo actos que directa o indirectamente, impidan o tienda a impedir, que el agente cumpla con el contrato. 18. Cualquier caso controversial sobre terminación, rescisión o daños y perjuicios, será dilucidado por el órgano jurisdiccional respectivo, esta será determinada en la vía sumaria estipulada en el Código Procesal Civil y Mercantil,

pudiendo también optar por el arbitraje. TERCERA: En la forma estipulada tanto el agente como el principal aceptan las cláusulas del presente contrato. Leemos íntegramente lo escrito y bien enterados de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, lo ratificamos, aceptamos y firmamos.

(f) Principal

(f) Agente

En la ciudad de Guatemala, el día... de... del año..., Yo el suscrito notario doy fe que las firmas que anteceden son auténticas por haber sido puestas en mi presencia, el día de hoy, por los señores... y ..., quienes se identificaron con las cédulas de vecindad números de orden... y..., y registros... y... extendidas por los alcaldes de... y..., y quienes vuelven a firmar juntamente conmigo.

(f) Principal

(f) Agente

ANTE MI:

ANEXO III

CONTRATO DE AGENCIA CONFORME PROPUESTA, FACCIÓNADO EN ESCRITURA PÚBLICA

NÚMERO... En la ciudad de Guatemala, el día... de... del año..., ANTE MÍ: Fredy Antonio Constanza Soberanis, notario, comparecen, por una parte el señor..., de... años de edad, Licenciado en Administración de Empresas; y, por la otra parte el señor..., de... años de edad, comerciante; ambos son guatemaltecos, casados y de este domicilio, se identifican con las cédulas de vecindad números de orden... y..., y registros... y..., extendidas por los alcaldes de... y..., respectivamente. Los comparecientes manifiestan ser de los datos de identificación antes indicados y encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles. El primero actúa en su calidad de gerente general de la empresa "...", tal y como lo prueba con el acta de su nombramiento de fecha..., autorizada por el notario..., documento que tengo a la vista y que a mi juicio y conforme la ley es suficiente para este acto; el segundo actúa en su calidad de comerciante individual y propietario del negocio de nombre comercial "...", tal y como lo prueba con la patente de comercio registrada bajo el número..., folio... del libro.. de Comerciantes Individuales, extendido por el Registro Mercantil de la República de Guatemala, con fecha...; documento que tengo a la vista y a mi juicio y conforme la ley es suficiente para el presente acto; quienes comparecen a celebrar CONTRATO DE AGENCIA, basado en las siguientes cláusulas: PRIMERA: Manifiesta el primero de los comparecientes, que en adelante será identificado como el principal,

que la empresa que dirige, se dedica a la negociación de aparatos eléctricos de las marcas “...” y “...”, que por medio del presente contrato, toma como agente comercial al segundo de los comparecientes, que en adelante será identificado como el agente, para que el mismo por medio de la empresa de su propiedad proceda a negociar las líneas que distribuye la empresa de la cual es gerente general. SEGUNDA: Continua manifestando el principal que el contrato respectivo tendrá un plazo de dos años a partir de la presente fecha, pudiendo renovarse por medio de cartas con firma legalizada, y será basado en las siguientes condiciones: 1. El agente tendrá la categoría de independiente, en virtud que el mismo actuará por medio de la empresa de su propiedad, quedando ligado al principal por medio del presente contrato; 2. El agente podrá distribuir otra clase de productos siempre y cuando sean de marcas diferentes y no competitivos con los negociados por el presente contrato, especificando que los productos a distribuir son únicamente radios, televisores y refrigeradoras; 3. Las condiciones del presente contrato pueden cambiar con anuencia del principal; 4. El principal puede en cualquier momento contratar otros agentes comerciales sin aviso previo o posterior notificación al agente del presente contrato. 5. El agente actuará por nombre propio quedando autorizado para hacer la negociación completa sin aviso al principal, pudiendo conceder plazos, descuentos y quitas; 6. El agente deberá comunicar al principal las quejas y reclamaciones en un plazo que no exceda los cinco días hábiles, pudiendo obtener fianzas para el cumplimiento con el principal. 7. La comisión devengada por el agente será de veinte por ciento del valor de lo vendido, el que será pagado conforme los pagos que haga el agente al principal. 8. El principal se obliga a pagar la comisión íntegra cuando por dolo culpa del

principal, el agente no llegare a realizar parcial o totalmente el negocio contratado por el agente. 9. El presente contrato podrá rescindirse por voluntad de las partes, por decisión del agente, manifestado con tres meses de anticipación, quien deberá rendir cuentas dentro de los tres meses mencionados para la devolución de la mercadería y el pago que pudiere estar pendiente, cuando el contrato termine por voluntad del agente, el principal no queda obligado a pagar daños y perjuicios. 10. El contrato podrá terminar por decisión del principal cuando haya justa causa, en cuyo caso no queda obligado a pagar daños y perjuicios. 11. El incumplimiento de las cláusulas del presente contrato dará por terminado el mismo no pudiendo pedir el pago de daños y perjuicios la parte que lo incumplió. 12. La comisión de delito contra la propiedad o persona de una de las partes contra la otra, dará por terminado el contrato. 13. La negativa infundada de las partes a rendir cuentas o informes o practicar liquidaciones relativas al negocio dará por terminado el contrato, pudiendo la parte afectada recurrir a los tribunales para que forzosamente se practiquen. 14. Se conviene que las partes deberán rendir informes, cuentas y liquidaciones en forma trimestral en los primeros cinco días del mes siguiente a partir de la fecha del presente contrato. 15. Se dará por terminado el contrato cuando el agente divulgue o informe a terceros, sin la autorización del principal, datos, claves o fórmulas que se puedan considerar secretos del principal. 16. Se dará por terminado el contrato cuando haya baja en la venta o colocación del producto, en caso de negativa se recurrirá al órgano jurisdiccional para probar los hechos. 17. Se dará por terminado el contrato cuando el principal llevare a cabo actos que directa o indirectamente, impidan o tienda a impedir, que el agente cumpla con el contrato. 18. Las comisiones devengadas por el agente serán pagadas

los primeros cinco días de cada mes. 19. El testimonio del presente instrumento constituirá título ejecutivo en caso de incumplimiento de pago, o por daños y perjuicios ocasionados por el principal. 20. El agente tiene el derecho de embargar bienes suficientes, por el adeudo que le tenga el principal, para cubrir la deuda, los intereses y costas procesales, o los daños y perjuicios que se le ocasionen, pudiendo beneficiarse con todas las medidas coercitivas reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil, pudiendo retener la mercadería durante el tiempo que dure el procedimiento judicial. 21. Cualquier caso controversial sobre terminación, rescisión o daños y perjuicios será dilucidado por el órgano jurisdiccional respectivo, esta será determinada en la vía sumaria estipulada en el Código Procesal Civil y Mercantil, pudiendo también optar por el arbitraje. TERCERA: En la forma estipulada tanto el agente como el principal aceptan las cláusulas del presente contrato, señalando el principal como lugar para recibir notificaciones y citaciones la dirección de la empresa que dirige ubicada en ..., por su parte el agente señala como lugar para recibir notificaciones y citaciones la dirección de su empresa ubicada en.... Yo, el notario doy fe de lo expuesto, que tuve a la vista la documentación relacionada, que instruí a los contratantes sobre su obligación de presentar el testimonio del presente instrumento al Registro Mercantil de la República de Guatemala, para su anotación respectiva, en un plazo que no exceda de quince días hábiles, que leí íntegramente lo escrito a los comparecientes y bien enterados de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la ratifican, aceptan y firman juntamente conmigo.

(f) Principal

(f) Agente

ANTE MI:

BIBLIOGRAFÍA

BROSUTA PANT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1978.

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

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

DIAZ BRAVO, Arturo. **Contratos mercantiles**. México: Ed. Porrúa, 1994.

FUNDACIÓN TOMAS MORO. **Diccionario jurídico espasa**. Madrid, España: Ed. Espasa Calte, S.A., 1999.

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

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

PALLARÉS, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. México: Ed. Porrúa, 1994.

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

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

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

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

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

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.

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

Legislación:

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

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República, Decreto número 2-70, 1971.

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