



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

REGLAMENTACIÓN JURÍDICA ESPECIAL
DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

EDGAR BRAVO ROBLEDO



ASESOR: LICENCIADO GERARDO ANGEL GOYENCHEA OBESO

ABRIL, 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

La verdadera felicidad sólo se puede encontrar en la virtud; el bien será recompensado, el mal, castigado y nunca es tarde para arrepentirse.

**Danatien Alphonse Francois de Sade
París, 1797.**

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

Por brindarme la vida y las enseñanzas, por darme unos hermanos, un amor y un hijo tan hermosos y valiosos para compartir con ellos las ilusiones y la magia del Universo.

A MI GRAN AMOR

Teresa Carrera Cruz, gracias por todo el apoyo, toda la ternura y cariño que constituyen las bases para lograr mis metas y ambiciones que cobijan mi corazón. Te amo con toda mi alma, mente, y cuerpo. Por siempre tuyo y para ti, para toda la vida, en todos lugar.

A MI HIJO

Eliot Said Bravo Carrera, la esperanza de una vida mejor y del cumplimiento de mis sueños, por cuidarnos desde el cielo antes de nacer. Gracias por elegirnos, no puedo agradecerte más que con todo mi amor y coraje para protegerte de todo lo que nos ha hecho tanto daño. Te amo hijo mío, te adoro y te admiro y estaré contigo por siempre para acompañarte.

A MIS HERMANOS

Gabriela, Daniel y Luis, por compartir mis alegrías y tristezas, por estar conmigo cuando más lo necesito y enseñarme que la vida es un juego: divertido, responsable y admirable. Mi verdadera familia, la gran alegría que todo ser humano desea para salir adelante.

A MI PADRE

Por apoyarme en el difícil camino, para llegar a esta meta, por construir junto a mí el cimiento más sólido que sostendrá esta y muchas más vidas. Como siempre, abriendo los surcos, compartiendo el hambre y sacrificio.

A MIS ANGELES ⇄

María, Agripina, José, Reyes Bernal y todos los niños acaecidos en el Tulipán, por todas sus enseñanzas, valores, su amor a la naturaleza pero sobre todo, por iluminar mi sendero y el de mi familia, por desear lo mejor para nosotros, por cuidar a mis bebés, acompañarlos e interceder por ellos, en mi ausencia.

A MIS AMIGOS

Gerardo Ángel Goyenechea Obeso y Armando Argüelles Cruz, por sus sabios y jóvenes consejos, por aprobar mis aciertos y comprender mis errores. Al Doctor José Eusebio Salgado y Salgado, por su palabras, experiencia y conocimientos. A Leonor Otero, Maribel Carrera, María Cruz y Evelín Hernández por soportar mis inquietudes y rebeldías.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

A su planta docente, alumnos y trabajadores en general por ayudarme a volver al sitio de mis orígenes: agua azul y fuego dorado, fusión esencial de Acatlán. Por aceptarme y darme las enseñanzas necesarias para lograr aplicarlas en el campo de batalla, por hacer del Derecho una Licenciatura responsable, interesante y divertida.

QUE DIOS LES MULTIPLIQUE LO QUE ME DESEAN

INDICE

ÍNDICE.	3
INTRODUCCIÓN.	6
CAPITULO 1.	
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL.	8
1.1 GRECIA.	9
1.2 ROMA.	15
1.3 EDAD MEDIA.	32
1.4 ESPAÑA.	37
1.5 MÉXICO.	44
CAPÍTULO 2.	
NATURALEZA JURÍDICA DE LA AGENCIA MERCANTIL.	51
2.1 TEORÍA GENERAL DE LOS HECHOS, ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS.	52
2.2 DEFINICIÓN DEL CONTRATO.	61
2.3 ELEMENTOS DE EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS.	67
2.4 REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS.	70
2.5 OBLIGACIONES DE LOS CONTRATOS MERCANTILES.	79
2.6 DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL.	89

2.7	ELEMENTOS QUE COMPONEN AL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL.	95
CAPÍTULO 3.		
	TEORÍA DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL.	98
3.1	LA AGENCIA COMO SUCURSAL.	99
3.2	LOS AGENTES COMERCIALES.	105
3.3	LAS CLASES DE AGENTES MERCANTILES.	113
3.4	CARACTERÍSTICAS DE LOS AGENTES COMERCIALES.	121
3.5	CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL EN LAS LEYES MEXICANAS.	124
3.6	REGULACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL DENTRO DEL CONTRATO DE COMISIÓN MERCANTIL.	132
CAPÍTULO 4.		
	LA IMPORTANCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL PARA LA CONCLUSIÓN DE CIERTOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA.	138
4.1	EL CONTRATO ATÍPICO.	139
4.1.1	CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DEL CONTRATO ATÍPICO.	139
4.1.2	TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.	144
4.1.3	CONVERSIÓN DE LA ATIPICIDAD A LA TIPICIDAD.	147
4.1.4	INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS.	149
4.2	EL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL COMO FIGURA ATÍPICA.	153
4.2.1	OBLIGACIONES DEL AGENTE.	153
4.2.2	OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO.	159
4.2.3	MODALIDADES DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL.	162
4.2.4	TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL.	167

4.2.5	REGULACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS EXTRANJEROS.	171
4.2.6	PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.	176
	CONCLUSIONES.	182
	BIBLIOGRAFÍA DOCTRINAL.	188
	DICCIONARIOS.	190
	LEGISLACIÓN.	191

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto la realización de un estudio teórico-jurídico del contrato de agencia mercantil en México y en algunos otros países de reglamentación legislativa avanzada en cuanto a esquematización y exposición de figuras comerciales, antes atípicas.

Se pretende establecer ciertas bases doctrinales, las cuales servirán como fundamento para destacar la importancia que tiene el contrato de agencia, en el ámbito de circulación de mercancías, para la conclusión de otros contratos de prestación de servicios y en la promoción y conclusión de contratos de compraventa.

Partiendo de los dos pilares expuestos, realizaré un estudio histórico que señale la evolución y desarrollo del contrato de agencia, así como las partes integrantes que son: los comerciantes productores u oferentes de bienes y servicios y las personas que, dedicándose profesionalmente y de forma organizada, ofrecen una labor de mediación para ayudar al empresario a cumplir sus objetivos.

Se analizará y conocerá la naturaleza jurídica de la agencia mercantil, es decir, de forma general se precisarán los elementos y requisitos componentes de dichas figuras así como la definición que se tiene hoy en día de esos acuerdos.

Será indispensable distinguir entre los elementos de existencia que son los que conforman en sentido amplio a los acuerdos civiles, mercantiles, laborales y todos aquellos que traigan aparejadas ciertas obligaciones; así como los elementos que conforman a la agencia comercial, es decir, aquellos personales, reales y formales que le dan vida y que sirven de parámetros para determinar sus objetivos.

En un estudio estrictamente jurídico se precisarán todas aquellas características y puntos de la agencia mercantil contenidos en las leyes mexicanas, puntos que se encuentran dispersos y que no aseguran una esquematización concreta. En ese sentido, se observará el apoyo de la comisión mercantil para que la agencia pueda subsistir en el plano de los negocios.

Es necesario establecer la importancia de la teoría de los contratos atípicos, así como su evolución, las formas de conversión de figuras atípicas hacia una tipicidad legal, del mismo modo, sus formas de interpretación.

Se analizarán las modalidades y las formas de terminación del contrato en cuestión, ambas se caracterizan por copiar parámetros de ciertos prospectos regulados por la ley así como disposiciones que han nacido con el desarrollo de las prácticas comerciales.

Es preciso estudiar y manifestar que existe el contrato de agencia representativo, elemento fundamental que sirve de apoyo a la representación que tiene el agente para con el empresario. Así mismo, el pacto de exclusiva es una figura que no puede faltar en ciertos acuerdos mercantiles, en la agencia no existe la excepción, por lo tanto, se hará hincapié en el concepto y los efectos que ésta circunstancia importante genera. La cláusula de garantía, la subagencia, la agencia-distribución, las modalidades de la consignación y del depósito, propias de los agentes comerciales, suponen argumentos especiales que se pueden pactar para una mejor interpretación de circunstancias.

Las formas de terminación varían, en éste apartado pretendo dar cuenta de las situaciones que dan fundamento a que las partes se deslinden de lo pactado pues, la formula del cumplimiento de obligaciones no es la única manera por la que se tiene por terminado un acuerdo y en menor sentido, en materia mercantil, por ende, se expondrán los diversos medios por los que se rompe esa unión entre empresarios e intermediarios.

Finalmente, propongo una reglamentación jurídica de forma especial y de esquematización en un capítulo del Código de Comercio o bien, en una ley en particular, del contrato de agencia mercantil, exponiendo mis razones para ello y ofreciendo un esquema general que fundamente mi propuesta.

CAPITULO 1. EVOLUCION HISTORICA DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL.

De acuerdo con los estudiosos del comercio, en los grandes imperios establecidos en el mundo, a lo largo de la historia, el hombre tuvo que adaptar sus condiciones de mercado de acuerdo con las circunstancias que cada territorio ofrecía, de esa manera, las mercancías podrían circular libremente y la raza humana satisfacía sus necesidades básicas, en particular, los comerciantes disfrutarían del fruto de la venta de sus productos ofrecidos.

Aspectos tan importantes como los medios de transporte y la forma en que se negociaban las mercancías tuvieron que desarrollarse y alcanzar una maduración específica que permitiera cerrar los ciclos comerciales, de tal forma que todas las personas quedaran satisfechas, logrando un equilibrio entre comerciantes y consumidores. Es así como nace el contrato, importante fuente de las obligaciones que para lograr una sana expansión de los mercados, tendría que perfeccionarse, evolucionar, convertirse en una herramienta que proporcionara grandes beneficios.

El contrato permitiría a los seres humanos obligarse a la realización de tareas adecuadas a la voluntad misma. Tuvieron que nacer, la compraventa, el mandato, el mutuo, la prenda, el depósito, entre muchos otros, pero lo más característico es que todos los tipos de contratos que pudiesen englobar al ramo mercantil, aquellos que se celebraron entre comerciantes, aquellos que permitirían garantizar el tan anhelado fin de lucro, evolucionaron de forma rápida, porque así lo requiere la economía, porque así lo manda la circulación de intereses monetarios y porque las necesidades de los consumidores son muchas y no pueden esperar.

En el presente capítulo estudiaré, los aspectos históricos del contrato de agencia mercantil, que si bien, muchos tratadistas lo consideran una figura de reciente creación, también es cierto, que muchas civilizaciones antiguas aportaron características importantes que

componen hoy en día a ese contrato, muchas de las cuales permiten la ágil y rápida distribución de las mercaderías.

Analizaré rasgos que integraron al contrato de agencia mercantil en la civilización griega ya que, hay que recordar que el comercio tuvo gran auge en ésta parte del planeta.

El pueblo romano es la siguiente escala del presente estudio, analizaré el nacimiento de los contratos nominados, los fines que perseguían los contratos escritos y los verbales, dicha investigación atravesará por los caminos que me señalen las diversas categorías de los acuerdos de la voluntad como fuente de las obligaciones para que, pueda encontrar aquellos aspectos que los romanos crearon y que adopta de alguna manera, la agencia mercantil.

La edad media, el otro paso a seguir. De alguna manera, los comerciantes de aquella época tuvieron que rescatar puntos importantes de la antigüedad que les ayudara a corregir y enaltecer las formas con las que intercambiaban lo que ellos ofrecían al público en general.

España, principal antesala para que nuestro país adoptara un sistema jurídico que permitiera desarrollar su economía, es aquí donde se hará hincapié en las normas y principios legales que nos enseñaron o bien, impusieron nuestros conquistadores.

Por último, México, desde nuestras principales culturas prehispánicas hasta nuestros días, analizaré la forma en la que nuestro orden jurídico mercantil cobijó al contrato de agencia mercantil propiamente dicho, podrá saber el lector, por qué la importancia de aquél contrato en el desarrollo de nuestro comercio, para después, partir hacia la pesquisa minuciosa de la naturaleza de los contratos en general y de la agencia en lo particular.

1.1 GRECIA.

La importancia de la buhonería.

En el siglo XIX a. de C., llegan a Grecia las primeras tribus indoeuropeas, principalmente aqueos y jónicos, que se extienden por todo el país.¹ En el siglo XV se extienden por Asia menor y no es hasta el siglo IX en que el país se divide en *polis* que corresponde a una forma de gobierno monárquico u oligárquico cuyo equilibrio es inestable por sus constantes guerras, pactos y alianzas. Atenas y Esparta constituían sus dos ciudades dominantes pero, no es hasta el siglo VII donde empieza una colonización griega, encabezada por los comerciantes atenienses, en la que también forman parte notablemente las ciudades de Calcis y Corinto.

Las nuevas condiciones de producción basada en la agricultura y el desarrollo de una industria, transformaron progresivamente la economía helénica. La civilización griega se expandió por el mediterráneo oriental y central, por lo tanto, crecieron las ciudades y con ello se da el desarrollo de sus industrias cada vez más especializadas, todos éstos hechos determinaron la evolución económica, la producción y el consumo, los cuales llegan a su apogeo en el siglo V.

Los efectos de una evolución no sobrepasan los límites del mundo griego, pero en esos límites ejercen a su vez una acción poderosa sobre la vida social y política de éste país.² Lo anterior viene a relación por que, a medida que pasa el tiempo, la economía griega se hace urbana y ella se encontrará sometida a varias necesidades. Esta economía impuso cargas pero a su vez, trajo consigo grandes ventajas a las ciudades, a la riqueza de los determinados territorios y a la agricultura.

El elemento principal de esa economía es (al mismo tiempo que la industria y en parte, gracias a ella), el comercio en todas sus formas, con sus aspectos múltiples, su organización compleja, sus herramientas, sus leyes y sus reglamentos.³ Para entonces, la forma del comercio en aquella época fue la aglomeración en las calles, es decir, el mercado, por ende, surgen las tiendas locales o puestos abiertos a todos los vientos, donde se ofrecía al público productos de primera necesidad que se vendían directamente de lo que se

¹ *Gran diccionario enciclopédico visual*. Editorial Panamericana, formas e impresos. Colombia, 1994. p. 589.

² Toutain, J. *La economía antigua*. Editorial Hispano americana, 1a Edición. México, 1959. p. 57.

³ *Idem.*, p. 57.

fabricaba o cosechaba. Ya el Ágora de Atenas presentaba como si fuera un teatro al aire libre, la circulación y ofrecimiento de frutas, legumbres, leña, carbón, telas recién fabricadas, artesanías de cerámica, ganado, pescadería, todo lo que se pueda imaginar en un mercado actual y hasta lo menos creíble de podía encontrar en aquellos tiempos en Grecia.

Los mercados ofrecían la satisfacción a las necesidades de las ciudades anfitrionas, ello representaba un fenómeno interesante, ¿qué quiero decir con esto? Resulta que en los pueblos griegos era común darle rienda suelta a las ferias y festividades en honor a las grandes deidades del lugar, gracias a ello, la economía de ese territorio comenzó a crecer. De las ferias, las más importantes eran las que acompañaban ciertas fiestas religiosas, los juegos nacionales de Olimpia, de Delfos, de Nemea, del Istmo, las Panateneas en Atenas, las Delias de Delos en honor al dios de la guerra Apolo, entre muchas otras.⁴

Aquellos mercados obtenían buenos ingresos gracias a que existían las ferias pero, otro escaparate fuerte que los ayudó a proliferar fue el ejército. Cuando las tropas se mantenían en campaña, dadas las diversas guerras que se dieron durante la civilización helénica, una multitud de mercaderes se mantenían al margen para proporcionar a los soldados todo aquellos que pudieran necesitar.

Ahora bien, en aquellos mercados establecidos en Atenas o en cualquier ciudad alejada, ya sea móviles o fijos, se pueden encontrar figuras interesante, de gran relevancia, con poder necesario para que, con el paso de los años se constituyeran como plataformas específicas para preparar el nacimiento de lo que ahora se conoce como contrato de agencia mercantil. Profundizo en lo anterior: dadas las condiciones de la economía, con el auge que tuvieron la agricultura y la industria y debido a la circulación de productos entre los habitantes, aparecen ya entonces los revendedores, aquellas personas cuya labor era ofrecer en una segunda instancia, lo que ya había adquirido con antelación, por supuesto, a un precio más alto. Pero lo que interesa a éste tipo de estudio es la aparición de los llamados *buhoneros*, tipo de personas que se instituyen como los primeros intermediarios de gran prestigio para aquella época, intermediarios entre productores y consumidores.

⁴ Toutain, J. Op. Cit., p. 58.

Según la historia, los buhoneros fueron aquellos personajes que vendían baratijas como botones, agujas, cintas, entre otras cosas.⁵ A diferencia de los revendedores, los buhoneros ofrecían las mercancías ya fabricadas por las industrias, sin embargo, no se precisa si aquellas cosas eran compradas para obtener un lucro más grande o bien, se devolvían al primer comerciante aquellas que no eran adquiridas por el consumidor. Por ello que hago hincapié: los revendedores bien pudieron jugar el papel de buhoneros, dado que no hay una clasificación, todo revendedor pudo haber sido buhonero y todo buhonero pudo haber sido revendedor.

Esta investigación conduce a un aspecto que debe destacar. Los buhoneros vendían sus productos como intermediarios entre el comerciante principal y el consumidor, éstos productos eran ofrecidos en las *buhonerías*, que son un tipo de tiendas portátiles que existieron en aquella época. Ahora ya se sabe que aunque no exista dato preciso que mencione la celebración de un acuerdo de voluntades entre un buhonero y un comerciante principal, aquél es un agente comercial y la buhonería es la agencia como local, como empresa dedicada a jugar el rol de escaparate de los satisfactores ofrecidos al pueblo en general ya que, cabe señalar que el término agencia se refiere tanto al local o establecimiento, como a ese contrato entre el agente y el comerciante o fabricante.

El comercio marítimo.

Los griegos fueron grandes navegantes que hacían de los mares grandes rutas comerciales para transportar sus mercancías de un lugar a otro. Igual que en los mercados de las grandes y pequeñas ciudades, el comercio se vio beneficiado por los caminos marítimos. Por supuesto que por tierra los negociantes peregrinos no se daban abasto pero por mar, las cosas eran aún más atractivas. En general, los buques de comercio podían cargar hasta 250 toneladas de mercaderías.⁶ Pero los puertos no se quedaron atrás, los griegos tuvieron que desarrollar las condiciones propicias que permitieran descargar a los buques y colocar su carga total en almacenes. La circulación estaba asegurada por amplias plazas y las vías estaban estrechamente abiertas. Lo destacable de éste punto es que Grecia no quedó sin

⁵ *Gran diccionario enciclopédico visual*. Op. Cit., p. 198.

⁶ Toutain, J. Op. Cit., p. 61.

exportar a diversos lugares y para agilizar las transacciones e intercambios comerciales y dado que las empresas no podían trasladarse por completo, ya su estructura, ya su organización, se enviaban a negociantes para ofrecer lo elaborado por las industrias.

Se puede advertir, sin dar un criterio cierto y preciso, que las empresas celebraban acuerdos de voluntades para con los negociantes, que bien pueden identificarse como sus agentes sin embargo, éstas condiciones pueden confundirse con aquellas que abarcan los contratos de mandato. Más adelante, a lo largo de éste trabajo de investigación, se precisarán los elementos propios y exclusivos del contrato de agencia, por ahora sólo se buscarán rasgos que hoy en día pueden componer a la agencia como contrato.

Aparición de la moneda y la forma de la remuneración.

Ya se han analizado aspectos como el agente, la agencia como exhibidor de mercancía, los productos ofrecidos pero ¿qué hay con los beneficios obtenidos tanto por las industrias como por los agentes comerciales? Para que el comercio griego pudiera desarrollarse y prosperar en un terreno tan vasto, se necesitaron modos de cambio más perfeccionados que el simple trueque.⁷ Es entonces cuando aparece la moneda y su difusión de uso para hacer más eficaz la actividad económica. La moneda era una proporción de metal precioso, pesado, con la marca oficial de la autoridad pública y que garantizaba el valor del pago de los satisfactores. Las monedas más antiguas son las de siglo VII a. de C. y fueron acuñadas, algunas de ellas por diversas colonias griegas, representaban muy bien el valor ya que estaban hechas de oro, plata y oro blanco, así como de un metal precioso llamado electro.

El pago que recibe el agente hoy en día se llama retribución, trasladado al pasado, a la antigua Grecia y con la aparición de la moneda, era más fácil y cómodo que los agentes (buhoneros o negociantes), obtuvieran su pago o retribución con simples pedazos de metal que, a medidas que transcurrió el tiempo, surgieron procedimientos o modos de cambio y pago, fuente de los sistemas bancarios. Pero ese alquiler de dinero y sus tipos de cambio fueron las primeras manifestaciones del capitalismo.⁸ La moneda ya no fue sólo un

⁷ Toutain, J. Op. Cit., p.65.

⁸ Idem., p. 70.

instrumento de cambio directo entre vendedores y compradores, se había convertido en un importante factor de producción económica. La moneda suministró a los fabricantes griegos los medios para crear productos más rápido, al negociante o buhonero le permitió tener los medios para poner a disposición del consumidor una mayor cantidad de productos u objetos, llegados hasta las ciudades más lejanas y en cuanto a la retribución para ellos, ya se contaba con los medios suficientemente ágiles para garantizarla.

Gracias a la aparición de la moneda y su tipo de cambio surgen las fuentes del capitalismo, tipo de economía sin la cual el contrato de agencia mercantil propiamente dicho, en los tiempos actuales, no tendría razón de ser.

Los negocios ocuparon un lugar tan importante en la vida de las personas griegas que muy pronto quedaron sometidos a leyes y reglamentos variables sin duda, de una ciudad a otra, pero cuyo conjunto formaba una verdadera legislación comercial.⁹ En muchos lugares se tomaron medidas para asegurar la honradez de las ventas dependiendo de la cantidad, peso y precio de las mercancías. Así mismo, se promulgaron ciertas prohibiciones que atentaban contra el comercio, aunque se trataba de proteger intereses públicos o privados. Hubo entonces leyes muy severas, elaboradas para fijar las obligaciones de los comerciantes al por mayor, de los comerciantes al menudeo, entre otros.

En cuanto a los contratos, las leyes eran muy estrictas en cuanto a derechos y obligaciones de las partes, se estaban sobreprotegiendo los cargamentos, los puertos, los viajes de los buques, las actividades de los negociantes. Todo ello no tenía un fin de agilizar las transacciones del comercio, más bien, servía para suministrar recursos al Estado.

En síntesis.

Como se puede apreciar, desde el siglo V a. de C., se perfilan en Grecia algunos de los rasgos característicos de la economía comercial moderna. El tráfico marítimo se desarrolla de manera que el comercio encuentra un campo amplísimo para su evolución. Aquí, en éste territorio, con ésta civilización nace el derecho mercantil; para los conflictos económicos

⁹ Toutain, J. Op. Cit., p. 70.

surgen personas que los resuelven; los puertos encuentran en la vida marítima helénica, el auge que marcará los aspectos jurídicos del mar.

Pero qué hay del contrato de agencia mercantil. Han quedado al descubierto ciertas características como los agentes comerciales, las empresas productoras, el encargo de promover la venta de mercancías, la retribución que perciben los agentes, el lugar donde se ofrecen los objetos al por mayor. Aspectos que no quedan tan claros o se prestan a confusión son las acciones de devolución de satisfactores no vendidos, a la empresa que los elaboró.

En lo que respecta al contrato propiamente dicho se debe decir que, a pesar de los diversos acuerdos celebrados para el comercio terrestre y los que protegían las cargas y transportes en las rutas marítimas, no se encuentra, particularmente, alguno que obligue a las partes a la realización de tareas de agencia, mucho menos durante ésta civilización. Tampoco se aprecia la existencia de una ley que limite, beneficie o regule las circunstancias del contrato, objeto del presente trabajo de investigación.

1.2 ROMA.

Hablar de la civilización romana es referirse a una de las más grandes potencias que dominaron diversos aspectos políticos, económicos, sociales y muy en especial, jurídicos. Los hallazgos arqueológicos que se han presentado con la historia permiten establecer que, en un principio Roma estaba formada por un conjunto de pueblos edificados en las colinas por los albinos y los sabinos en el siglo VII a. de C., convirtiéndose rápidamente en una ciudad. La forma de gobierno de la antigua Roma experimentó primeramente la monarquía cuyo primer rey Rómulo, organizó la propiedad, dato trascendental debido a la importancia que tiene ésta para la creación de contratos de carácter privado; la república transcurre desde el siglo V a. de C. cuando los patricios expulsan al último rey o monarca; posteriormente, el imperio se hace presente hasta que Constantino anticipa la decadencia romana al instaurar oficialmente el cristianismo y fundar Constantinopla que pasa a ser la capital, no sin antes ser recuperada por Bizancio.

Ya en Roma se encuentran los primeros vestigios de los contratos formales tácitos o escritos pero, antes se analizarán las condiciones de comercio.

Comercio romano.

El *commercium* era el derecho de realizar negocios jurídicos “inter vivos” o “mortis causa”.¹⁰ Esto quiere decir que los contratos como tales ya se percibían como un medio para regular la actividad económica ya que era un privilegio de carácter privado que tenía la ciudadanía. Roma y la mayor parte de Italia se habían convertido en un gran atractivo para muchos productos naturales o fabricados.

En el imperio, la agricultura decayó y la industria no llegó a desarrollarse como en algunos pocos lugares, las personas no estaban a gusto con lo indispensable para vivir, ya el lujo se convirtió en necesidad y las mercancías de cualquier otro lugar eran bien recibidas en el pueblo y gracias a las condiciones del transporte y al desenvolvimiento de las vías de comunicación, el movimiento comercial se extendió a lo largo y ancho de la ciudad con productos importados como el trigo, aceite, vinos, materias primas, telas y un sin fin de satisfactores tenían como procedencia las provincias cercanas a la capital italiana.

Aquellos productos naturales o fabricados no eran los únicos comercializados en ese lugar, basta mencionar que piedras preciosas, animales y esclavos formaban parte del comercio de importación. Una de las causas que contribuyeron para mantener bastante tiempo aquél mercado fue el establecimiento de una red comercial de vías de comunicación. Internamente, las rutas terrestres y las de los ríos tenían como centro común la capital del imperio pero, a la par se desarrollaron los puertos para mantener una circulación adecuada de mercaderías a través del mar. Ya para entonces se tenía una buena administración de las provincias y de las fronteras para así lograr la prosperidad comercial. Esa medida de mantenimiento de las aduanas permitió agilizar el transporte.

¹⁰ Margadant S., Guillermo. *El derecho privado romano*. Editorial Esfinge, 26a Edición. México, 2001. p.129.

Aquellos productos, al pasar por las aduanas tenían que pagar sus respectivos impuestos y los peajes considerados nuevas figuras de organización respecto de la cual, dependiendo del recorrido de las mercancías, aumentaban considerablemente su precio.

Toda esa organización del comercio de importación romano nos habla de los múltiples acuerdos que surgieron para regular los derechos y las obligaciones que se desprendían ya que, siendo una actividad de carácter privado, el Estado debía adquirir grandes beneficios a costa del consumo de los compradores.

El aparato económico realizó algunos actos mercantiles importantes, dignos de ser considerados; desarrollaron su marina para destruir la alianza secreta de los tarentinos, tirrenos, samnitas y galos; combatieron para acabar con la liga formada por los piratas cretenses, panfilios, licios, cilicios y corintios; así mismo, derrotaron a los corsarios de Pompeyo, que dificultaban los abastecimientos de Roma por el levante, el occidente y África. Como es de suponer, auxiliaron la navegación con la reconstrucción de puertos; regularizaron las expediciones de géneros de las provincias, instituyendo directores de comercio en Egipto, Iliria, España y Ponto Euxino. Por otra parte, reglamentaron las extracciones de trigo de Alejandría y Cartago, poniéndolas bajo la inspección de los prefectos del Pretorio de Oriente y del Pretorio de África; establecieron transportes regulares de granos desde Alejandría a Roma, por una flota a la que los historiadores llamaron “nodriza romana” y los romanos “sacra embole”; distribuyeron a los menesterosos grandes cantidades de cereales, que en concepto de tributo hacían venir de Sicilia, África y Egipto; favorecieron el comercio con la institución de ferias, mercados, gremios y franquicias.

Los romanos traficaron con muchas mercancías, principalmente con plata y mieles de España; plomos y estaños de Inglaterra; ámbar y vasijas de Germania; vinos y aceites de Galia; granos y telas de Sicilia; bronce y mármoles de Grecia; perlas y sedas de la India; gomas y perfumes de Arabia; esclavos y fieras de Etiopía; tapices y bordados de Mauritania; vidrios y papeles de Egipto; comestibles y pedrerías de Asia; cueros y ganado de África.

El desarrollo del tráfico mercantil trajo consigo la aparición de muchos auxiliares comerciales, entre ellos, corredores, encargados de las importaciones, esclavos a las

órdenes de un encargado del transporte de productos, además, personas que desarrollaban las tareas de un agente comercial contemporáneo que permitiera exhibir todo tipo de satisfactores básicos, de lujo y extravagantes. A pesar de todo ello, la llamada ley flaminia prohibió el comercio a los patricios, como profesión humillante, reservada a clases sociales inferiores; relegaron la industria a los libertos que formaron nueve corporaciones obreras urbanas; dotaron las tripulaciones de los buques con marineros oriundos de las provincias; organizaron las colonias con un carácter puramente militar; sostuvieron un comercio pasivo acompañado de corrupciones; profesaron un paganismo que admitía el horror de los sacrificios humanos; circunscribieron su política a la expresión de “pan y espectáculos para entretener al pueblo”; debilitaron su poder a causa de la inferioridad de su constitución económica.

El esplendor económico romano permitió que se desarrollaran formas que regularan las obligaciones de los comerciantes, ellos ya pensaban en activar las transacciones para que el mercado se convirtiera en un modo de vida institucional, regulado por acuerdos y convenciones que acercaron al pueblo a una política de consumo, quizá sin imaginarlo crearon formas adecuadas, novedosas y efectivas para incentivar el aparato jurídico, buscando fortalecer las relaciones económicas. Tuvieron que hacer uso de los contratos.

Pacto comercial (el contrato).

La fuente principal de las obligaciones es el contrato que se entiende como el acuerdo de voluntades destinado a crear una o varias obligaciones sancionadas por una acción judicial.¹¹ Todo contrato trae aparejado un pacto o un acuerdo respecto de un objeto determinado, pero hay que señalar que no todo pacto se va a constituir en todo momento como un contrato, es decir, la obligación creada no siempre seguirá un estricto formalismo.

En el derecho romano se clasifican los contratos en:

A) Nominados: eran aquellos que reconoció el derecho civil en la última época republicana que se distinguen de los innominados.¹² Son aquellos que tienen un nombre establecido

¹¹ Morineau Iduarte, Marta; Iglesias González, Román. *Derecho romano*. Editorial Harla, 3a Edición. México, 1998. p. 169.

¹² Margadant S., Guillermo. Op. Cit. p. 382.

por el derecho, cada uno de éstos contratos con nombre tienen características específicas y se dividen en:

- Contratos verbis, que eran aquellos que se perfeccionaban por la pronunciación de frases tradicionales como en el caso de una pregunta, seguida por una contestación.
- Contratos litteris, eran los que se perfeccionaban con la escritura.
- Contratos reales, se perfeccionaban mediante el consentimiento y la entrega de la cosa u objeto.
- Contratos consensuales, ellos se perfeccionaban con el mero consentimiento de las partes que los celebraban, tal consentimiento podía recaer sobre cualidades del objeto materia del contrato.

B) Innominados: eran aquellos contratos que no formaban parte de los clásicos contratos nominados del derecho romano. El término podía referirse a cualquier convención que quedara fuera de éste grupo, pero por sus consecuencias se reduce a cuatro clases:¹³

- Do ut des (doy para que des), se daba cuando las prestaciones de cada una de las partes consistían en dar algún objeto.
- Do ut facias (doy para que hagas), una parte se comprometía a dar algún objeto y la otra parte a prestar un determinado servicio.
- Facio ut des (hago para que des), se refería al anterior pero intercambiando las acciones de las partes.
- Facio ut facias (hago para que hagas), se da a presentarse un intercambio de servicios.

Para el derecho romano existen otras formas de clasificación que a continuación se mencionan:

- En atención a la forma de interpretarlos:
 1. De estricto derecho: son contratos en donde las partes deben ajustarse a lo convenido expresamente, sin forma de interpretación.
 2. Contratos de buena fe: se puede interpretar la intención de las partes en atención al uso, la equidad y las circunstancias especiales de éstos acuerdos.

¹³ Morineau Iduarte, Marta; Iglesias González, Román. Op. Cit. p. 177.

- En atención a los efectos que van a producirse sobre las partes:
 1. Unilaterales: originan obligaciones para una sola parte.
 2. Bilaterales o sinalagmáticos: originan obligaciones para ambas partes, hay reciprocidad de las tareas a realizar por los contratantes. Bajo ésta línea se puede hablar de una clasificación más.
 - Sinalagmáticos perfectos: las partes se obligan desde la celebración del contrato.
 - Sinalagmáticos imperfectos: una de las partes componentes del contrato se obliga desde el principio, pero la otra parte tendrá su obligación dependiendo de las circunstancias posteriores que pueden o no existir.
- Contratos gratuitos: son aquellos que obligan a una persona procurar a la otra una ventaja, pero aquella no va a recibir ninguna remuneración.
- Contratos onerosos: existe reciprocidad puesto que ambas partes se procuran beneficios y se obligan a realizar ciertas tareas.
- Contratos principales: son aquellos contratos que existen por sí mismos sin necesitar de uno anterior.
- Contratos accesorios: existen gracias a que se da uno anterior, sin el cual no puede subsistir.

Dentro de los contratos nominados se derivan más clasificaciones que marcan el tipo y la forma de contratos que regulan tareas y otorgan beneficios específicos y especiales a cada una de las partes. Por ello, es necesario realizar el análisis correspondiente.

Los contratos verbis o verbales son los que a continuación se mencionan y que su uso fue constante en aquellos tiempos.

1. Negocios per aes et libram: es simplemente una forma de llevar a cabo diversos tipos de negocios jurídicos en Roma y con la pronunciación de palabras solemnes, usando una balanza (libram) y un pedazo de bronce (aes), se efectuaba dicho negocio entre las partes. Tal formalidad se llevaba a cabo frente a cinco testigos y al “libripens”,

quien era la persona que sostenía la balanza. Si el negocio jurídico que se quería era transmitir una propiedad, dicho negocio se llamaba “mancipatio”; si se trataba de un préstamo en dinero con la garantía de que un miembro de la familia quedara como rehén en poder de la otra persona, tal acto se denominaba “nexum”.

2. Dictio dotis: era la promesa de un “paterfamilias” referente a la dote que le entregaría a su hija en el momento de que contrajera matrimonio. Esta promesa se llevaba a cabo bajo la pronunciación de palabras solemnes.
3. Promissio iurata liberti: un esclavo manumitido se comprometía a ciertas y determinadas cosas hacia su antiguo amo.
4. Stipulatio: es el más grande dentro del grupo de los contratos nominados verbales, ya que cubría la mayor parte de las necesidades contractuales de los romanos. Es un contrato unilateral y de estricto derecho que consistía en la promesa de las partes, sujeta a la formulación de una pregunta hecha por una parte y la contestación dada por la otra, ya sea negativa o afirmativa. La stipulatio se usaba sobre todo en la estipulación de intereses, donde el deudor debía pagar en relación a un contrato de préstamo; también se usaba en la pena convencional estipulatoria, para garantizar el cumplimiento de un contrato, en caso contrario se tenía que pagar una determinada cantidad; y en la fianza estipulatoria, donde una persona prometía pagar una deuda propia o ajena, si el deudor no pagaba la deuda, lo tenía que hacer el fiador.

Los contratos litteris o escritos eran los que se perfeccionaban de forma escrita, entre los que se encuentran la “nomina transcriptitia” y los “síngrafos y quirógrafos”.

1. Nomina transcriptitia: eran contratos que se consignaban en los libros de contabilidad de un acreedor, eran unilaterales y de estricto derecho que constituían el pago de una cantidad de dinero.

2. Síngrafos y quirógrafos: se dice que tal vez se originaron en el derecho griego. Los síngrafos se redactaban doblemente otorgando una copia al deudor y una al acreedor; los quirógrafos solamente se redactaban una vez para el acreedor.

Los contratos re o reales eran el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda, es decir, todos ellos se perfeccionaban con la entrega de una cosa, pues después de entregarla, quien la recibía estaba obligado a restituirla.

1. Mutuo: contrato unilateral, gratuito y de estricto derecho, en donde una persona llamada mutuante le otorga a otra llamada mutuario, la propiedad de bienes fungibles, obligándose el mutuario a devolver una cantidad igual del mismo género y calidad. El objeto de éste contrato consistía en trigo, vino, dinero, entre otras cosas que pesan, cuentan o miden.¹⁴
2. Comodato: era un contrato sinalagmático imperfecto, gratuito y de buena fe, por medio del cual el comodante le entregaba al comodatario una cosa no fungible para que lo use para un fin y la devuelva dentro de un plazo fijado. En el comodato, el comodante seguía conservando la propiedad y la posesión de la cosa, en tanto el comodatario estaba obligado a conservar la cosa haciéndose responsable de los daños que se pudieran causar, salvo por fuerza mayor. El objeto del comodato eran bienes muebles o inmuebles determinables. A su vez, el comodante debía indemnizar al comodatario por los gastos que hubiera realizado para conservar la cosa.
3. Depósito: éste es un contrato donde, el depositante entrega una cosa mueble al depositario para que la guarde y después la devuelva cuando se le requiera. Es un contrato sinalagmático imperfecto, gratuito y de buena fe. Entre las reglas más comunes se encuentra el supuesto de solicitar al depositante una indemnización por los gastos que hubiere tenido que realizar para conservar la cosa, en la debida forma e incluso, retener el bien en su poder si no se le indemnizaba. Ahora bien, si el depositario utilizaba el objeto depositado en su beneficio, debía pagar los intereses

¹⁴ Morineau Iduarte, Marta; Iglesias González, Román. Op. Cit., p.182.

correspondientes, más los daños y perjuicios que el depositante sufriera. Existen diversos casos especiales del depósito que a continuación se mencionan.

- a) Secuestro: constituye aquellos casos en los que, existiendo un bien cuyo propietario es una persona incierta, se entrega a un tercero de forma provisional, mientras se resolvía quién tenía el derecho de propiedad sobre la cosa. El secuestro judicial era uno ordenado por un juez; el secuestro provisional consistía en que las partes se pusieran de acuerdo para celebrarlo, como el caso de una apuesta.
 - b) Depósito irregular: podían ser depositados bienes fungibles que en algunas ocasiones se permitía al depositario consumirlos o venderlos pues que, por su naturaleza y por causas especiales del mismo objeto, se podía restituir por otro equivalente.
 - c) Depósito miserable o necesario: en aquél entonces, las partes caían en el supuesto de verse forzados a efectuar el depósito de un objeto, la mayor parte de las veces por causas ajenas al depositante. Si el depositario no cumplía con sus obligaciones, se ejercía en su contra una “actio in duplum”, es decir, una acción hasta por el doble del valor del objeto depositado. Este tipo de contrato se presentaba cuando el viajero depositaba su equipaje en una posada y el propietario o persona dependiente de él cometía un abuso sobre el objeto depositado.
4. Prenda: un deudor o una tercera persona entregaba una cosa a un acreedor prendario para que la guardase en garantía de un derecho que éste tuviera en contra de la tercera persona. Es un contrato sinalagmático imperfecto, de buena fe y accesorio, que servía para garantizar el cumplimiento de otra obligación. En un principio y acoplándose a la lógica, los objetos motivo del contrato de prenda, exclusivamente fueron bienes muebles pero, a medida que transcurrió el tiempo, también fueron inmuebles.

El acreedor prendario tenía la obligación de restituir la cosa dada en prenda en el momento en que el deudor cumplía con su obligación, también se obligaba a pagar intereses y daños en el caso de que el objeto mueble o inmueble llegara a sufrirlos por

haberlo usado para su beneficio, aquí el dueño de la cosa ejercía una “actio pignoratitia directa”, en caso de incumplimiento del acreedor prendario. El deudor, por su parte, estaba obligado a rembolsar al acreedor prendario los gastos que éste hubiese efectuado para la conservación del objeto; en el supuesto de que el deudor no cumpliera con éstas obligaciones, el acreedor prendario tenía la facultad de ejercer una “actio pignoratitia contraria” para hacerse rembolsar los gastos efectuados, pero además, tenía el derecho de retener el objeto dado en prenda.

Existen elementos especiales propios de la prenda, tales como la “anticresis” y el “pignus Gordianum”. En la primera, el acreedor prendario podía utilizar la prenda con la facultad de percibir sus frutos hasta que con su importe se pague la deuda. El pignus Gordian o prenda Gordiana, que tiene su antecedente en el año 239, consistía en que el acreedor prendario poseía la facultad de retener la prenda, toda vez que el deudor hubiese cumplido con la obligación principal, por ende, la prenda siempre fue accesoria cuando tuvo otros créditos con el mismo deudor. La prenda Gordiana servía para garantizar créditos diversos al acreedor prendario.

Entre los contratos consensuales se hayan: la compraventa, la “locatio conductio”, el mandato y la sociedad. Existen dos figuras: la “Intuitu rei” (compraventa y locatio conductio) y la “intuitu personae (mandato y sociedad). En los primeros, lo que importa es el objeto o fin materia del contrato; en los segundos, lo más importante es la calidad de asociación o la cualidad de encomendar algo a una tercera persona. Cabe mencionar que todos los contratos consensuales son bilaterales y de buena fe.

1. Compraventa: también conocida como “emptio venditio”, el vendedor se obligaba a transferir a un comprador, la posesión libre, completa y duradera de una determinada cosa, mediante el pago de una cantidad cierta y en dinero. En caso de que la venta se hiciera por menos de la mitad del valor del objeto, el vendedor podía rescindir el contrato, a menos que el comprador completara la diferencia. Como antecedente de la clásica compraventa romana, encontramos también estipulaciones recíprocas; unas para fijar los principales deberes del comprador y otras para fijar los deberes del

vendedor. Esta práctica corresponde al típico espíritu del derecho primitivo, con su tendencia a construir una relación bilateral con dos relaciones unilaterales.¹⁵

El comprador tenía la obligación de pagar el precio convenido; en caso de retraso en el pago; se causaban intereses moratorios; otra obligación era la de recibir la cosa comprada en el momento en que se determinaba. Del mismo modo, si la cosa perecía por causas de fuerza mayor entre el momento de la compra y el de la entrega, el riesgo lo soportaba el comprador. Las obligaciones del vendedor eran: entregar la propiedad de la cosa; realizar todos los actos necesarios para garantizar el uso y disfrute de la cosa al comprador; responder de los vicios ocultos, que al ser descubiertos traían como consecuencia ejercer la "actio quanti minoris", para obtener una disminución en el precio o bien, la "actio redhibitoria" para solicitar la nulidad del contrato en un lapso de seis meses.

En la compra de esperanza o "emptio spei", el contrato se perfeccionaba desde el principio y el comprador debía pagar el precio aunque la cosa futura no llegase a existir, como en el caso de la cosecha; otro caso especial era la compra de una cosa esperada o "emptio rei speratae", donde el perfeccionamiento del contrato se condicionaba a que la cosa existiera y ya entonces el comprador pagaba el precio, como en el caso de una cría no nacida y sujeta a que fuera hembra o macho. Por otra parte, existen una serie de figuras derivadas del contrato de compraventa.

- a) Las arras: cantidad de dinero que un contratante le entregaba al otro para demostrar si interés en la celebración del contrato, pero si uno de ellos se retractaba en la celebración del mismo, llegaban a aparecer las arras penales o pena convencional.
- b) La addictio indiem: el vendedor podía rescindir el contrato si antes de una determinada fecha se le ofrecía una mejor oportunidad de venta.
- c) El pactum displicentiae: el comprador podía rescindir la compraventa dentro de un plazo si el objeto no le satisfacía por alguna causa justa.

¹⁵ Margadant S., Guillermo. Op. Cit., p. 404.

- d) El pactum de retroemendo: el vendedor podía reservarse el derecho de volver a comprar la cosa en un plazo determinado bajo ciertas condiciones ya establecidas.
 - e) El pactum de retrovendendo: el comprador podía volver a vender el objeto al vendedor bajo ciertas circunstancias.
 - f) La protimesis: era el derecho de preferencia que tenía el vendedor de volver a comprar la cosa si el comprador quisiera venderla.
 - g) El pactum commissorium: quedaban en suspenso los efectos del contrato hasta que se pagara totalmente el precio de la cosa.
3. Locatio conductio: una persona se comprometía a proporcionar a otra, el goce temporal de una cosa no consumible o a ejecutar a favor de ella un trabajo, mediante una retribución periódica en dinero. El locador (arrendador), en caso de incumplimiento del conductor (arrendatario o inquilino) ejercía una “actio locati”; en caso de incumplimiento del locador, el conductor podía ejercer una “actio conducti”. Este contrato tiene cuatro modalidades.
- a) La locatio conductio rerum (arrendamiento): recaía sobre cosas consumibles que estuvieran dentro del comercio, con duración de acuerdo a la voluntad de los contratantes y se recibía de forma periódica, un precio determinado en dinero. El locador debía entregar la cosa arrendada; responder de daños y perjuicios en caso de evicción o vicios ocultos del bien; responder de daños y perjuicios que él o personas dependientes causaren al conductor; pagar las reparaciones necesarias del objeto en cada arrendamiento; por su parte, el conductor debía pagar la renta preestablecida, en períodos vencidos, salvo pacto en contrario; servirse del objeto de acuerdo con el uso normal para el que fue arrendado; hacer reparaciones pequeñas ocasionadas por el uso normal del bien; y devolver el objeto al término del contrato.¹⁶ Si al término del contrato, las partes no hacían manifestaciones de concluirlo, éste se tenía por prorrogado en las mismas condiciones, por tiempo indefinido.

¹⁶ Morineau Iduarte, Marta; Iglesias González, Román. Op. Cit., p. 188.

- b) Aparcería: era el arrendamiento de un predio rústico que se transmitía a los herederos cuyas consecuencias de una mala cosecha las sufrían en arrendatario y las propias personas a las que se heredaba. Tanto la locatio conductio rerum como la aparcería se daban por terminados por las causas siguientes: voluntad de las partes; cumplimiento del término previsto; pérdida del objeto; incumplimiento en el pago de la renta por un período de dos años; por el deterioro del objeto arrendado por culpa del arrendatario; en los casos en que el propietario tuviese necesidad del objeto arrendado.
 - c) Locatio conductio operarum (contrato de trabajo): en Roma no tuvo gran importancia. Son elementos esenciales la dependencia económica y la dirección técnica pero no entran en éste contrato todos los servicios artísticos ni las profesiones liberales.
 - d) Locatio conductio operis (contrato de obra): la diferencia con el contrato anterior estriba en que la locatio conductio operarum se refiere a la prestación de un servicio y la locatio conductio operis refiere al resultado de un trabajo. Aquí, el locator encarga la obra y responde de los vicios que existieran en el material entregado, el conductor ejecuta el trabajo, por ende, el locator paga la obra que realiza el conductor.
4. Mandato: contrato bilateral, sinalagmático imperfecto y de buena fe por virtud del cual, el mandante le encarga al mandatario la realización de un acto determinado por cuenta y en interés de aquél. Anteriormente el mandato era gratuito aunque en algunos casos se admitió que el mandatario recibe una remuneración como el caso de los médicos o los abogados, que no se consideraban locadores. Para que el mandato llegara a existir, la gestión encomendada debía ser lícita, conforme a la moral y a las buenas costumbres y hacerse en interés del mandante, por ello, el mandatario tenía la obligación de llevar a cabo el mandato según las instrucciones recibidas o de acuerdo a la naturaleza del negocio; así también, debía rendir cuentas al mandante y restituir los intereses de los capitales colocados y todas las adquisiciones, consecuencia del mandato; debía también, responder de los daños y perjuicios ocasionados por su dolo o culpa grave o leve.

Los deberes que podían surgir para el mandante eran: pagar al mandatario los gastos que hubiera hecho en la ejecución del encargo; y responder de los daños que como consecuencia de la gestión hubiera sufrido. Así mismo, el contrato finalizaba por: cumplimiento del encargo o la imposibilidad de realizarlo; llegada del término establecido; por voluntad de ambas partes; por revocación del mandato por parte del mandante; por renuncia del mandatario; y por muerte de las partes, excepto en el caso de mandato “post mortem”. El mandato post mortem surtía efectos después de la muerte del mandante, como en el caso de que éste encargara al mandatario que constituyera un sepulcro en su honor. El mandato de crédito o mandato calificado era otra modalidad y en ella, el mandante encargaba al mandatario que prestara una suma de dinero a un tercero, es decir, tenía los efectos de una fianza en la que el mandante-afiador ordena al mandatario-acreedor que preste al tercero deudor. En éste caso se responsabiliza al mandante frente al mandatario ya que debía responder por los daños que el encargo pudiese ocasionarle. Para el caso de incumplimiento, el mandante tenía la facultad de ejercer una “actio mandati directa” y el mandatario una “actio mandati contraria”.

5. Sociedad: es el contrato por virtud del cual dos o más personas llamadas socios se obligan recíprocamente a aportar bienes o trabajo para alcanzar un fin lícito de utilidad común. Para que se perfeccionara el contrato, era indispensable reunir los siguientes requisitos:
 - a) Las partes debían manifestar expresamente su intención de constituir una sociedad “affectio societatis”.
 - b) Las partes debían hacer aportaciones recíprocas que podían ser de diferente naturaleza valor pero, debían ser efectuadas por todos los socios.
 - c) El objeto de la sociedad debía ser de interés común y lícito, aunque un socio solo participara de las ganancias, era éste válido si los socios así lo establecían.

Atendiendo a la naturaleza de las prestaciones efectuadas, las sociedades se clasificaban en:

- a) Rerum, si el aporte lo constituían bienes.
- b) Operarum, si el aporte lo constituían el trabajo o la actividad de los socios.

- c) Mixtas, si se aportaban bienes o trabajo.

Atendiendo al fin que perseguían los contratantes, las sociedades se clasificaban en:

- a) Lucrativas, si los socios perseguían un lucro.
- b) No lucrativas, si se perseguía una finalidad que no representara un lucro.

Atendiendo a los bienes comprendidos en las sociedades, se clasifican en:

- a) Universales, si comprendía todos los bienes que tuvieran los socios. En éste caso, los hijos que no querían dividir el caudal de la herencia del padre, con ello, podían formar una sociedad; o si la sociedad comprendía todas las adquisiciones obtenidas por el esfuerzo de los socios, es decir, todas las ganancias.
- b) Particulares, si comprendían cosas determinadas, éstas sociedades tenían por objeto, realizar una o más operaciones determinadas.

Los deberes de los socios se constituyen en: efectuar la aportación convenida; cada socio respondía por la evicción y los defectos ocultos de las cosas aportadas; cada socio respondía por su dolo o culpa leve.

Los socios también percibían derechos, los cuales se traducen en: cada uno podía dirigir los asuntos de la sociedad, pero regularmente se designaba a uno solo para administrarla; de la misma forma, tenían derecho a participar de las ganancias sociales pero si no se hubiera convenido la manera de repartirlas, se hacía por partes iguales; por otro lado, las pérdidas eran soportadas en la misma proporción por cada uno, de acuerdo a la parte de beneficios correspondientes, salvo pacto en contrario.

Para proteger al contrato de sociedad, los socios ejecutaban la “actio prosocio” que permitía hacer efectivas las obligaciones recíprocas de los socios, ésta acción también servía para pedir la disolución de la sociedad; en cambio, para pedir la división del patrimonio de la sociedad ya disuelta, ejecutaban la “actio communi dividundo”. Este contrato de sociedad no tuvo gran desarrollo en Roma porque el

paterfamilias administraba, los bienes a través de su división entre los hijos o esclavos.

La división de la sociedad se daba:

- a) Por las personas: se disolvía por la muerte o la “capitis deminutio” de uno de los socios puesto que, la sociedad es un contrato “intuitu personae” que se realiza en atención a las cualidades de los contratantes, en éste caso ya no era posible que continuara con los socios sobreviviente ni con los herederos del fallecido, por ende y si era el caso, tendrían que formar una nueva sociedad.
- b) Por las cosas: al llegar el término convenido; por realizar el fin de la sociedad o porque era imposible realizarlo; o porque perecían las cosas que constituían la sociedad.
- c) Por la voluntad: la sociedad se disolvía al presentarse la renuncia de uno o varios socios.
- d) Por la acción: al demandar, uno de los socios, la disolución mediante la “actio prosocio”.

Los contratos innominados aparecieron porque se reconocían determinadas figuras que no estaban dentro de la clasificación tradicional de los contratos. Estos acuerdos de la voluntad que se apartan de los contratos típicos del derecho romano, en atención a la naturaleza de la prestación y la contraprestación, se agrupaban en cuatro clases que ya han quedado expresadas. Ahora bien, los contratos más representativos son los que se mencionarán.

1. Permuta: contrato por el cual, un contratante transfería al otro la propiedad de una cosa para que éste le transmitiera la propiedad de otra cosa.
2. Aestimatum (contrato estimatorio): en éste caso, el propietario de una cosa, después de valuarla o estimarla, la entregaba a otra persona con el fin de que la vendiera y le entregara un precio o bien, que la devolviera en caso de que la venta no se realizara. En la aestimatum, el actual contrato de agencia mercantil encuentra su antecedente

romano. Se trata de un contrato parecido a la compraventa, al mandato, al depósito irregular, pero sin poder clasificarse claramente.¹⁷

3. Precario: una persona, a petición de otra, le concedía el uso de una cosa para que la devolviera en el momento en que se la reclamara. Tiene similitud con el comodato, pero es diferente ya que para su existencia era necesario que el precarista lo solicitara al concedente y éste podía revocar el precario en el momento que lo deseara, incluso habiéndose fijado un plazo.
4. Transacción: las partes se hacían concesiones recíprocas para dar por terminada una controversia presente o evitar una futura. El contrato debía reunir los requisitos de: que existiera un derecho incierto y que hubiera concesiones recíprocas. Para el caso de anular la transacción, esto se podía llevar a cabo si ya había una sentencia anterior sobre el asunto, la cual no fuera conocida por las partes.

La totalidad de los contratos innominados se perfeccionaban cuando cualquiera de las partes cumplía con su prestación. La parte que cumpliera primero con la prestación, tenía a su favor la “actio praescriptis verbis” para reclamar la contraprestación debida y también tenía la “condictio causa data causa non secuta”, dicha acción se invocaba para exigir la restitución de la cosa cuando la prestación cumplida hubiera consistido en un “dar”.

En síntesis.

Gracias al enorme desarrollo de la marina romana, las condiciones comerciales, nacionales y extranjeras, se creó una potencia económica fundada en materias primas y productos fabricados. Es notoria la capacidad que tuvo el pueblo de Roma para garantizar el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, esto se debe a la clasificación jurídica de los contratos, los cuales fueron parte fundamental para que las partes se obligaran y cumplieran con sus tareas. Aquellos contratos siguen regulando los actos de las personas, otros se han desarrollado y hasta han cambiado su nombre, tal es el caso de la aestimatum. Además, se reconoce el valor de los intermediarios en éste territorio destacable. Principalmente han

¹⁷ Margadant S., Guillermo. Op. Cit., p.428.

quedado expuestas las fuentes de la sociedad, del mandato, de la compraventa, del contrato de trabajo y del arrendamiento, lo cual servirá de guía para comprender ciertas figuras que se tocarán a lo largo del presente trabajo de tesis.

1.3 EDAD MEDIA.

Panorama comercial.

La actividad comercial en todas las épocas, en todas partes del mundo, corresponde a la necesidad de aventuras y al afán del lucro, esto ya corresponde a la naturaleza del hombre. Dependen de los mercaderes las relaciones de intercambio que establece el comercio.

En la edad media, el comercio no se concebía sin la agricultura ya que debía procurarse por medio de ella, el alimento de las personas que ocupa y enriquece. En éste tiempo se habla de un renacimiento que tuvo el comercio, a lo que se opuso la iglesia pues consideraba que las ganancias comerciales eran peligrosas para salvar el alma, las actividades mercantiles la mantenían desconfiada frente a todas las transformaciones sociales que se provocaban.¹⁸

La marea catolicista impedía a los mercaderes que se enriquecieran en plena libertad de conciencia y conciliaban la práctica de los negocios con los preceptos de la religión. Muchos testamentos de banqueros y especuladores ordenaban que se indemnizara a los pobres y dejaban al clero parte de los bienes que en su alma y conciencia consideraban mal adquiridos; por lo menos, su fe permanecía intacta y contaban con ella para obtener su absolución en el juicio final.

Gracias al renacimiento comercial, el Mediterráneo antes restringido, se abría a la navegación comercial. Como en Roma, en tiempos de su esplendor, se restablecen las comunicaciones en todo éste mar especialmente europeo. De la misma forma, así como la agricultura, se desarrolla una industria, desde su nacimiento, orientada hacia la exportación, ésta situación tuvo un enfoque muy claro en las ciudades de Venecia, Pisa, Génova y para el siglo XI se propaga hacia el norte de Italia; entonces la navegación nórdica fijo en el

¹⁸ Pirenne, Henri. *Historia y social de la edad media*. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1974. p. 27.

estuario formado por el Rin, el Mosa y el Escalda, un poderoso centro de atracción, una plaza de comercio frecuentada por numerosos mercaderes.

La región flamenca también ocupó una situación privilegiada que conservó hasta finales de la edad media. Sus progresos fueron muy rápidos que durante el siglo II de nuestra Era, exportaban tejidos hasta Italia. Pero el aniquilamiento del comercio por las invasiones de los escandinavos interrumpió la exportación. Poco más tarde, la calidad superior de la lana inglesa mejoró la de los tejidos y también propagó su difusión. El trabajo de la lana se concentró en las aglomeraciones mercantiles y con un tipo de comercio incesante que provocó una corriente interesante de comercio terrestre.

Por otra parte, la Europa occidental se cubría de castillos edificadas por los príncipes feudales para servir de refugio a los hombres, esos castillos fueron denominados burgos y constan de una muralla de piedra o tierra, rodeada por un foso y en la que se abren varias puertas. El burgo de carácter laico, ya que cuentan con un lugar para las necesidades del culto, al igual que la ciudad eclesiástica, subsistieron en aquél entonces, gracias a la tierra, no tenían alguna actividad económica propia ya que, correspondían a la civilización agrícola.

Con el resurgimiento del comercio, durante la segunda mitad del siglo X, se observa un fenómeno destacable. La existencia de los mercaderes y los riesgos a que se exponían en una época en la que el saqueo constituía uno de los medios de existencia de la pequeña nobleza, los impulsaron a buscar protección en el recinto de las murallas a lo largo de los ríos o de los caminos naturales que recorrían. De aquella forma nacieron, al lado de las ciudades eclesiásticas de las fortalezas feudales, aglomeraciones mercantiles, cuyos habitantes se dedicaban a un género de vida diferente de la de los hombres que vivían en el interior del recinto. Los puertos que eran lugares por los que se transportaban mercancías y eran puntos activos de tránsito, principalmente los de Inglaterra tenían habitantes de nombre "poorters" que fue durante mucho tiempo sinónimo de burgués, aunque la burguesía primitiva se componía de hombres que vivían del comercio.

El comercio y la industria se reclutaron en su origen entre hombres desprovistos de tierra y que vivían al margen de una sociedad en la que sólo la tierra garantizaba la existencia, pero

no por ello se dejaron de aprovechar las costas y los estuarios de los ríos, la llegada de barcos y mercaderes que provenían del Sur, de Venecia y del Norte, de la región escandinava, por ende, Europa occidental, inmovilizada en su civilización agrícola, ahora se iniciaba rápidamente hacia una nueva vida ya que sus progresos multiplicaron el número de mercaderes y desarrollaron la importancia de sus negocios. En aquél tiempo de incremento comercial, no era difícil para los jóvenes encontrar un empleo de auxiliar, asociarse a algunos negocios, ser corredores e intermediarios en la venta de mercancías.¹⁹

Por otra parte, la relación de los príncipes, unos con otros, repercutieron constantemente en el terreno económico. Lo anterior significa que en tiempos de guerra, los mercaderes del enemigo eran aprehendidos, se confiscaron sus bienes y se embargaron sus buques; la prohibición del comercio consistía en un medio común y corriente de coacción contra el adversario. Sin embargo, surgen convenciones que garantizaban el establecimiento de los mercados extranjeros. El sentimiento de seguridad iba creciendo y se va creando poco a poco una actitud favorable al progreso del tráfico y del trabajo internacionales.

Uno de los rasgos de mayor relieve en la organización económica de la edad media fue el papel que desempeñaron las ferias del siglo XIII. Así como en la antigua Grecia, abundaban en todos los países y representaban un fenómeno internacional apegado a las condiciones de la sociedad europea. Las ferias constituyeron lugares de reunión periódica de los comerciantes, eran centros de intercambio al mayoreo que se esforzaban en traer el mayor número posible de hombres y productos. El aspecto importante que desarrollaron las ferias permitió que los productores principales de materias primas, de artículos de lujo o de productos procesados de gran necesidad, reclutaran gente profesional para desempeñarse como intermediarios, puesto que el productor no podía hacer las veces de vendedor al no darse abasto con las mercancías y la demanda de los habitantes. Europa medieval representa el auge que tuvieron las personas dedicadas a la venta en representación del verdadero mercader.

¹⁹ Pirenne, Henri. Op. Cit., p. 42.

La suma de esfuerzos entre los mercaderes europeos y la explotación de sus mercados dio como resultado que el capitalismo se afirmara ya desde el siglo XII.²⁰ De manera irremediable, el comercio de larga distancia, es decir, el de las importaciones e importaciones, produjo desde entonces fortunas considerables, se razona, se calcula y se acumulan grandes ganancias, unos kilogramos de productos básicos o semillas, unas docenas de tela fina, aseguraban una venta muy remuneradora puesto que no había competencia alguna y aún no existían precios de mercados, además, la oferta fue siempre inferior a la demanda.

Las ganancias obtenidas por los comerciantes distan mucho de emplearse únicamente en el comercio, así que muchos de ellos se dedicaban también al comercio del dinero. Por otra parte, el aumento constante de la población al transformar sus terrenos en predios de construcción, elevó a tal grado la abundancia de sus ingresos por concepto de tierras que muchos de ellos, desde la segunda mitad del siglo XII, renunciaron a los negocios y se convirtieron en rentistas. Las personas que incrementaron su economía e ingresos, poco después se asociaron y no tardaron en construir grupos cerrados. El acceso al gran comercio dependía ahora de los grupos que acapararon el monopolio de él y en las pequeñas ciudades, el comercio se concentraba en una sola persona que pretendía excluir a la gente que se concentraba en el artesanado o en los negocios pequeños.

Como se puede apreciar, el comercio derivado de grandes esfuerzos por los mercaderes europeos del medioevo, que tuvo un gran auge y equilibrio para todos, gracias al desarrollo de las flotas y exportando al Mediterráneo, terminó acaparado en los importantes grupos millonarios que impidieron desarrollar el capitalismo en todos los sitios de las grandes y pequeñas ciudades, se creó una desigualdad mercantil, aunque ello no impidió que con el paso del tiempo, Europa se convirtiera en la potencia comercial y financiera más sobresaliente del planeta.

²⁰

Pirene, Henri. Op. Cit., p. 120.

La importancia de los corredores.

Las grandes ciudades necesitaban abastecerse cada vez en mayor proporción pues, con el correr de la edad media, las necesidades de las personas iban en aumento. Había muchas mercaderías que era preciso importar de otros países, tales como las especias, los pescados y el vino. En tiempos de escasez o de hambre se lograba alimentar a la población gracias a las importaciones, las cuales, no podían sujetarse a una reglamentación ya que ésta estaba hecha para los mercados municipales. La reglamentación del comercio pequeño lograba impedir y sancionar abusos de algunas personas que revendían los productos cuando había alza de precios; de la misma manera, la reglamentación frustraba los actos de algunos intermediarios en combinación secreta con algunos campesinos; pero se hallaba impotente ante el mercader de mayoreo que mandaba alijar en los muelles de la ciudad, varios barcos cargados de mercancías para satisfacer necesidades primarias. Poco a poco, la reglamentación permitió que la burguesía participara de las utilidades de los importadores. En su calidad de forastero, el mercader foráneo debía recurrir necesariamente a la población local. Tiene que pasar por un intermediario para vender y comprar a personas que no conoce. Al principio, tomó de guía y de auxiliar al huésped en cuya casa se alojaba. Esta costumbre se relaciona con la institución de los corredores, la impusieron las circunstancias y después se convirtió en obligación legal. El mercader se vio obligado a no celebrar contrato alguno con la burguesía sino cuando estaba bien asesorado por un corredor oficial.

Venecia dio el gran ejemplo, a partir del siglo XII se encuentran en dicha ciudad, bajo el nombre, copiado de Bizancio, de “sensales”, verdaderos corredores. En el siglo XIII, éstos agentes aparecen en todas partes, ya sea como “makelaeren” en Flandes, como “unterkäufer” en Alemania, como “brokers” en Inglaterra.²¹ A veces, hasta conservaban su designación primitiva de huéspedes (gasten). En todas las ciudades percibían derechos tan lucrativos que muchos de ellos acumulaban fortunas cuantiosas y ocupaban el primer lugar en la alta burguesía.

Contra la invasión de los capitalistas forasteros se tomaron precauciones como la acción de excluirlos del comercio al menudeo. Este era el monopolio intocable de la burguesía, el

²¹ Pirenne, Henri. Op. Cit., p. 130.

dominio que se reserva y en el que se defiende contra toda competencia. La legislación municipal imponía al gran comercio, los intermediarios que negaba al pequeño. El interés de la burguesía era fuente necesaria para que se diera dicho supuesto. Si de ello resultaba un alza de los precios para las mercancías traídas de fuera, cuando menos favorecía a los negocios locales. La intervención de los corredores y la prohibición de la venta al menudeo se aplicaba solamente a los foráneos y estaban exentos de ella los grandes comerciantes de las ciudades pequeñas.

En síntesis.

El corredor, sinónimo de agente comercial en la edad media, hoy en día tiene características distintivas. Todo hace suponer que celebraban contratos de mandato mercantil y tenían la tarea de asesorar al comerciante foráneo para la buena venta de sus mercancías. Las condiciones de mercado acrecentaron el número de corredores y sus remuneraciones.

1.4 ESPAÑA

El comercio en la época antigua.

España está enclavada en la parte meridional de Europa y muy cerca del continente africano; es dueña de una de llaves del gran Mediterráneo y de numerosos puertos en dos mares diferentes; así mismo, posee buenas condiciones climatológicas y de riqueza. Este país tiene elementos favorables para fomentar su marina y desarrollar su comercio, pero su carácter de aventura y fanatismo religioso de tintes católicos, lo llevaron a colonizar y dominar gran parte del continente americano, no supo sacar provecho de esos descubrimientos territoriales ya que, su sed de glorias militares y expediciones lo dejaron muy lejos de las industrias y artes de los pueblos laboriosos, de tal forma que perdió los brillantes esplendores de abundante riqueza, los lucrativos goces del trabajo productor y los fecundos bloques de prosperidad.

Colón, Cortés, Pizarro, Pinzón, Valdivia, Velásquez, Magallanes y otros marinos dieron a la monarquía española numerosos y extensos territorios, que jamás en el mundo hubo nación que igualara tan grandes dominios como: Islas Filipinas, Carolinas y Marianas, México,

Guatemala, Colombia, Perú, Chile, Paraguay, Tierra Firme, Río de la Plata y Grandes Antillas. Con ello, se abrió paso a un comercio tan colosal entre España y sus colonias que comprendió toda clase de productos ultramarinos y europeos, entre los que sobresalieron los cargamentos de metales preciosos, maderas finas, leños y cortezas esenciales, pieles, telas de lana, tejidos de lino, instrumentos agrícolas, comestibles, entre muchos otros.

Durante los primeros treinta años de dominación se nombraron diversas autoridades militares, civiles y eclesiásticas que dirigieron de forma tan descuidada e incompleta los servicios de los territorios conquistados, muchos de ellos quedaron en completo abandono y algunos aventureros se dedicaron a poseerlos por su propia cuenta. Por otra parte, si se dictaron ordenanzas protectoras de los indígenas sólo fue para que se les considerase como contribuyentes. Este sistema no dio resultado pues como se fundaba en un régimen contributivo tan exagerado que todos deseaban evadir, disminuyó la población y empobreció el país. Poco después, el régimen de una serie de leyes dictadas por Carlos I en 1542 permitió crear un Consejo Supremo de Indias, para la alta dirección administrativa de las colonias; también se creó una Cámara de Comercio y Justicia para la resolución de los asuntos mercantiles trasatlánticos; varios virreinos de las colonias para el gobierno civil y militar de las mismas; algunas Audiencias ultramarinas en los territorios del continente americano, ello para dar consejo al virrey y administrar justicia al pueblo; diversos tribunales eclesiásticos para decidir las cuestiones relativas al clero y a la religión; se autorizó a las ciudades para elegir a sus cabildos y municipios.

La anterior administración resultó defectuosa pues los funcionarios permanecieron pocos años en sus cargos y los extranjeros no podían comercializar en las colonias. Para enriquecerse, muchos emprendieron un sistema de corrupción, abusos, desfalcos, saqueos y contrabandos en los dominios de los españoles.

El comercio y la navegación entre España y sus colonias se ejerció primeramente por las flotas y galeones reales, constituyendo una especie de regalía del rey, que Isabel I vinculó por su testamento a favor de los castellanos, que Fernando V extendió después a los aragoneses, que Felipe V amplió a los catalanes y que Carlos III generalizó más adelante a los demás españoles más adelante a los demás españoles, habiéndose fundado también

con la sanción de los reyes para mantener el monopolio temporal del tráfico ultramarino en su particular provecho, varias Compañías privilegiadas, como la de Caracas en 1728, la de Cuba en 1735, la de Honduras en 1756 y la de Filipinas en 1785, hasta que al fin, el gobierno de Madrid decretó la libertad de comercio entre España y las colonias occidentales.

El tráfico hispano colonial se hizo por buques aislados, pero cuando éste tráfico comenzó a organizarse, salían anualmente de la Península Ibérica hacia América dos escuadras reales cargadas de mercancías y escoltadas por 60 o 70 buques de guerra, de las que una flota se dirigía a Veracruz para abastecer a la Nuevas España, en tanto que la otra, denominada galeón, se enviaba a Puerto Rico para surtir los dominios de Chile y Perú.²² Dichas expediciones marítimas se verificaron con cierta regularidad durante largo período y aún fueron aumentando en importancia a medida que los pueblos indígenas se iban acostumbrando al uso de los productos europeos o que los mineros americanos se iban entregando al cansancio y al fastidio, con sus enormes riquezas.

A pesar de todo aquello, en tiempos de Felipe III, los viajes de las escuadras sólo tuvieron lugar cada tres años y en el reinado de Felipe IV, los galeones estuvieron otros tres años anclados en Veracruz esperando la llegada de los comerciantes, cuyos hechos tan contradictorios entre sí, presentan un fenómeno curioso, que parecería imposible si no lo acreditaran los actos de contrabando más continuo que se registra en la historia.²³ Tal contrabando se practicó en España, a la vez que en las colonias. En la exportación de la Península, como el pacto hispano colonial reservada a España el derecho exclusivo de abastecer sus dominios ultramarinos y la industria nacional era insuficiente para satisfacer los pedidos que de lo mismo se hacían, los exportadores españoles cargaban como suyas las mercancías que eran de industriales extranjeros y prestando o vendiendo en su nombre eludían la ley o defraudaban al fisco, otras veces, los comerciantes ingleses, franceses, holandeses y de otros países transbordaban sus mercaderías en alta mar a las escuadras españolas, que los conducían fuera de registro y al regresar entregaban el importe.²⁴

²²

Fontana, Josep. *La economía española al final del antiguo régimen*. Editorial Alianza. España, 1982. p. 75.

²³ Fontana, Josep. Op. Cit., p.5.

²⁴ Idem., p. 6.

En la importación de España, cuando llegaban al puerto peninsular de destino los navíos cargados con mercancías de la India, pasaba a bordo un delegado de la aduana para impedir el fraude, pero la mayor parte de las veces se dejaba sobornar y consentía el alijo de lo no manifestado. También sucedía que el capitán presentaba al cónsul la documentación del buque y los interesados en el cargamento convenían con él la cifra que debía presentarse en la aduana, siendo importante subrayar que casi todos éstos hechos ilícitos se realizaban en Madrid con la complicidad de las autoridades encargadas de evitarlos y muchos de ellos, con la tolerancia del propio gobierno que los había prohibido.

En la exportación de las colonias, como los productos de las mismas debían ser vendidos a España y ahí los tenían que adquirir las demás naciones a precios muy elevados, algunas establecieron agentes comerciales en los países productores que las compraban de antemano para cargarlas clandestinamente en sus buques con el consentimiento de las autoridades o en costas poco frecuentes y en vez de dirigirse a Cádiz o Sevilla, se encaminaban directamente a Londres o Ámsterdam. Otras veces, los buques españoles tomaban más carga que la expresada en los documentos y en alta mar, transbordaban el exceso a los navíos extranjeros, que hacían rumbo a sus respectivas naciones.²⁵ En la importación de las colonias, el contrabando era más considerable y empleaba más ingeniosos, por ejemplo, algunas veces, los portugueses, encargados especial y legalmente de abastecer de esclavos a las colonias españolas, se aprovechaban para introducir con los negros, toda clase de mercancías.

Pero el contrabando más enorme y el que mayor perjuicio causó al comercio español fue el que continua y directamente realizaban en los dominios hispanos barcos muy ligeros y veleros que, burlando la vigilancia y persecución de los guardacostas, llevaban en sus bodegas importantes expediciones de mercancías, cargadas en los grandes depósitos que con tan censurable fin establecieron los ingleses en Jamaica y Barbada, los franceses en Martinica y Guadalupe, los holandeses en San Eustaquio y Curasao y los daneses en Santo Tomás y San Juan.

²⁵ Fontana, Joseph. Op. Cit., p.6

Comercio en la época moderna.

Durante éste período, España fue con respecto al mundo entero, la nación más grande en extensión territorial y la más rica en metales preciosos pero, a falta de gobiernos prácticos e inteligentes, desarrolló una política tan torpe, por ende, una economía descuidada, así como una administración tan mala que en vez de hacer valer aquellos importantes elementos para conquistar el primer rango universal de los pueblos, los descuidó bastante para perder sus numerosos dominios coloniales y convertirse en potencia de segundo orden.

La decadencia española en parte se debió al fanatismo religioso ya que, en su afán de hacer del mundo una monarquía católica, sirvió de fundamento al destierro de los judíos quienes sostenían al comercio; a la expulsión de los moros que cultivaban el suelo; a la fundación de conventos que amortizó la propiedad; y al rigor de la Inquisición que hizo emigrar al pueblo. Además, contribuyeron a fomentar su debilidad, los reglamentos gremiales de los oficios, que disminuyeron la producción de los artículos fabricados, ello provocó que se restaran los trabajos a las personas, disminuyó la mano de obra, disminuyó el personal que ya para entonces colaboraba con las industrias en el ofrecimiento de productos. Los agentes comerciales se vieron en la necesidad de cambiar su oficio, se redujo el número de intermediarios entre fabricantes y consumidores.

Las guerras marítimas con los ingleses destruyeron las fuerzas navales españolas, no se tuvo la flota suficiente para impulsar el comercio por los mares y aguas internacionales; las luchas sangrientas con los franceses fueron otros problemas de orden bélico que debilitaron a la economía y al comercio puesto que, sucumbieron las rentas públicas.

Las preocupaciones sociales ocasionaron que se menospreciaran las artes mecánicas; las incautaciones de bienes provocaron la desconfianza de los propietarios; las barreras interiores sobrepuestas, ya por el gobierno, ya por los propios comerciantes, disminuyeron el tráfico de las provincias.²⁶

²⁶

Sánchez – Albornoz, Nicolás. *España hace un siglo: una economía dual*. Editorial Alianza. España, 1977. p. 148.

Las legislaciones de ferias nacionales de comercio coartaron las transacciones mercantiles; aunque también, las leyes suntuarias redujeron el consumo de mercancías; sin lugar a dudas, el contrabando fue una causa fuerte que propició la debilidad mercantil ya que, por sus excesos, se mermaron los ingresos nacionales. Una fuga de capital de gran tamaño impidió que las arcas del aparato fiscal se llenaran para desarrollar actividades sociales.

Hubo muchas inmoralidades administrativas que desprestigiaron las instituciones públicas; aquello trajo consigo impuestos excesivos y aumentos de las deudas, ello en conjunto, fue una carga muy pesada para los contribuyentes; los empréstitos forzosos derrumbaron el crédito del país; los desórdenes financieros que constituyeron una plaga, acompañaron a muchos otros lamentables errores que consumaron en su conjunto, la aniquilación de una España rica en dominios coloniales, privilegiada en territorios americanos, pero muy debilitada en condiciones de mercado, propicias para una economía sólida.²⁷

Los desastres económicos sufridos por España se repararon un poco en la época de los reyes de la dinastía de Borbón, gracias a un progreso general realizado en las ciencias para proteger a la agricultura repoblando bosques y extendiendo terrenos de cultivo. De la misma forma se desarrolló la industria. Todo ello propició un aumento en el comercio suprimiendo las tasas de interés, los monopolios, aranceles excesivos, creando escuelas náuticas, persiguiendo a la piratería y sustituyendo los grandes galeones pesados por buques veleros.

Gracias al impulso que de nuevo tomó el comercio español, las fuentes de empleo se fortalecieron, rindiendo frutos que pudieron aprovechar los habitantes del país; las empresas, en su afán de contratar personal para desarrollar el mercado, contrataron agentes para distribuir sus mercancías en el territorio nacional y más allá de sus fronteras náuticas. Es así como el agente comercial retomó su papel de importante intermediario toda vez que se fue superando la crisis.

Se pudo tener una buena administración, pues el malestar del gobierno que propició gran parte de la crisis del comercio español, no quedó impune. Se persiguieron los actos de

²⁷ Idem., p. 148.

contrabando de manera eficaz, se reprimieron los abusos de arrendatarios, se vigiló el cobro de los impuestos, se perfeccionaron los servicios oficiales, pero sobre todo, se castigaron las infracciones de las leyes, infracciones que tiempo atrás, se pasaron por alto, gracias a la complicidad de algunos mercaderes.

Aunque toda la gama de metas logradas hizo de España un importante mercado mundial, es necesario destacar que, las luchas con Inglaterra y las alianzas con Francia, así como sus debilidades políticas y las convenciones internacionales, constituyeron grandes obstáculos que impidieron el desarrollo completo de las mejoras perseguidas y formaron una neblina oscura que opacó el brillo de lo que pretendía ser el gran salto económico y la plataforma del despegue mercantil y de los nuevos organismos. De esa forma, las figuras creadas por un gobierno novedoso, fueron bastante eficaces para atajar muchos males, sin embargo, se establecieron demasiado tarde para reparar los estragos de una crisis que marcó a la península ibérica, pues entró al período contemporáneo sin haber alcanzado su antiguo esplendor como nación de gran riqueza porque sus ejércitos estaban apagados y sus dominios europeos quedaron perdidos para siempre; además, las colonias americanas se organizaban para preparar revueltas independientes, por lo cual, el saqueo español veía su muerte.

En síntesis:

Atrás quedó el sueño de construir quizá la potencia económica más fuerte de Europa; atrás quedó la posibilidad de que España se convirtiera en la fundadora de una gama de contratos comerciales que circularan en todos los órdenes económicos, por lo tanto, los agentes mercantiles españoles no destacan en la historia de éste país. En ese mismo orden de ideas, los actos ilícitos que dañaron el comercio y el creciente contrabando, limitaron las actuaciones de dichos auxiliares. El contrato de agencia mercantil no pudo desarrollarse eficazmente en una economía de altibajos, sin embargo, mucho tiempo después, España sería uno de los países que le dan la categoría merecida.

1.5 MÉXICO.

Época prehispánica (Pochtecas y Ppolom).

México se caracteriza por haber mostrado al mundo una diversidad de culturas prehispánicas que la época adoptó, culturas que hicieron rica a nuestra historia. Así como en cada país existen algunas de ellas que predominan de otras, en el territorio nacional antiguo se desarrollaron dos muy importantes: la azteca y la maya. He aquí un panorama de sus respectivas formas de la economía.

El comercio de larga distancia unió más que otra actividad a los aztecas de la cuenca de Texcoco con los mayas de Yucatán, un comercio más allá de las fronteras. Los miembros mercantilistas aparecían sólo en los mercados, se organizaban en caravanas mercantiles y de dio la negociación del intercambio en países extranjeros, pero también aparecieron figuras que hicieron del comercio antiguo, un atractivo especial para la economía. Cada persona sabía sus actividades a realizar; el comercio se organizaba en diversos tipos de intercambio de mercancías a nivel territorio y extranjero, de la misma manera, los puestos de venta de comida se constituían en el régimen del monopolio; se ofrecía la prestación de servicios y sus variantes, incluso, aparece la buhonería en donde la persona denominada buhonero era un agente que, gracias a su propia y local empresa, ofrecía lo que el industrial vendía.

En el análisis del comercio de larga distancia entre aztecas y mayas se pueden tomar en consideración tres factores: los bienes importados y exportados; el personal dedicado al comercio exterior; y los lugares donde se encontraban los comerciantes de larga distancia. Los artículos principales del comercio de larga distancia eran los productos de lujo y sus materias primas. En cuanto a los mercaderes se refiere, el comercio desarrollado entre las dos culturas no fue en ningún momento una actividad voluntaria de individuos, especialmente con los aztecas, surge una institución de aspecto social, económica y ecológica, personas específicamente preparadas para ejercer la actividad comercial; ahora bien, el punto de las transacciones de intercambio era el puerto de comercio, no necesariamente se trata de un espacio de desembarque a la orilla del mar, estaban situados

en las fronteras de las regiones ecológicas, entre tierras altas y llanuras, desiertos, junglas, bosques, específicamente en reinos pequeños cercanos a la costa.

El pueblo azteca cayó en manos de los conquistadores españoles en agosto de 1521, quienes usurparon a los aztecas a través de victorias militares, poder político e incluso, control económico. Los españoles utilizaron deliberadamente las instituciones aborígenes que podían apoyar sus propios fines, trataron de destruir las que se oponían a sus objetivos y dejaron desintegrarse las que no necesitaban.²⁸ Los mercados siguieron existiendo, modificados en su forma para interés de los españoles, pero el sistema de comercio exterior fue desintegrándose poco a poco. Es importante destacar a las personas que antes de la caída del comercio con el extranjero, se dedicaban exclusivamente a mantener relaciones con los pueblos situados más allá de la frontera del imperio azteca. Ellos eran profesionales mercaderes de larga distancia denominados “pochtecas” entre los aztecas, una especie de agente comercial que proporcionaba y negociaba la venta en el exterior.

El pochteca se convierte en una referencia clara de los encargos de un superior. No es fácil determinar exactamente en dónde encajaba el pochteca en la estructura social azteca. No pertenecía a los nobles o “pilli”, ni a los plebeyos o “macehualli”, pero tampoco parece que constituyera algo similar a una clase media.²⁹ La realidad es que éstos mercaderes estaban seriamente vinculados a los pilli. De algunos de los pochteca, los funcionarios de más alto rango y especialmente, los comerciantes de esclavos, eran personas de gran riqueza y muy apreciados por el soberano. Algunos de ellos comercializaban en puertos lejanos por encargo de éste para obtener los productos de lujo, o bien, para poner a la orden de los demás, productos del imperio azteca, es decir, intercambiar unas cosas por otras. Por otra parte, tenía que entregar presentes y pagar tributo en especie; además de que el soberano les advertía que no debían volverse demasiado orgullosos de su riqueza, pues les podía retirar el aprecio que les tenía, hacerlos matar e incluso, confiscar sus bienes.

Los pochteca traían al imperio azteca, productos de lujo y materias primas como: plumas de quetzal, pieles de animales y piedras preciosas; así también, lo que exportaban y

²⁸ Polanyi, Karl. *Comercio y mercado en los imperios antiguos*. Editorial Labor Universitaria. 1a Edición. España, 1976. p. 168.

²⁹ Polanyi, Karl. Op. Cit., p. 169.

promocionaban eran esclavos y tejidos de calidad.³⁰ Así pues, se organizaban en gremios o clases socioeconómicas, su profesión era hereditaria y su estructura muy estricta, con su propia jerarquía, sus propios dioses, sus ritos distintivos, fiestas y celebraciones religiosas, código moral rígido, así como un punto de vista ético sobre los azares y las recompensas de su profesión y un gran aprecio por la honradez y la solidaridad de grupo. Este tipo de mercaderes reúne los requisitos esenciales de un agente mercantil, desde su encargo, hasta la remuneración obtenida pero, hasta ahora no existen rasgos de una empresa o establecimiento fijo como sucursal.

Los pochteca ofrecían campanas de cobre, atuendos de batalla, hachas de cobre y jarras de miel, además de los ya mencionados esclavos y tejidos. Toda esa mercancía se conseguía de la siguiente forma: el soberano o “Tlatoani” proporcionaba los medios que, regularmente eran paños de algodón para adquirir la mercancía que posteriormente comercializaban por cuenta del soberano; al llegar a los puertos de destino, cambiaban los productos con los gobernantes locales. Para los antiguos comerciantes, los esclavos eran mercancía y se vendían muy bien en el valle de México, en especial en el mercado de Azcapotzalco, donde se negociaban al por mayor e incluso, los hijos de los esclavos, a cualquier edad, ya estaban cotizados, ello constituía una de las tareas del pochteca.

En el comercio internacional se intercambiaban las cosas teniendo como base al trueque; en el interior, la situación era diferente pues se pagaban las adquisiciones con paños de algodón, otorgados por el soberano, aunque se utilizaba como moneda para adquirir satisfactores ofrecidos por los pochteca, a la semilla de cacao.

Por otra parte, el comerciante de larga distancia del imperio maya era una persona de condición noble y rica. Traficaba principalmente con esclavos, paño, sal, miel y pedernal. Sus puertos de comercio se situaban en el golfo de Honduras, hacia el sudeste. En ésta última zona se contaba con almacenes y factores o agente y entre los mercaderes y entre ellos de encontraba el “ppolom” y viajeros “ppolom yoc”.

³⁰ Idem., p. 169.

Los mercaderes de larga distancia, de la zona maya, utilizaban sólo el grano de cacao como moneda. Llevaban una especie de monedero llenos de granos que debían servir para pagar el alojamiento de las poblaciones por las que pasaban. Las mercaderías se transportaban por caravanas humanas y flotas de canoas, que eran cambiadas en los lugares de destino, también se intercambiaban a los esclavos, principalmente por miedos manufacturados para hacer más simple el traslado de regreso.

Los pochtecas aztecas y los ppolom mayas eran gente de las clases altas que llevaban a cabo un servicio de transporte de larga distancia por cuenta de la comunidad.³¹ Los pochtecas estaban bien organizados y estructurados; los ppolom realizaban exportaciones que no contenían productos de lujo, sino materias primas. Tanto unos como otros, se desplazaban hacia zonas geográficas determinadas, organizadas de forma que sirvieran para propósitos comerciales. El intercambio de los productos se realizaba en los puertos de comercio. A cada uno de los intermediarios se les pagaba su retribución con granos de cacao pero, lo que no queda claro es a nombre de quién se ofrecían las materias primas por los intermediarios mayas.

Época colonial.

La actividad comercial de los aztecas fue muy intensa y entre sus instituciones contaban con un rudimentario tribunal de comercio. A partir de la conquista, se creó el Consulado de México, por cédula real de Felipe II, en 1592. dicho Consulado creó sus “ordenanzas del Consulado de México, universidad de mercaderes de Nueva España”, que trataban la creación de un tribunal consular que resolvía conflictos de cuentas de compañía, consignaciones, fletamentos, seguros, riesgos, averías, daños, quiebras, fletes y otras contrataciones de comercio.³² Lo anterior hace suponer que los comerciantes intermediarios de aquella época, en especial aquellos que se trasladaban de un lugar a otro, haciendo las veces de un antiguo buhonero, tenían conflictos que eran resueltos por los tribunales. Bajo ese tenor, en 1795 aparece el Consulado de Veracruz, por cédula real de Carlos III, también se crea el Consulado de Guadalajara y el Consulado de Puebla, también se aplicaron las “ordenanzas de Bilbao” que sólo regulaban la materia mercantil.

³¹ Polanyi, Karl. Op. Cit., p. 183.

³² Barrera Graf, Jorge. *Instituciones de derecho mercantil: generalidades, derecho de la empresa, sociedades*. Editorial Porrúa. 2a Edición. México, 2003. p. 21.

Época independiente.

Por decreto del Congreso de 1824 se abolieron los consulados y Tribunales pero, ordenamientos de derecho español se siguieron aplicando tal fue el caso de las “ordenanzas de Bilbao”. Ya para 1841 se promulga el “decreto de organización de las juntas de fomento y tribunales mercantiles”, cuyas reformas de 1854 contemplaban a bien regular las compraventas, las permutas de mercancías con fines lucrativos, el giro de las letras de cambio, pagarés, libranzas, compañías comerciales, los contratos de transporte marítimo y terrestre, seguros y negocios con factores, dependientes y comisionistas o corredores, fianzas y prendas mercantiles.³³

El código de comercio de 1854 reguló los negocios mercantiles, el papel que desempeñaban los comerciantes o mercaderes, los actos o negocios. Lo novedoso del código de comercio de 1884 (segundo ordenamiento importante de aspectos mercantiles de la época independiente) fue un nuevo texto de los actos mercantiles como operaciones de comercio que servían para facilitar, realizar o asegurar una operación o negociación comercial. El último de los códigos de comercio en México fue el de 1890, cuya mayor parte de las materias comprendidas en éste ordenamiento han sido derogadas para ser sustituidas por leyes especiales.

En análisis anterior da como resultado:

1. Si bien, había personas que se dedicaban a promocionar artículos que fabricaban comerciantes principales, no había ordenamiento que regulara su accionar, sus derechos y obligaciones.
2. Durante la época prehispánica, la colonia y el México independiente no hubo ordenamiento alguno que destacara la aparición y por ende, la reglamentación del contrato de agencia mercantil.
3. A los intermediarios que aparecieron en aquellos tiempos, eran conocidos como pochtecas (en la civilización azteca), ppolom (en la civilización maya); comisionistas o corredores en el México independiente; o bien, intermediarios generalmente.

³³ Idem., p. 21.

El nacimiento del contrato de agencia mercantil.

El contrato de agencia y la figura del agente comercial aparecen tardíamente en el derecho mercantil mexicano.³⁴ Surge el agente comercial como una figura compleja en la que se funden los elementos de otras figuras mercantiles.

De los comisionistas y de los mediadores toma el agente su carácter de comerciante propiamente independiente; de los auxiliares independientes del comercio recibe la insignia de la permanencia en la relación que le une a otros comerciantes; con unos o con otros coincide su actividad como tarea mediadora y representativa. Mediadora porque sirve de intermediario entre los productores y los consumidores; representativa en su actividad puesto que representa ideales y en presencia física al comerciante o fabricante principal.

Específicamente, los agentes dedicados a la venta de mercancías, tienen su antecedente inmediato en la figura del viajante dependiente del principal comerciante y desde la civilización griega, los agentes han estado presentes en las operaciones de mercado.

El contrato de agencia mercantil aparece como tal con la expansión económica del siglo XIX en el ámbito de la industria y el comercio exterior.³⁵ Es cobijado por el espíritu del derecho mercantil de nuestro país, aunque por alguna circunstancia, no está regulado por las leyes y los reglamentos de la materia.

En síntesis.

La denominada buhonería se ve representada en México desde los tiempos prehispánicos ya que, la figura del agente comercial, en aquella época, la representan los pochtecas, personajes sin empresa específica, que recibía una remuneración y que ofrecían mercaderías de lujo y esclavos especialmente, a nombre del soberano, en el imperio azteca. Por su parte, en el imperio maya, el ppolom ofrecía materias primas y disponían de almacenes para su resguardo.

³⁴ Garrigues, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Editorial Porrúa. 8a Edición. México, 1987. p. 118.

³⁵ Garrigues, Joaquín. Op. Cit., p. 118.

En la época colonial así como en la independiente, los ordenamientos jurídicos no reglamentan al contrato de agencia mercantil; no se denomina a la figura del agente comercial, sin embargo ya existen algunos intermediarios con características definidas.

Joaquín Garrigues, en su curso de derecho mercantil deja claras las circunstancias al establecer que el contrato de agencia surge como tal en el siglo XIX por la expansión comercial sin que nuestras leyes señalen qué es y cuáles son los parámetros para celebrarlo, como se indicará más adelante del presente trabajo de tesis.

CAPÍTULO 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA AGENCIA MERCANTIL.

El contrato de agencia mercantil encuentra en cada período histórico, elementos suficientes para ser hoy en día, el principal regulador de las obligaciones entre un agente comercial y un empresario, productor de bienes o prestador de servicios.

A continuación se analizará la cuestión de los contratos, qué elementos se tienen que cubrir para que se dé su nacimiento. No basta con celebrar un contrato sin saber qué lugar ocupa dentro de la teoría de los actos jurídicos ya que muchos autores se han dedicado a desglosar los elementos componentes de dichas figuras.

¿Qué es un contrato? ¿Cuáles son sus efectos, sus vertientes y qué relación tiene con un convenio? Son interrogantes que se presentan quizá de manera confusa. Se sabe que, para muchas personas es difícil percibir la diferencia entre un convenio y un contrato, así pues, habrá que recurrir a la teoría y a la ley para descifrar la relación, confusión o conectividad entre ambas figuras.

Todo acuerdo de voluntades requiere forzosamente bases específicas que lleven a su nacimiento, que lo doten de figuras especiales para reforzar su forma de ser. En el presente capítulo se presentará una lista pormenorizada de los elementos recurrentes para que puedan existir los contratos, de otra manera, se estaría frente a una nulidad completamente irreparable que sólo causaría confusión entre las partes componentes de un acuerdo.

De la misma naturaleza de aquellos elementos indispensables para la existencia de un contrato resulta que éste tiene que ser válido y en la práctica jurídica, al suscribirse debe estar revestido de requisitos que indiquen que aquél cumple con dicha cuestión.

Todo contrato de carácter civil debe contar con obligaciones determinadas y especiales, pero los contratos mercantiles guardan algunas diferencias que los hacen propios y exclusivos para regular los actos del mercado, por ello, se indicarán los principios de las obligaciones que todo contrato mercantil debe poseer para atar a las partes a la realización

de sus tareas, de alguna otra forma, las personas que contratan no tendrían fundamento para reclamar alguna acción.

Un sin fin de contratos mercantiles desfilan por las pasarelas comerciales, la economía y las condiciones de un mercado globalizado y son ellos los que marcan parámetros que permiten observar una definición adecuada que lo distingue. En el caso de la agencia mercantil, existen elementos que componen la estructura de éste, partes esenciales que conforman el nombre de cada cosa, acción, prestación o contratantes.

2.1 TEORÍA GENERAL DE LOS HECHOS, ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS.

Definición de los hechos jurídicos.

Para presentar una demostración práctica de los hechos jurídicos, hay que considerar que la teoría general abarca los hechos simples. Sencillamente son las conductas del ser humano y todos aquellos sucesos naturales que no producen consecuencias de derecho. La vida humana es una sucesión de hechos o acontecimientos que se ligan entre sí y cuya existencia depende, bien de la voluntad humana, bien de circunstancias ajenas a la misma.¹ Se dice que los hechos simples no interesan al derecho, es decir, son acontecimientos que se dan en la vida normal y natural, ya sea el respirar o bien, el movimiento de las nubes.

Los hechos jurídicos son aquellas conductas del hombre o sucesos naturales que producen consecuencias de derecho, ellos sí interesan a la ciencia jurídica. En otras palabras, los hechos jurídicos propiamente dichos, son los acontecimientos o circunstancias, positivas o negativas, a los que la ley atribuye consecuencias jurídicas.²

División de los hechos jurídicos.

Los hechos que producen consecuencias de derecho se dividen en dos grupos:

¹ Moto Salazar, Efraín. *Elementos de derecho*. Editorial Porrúa. 38a Edición. México, 1992. p. 21.

² Moto Salazar, Efraín. Op. Cit., p. 21.

- Cuando interviene la voluntad del hombre, se les llama voluntarios porque interviene la voluntad del ser humano como el caso de celebrar un contrato de compraventa o bien, cometer un delito.
- Cuando no interviene la voluntad del hombre, son supuestos que se dan cuando no existe intención de que se presenten ciertos casos en un tiempo y un espacio determinados como puede ser el nacimiento de una persona; o bien, el incendio accidental de una casa. Estos son hechos de índole natural, no tiene que ver la voluntad del hombre.

En otra clasificación se presenta lo siguiente:

- Hechos jurídicos positivos, son aquellos que se basan en la realización de una tarea.
- Hechos jurídicos negativos, son los que se basan en la omisión de una tarea, como el dejar de pagar una deuda.
- Hechos jurídicos simples, no deben confundirse con los hechos puramente simples, ya que ésta división refiere a que existe un solo supuesto.
- Hechos jurídicos complejos, se componen de dos o más supuestos simples, puede ser un delito calificado ya que se compone de muchas agravantes.
- Hechos jurídicos dependientes, son aquellos hechos que sólo pueden existir como partes de un todo.
- Hechos jurídicos independientes, son los que producen por sí mismos consecuencias de derecho sin estar unidos a otros. En el caso de los hechos jurídicos independientes, el ejemplo sería la celebración del contrato de trabajo que da nacimiento a determinados derechos y obligaciones, sin necesidad de haberse ligada a otro u otros hechos, en cambio, en los hechos jurídicos dependientes, un accidente sufrido por un trabajador en el desempeño de sus labores no provoca por sí mismo consecuencias jurídicas, sino sólo en cuanto se encuentra unido a otro hecho.³
- Hechos jurídicos de eficacia inmediata, éstos a su vez se dividen en:
 - a) Constitutivos: Crean deberes y facultades.
 - b) Modificativos: Modifican deberes y facultades.
 - c) Resolutivos o extintivos: Extinguen deberes y facultades.

³ García Maynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa, 41a Edición. México 1990. p. 176.

- Hechos jurídicos de eficacia diferida, la eficacia puede ser constitutiva o modificativa y si dependen de un acontecimiento futuro e inevitable. Existe un término suspensivo para éste tipo de hechos jurídicos; ahora bien, si están sujetos a una condición, ésta puede ser suspensiva, modificativa o resolutive.
- Hechos jurídicos compatibles, aquí es necesario que haya dos o más hechos jurídicos que al llevarse a cabo suman sus consecuencias o producen otras nuevas.
- Hechos jurídicos incompatibles, un hecho jurídico es incompatible con otro; al enlazarse entre sí, eliminan los efectos de uno.

Por otra parte, los hechos jurídicos también pueden ser clasificados atendiendo a su naturaleza y a los efectos que producen.

- Atendiendo a su naturaleza, aquí se encuentran los hechos jurídicos naturales o causales que son fenómenos de la naturaleza; por otro lado, existen los humanos o voluntarios, también se conocen como actos jurídicos y son acontecimientos humanos voluntarios a los que la ley enlaza consecuencias de derecho. A su vez se dividen en tres clases, atendiendo a la relación entre el “fin práctico” y el “efecto jurídico”, éstas relaciones son de tres tipos:
 - a) De indiferencia: Cuando la finalidad práctica no coincide con el efecto jurídico ni se opone a ella.
 - b) De coincidencia: En éste caso, el fin de la persona que realiza el hecho, concuerda con la consecuencia jurídica. Es importante destacar que, se está frente a la presencia de un acto jurídico en sentido estricto que más adelante será definido.
 - c) De oposición: Se está frente al supuesto de que la finalidad del hecho y la consecuencia del mismo son contrarias, es decir, no hay una estrecha relación entre ellos, por tanto se cae en el campo de los actos jurídicos.

Otra clasificación de los hechos jurídicos es aquella en donde se atiende a los efectos que producen: primeramente se encuentran los de eficacia principal que son aquellos que pueden provocar consecuencias de derecho por sí mismo, son constitutivos o extintivos en la medida en que den nacimiento o extingan una relación jurídica; por otro lado se encuentran los de eficacia secundaria, también llamados condiciones jurídicas, que son

hechos que no tienen efectos sino unido a otro y modifican o paralizan la eficacia de los hechos principales, por ello, a la vez se subdividen en condiciones imperativas y condiciones modificativas.

Definición de los actos jurídicos.

Por acto jurídico se entiende la manifestación de la voluntad, reconocida por la norma jurídica que tiene por objeto producir consecuencias de derecho consistentes en la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones.⁴

Los hechos jurídicos más importantes son los actos humanos; el acto es la acción o ejecución donde interviene la voluntad generalmente. Los hechos jurídicos donde interviene la voluntad, es decir, hechos voluntarios, se dividen en dos grupos: intencionados y no intencionados. En los intencionados, a la voluntad de realizar el acto se le une la intención de crear, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas o efectos de derecho; cuando esto ocurre, los hechos jurídicos toman el nombre de actos jurídicos.

El hecho jurídico, en sentido estricto, es el acontecimiento que menciona la norma jurídica y que al realizarse produce consecuencias de derecho consistentes en la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones.⁵ En sentido amplio, los hechos jurídicos se dividen en: naturales, por ejemplo un terremoto, el nacimiento de una isla, que producen consecuencias de derecho, pero no interviene la voluntad del hombre ni mucho menos la intención; los humanos, son los que se dividen en voluntarios e involuntarios (como la conducta de un sonámbulo).

Por lo anterior, en sentido estricto, los hechos jurídicos son manifestaciones de la voluntad, pero además, si sobresale la intención de una persona, necesariamente y no por la intención de la naturaleza, se convierten en actos jurídicos. El acto jurídico es por tanto, la manifestación de un hecho jurídico en sentido estricto.

⁴ Martínez Alfaro, Joaquín. *Teoría de las obligaciones*. Editorial Porrúa. 10a Edición. México, 2005. p. 16.

⁵ Idem., p. 17.

Ahora bien, los hechos jurídicos son: naturales o causales; humanos o voluntarios; y actos jurídicos (pero con notación estricta), que pueden clasificarse como lícitos, “stricto sensu” y actos jurídicos ilícitos. Los actos jurídicos stricto sensu se dividen en proveídos de las autoridades, negocios jurídicos y actos obligatorios. Los primeros representan el mero ejercicio de un poder; los negocios jurídicos, representan el ejercicio de un derecho; los últimos representan la observancia de una obligación.

Según su estructura, los actos jurídicos pueden ser simples o complejos. Los complejos, se forman de una serie de actos simples de una o varias personas, es decir, actos complejos unipersonales o bien, actos complejos pluripersonales.⁶

División de los actos jurídicos.

Para la mayoría de los autores, existen actos jurídicos de mayor importancia porque se contemplan en la ley. La clasificación general más sobresaliente es:

- a) Unilaterales: son actos donde sólo interviene en su realización, la voluntad de una de las partes, por ejemplo, la donación, en donde el único obligado es el donante; en el testamento, el único obligado es el testador.
- b) Bilaterales o Sinalagmáticos: ambas partes están obligadas una con otra. Es obligatorio por ambas como en la compraventa, donde el vendedor se obliga a entregar la cosa vendida y el comprador, el precio acordado.
- c) Onerosos: una de las partes del acto jurídico interviene en su celebración obligándose a dar o hacer alguna cosa, resultando de su celebración, provechos y cargas mutuas. Cada una de las partes está obligada a una prestación, cada parte asume una carga y además, cada una espera obtener un provecho.
- d) Gratuitos: una de las partes procura que la otra obtenga una ventaja sin obtener para sí un provecho, ejemplo de ello es la donación.
- e) Entre vivos: los efectos de éstos actos jurídicos se producen en vida por las partes.

⁶ García Maynez, Eduardo. Op. Cit., p. 182.

- f) Por causa de muerte: sus efectos se producen después de la muerte de una persona que lo celebró, el ejemplo más común es el testamento pero, la mayoría de los actos jurídicos son celebrados entre personas vivas.
- g) Conmutativos: las prestaciones que se deben las partes son inmediatamente ciertas, quien celebre un acto jurídico, sabe de antemano, las cargas y las ventajas que soportará, a ciencia cierta, sobre sus obligaciones.
- h) Aleatorios: en cuanto a las cargas y ventajas para una de las partes o para todas ellas, dependen de un acontecimiento futuro e incierto que hace imposible conocer al momento de celebrar el acto, las cargas o ventajas que habrán de obtenerse. Ejemplo de ello es la apuesta.
- i) Momentáneos: sus efectos se producen en el momento de la celebración del acto jurídico, como en la compraventa.
- j) De tracto sucesivo: sus efectos se producen de momento a momento, como el caso de un arrendamiento o bien, un contrato de trabajo.

Elementos de existencia de los actos jurídicos.

La existencia de los actos jurídicos presupone la reunión de tres elementos fundamentales que son: la voluntad, el objeto y las solemnidades.⁷

La voluntad es el elemento esencial del acto. Si no hay ánimo o disposición para celebrar el acto jurídico, este de plano, no puede existir. Se van a producir efectos jurídicos cuando la voluntad se manifieste o exprese plenamente; cuando la persona que la manifieste sea capaz de obligarse y cuando la voluntad responda a la intención que se tuvo al ejecutar el acto. No pueden obligarse, jurídicamente, personas menos de edad o bien, mayores de edad, faltos de razón. La voluntad debe manifestarse por escrito, verbalmente o bajo la presunción de actos que la autoricen, es decir, se realizan actos encaminados a la realización de una orden aunque la voluntad no se manifieste hablando o por escrito.

El objeto es la materia del acto jurídico que puede consistir en una cosa tangible o en un hecho. Si se trata de una cosa, ésta debe ser existente en la naturaleza; ser determinada o

⁷ Moto Salazar, Efraín. Op. Cit., p. 24.

determinable, es decir, debe poderse pesar, contar o medir; debe estar dentro del comercio, que se pueda comprar o vender o ser adquirida por particulares. Los hechos también son materia del acto y pueden ser positivos que consisten en la realización de una labor; deben ser posibles, que existan; tienen que ser lícitos, que no sean contrarios a la ley de orden público o a las buenas costumbres.

En cuanto a las solemnidades, los actos jurídicos deben ser celebrados ante funcionarios que señale la ley o bien, pronunciar ciertas palabras o formulas en el momento de su celebración.

Requisitos de validez de los actos jurídicos.

El acto jurídico debe tener determinadas condiciones para que la ley lo tome en consideración, si no reúne las condiciones puede ser anulado. Dichas condiciones son: ausencia de vicios de la voluntad; capacidad de las partes; objeto o fin lícitos; y formalidad.

La ausencia de vicios de la voluntad, significa que las partes al celebrar el acto jurídico no manifiesten:

- a) Error: creencia que no concuerda con la verdad o bien, es un falso concepto de la realidad.
- b) Dolo: artificio que se emplea para inducir al error o mantener a una persona en él.
- c) Mala fe: disimulación del error por alguna de las partes.
- d) Violencia: se da al emplearse fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o parte considerable de los bienes de alguna parte, de su cónyuge, de sus ascendientes, descendientes o sus parientes colaterales dentro del segundo grado.
- e) Lesión: se da cuando alguna de las partes, explotando la suma ignorancia, la notoria inexperiencia o extrema miseria de la otra, obtenga un lucro excesivo y desproporcionado a lo que aquella se obligue.

La capacidad de las partes consiste en que tengan la aptitud para ser sujetos de derecho, realizar actos jurídicos y obligarse. Si la persona no está capacitada para actuar jurídicamente, los actos que realice serán inválidos.

Que el objeto o finalidad que persiguen los actos jurídicos sean lícitos, se refiere a que no vayan en contra de las leyes de orden público ni contra las buenas costumbres.

Finalmente, la formalidad consiste en atender al acto jurídico en sus términos y de la manera en que aparezcan y que señalaron las partes para obligarse.

Modalidades de los actos jurídicos.

Las modalidades son aquellas limitaciones al acto en cuanto al tiempo de su nacimiento, a su extinción o al modo de realizarlo. En otras palabras, son hechos o circunstancias que limitan la voluntad de las partes y de cuya realización depende el nacimiento del acto, su extinción o su modo de realizarlo. Las modalidades son: condición, término y modo.

La condición es el acontecimiento futuro de realización incierta del que depende el nacimiento o la realización de los efectos del acto jurídico. En ese mismo sentido, será condición suspensiva el acontecimiento futuro e incierto de cuyo cumplimiento depende el nacimiento de los efectos del acto; será condición resolutoria cuando al realizarse se resuelvan los efectos del acto, volviendo las cosas al estado que guardaban.

El término es aquél acontecimiento futuro e inevitable del cual depende el principio o la extinción de los efectos del acto jurídico. En éste caso, se encuentra el término suspensivo que es el acontecimiento futuro e inevitable a partir de cuya realización se producen los efectos del acto; por su parte, el término extintivo es el acontecimiento futuro e inevitable que pone fin a los efectos del acto.

El modo se da cuando una persona que concede a otra un beneficio, impone al beneficiario una determinada labor a realizar que puede consistir en realizar alguna prestación a favor de un tercero; o bien, utilizar la cosa materia del acto en alguna forma determinada.

Inexistencia e invalidez de los actos jurídicos.

Un acto jurídico será inexistente cuando al realizarlo falte la voluntad o el objeto materia del acto y en algunos casos, la solemnidad.

Para los actos jurídicos también existe la nulidad que puede ser absoluta o relativa. La nulidad absoluta es aquella que se produce cuando el acto realizado es contrario a la ley prohibitiva, contrario al orden público y contrario a las buenas costumbres. Esta nulidad se da cuando el objeto, fin o la condición son ilícitos o contrarios a las leyes. La nulidad relativa se da cuando el acto jurídico tenga vicios en la voluntad; cuando alguna de las partes es incapaz en el momento de la celebración del acto; o bien, cuando carece de formalidad exigida por la ley.

Faltando un elemento de existencia, no hay posibilidad de subsanar el acto; si hay nulidad relativa, se puede subsanar el acto convalidándose o prescribir; si se está frente al supuesto de la nulidad absoluta, no cabe la posibilidad de que el acto se convalide o prescriba.

Definición del negocio jurídico.

El negocio jurídico es el acuerdo de voluntades unilateral o bilateral para pactar derechos y obligaciones que se desean, ese acuerdo de voluntades se traduce en el contrato y todo negocio jurídico es un acto jurídico, por lo tanto, todo contrato irremediamente tiene que ser un acto jurídico. El negocio jurídico confiere a la persona, libertad para determinarse y particularmente, en el contrato existe no sólo la voluntad de celebrarlo, sino la potestad, dentro de los límites que el derecho establece para regular la propia conducta y la conducta de las partes como sujetos del negocio jurídico.⁸

Para celebrar dicho acto, las partes establecen reglas individualizadas de su conducta, éstas van dirigidas a la realización de una finalidad, esas reglas, en caso de no ser cumplidas, se recurre a la coercibilidad para lograrlo. En esa misma línea, el negocio jurídico ofrece la característica de que contiene un elemento singular, es un instrumento jurídico para la coordinación de intereses entre las partes; de cooperación para realizar la finalidad propia de cada negocio. El negocio jurídico presenta una libre autodeterminación; libertad para regular la conducta de las partes; y la sanción del derecho objetivo para obligar a las partes, coercitivamente, al cumplimiento del contenido del negocio.

⁸ Galindo Garfias, Ignacio. *Teoría general de los contratos*. Editorial Porrúa. México, 1996. p. 19.

Negocio jurídico es un término moderno para determinar un acuerdo de voluntades bajo un aspecto técnico. Debe tenerse en cuenta que no deben descuidarse en ningún momento, los resultados prácticos que a través del negocio se alcanzan. Este concepto ha logrado dar unidad conceptual en la actualidad a un conjunto diverso de operaciones económicas civiles y mercantiles, que presentan una característica interesante: la iniciativa de los particulares en el mundo de las transacciones diversas y complejas. Es un acto volitivo ya que a través de él, el sujeto pretende alcanzar un fin determinado; es instrumental para realizar fines individuales o sociales; es preceptivo o normativo ya que no se agota en la volición ni en la declaración de lo que quieren las partes. Contiene normas de conducta que deben observar los contratantes en función de la finalidad pactada.

Se pueden distinguir en el negocio, la correspondencia entre cada uno de los elementos estructurales y la finalidad del mismo, que no es puramente económico, sino que debe protegerse el patrimonio de los contratantes. Entonces, su naturaleza es el contenido de carácter patrimonial, esencialmente.

2.2 DEFINICIÓN DEL CONTRATO.

La fuente principal de las obligaciones por excelencia, es el contrato, el cual se entiende como el acuerdo de voluntades destinado a crear una o varias obligaciones sancionadas por una acción judicial. En el fondo de todo contrato existe un pacto bien, el hecho de que dos o más personas lleguen a un acuerdo respecto de un objeto determinado aunque no todo pacto va a convertirse siempre en contrato. Para que el acuerdo de voluntades tenga validez jurídica es necesario que esté sancionado por el legislador.

No es posible que se pueda dar un concepto general del contrato con validez universal, ya que éste varía necesariamente de país en país y de época en época, de acuerdo con sus leyes y costumbres respectivas.⁹ En Argentina por ejemplo, se establece que hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común,

⁹ Zamora y Valencia, Miguel Ángel. *Contratos civiles*. Editorial Porrúa. 10a Edición. México, 2004. p. 19.

destinada a reglar sus derechos, ello se establece en el artículo 1137 del código civil argentino; por otra parte, el artículo 1254 del código civil español dice que el contrato existe desde que una o varias personas consisten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

Los contratos se estudian y actúan dentro del ámbito patrimonial, éste aspecto es la razón de ser de ellos. Todos los contratos implican un acuerdo de voluntades pero no un acuerdo simple, sino la manifestación exteriorizada de dos voluntades, en los términos en que lo disponga una norma vigente. Las personas en sus relaciones normales y cotidianas tienen la necesidad de asegurar en alguna forma el cumplimiento de cierta actividad y el instrumento idóneo para satisfacer esas necesidades es el contrato.

En la esfera jurídica, lo más importante es el “deber ser” y no lo que en la vida normal es el “ser”. Este es importante en el mundo físico o material; en el mundo jurídico lo que trasciende, irremediamente es el “deber ser” que se expresa de forma normativa y coercible. Al celebrar un contrato, las partes buscan siempre el “deber ser” y el medio para obtenerlo es el contrato. En caso de que no se consiga en “deber ser, lo más destacable es la pretensión de ello. En el plano jurídico, lo que importa son los fines y se debe precisar cuáles son los medios para lograrlo. En el mundo jurídico se emplea un medio para tratar de conseguir un fin, si no se logra, a través de la coercibilidad, hay que luchar para conseguirlo.¹⁰

Para determinar la definición correcta del contrato en el derecho mexicano, se debe atender a lo siguiente: en el código civil federal vigente se distingue entre convenio y contrato ya que se considera que éste es la especie y aquél el género. Dice el artículo 1792 que el “convenio es el acuerdo de dos o más personas, para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”, en sentido amplio. En el artículo 1793 de dicho ordenamiento se establece que “los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos”. Los convenios en sentido estricto serán entonces, los que modifiquen o extingan derechos y obligaciones.

¹⁰ Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 20.

La distinción entre convenios y contratos tiene su antecedente en el código civil francés que distingue la convención o acuerdo de voluntades para dar nacimiento a una obligación. A manera de ejemplo, hay acuerdo de voluntades y no existe el contrato, en la promesa que hace un padre a su hijo de recompensarle con un viaje el éxito en sus estudios, dado que en rigor no se crea una obligación jurídica a cargo de dicho progenitor.¹¹ Empero, los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios, además, se debe tener en cuenta que el contrato no sólo puede dar nacimiento a obligaciones y derechos de crédito, sino también, puede crear o transmitir derechos reales, tal es el caso de la hipoteca o la compraventa, por ello, el contrato puede tener efectos obligatorios y reales.

El contrato prevé la libertad de contratar esto para celebrar o no celebrar el contrato y para escoger a la persona con la que se va a contratar; también manifiesta una libertad contractual en cuanto a la forma y al contenido de los contratos y lo sobresaliente es que son principios admitidos por la ley civil. El contrato tiene en la práctica jurídica mexicana diversas acepciones: acto jurídico, como norma individualizada y como documento en el cual se contienen los pactos o cláusulas convenidas por las partes, que crean o transmiten derechos y obligaciones.¹²

1. Contrato como acto jurídico: cualquier situación que produzca una consecuencia jurídica, necesariamente debe ser resultado de una motivación a un supuesto jurídico y todo supuesto jurídico debe obedecer a la actualización de un hecho jurídico que en sentido estricto puede ser un acto jurídico. El acto jurídico produce consecuencias de derecho, siendo la voluntad relevante para la producción de las consecuencias. Al referirse el acto jurídico a la regulación patrimonial que presupone la posibilidad de obtención de bienes y servicios como medios de la circulación de la riqueza y con la posibilidad de transmitir derechos y obligaciones.
2. Contrato como norma jurídica: el fundamento esencial del contrato es la obligatoriedad y en sí mismo es una norma jurídica individualizada que a su vez se

¹¹ Sánchez Meda, Ramón. *De los contratos civiles*. Editorial Porrúa. 9a Edición. México, 1988. p. 4.

¹² Zamora y Valencia, Miguel Ángel. *Op. Cit.* p. 22.

apoya en una norma general contenida en el código civil, que a su vez se funda en una norma de carácter constitucional.

3. Contrato como documento: se refiere al resultado material de un proceso contractual que se plasma en un documento por escrito, regularmente, con signos que objetivizan la voluntad de las partes contratantes, que tiene diversas finalidades y que está destinado a perdurar.

El contrato mercantil.

El contrato, conjuntamente con el título de crédito, es el instrumento jurídico más importante de la circulación mercantil. No existe en el código civil o en alguna otra legislación mercantil, una regulación sistemática y específica del contrato mercantil en su parte general, por ende, el concepto, sus elementos de existencia, sus requisitos de validez y la normativa del acto o negocio jurídico y del contrato mercantil en lo general, deben tomarse de la regulación del derecho civil que resulta aplicable a la mayoría de sus principios y reglas.¹³

Para determinar un contrato civil o mercantil, se siguen diversos criterios de distinción, los cuales son:

- Determinar si en algún contrato, el aspecto característico es la persecución de un fin de lucro, sin atender a la cualidad de las personas ni a ninguna otra consideración.
- Determinar si los contratos constituyen alguno de los actos de comercio enumerados en el artículo 75 del código de comercio.
- Determinar si el contrato es celebrado en masa, es decir, que el contrato sea realizado por sociedades mercantiles.
- Establecer si el contrato surge de las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa o sociedad, o determinar si está vinculado con la actividad empresarial (que contenga cosas mercantiles, que sea celebrado por uno o más comerciantes).

La formalidad consiste en el medio señalado por la ley para que se manifieste la voluntad en determinados casos. Es esencial en la celebración de los contratos mercantiles, sin

¹³ Arce Gargollo, Javier. *Contratos mercantiles atípicos*. Editorial Porrúa. 10a Edición. México, 2004. p. 33.

embargo, en lo que respecta a la solemnidad es necesario indicar que no existen los contratos mercantiles solemnes. Todos los contratos mercantiles deben cumplir con la formalidad que a cada uno les señala la ley. El problema serio y grave radica en los contratos atípicos que, al no estar reglamentados expresamente en la ley, donde se impone dicho requisito de validez, en principio se aplica la regla general de la libertad de forma para las partes pero, al darse un análisis particular de ciertas figuras negociables atípicas, se encuentra una semejanza con algún otro contrato típico formal, como la agencia mercantil con el mandato o comisión. La duda que se presenta es si los contratos atípicos tienen que seguir la forma del contrato típico al que más se asemejen por aplicación supletoria de la norma que impone la formalidad a dicho contrato.

Otro aspecto característico de los contratos mercantiles es la representación ya que, dada la necesidad de realizar negocios simultáneamente, en lugares distintos, se nota una forma intensa en el área del derecho mercantil, ya que hay contrataciones en masa. La representación jurídica como forma de cooperación satisface la necesidad anterior y permite el desdoblamiento de la personalidad y la actuación múltiple. Hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra, un contrato o un acto jurídico en general de forma que sus efectos se producen directamente en la persona y patrimonio del representado como si él hubiera celebrado el contrato. Los elementos de la representación son:

- a) Sujetos: representado, principal o dueño del negocio; representante, gestor o agente; y el tercero con quien se realiza la gestión representativa.
- b) Objeto: es el negocio o asunto que el representante realiza en nombre y por cuenta del representado.
- c) Forma: la representación se otorga mediante un poder.

La representación directa se da cuando la situación jurídica que acompaña al negocio efectuado por el suscrito se produce directa y exclusivamente en relación al interesado, en nombre y por cuenta del interesado; en cambio, la representación indirecta se da cuando el representante actúa en su propio nombre y por cuenta del principal, tal ejemplo lo sostiene el contrato de agencia mercantil. La representación en el área mercantil establece dos características importantes que la distinguen de la representación civil: es una

representación más rígida en su contenido, dado que la ley, por lo regular, es la que fija las facultades del representante; el medio por el que se establece la relación representativa es mediante actos o circunstancias menos formales que los del derecho civil, ejemplo de ello es el nombramiento de un dependiente.

Clasificación de los contratos mercantiles.

Se aplica a los contratos mercantiles la clasificación de los civiles pero, por el distinto carácter que tienen los negocios jurídicos comerciales, se aplica una clasificación complementaria que atienden a su función económica.

- Siguiendo el modelo de los contratos civiles:

1. Nominados: son aquellos que tienen un nombre o denominación.
2. Innominados: no tienen un nombre que los distinga de los demás.
3. Típicos: están regulados por las leyes.
4. Atípicos: no se regulan por ninguna ley.
5. Unilaterales: los derechos y obligaciones atienden a un solo contratante.
6. Bilaterales: los derechos y obligaciones son recíprocos, los gozan ambas partes.
7. Principales: no requieren otro acto o contrato para existir.
8. Accesorios: requieren un contrato anterior para poder existir.
9. Onerosos: los beneficios son recíprocos.
10. Gratuitos: los beneficios favorecen a una sola parte.
11. Conmutativos: al celebrarlos, las partes saben de antemano cuáles son sus provechos.
12. Aleatorios: al celebrarlos, las partes no conocen de antemano sus provechos.
13. Reales: se perfeccionan con la entrega del bien.
14. Consensuales: se perfeccionan con el puro consentimiento.
15. Formales: se perfeccionan con la formalidad que exige la ley.
16. Consensuales: se perfeccionan con el consentimiento y no con la formalidad.
17. Instantáneos: se perfeccionan y ejecutan al momento de celebrarse.
18. De tracto sucesivo: se perfeccionan en un momento y se ejecutan de momento a momento.
19. De tracto doble: se perfeccionan en un momento y se ejecutan en otro posterior.

20. De acuerdo: las partes acuerdan sus cláusulas.
21. De adhesión: una parte elabora las cláusulas y la otra sólo se adhiere a ellas.
22. Traslativos de dominio: se transmite la propiedad del bien.
23. Traslativos de uso: se transmite sólo el uso del bien.
24. Preparativos: preparan a los definitivos.
25. Definitivos: ya se encuentran elaborados para ejecutarse.
26. Mercantiles: los regulan las leyes comerciales.
27. Civiles: los regulan las leyes civiles.
28. Mixtos: los regulan tanto las leyes mercantiles como las civiles.

- En función a su finalidad económica:

1. Contratos de cambio: procuran la circulación de bienes o servicios dando un bien por otro o dando un bien a cambio de un servicio.
2. Contratos de colaboración: una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra.
3. Contratos de prevención de riesgos: una parte cubre a la otra las consecuencias económicas de un determinado riesgo.
4. Contratos de conservación o custodia: el ejemplo más claro es el depósito.
5. Contratos de crédito: una parte concede crédito a la otra.
6. Contratos de garantía: estos van dirigidos a asegurar el cumplimiento de las obligaciones.

2.3 ELEMENTOS DE EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS.

El elemento es la parte integrante de una cosa que sin ella, la cosa no puede existir como tal. Los elementos que integran a todo contrato se llaman: consentimiento, objeto y solemnidad. Aunque el código civil federal vigente, en su artículo 1794 establece que para que un contrato exista se requiere del consentimiento y del objeto que pueda ser materia del contrato; también, casi todos los autores, en la doctrina jurídica, señalan a la solemnidad como parte elemental de los contratos.

El consentimiento.

El consentimiento es el acuerdo de voluntades respecto de un objeto común que consiste de producir consecuencias jurídicas que son la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones.¹⁴ El consentimiento se concibe entonces como la fuente creadora y transmisora de obligaciones en un contrato. Es un elemento psicológico que consiste en el acuerdo de dos voluntades que se complementan entre sí para alcanzar un fin común a las partes que manifiestan su voluntad. En éste caso, la voluntad es un elemento indispensable del acto jurídico y los contratos como especie de actos o negocios jurídicos, necesariamente requieren de esa voluntad y cuando se unen las de los contratantes en los términos de un supuesto jurídico, toman el nombre de consentimiento.

Si en un determinado caso no existiera la unión o conjunto acorde de voluntades en los términos de la ley, podría existir un hecho jurídico o uno o varios actos monosubjetivos (realizados por una sola persona) que originarán consecuencias de derecho, pero no existiría un contrato. El consentimiento requiere de dos manifestaciones de la voluntad para formarse, el consentimiento es entonces un acto bilateral que se integra por dos manifestaciones de la voluntad llamadas oferta y aceptación. La oferta consiste en la proposición u ofrecimiento que una parte hace a la otra con la intención de obligarse si hay aceptación; en tanto, la aceptación es la manifestación de la voluntad hecha por quien recibió la oferta y que consiste en la conformidad de dicha oferta. El que hace la oferta se llama oferente y el que la acepta se llama aceptante.

El consentimiento se forma de modo instantáneo o progresivo. El instantáneo se da cuando la aceptación de la oferta es lisa, llana e inmediata; el progresivo se da cuando el aceptante discute la oferta imponiendo condiciones o pidiendo que se modifiquen los términos de la oferta, volviéndose oferente por lo que hace a sus condiciones o modificaciones que propone. El consentimiento se integra entre presentes o entre ausentes. Entre presentes, las partes se encuentran en una situación que permite la comunicación en forma directa e inmediata o por teléfono, fax, internet o por otro medio electrónico o óptico que permita expresar la oferta y su aceptación de forma inmediata; entre ausentes, las partes están

¹⁴ Martínez Alfaro, Joaquín. Op. Cit., p. 25.

distantes una de la otra, sin comunicación directa e inmediata y la celebración de los contratos se da por correspondencia, por correo o telégrafo y transcurre un tiempo mayor para enviar la propuesta y recibir la aceptación.

El objeto.

El objeto del contrato es la conducta que puede manifestarse como una prestación (situación activa, móvil y dinámica) o como una abstención (situación pasiva, inmóvil y estática). Si tal conducta se manifiesta o exterioriza como una prestación, puede referirse a un “hacer algo” o como “dar cierta cosa”, que al final no sería sino una modalidad de un “hacer algo”; y si la conducta se manifiesta o exterioriza como una abstención puede encausarse como un “no hacer algo”.¹⁵ El contenido del objeto debe ser posible y lícito (que no contravenga a la ley y a las buenas costumbres); determinado o determinable (que se pueda medir, contar y pesar); que exista dentro del comercio (que se pueda comprar, vender o adquirir por particulares); ya sea que se proyecte hacia un “hecho” o hacia una “cosa”. De ello, se puede deducir la clasificación en objeto directo e indirecto.

El objeto directo es la conducta que se puede manifestar como una prestación (un dar o un hacer); o como una abstención (un no hacer). El objeto indirecto por su parte, es la cosa como contenido del dar (debe ser posible, determinada, determinable y estar dentro del comercio), éste objeto indirecto se concibe como el elemento de existencia de los contratos; entonces, el objeto directo será requisito de validez.

La creación y transmisión de derechos y obligaciones no es ni puede ser objeto del contrato, sino que esas situaciones son la consecuencia o resultado del propio contrato como acto jurídico que motivó o actualizó un supuesto de derecho. Como éstas consecuencias son la razón de ser de los contratos, el motivo que impulsa a las personas a vincularse jurídicamente, es por lo que se crea cierta confusión, considerando la creación y la transmisión de derechos y obligaciones como el objeto directo de los contratos.

¹⁵ Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 30.

Existe una equivocación más que puede tener su origen en los términos del objeto, ella es la conducta y los objetivos o finalidades del contrato que son los de producir las consecuencias consistentes en la creación o en la transmisión de derechos y obligaciones, por ello, sólo se insiste en que la creación y la transmisión de derechos y obligaciones son las consecuencias de todo contrato, pero nunca su objeto.

La solemnidad.

Es la manera de exteriorizar el consentimiento en el contrato y comprende todos los signos sensibles que las partes convienen o la ley establece para lograr esa exteriorización.¹⁶ No todos los contratos requieren de solemnidad, es decir, con el puro consentimiento y el objeto, éstos acuerdos existen. La solemnidad consiste más que nada en celebrar los contratos ante los funcionarios que la ley señala; o bien, pronunciar ciertas palabras o fórmulas en el momento de la celebración del contrato; de esa manera, los negocios jurídicos resguardan la voluntad de las partes y esa voluntad se exterioriza.

La ley puede no exigir una determinada solemnidad, sino dejar a las partes escoger libremente, si así lo acuerdan, de cualquier manera se producirán los efectos previstos por la norma. Del mismo modo, la solemnidad se puede llegar a confundir con la formalidad como requisito de validez, sin embargo, está claro que ésta última se debe cumplir para que el contrato produzca sus efectos. En caso de que no se lleve a cabo cierta solemnidad, el contrato no deja de existir, siempre y cuando la ley no lo exija forzosamente. Si el contrato carece de consentimiento u objeto, se declarará inexistente, sin posibilidad de subsanar esa cuestión; en cambio, si carece de solemnidad, puede que no sea afectado gravemente, siempre que la norma jurídica no especifique que el contrato sea solemne de plano.

2.4 REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS.

Además de los elementos de existencia, la ley exige otros requisitos que deben presentarse en la formación del contrato para que éste produzca sus efectos y para que no pueda ser

¹⁶ Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Op. Cit., p.31.

anulado. Tales requisitos deben darse y existir aún antes del contrato y coincidir en el momento de su perfeccionamiento y son: la capacidad de las partes; la ausencia de vicios de la voluntad o consentimiento; la licitud del objeto, motivo o fin; y la formalidad.

Capacidad de las partes.

La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones, así como para, por sí mismo, hacerlos valer, cumplirlas y comparecer en juicio.¹⁷ Es importante señalar que los derechos y las obligaciones los hace valer la persona física por sí misma, pero en el caso de las personas morales, aquellos se hacen valer por conducto de sus representantes.

El contrato será nulo relativamente si cualquiera de las partes tiene incapacidad legal. Existen dos tipos de capacidad, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, aunque no debe pasarse por alto, la representación de las personas morales.

La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones. Esta se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte y es destacable lo que señala el artículo 22 del código civil federal vigente ya que obliga a considerar en ésta situación al ser no nacido ya que, desde el momento en que un individuo es concebido se le tiene por nacido para los efectos civiles; en tanto que el derecho italiano no considera al feto con la capacidad de goce; por otro lado, los franceses, en sus ordenamientos, sí reconocen al feto para tener capacidad de heredar o recibir donaciones, siempre que nazca vivo o viable. La capacidad de goce no es igual en todos los individuos pues hay quienes la tienen más amplia o más restringida, por lo que se puede clasificar a las personas de acuerdo con su capacidad de goce en diversos grupos.

1. El feto: tiene capacidad de goce que le permite ser titular de derechos patrimoniales, es decir, reales y personales y por ello, puede heredar, recibir legados y donaciones.
2. Los menores de edad: tienen capacidad de goce para ser titulares de derechos patrimoniales, por ende, pueden recibir donaciones, legados y heredar pero, son incapaces en materia de derechos políticos.

¹⁷ Martínez Alfaro, Joaquín. Op. Cit., p. 63.

3. Los mayores de edad que están privados de la inteligencia: están impedidos para obligarse por sí mismos o para manifestar su voluntad ya que están perturbados de su inteligencia o padecen enfermedades o deficiencias; también padecen adicciones de sustancias tóxicas, ellos tienen la capacidad de goce que los faculta para ser titulares de derechos patrimoniales pero están incapacitados para contraer matrimonio y ser titulares de la patria potestad o tutela.
4. Los mayores de edad en pleno uso y goce de sus facultades mentales: tienen total capacidad de goce pero son sujetos de algunas restricciones en materia política pues requieren cierta edad para ser presidente de la República, diputado, senador y para algún oficio o profesión; también se restringe esa capacidad para ser adoptante.
5. Los extranjeros: tienen incapacidad de goce para adquirir la propiedad de bienes inmuebles en una franja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 kilómetros en las playas.
6. Los ministros de culto: son incapaces para heredar por testamento de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tienen parentesco dentro del cuarto grado.
7. Los condenados por sentencia civil o penal: en el primer caso, puede restringir la capacidad de goce respecto a la titularidad de la patria potestad cuando se condena a la pérdida de éste derecho a un progenitor; en el caso de la sentencia penal, se ocasiona una incapacidad parcial para el desempeño de cargos específicos como para ser tutor o albacea.

La capacidad de ejercicio es la aptitud para, por sí mismo, hacer valer los derechos, cumplir las obligaciones y comparecer en juicio. La capacidad de ejercicio implica la de goce, pero la de goce no presupone la de ejercicio; ahora bien, quien es capaz de goce, no lo es necesariamente de ejercicio, pero quien es capaz de ejercicio tiene capacidad de goce. Tienen la capacidad de ejercicio plenamente quienes están cumpliendo la mayor edad además, que estén en pleno uso y goce de sus facultades mentales. En tanto, no tienen capacidad de ejercicio; los concebidos no nacidos; los mayores de edad que están privados de su inteligencia; los concursados y quebrados cuentan con incapacidad de ejercicio para la administración y disposición de sus bienes; los menores emancipados por matrimonio, los cuales tienen incapacidad parcial de ejercicio que les permite realizar actos de

administración pero, les impide comparecer en juicio por sí mismos y otorgar actos de dominio respecto a sus bienes inmuebles, pues para ello, necesitan de tutor o de autorización judicial.

Los menores de edad no emancipados por el matrimonio tienen incapacidad de ejercicio absoluta, aunque hay tres excepciones a ésta regla: los mayores de 16 años pueden firmar contrato de trabajo; los mayores de 16 años pueden otorgar testamento público abierto o privado cerrado; y los menores solteros pueden celebrar actos de administración respecto de los bienes que adquirieron por su trabajo.

Por otra parte, la representación es la acción de sustituir a uno o hacer sus veces, es decir, una persona llamada representante, sustituye a otra llamada representado, actuando en su nombre y por su cuenta o únicamente por su cuenta, dicha actuación se realiza a través de actos jurídicos, cuyos efectos se producen sólo en el patrimonio del representado como si él hubiera celebrado el acto que materialmente otorgó el representante. Esta representación se lleva a cabo cuando el contratante es una persona moral y se realiza para dar agilidad a los negocios mercantiles ya que, por lógica, la persona moral no puede trasladarse de un lugar a otro para poder contratar o negociar.

Para los efectos de los requisitos de validez sólo se considera la capacidad de ejercicio, por lo cual, si el contrato carece de ella, se le sanciona con la nulidad relativa y puede convalidarse. Así mismo, sólo puede hacer valer la nulidad el incapaz, mediante su representante legal o él directamente cuando sea capaz.

Ausencia de vicios de la voluntad.

El contrato requiere estar ausente de vicios de la voluntad de las partes. Los vicios del consentimiento o de la voluntad son aquellas circunstancias particulares que sin suprimirlo, lo dañan e invalidan al acuerdo recayéndole la nulidad relativa. De lo anterior se desprende que, cuando uno de los llamados vicios no sólo daña el consentimiento, sino que lo suprime,

deja de ser vicio, para constituir una falta de consentimiento.¹⁸ Los vicios a que se refiere éste párrafo son los que se presentan enseguida.

- a) Error: es el conocimiento equívoco de la realidad, no debe confundirse con la ignorancia que es una falta de conocimiento. También puede decirse que el error es el conocimiento inexacto de la realidad consistente en creer cierto lo que es falso; o creer falso lo que es cierto.¹⁹ El error puede referirse a que la cosa, materia del contrato, esté siendo especificada con otras características y resulta que tiene otras; a las calidades o funcionalidad de la cosa referida al uso o utilización que desee darle el sujeto, como en la compraventa de un auto último modelo, que resulta ser de un modelo anterior; a la identidad de la persona del co-contratante, en el caso que se celebre un contrato en atención a las cualidades del sujeto, es decir, que la persona que contrata, en realidad no es la que se obliga a sus cláusulas.

- b) Dolo: es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en él a alguno de los contratantes. Se dice también que el dolo es el empleo de cualquier medio ilegal para inducir o provocar el error y obtener la voluntad de una persona en la formación de un contrato. El dolo siempre supone la intención de engañar o dañar, por ello, si se da el hecho de alabar las cualidades de la cosa para determinar a una persona a celebrar el contrato, si no hay intención de daño o engaño, se está frente a un “dolo bueno”, ello no es causa de nulidad relativa del acuerdo de voluntades.

- c) Violencia: es el empleo de la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado para determinar a una persona a celebrar un contrato. La violencia, al convertirse en una fuerza física irresistible, configurada ya no un consentimiento viciado, sino una falta absoluta de él.²⁰ La

¹⁸

Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 40.

¹⁹ Idem., p. 41.

²⁰ Ibidem., p. 43.

violencia o el temor que nace de ella, vician la voluntad del sujeto y originan una causa de nulidad relativa del contrato. Ahora bien, para que la violencia sea un vicio del consentimiento, ésta debe ser:

- Grave: atendiendo al daño que se puede causar por la persona que infringe la violencia, pues se establece que debe importar peligro de perder la vida, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante o de una persona allegada a él.
- Actual e inminente: ello se desprende de la propia naturaleza de la violencia.
- Injusta e ilícita: que implica un hecho contrario a las leyes y a las buenas costumbres.
- Motivo determinante de la voluntad del sujeto al contratar.
- Proveniente de una persona y no de un hecho dañoso.

d) Lesión: es el perjuicio que sufre una persona de la cual se ha abusado por estar en un estado de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, en la celebración de un contrato, consistente en proporcionar al otro contratante un lucro excesivo en relación, a lo que él, por su parte se obliga. La ley da al perjudicado la acción de nulidad del contrato por el plazo de un año o bien, elegir la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los daños y perjuicios correspondientes.

No debe confundirse o equipararse la lesión con el error, la violencia, el dolo o la mala fe. El error es el concepto equívoco o engañoso de la realidad; la violencia es la coacción infringida a una persona para inducirla a celebrar el contrato; el dolo es la acción de una persona que por medio de maniobras fraudulentas hace caer en el error a otra o mantenerla en él; la mala fe es disimular que se conoce el error; por su parte, la lesión es el perjuicio sufrido por un contratante como consecuencia de su ignorancia, su notoria inexperiencia o su extrema miseria.

En la lesión, para que se considere un vicio, se requiere una desproporción entre las prestaciones. En los demás vicios del consentimiento no se requiere la existencia de

la desproporción para que proceda la nulidad relativa del contrato; en la lesión, al haber desproporción entre las prestaciones recíprocas, no puede originarse.

- e) Mala fe: consiste en disimular un contratante su conocimiento respecto del error en que se encuentra el otro contratante, para mantenerlo en ese estado erróneo. Tiene las mismas consecuencias que el dolo, pues invalida el contrato cuando por la disimulación de un contratante, el otro permanece en error, que recae sobre el motivo de su voluntad. Así pues, el dolo induce al error; la mala fe mantiene en el error mediante la disimulación.

Licitud del objeto, motivo o fin.

El objeto como requisito de validez, es la conducta manifestada como una prestación o una abstención, éste debe ser lícita y posible, es decir, que exista en la voluntad de los contratantes la intención de realizar la conducta y que no contravenga a la norma jurídica ni a las buenas costumbres. En los elementos de existencia, el objeto consiste en la cosa o labor, prestación de un servicio, materia del contrato; en los requisitos de validez, el objeto es la conducta de las partes consistente en una prestación o abstención.

Por otra parte, los motivos de un contrato son las intenciones internas o subjetivas del sujeto relacionadas con la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de otra parte. Los motivos se dividen en determinantes de la voluntad y los que no son en forma directa, determinantes de la voluntad del sujeto al contratar, de la misma forma, son móviles, internos y personales de cada una de las partes contratantes y a menudo son desconocidos, no sólo para los terceros, sino que escapan al otro contratante.

Los fines son las intenciones del destino último en que pretende utilizar el contratante la cosa o hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte. Debido al elemento subjetivo que implican éstas figuras, en la mayoría de los casos en que existe un motivo o fin ilícito, es muy difícil lograr que se declare nulo el contrato.²¹ De hecho, cuando la obligación es de “dar” se restringe aún más su aplicación, debido al mismo interés de las

²¹ Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 47.

partes en que subsista el acto y en su renuencia a devolverse las prestaciones al declararse el contrato nulo. En las obligaciones de “hacer” es más fácil percatarse de ésta ilicitud y mediante la prevención judicial o administrativa, evitar la consumación del contrato.

En su caso, la ilicitud en el objeto, motivo o fines del contrato, se produce la nulidad absoluta del mismo, en vista de que tales actos serán ilícitos por contravenir una disposición de carácter imperativo o prohibitivo y tales disposiciones sólo se establecen en vista de la protección del interés común del orden público o de las buenas costumbres. La nulidad absoluta es la sanción que la ley impone a las partes cuando realizan un acontecimiento contrario a las leyes y a las buenas costumbres y tiene como característica el que produce provisionalmente sus efectos, los que son destruidos retroactivamente cuando el juez pronuncie su nulidad, es decir, no opera hacia el pasado, no puede ser confirmado y no prescribe la acción para hacerla valer.

Por otra parte, si la ilicitud pudiera producir la nulidad relativa, significaría que se deja a la voluntad de los particulares al acatar o no las disposiciones de orden público, ya sea mediante la confirmación del acto o simplemente no haciendo valer la sanción, lo que haría inútil la norma de orden público, eso conllevaría a la destrucción del valor y principio de seguridad que deben tutelar esas disposiciones.

La formalidad.

En pocas palabras, la forma es un requisito de validez del acto jurídico que se refiere a la manera de exteriorizar el consentimiento que puede ser de forma expresa o tácito. En lo que respecta a su modo expreso, éste a su vez se subdivide en:

1. Verbal: se exterioriza oralmente la voluntad, es decir, por medio de la palabra.
2. Escrito: se manifiesta la voluntad mediante la escritura por medio de documentos en los que consta aquella voluntad. Los documentos pueden ser públicos, los cuales están encomendados a un funcionario que tiene fe pública o aquellos que expiden los funcionarios en ejercicio de sus funciones; existen otros documentos llamados privados, que no son elaborados por funcionarios públicos, sino que los suscriben los ciudadanos por su propio derecho, más claro ejemplo de ellos, lo constituyen los contratos.

3. Mímico: son signos inequívocos o señas para exteriorizar la voluntad.
4. Medios electrónicos u ópticos: se manifiesta la voluntad empleando medios tecnológicos de la comunicación, como el internet o el correo electrónico.

La otra forma de exteriorizar el consentimiento o la voluntad consiste en hechos o actos que la presumen y sin que intervenga la palabra, ni la escritura, las señas o los medios electrónicos, ejemplo de ello es la compraventa de una cosa donde el comprador no manifiesta su voluntad, sin embargo, entrega el pago y toma la cosa.

El silencio es la abstención de manifestar el consentimiento, pero algunas posturas señalan que es un modo tácito de exteriorizar la voluntad fundándose en que, en el aspecto psicológico el que guarda silencio consiste o acepta un acuerdo. En materia jurídica el silencio no puede tener el efecto de una aceptación ya que no significa una manifestación de la voluntad hecha en el sentido de obligarse. Existe una excepción a la regla de que el silencio no surte efectos de una aceptación, esto es, cuando se toma al silencio como una aceptación de la cosa ofrecida, es preciso que ambas partes contratantes se encuentren ya en relación o bien, en un vínculo de negocios. El silencio no se considera aceptación de la obligación cuando se contrata por primera vez; el silencio será considerado manifestación de la voluntad aceptando una obligación cuando ya exista una relación contractual previa entre las partes y vayan a obligarse por segunda vez.

Pero no sólo ello se refiere a la formalidad, también se deben cumplir los parámetros o ciertos requisitos que a cada acto jurídico o contrato le señala la ley. Tanto los contratos civiles como los mercantiles deben estar revestidos de formalidad. en un apartado posterior se observará la forma de los meramente mercantiles.

Cuando se falta a la observancia de la formalidad, el acto jurídico o contrato, éste estará afectado de nulidad relativa; produciendo efectos provisionales mientras no se declare la nulidad en una sentencia; ella se puede hacer valer como acción o como excepción y la pueden invocar todos los interesados, quienes pueden exigir judicialmente el otorgamiento de la forma que requiere la ley; la acción de nulidad se extingue al confirmar la formalidad que se había omitido y por la ratificación tácita del acto que consiste en el cumplimiento

voluntario de las obligaciones que provienen de dicho acto. La confirmación del acto ya revestido de formalidad, tiene efectos retroactivos al día en que se otorgó por primera vez son la forma que exige la ley.

2.5 OBLIGACIONES DE LOS CONTRATOS MERCANTILES.

En el derecho mercantil se puede hallar una serie de obligaciones que imperan sobre el sector entero de la contratación privada. Hoy en día, las obligaciones mercantiles han sobrepasado a las obligaciones civiles ya que, no necesariamente los comerciantes deben contratar para obligarse mercantilmente, es sabido que por el simple hecho de perseguir un lucro, o bien, contratar estando de por medio las denominadas cosas mercantiles, la obligación se convierte en comercial.

La importancia de distinguir entre las obligaciones y contratos mercantiles y las obligaciones y contratos civiles, se acrecienta en nuestro régimen jurídico en razón de que, conforme al pacto federal establecido por nuestra Constitución, se asigna a la Federación la competencia para poder legislar en materia de comercio según el artículo 73, fracción X constitucional; mientras, la legislación civil es materia propia de los Estados del país según el artículo 124 de nuestra carta magna. La legislación mercantil es única y aplicable a todo el territorio nacional, la civil es múltiple y la dictan las entidades federativas para su territorio local.²²

Entonces, las características de los principios que rigen a las obligaciones mercantiles son:

1. Se aplican a todas las obligaciones mercantiles sin importar su fuente, ya sea un acto de comercio, un contrato o la propia ley.
2. El derecho de patrimonio mercantil es en su totalidad, especulativo, de ritmo rápido, en el que las relaciones contractuales y obligatorias se contraen, cumplen y consumen o rapidez y rigor en su ejecución, desconocidos para los contratos y las obligaciones civiles.

²²

Arce Gargollo, Javier. Op. Cit., p. 15.

3. La materia de las obligaciones mercantiles no recoge principios modernos sobre ellas, como la solidaridad pasiva cuando hay varios deudores, el interés moratorio expreso al vencimiento de las obligaciones, una norma general sobre la cesión del contrato mercantil, regulación sistemática y clara sobre contratos de adhesión, condiciones generales de contratación, entre otras.
4. Se debe tomar en cuenta que las normas mercantiles son especiales y excepcionales dada la regulación de ésta materia, por ende, el derecho civil y los principios de las obligaciones y del contrato se aplican supletoriamente, aunque matizados con el carácter y las circunstancias, propias de las instituciones y normas mercantiles.
5. En el tema de los contratos y las obligaciones mercantiles se distinguen cuatro grupos de normas que son:
 - a) Normas de obligaciones mercantiles;
 - b) Normas sobre el contrato mercantil en general que se aplican a todos los contratos;
 - c) Normas especiales para algunos contratos que los regulan tanto las leyes civiles como las mercantiles;
 - d) Normas especiales que regulan sólo figuras mercantiles que no tienen ninguna regulación en el derecho civil, tales normas se traducen en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley del Mercado de Valores, entre otras.

Solidaridad.

Es un principio que se divide en dos clases: pasiva y activa. La primera se presenta cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno, en su totalidad, la prestación debida, en otras palabras, es una manera de responder de varios deudores respecto de una obligación y cualquiera de ellos la cumple. El deudor que cumple con la obligación tiene derecho de repetición o bien, de cobrar a los demás deudores. Se dice que hay solidaridad activa cuando existe una pluralidad de acreedores, cualquiera obtiene el pago de la obligación y posteriormente hace la distribución de ese pago.

Todas las obligaciones mercantiles son solidarias; no existe la mancomunidad entre los obligados. Las características de la solidaridad son: que existe una pluralidad de sujetos y

una unidad del objeto, con intermediación de las partes en la exigencia de un mandato tácito y recíproco entre los deudores. La solidaridad no se presume, es resultado de la ley o de la voluntad de las partes en sus acuerdos.

Onerosidad.

Este principio da la pauta para que una obligación genere derechos y gravámenes o cargas para ambas partes contratantes. En materia mercantil, todas las obligaciones son onerosas ya que una sola parte no puede soportar las cargas y tener el privilegio de tener derechos, aquello debe ser recíproco. De la misma manera, la onerosidad está implícita a todos los actos de comercio.

Moneda de pago.

En nuestro país, el peso es la única moneda con la que se deben cumplir las obligaciones mercantiles, sin embargo, existen disposiciones legales que permiten que se cumpla con el pago con cualquier otra moneda extranjera. Se puede pactar una obligación con moneda de cualquier otro país pero, al momento del pago contractual, éste se debe hacer con la moneda de curso legal en nuestro territorio nacional, para ello, se hace la conversión de la divisa al peso de acuerdo al tipo de cambio de la fecha en que se deba cumplir con dicha obligación.

Para el caso de los contratos y debido a la globalización que se vive, es más cómodo realizar actividades contractuales de moneda internacional, por ejemplo, en México se permite hacer depósitos en moneda extranjera, y recíprocamente, existe la obligación de restituir la suma depositada en la misma especie.

Cláusula de ajuste, indexación, estabilización o corrección monetaria.

Esta se usa sobre todo en los contratos concernientes a las operaciones de crédito y tiene por objeto proteger a los acreedores, funciona de manera que se ajustan las variaciones y sus intereses de moneda a favor del acreedor ya que, debido a los movimientos bursátiles y bancarios, los créditos sufren movimientos financieros y desestabilización en el dinero que las personas invierten o especulan.

Plazo, términos y mora.

En los contratos mercantiles, a diferencia de los civiles, no se reconocen los términos de gracia y cortesía, por tanto, los jueces no están facultados para concederlo a los deudores que confiesan los hechos de una demanda. El término de gracia es una oportunidad más para que la parte deudora pague o cumpla con su obligación y no existe en materia mercantil con el objeto de garantizar la rapidez y la seguridad de las transacciones.

El plazo es el lapso de tiempo que acuerdan las partes para cumplir sus obligaciones; el término viene siendo el vencimiento del lapso de tiempo; los obligados caerán en mora cuando retracen el cumplimiento de sus obligaciones. Para el plazo y los términos, la ley exige que los años se cuenten como 365 días pero existen usos y costumbres bancarias y financieras donde los intereses sobre tasas anuales se toman sobre la base de un año de 360 días, es una práctica internacional pero si no se pacta expresamente en los contratos de crédito puede aplicarse supletoriamente la disposición legal de los 365 días, además, lo anterior se puede aplicar para exigir el cumplimiento de las obligaciones cuando se hacen las interpelaciones concernientes a la mora.

Al caer en mora, se cobran intereses moratorios nacidos de la obligación principal. En materia civil, cuando la obligación cuenta con un plazo, se cae en mora el día siguiente de su vencimiento; ahora, si la obligación no está revestida por ningún plazo, se cae en mora 30 días después de que se hizo la interpelación por alguna de las partes. En materia mercantil es distinto ya que, cuando las obligaciones tienen un plazo señalado previamente y es un tipo de obligaciones ordinarias que derivan de un contrato, se caerá en mora 10 días después de haber interpelado la obligación; en el caso de las obligaciones ejecutivas, aquellas que derivan de un título de crédito y que no cuentan con un plazo, se caerá en mora al siguiente día de hecha la interpelación.

Como se puede observar, los plazos en materia comercial son más cortos para agilizar las transacciones y los supuestos que originan, aunque existe una excepción a éste principio pues, cuando se celebra un contrato de préstamo mercantil que no tiene un plazo previamente establecido para su vencimiento, se caerá en mora a los 30 días después de

haber hecho la interpelación. La interpelación se hace de forma fehaciente, ante dos testigos, notario público y la autoridad máxima del lugar donde se invoque.

En el caso de los intereses, cuando se cae en mora, se tiene derecho a cobrar la suerte principal, los intereses por financiamiento y los intereses moratorios. Los intereses son rentas que se pagan al acreedor por el simple hecho de otorgar dinero al deudor, siendo ajeno a él, los intereses pueden pactarse legalmente con el seis por ciento anual, o bien, serán convencionales cuando las partes los pacten de común acuerdo, pudiendo ser superiores a los legales. El cobro de interés sobre interés o anatocismo, en materia mercantil es ilegal y por ende, queda prohibido, aún así se permite la capitalización de intereses.

La capitalización es un acuerdo celebrado por ambas partes contratantes a solicitud del deudor y ésta, tiene la finalidad de crear un nuevo plazo para el pago de lo adeudado. La manera de funcionar de la capitalización de intereses consiste en que a la suerte principal de la obligación se le adicionan los intereses por financiamiento, los intereses moratorios y los denominados gastos de cobranza; la suma total que se obtiene de los rubros mencionados constituye un nuevo adeudo que generará nuevos intereses por financiamiento y en dado caso, intereses moratorios. Se puede capitalizar la deuda principal y los intereses en cualquier momento sólo cuando haya acuerdo de las partes.

Conclusión.

Es fundamental determinar la conclusión del contrato, pues hay aspectos que deben ponderarse en razón, a ese momento, como los términos, la capacidad de las partes, la ley aplicable, tanto en el espacio como el tiempo, la competencia de los tribunales, para decidir cuál de las partes contratantes ha de soportar el riesgo de la pérdida de la cosa. El principio fundamental es que los contratos se perfeccionan cuando las partes tienen conocimiento de la recíproca identidad de los consentimientos.

Perfeccionamiento.

Es el principio que marca la pauta para que un contrato mercantil sea válido y exigible al coincidir la propuesta de una de las partes con la aceptación de la otra, es decir, cuando se crea el consentimiento. Una de las partes manifiesta su propuesta y se establece un plazo

para mantenerla; por otro lado, la aceptación debe ser exactamente como fue la propuesta para que, una vez dada la primera, se perfeccione el contrato. El perfeccionamiento puede ser entre presentes y entre ausentes. Entre presentes, en un solo momento se da la propuesta y la aceptación; entre ausentes, se deja transcurrir un lapso de tiempo suficiente para enviar la propuesta y recibir la aceptación, es aquí cuando se dan dos momentos para el perfeccionamiento.

Formalidad.

Se entiende a éste principio desde dos puntos de vista: como requisito de validez de los contratos, la formalidad es la señalada por la ley que debe cumplirse para que al contrato no se le ataque con la nulidad relativa; por otra parte, como elemento probatorio, con ella, establecida por la ley, se debe probar que se tiene una obligación y que se realizó un acto determinado.

Se dice que en materia mercantil, por regla general no se requiere formalidad ya que, basta con el uso de las palabras para crear una obligación, salvo que la ley señale la forma de manera expresa, sin embargo, existen varias excepciones a ésta regla que tienen mucho peso para que la formalidad sea exigible por la ley para la gran mayoría de los actos mercantiles. He aquí algunos ejemplos:

1. El contrato de comisión debe constar o ratificarse por escrito (artículo 213 del Código de Comercio).
2. En el préstamo mercantil, toda prestación pactada a favor del acreedor, que conste precisamente por escrito se reputará interés (artículo 361 del Código de Comercio).
3. El contrato de transporte exige que el porteador extienda una carta de porte, como título legal del contrato (artículo 581 al 587 del Código de Comercio).
4. El contrato por el que se constituyen las sociedades mercantiles y sus modificaciones requieren de escritura pública ante notario o corredor público (artículo 5 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).
5. El contrato de asociación en participación debe constar por escrito (artículo 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).
6. La emisión de obligaciones de las sociedades anónimas requiere de acta notarial (artículo 213 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

7. La mayoría de las operaciones de crédito que regula la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito deben constar por escrito: el reporto (artículo 260), el descuento de crédito en libros (artículo 288, fracción III), el crédito confirmado (artículo 317), los créditos de habilitación o avío y el refaccionario (artículo 326, fracción III. Cuando una institución de crédito es acreditante en los créditos de habilitación o avío y refaccionarios, el contrato debe constar en póliza ante corredor público (artículo 6, fracción V de la Ley Federal de la Correduría Pública), en escritura pública o en contrato privado ante dos testigos y ratificado ante fedatario (artículo 66, fracción I de la Ley de Instituciones de Crédito).
8. La prenda mercantil que queda en poder del deudor, debe constar por escrito (artículo 336 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
9. El fideicomiso debe celebrarse por escrito y cuando hay transmisión de bienes inmuebles en escritura pública notarial (artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
10. El contrato de seguro, con todas sus especies, debe constar por escrito para los efectos de prueba (artículo 19 de la Ley del Contrato de Seguro).
11. La hipoteca industrial o sobre la unidad completa de una empresa, debe hacerse por escrito (artículo 67 de la Ley de Instituciones de Crédito).
12. El contrato de arrendamiento financiero debe hacerse por escrito, ratificado ante notario, corredor o fedatario público; de igual manera, el contrato por el que las empresas de factoraje dan en prenda los derechos de crédito que hayan adquirido, debe hacerse por escrito, según la respectiva ley.
13. El contrato de factoraje, que contiene cesión de créditos, debe constar por escrito en términos del artículo 2033 del código civil y también el contrato de promesa de factoraje según el artículo 2046 del código civil federal vigente.
14. Los contratos de intermediación bursátil que las casas de bolsa celebran con sus clientes, requieren que se hagan por escrito (artículo 90 de la Ley del Mercado de Valores).
15. Algunos contratos de derecho marítimo relativos a embarcaciones o buques, tales como la transmisión de propiedad deben constar en instrumento otorgado ante notario o corredor públicos (artículo 68 de la Ley de Navegación).

- 16.El contrato de fletamento debe constar por escrito (artículo 96 de la Ley de Navegación).
- 17.El contrato de transporte de mercancías por agua debe constar en un conocimiento de embarque (artículo 98 de la Ley de Navegación).
- 18.La compraventa e hipoteca de buques debe hacerse en escritura pública o póliza ante notario o corredor (artículo 90 de la Ley de Navegación y artículo 6, fracción V de la Ley Federal de Correduría Pública).
- 19.La hipoteca sobre líneas, vehículos, embarcaciones y demás bienes que formen el sistema de una empresa de vías generales de comunicación debe celebrarse por escrito (artículo 92 de la Ley de Vías Generales de Comunicación).
- 20.Las ventas a domicilio deben constar por escrito (artículo 52 de la Ley Federal de Protección al Consumidor).
- 21.Existen algunas operaciones mercantiles que se perfeccionan con la entrega del bien, materia del contrato, son los llamados contratos reales, como el depósito mercantil (artículo 334 del Código de Comercio), el reporto (artículo 259 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
- 22.Por medio de la aplicación supletoria del artículo 2317 del Código Civil, las compraventas mercantiles sobre inmuebles y la constitución de hipotecas sobre inmuebles, aún cuando sus respectivos usos o destinos sean comerciales, deben constar en escritura pública ante notario (artículo 78 de la Ley Notarial).
- 23.El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios. La Cláusula compromisoria será acuerdo de arbitraje si consta en un contrato escrito (artículo 1423 del Código de Comercio).

La libertad de forma de una gran cantidad de negocios jurídicos incluye la posibilidad de que las partes impongan, para determinados casos, una forma obligatoria para los mismos.²³ Empero, hay una enorme cantidad de contratos mercantiles que deben cumplir con la formalidad obligatoria pues la establece la ley, es increíble que se generalice de esa manera que la forma no se requiera, pues en ese supuesto, cabe la posibilidad de la persona interesada demande la nulidad relativa, además, no hay sustento de aquella para

²³ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit., p. 40.

comprobarla, ello se presta a una grave confusión pues, cómo se puede afirmar fehacientemente que existe una obligación o se realizó tal o cual acto.

A pesar de la lista de contratos dada con antelación, el principio de libertad de forma subsiste en una gran cantidad de operaciones mercantiles que pueden tener mayor importancia, por ejemplo, las compraventas sobre mercancías y muchas operaciones sobre bienes muebles; por ejemplo, los contratos celebrados a través de máquinas (venta de cigarrillos, refrescos, timbres postales, café, tarjetas telefónicas, cajas para operaciones bancarias mediante computadora).²⁴ También existen las subastas públicas sobre objetos de gran valor, éstos contratos se celebran mediante señas, guiños de ojo o levantando la mano y otras operaciones se entienden con un simple apretón de manos y las operaciones de compraventa en la bolsa de valores no requieren forma exigida por la ley.

Lugar de pago.

También denominado lugar para el cumplimiento de las obligaciones, indica que éstas se deben cumplir en el domicilio o lugar donde previamente señalen las partes contratantes pero, si no se llegó a un acuerdo o se olvidaron de pactarlo, las obligaciones o el pago, por regla general, debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convengan otra cosa; si el deudor tiene dos o más domicilios, se hará el pago en el que elija el acreedor. De otra forma, puede mencionarse que las disposiciones procesales mercantiles establecen que el juez competente para conocer del cumplimiento de las obligaciones es el del domicilio del deudor, pero eso ya entra en otras disposiciones que escapan al principio en cuestión.

Cláusula penal.

Es la sanción que se determina para los casos en que haya incumplimiento de las obligaciones contractuales. Dicha cláusula no debe exceder del importe principal. En materia mercantil, si se demanda la rescisión del contrato y aunado a ello se demanda además la cláusula pena, ya no se puede demandar el cumplimiento; si la parte afectada decide demandar el cumplimiento del contrato, ya no podrá demandar la rescisión ni la cláusula penal, por lo que queda a su disposición elegir la opción que más convenga a su interés.

²⁴ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit., p. 40.

Especie y calidad.

Este precepto se refiere a que las cosas se hallen comprendidas en un grupo o especie que sean de fácil determinación por conocidas para que el deudor se obligue de forma seria al acreedor, quien a su vez, sólo puede exigir la entrega de la cosa de calidad y especie medidas.

Prescripción.

Es una forma de adquirir o perder un derecho por el sólo transcurso del tiempo, pero debe tomarse en cuenta la dispersión de las leyes mercantiles, la cual origina que algunos preceptos sobre la prescripción se encuentren en ordenamientos especiales.

En términos generales, la prescripción mercantil opera en plazos más cortos que los señalados para la extinción de obligaciones civiles.²⁵ En el Código Civil se establecen los plazos de uno, tres y cinco años para diversos supuestos y la norma general es de diez años para los casos no previstos.

Es importante señalar que en materia civil, la prescripción no opera contra menores de edad e incapacitados, pero en materia mercantil, la prescripción sí opera contra éste tipo de personas contratantes y la acción que éstos tienen en contra de su representante por haber operado la prescripción en su perjuicio, será la de daños y perjuicios.

Lesión.

Es un vicio del consentimiento que tiene un elemento subjetivo y otro objetivo; el primero se refiere a la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria; por su parte, el elemento objetivo es el lucro excesivo desproporcionado. En materia civil, cuando existe la lesión, se demanda la nulidad relativa del contrato; pero en materia mercantil no cabe la posibilidad de que se alegue la lesión, sólo se pueden encontrar el dolo y la mala fe y cuando esto sucede, no se demande la nulidad relativa del negocio jurídico, sólo su rescisión.

²⁵ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit., p. 26.

Supletoriedad.

Es el principio que soluciona los defectos de reglamentación sin crear una nueva figura jurídica. El artículo 2 del Código de Comercio expresamente establece cuál es el derecho común supletorio ya que a falta de disposiciones en el Código de Comercio y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal. Con ésta norma, el derecho común supletorio no sólo se aplica al Código de Comercio sino para las demás leyes mercantiles.

En concreto, para el régimen sustantivo o de fondo, se aplica supletoriamente en materia mercantil, las disposiciones del Código Civil Federal; por otro lado, para el régimen adjetivo o procesal, a falta de un acuerdo entre las partes (señalado en el contrato), los juicios mercantiles se rigen por el Código de Comercio, salvo que se establezca el supuesto de un proceso especial, para tal controversia, se aplica supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles.

2.6 DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL.

Para el estudio del contrato de agencia es preciso distinguir tres conceptos: la agencia como establecimiento, el agente y el contrato de agencia.²⁶ Por el momento se analizará la definición del contrato de agencia mercantil propiamente dicho.

Hablar de agencia nos lleva a una definición concreta que engloba los supuestos anteriores. Agencia es el oficio o encargo de agente, oficina del agente, empresa que se dedica a gestionar asuntos ajenos o a prestar determinados servicios.²⁷ Pero el contrato de agencia va más allá de un encargo, una oficina o una empresa, si se analiza a detalle, se pueden encontrar una serie de piezas clave que construyen al contrato como una figura especial, un contrato sui-generis que se encuentra a la orden del día para manifestar derechos y obligaciones puramente mercantiles.

²⁶

Arce Gargollo, Javier. Op. Cit., p. 329.

²⁷

De Pina Vara, Rafael. *diccionario de derecho*. Editorial Porrúa. 26a Edición. México, 1998. p. 66.

La voz (agencia) tiene, según el diccionario de la Real Academia Española, distintos significados a que, a su vez, tienen contenido jurídico. Tanto se refiere al oficio o encargo de agente, como a su oficina o despacho; a la empresa destinada a gestionar asuntos ajenos o, en fin, a la sucursal o delegación subordinadas de una empresa.²⁸

El contrato de agencia, en su aspecto mercantil, no está regulado como tal en el derecho mexicano y es por tanto, un contrato atípico.²⁹ El contrato de agencia mercantil se celebra entre comerciantes independientes y no hay subordinación entre el agente y el empresario, aunque, puede suponer una clara relación de trabajo.³⁰

Se tiene el concepto de agencia como el contrato por el cual, una persona denominada agente, asume de otra denominada empresa, el encargo de promover la conclusión de contratos de compraventa de los productos que se le asignen mediante una retribución. En caso del producto, éste no se vende directamente, sólo se promociona. Pero la compraventa no es exclusivamente la única actividad en la que se basa la agencia como contrato pues existe una gama de servicios que puede prestar la sucursal o el agente y no todos promocionan productos.

El agente es un comerciante independiente, no un trabajador del empresario, pues de esa manera organiza su actividad profesional y tiempo dedicado a la misma conforme a criterios propios; es un contrato de duración, se celebra a plazos largos o por término indeterminado, para buscar una relación permanente y estable; la agencia mercantil es un contrato cuyo objeto es la promoción y en su caso, la conclusión de contratos por cuenta del principal, el agente como promotor de operaciones está obligado a algo más que un mediador, en el sentido de que tiene que influir en la voluntad del tercero consumidor, el agente tiene como misión tratar de convencer al cliente o consumidor para que concluya el contrato de prestación de servicios, de compraventa, entre otros, de la misma forma, está autorizado para recoger las propuestas de contrato de los clientes o terceros y ellas, más tarde serán

²⁸

²⁹ Quintana Adriano, Elvia A. *Diccionario de derecho mercantil*. Editorial Porrúa. México, 2001. p. 139.

²⁹ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit. p. 330.

³⁰ Díaz Bravo, Arturo. *Contratos mercantiles*. Editorial Harla. 2a Edición. México, 1987. p. 223.

transmitidas al empresario; la remuneración del agente depende casi en todos los casos de los resultados que éste obtenga; se puede pactar la exclusividad en el contrato; se celebra entre empresarios mercantiles independientes, por lógica, el acuerdo debe ser puramente mercantil y no un contrato de trabajo pues no se pacta como instrumento en la jerarquía de la empresa; el contrato de agencia mercantil da nacimiento a una relación de confianza, en éste sentido existen contratos en que la confianza es un elemento de carácter psicológico que adquiere un rango predominante, como en el caso de los negocios “intuitu personae”, entre los que se encuentran el mandato civil y la comisión mercantil, el depósito, el contrato de servicios mercantiles y por supuesto, el contrato de agencia.

Por su carácter de intuitu personae y el hecho de ser un contrato duradero, el de agencia obliga a ambas partes a una cooperación basada en la mutua confianza.³¹

Clasificación del contrato.

1. Por su naturaleza, el contrato es meramente MERCANTIL en los casos en que lo celebre una empresa privada o si las partes intervienen en él, tienen la categoría de comerciantes; también será mercantil cuando el lucro sea el fin que anima al agente a actuar para el empresario.
2. Por su función económica, es un contrato de COLABORACIÓN en la medida en que el agente coopera con su actividad económica al mejor desarrollo de la empresa.
3. Es un contrato que no requiere formalidad alguna para su celebración, por ende, se le llama de forma libre o CONSENSUAL, lo cual genera una confusión ya que, al no haber formalidad, el contrato se puede anular relativamente. Por aplicación analógica de las normas de la comisión mercantil y sólo cuando exista representación, debe hacerse conforme señala el artículo 285 del Código de Comercio. Ahora bien, por tratarse de un contrato de duración y que se celebra con empresas o entidades económicas importantes, en la práctica se celebra por escrito, lo cual hace suponer que se cae en una gran contradicción ya que no hay formalidad específica.
4. Es un contrato NOMINADO pues cuenta con un nombre específico “contrato de agencia mercantil”.

³¹ Garrigues, Joaquín. Op. Cit., p. 119.

5. Es un contrato ATÍPICO pues carece de regulación en el derecho mexicano a pesar de la gran importancia que representa para la conclusión de algunos contratos como la compraventa mercantil. Existen en algunas leyes, disposiciones fragmentadas de la agencia como sucursal y de las funciones del agente, más no existe un régimen general del contrato.
6. Contrato PRINCIPAL que no requiere la existencia de un acuerdo anterior, pero sí puede traer aparejado un pacto de exclusiva, el cual representa un elemento accesorio del primero.
7. Es un contrato BILATERAL porque existen derechos y obligaciones para ambas partes: tanto el empresario debe cumplir con sus labores, como el agente debe realizar las propias.
8. Se le considera ONEROSO porque los beneficios que se obtienen son recíprocos.
9. Casi siempre el contrato de agencia es CONMUTATIVO, esto en relación, a la forma y las bases que se establezcan para determinar las retribuciones del agente.
10. Es un contrato de GESTIÓN DE NEGOCIOS pues la especie de éste es un tipo de mandato.
11. Es de duración, por ello ES DE TRACTO SUCESIVO, de ejecución no instantánea como el mandato, sino que se prolonga en un plazo a largo tiempo, que podría ser indefinido.
12. Es INTUITU PERSONAE, pues el empresario contrata con el agente por las cualidades personales y profesionales que éste posee.
13. Es un contrato PREPARATORIO pues previene una situación que será antecedente de los otros contratos, sobre todo, el de compraventa.

El acto de comercio, factor determinante para la agencia mercantil.

El acto de comercio es un acto jurídico regido por las leyes mercantiles y juzgado por los tribunales con arreglo a ellas o los que ejecutan los comerciantes. El artículo 75 del Código de Comercio enumera una serie de actos de comercio que son los realizados por empresas o no empresas, que generalmente persiguen una especulación comercial o lucro y que recaen sobre cosas mercantiles, mediante la intermediación del comerciante, calificado como tal por la ley o por una resolución judicial.

En ese sentido, los actos de comercio determinan un beneficio o lucro así como el actuar de comerciantes o empresarios y siempre serán mercantiles.³²

El artículo 75 del Código de Comercio vigente señala que se reputan actos de comercio, una serie de acciones encaminadas a desarrollar las negociaciones comerciales. Particularmente, la fracción décima dice que se reputan como actos de comercio, las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda. Por lo que respecta a las agencias, para su existencia debe suponer un contrato de esa naturaleza celebrado previamente y por ende, dicho contrato envuelve un acto de comercio lucrativo, sobre cosas mercantiles que lo celebra una empresa (a través de su titular) y un intermediario, dicho acto lo califica la ley.

La importancia del contrato de compraventa para la agencia.

Al establecer que el contrato de agencia mercantil ayuda a promover o concluir negocios por cuenta del empresario se debe tomar en cuenta a la compraventa pues una de las obligaciones del agente consiste en otorgar productos a los consumidores y convencerlos para celebrar el contrato de compraventa de productos, sólo a nombre y por cuenta del empresario o productor directo. No es que la compraventa la celebren el agente y el consumidor, ya se ha analizado que el empresario no puede ir a vender sus productos a todas partes, para ello contrata agentes para otorgarle los productos.

La compraventa es considerada generalmente como uno de los más importantes y frecuentes entre todos los contratos nominados.³³ La compraventa en su aspecto económico, es el factor más importante para la circulación de la riqueza ya que gracias a ella se da la satisfacción de un sin número de necesidades diarias. En ese tenor, la compraventa es un contrato por virtud del cual, uno de los contratantes llamado vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro llamado comprador, a su vez, se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero. Lo anterior consta en el artículo 2248 del Código Civil federal vigente.

³²

Acosta Romero, Miguel; Lara Luna, Julieta A. *Nuevo derecho mercantil*. Editorial Porrúa. México, 2000. p. 106.

³³

De Pina, Rafael. *Elementos de derecho civil mexicano: contratos en particular*. Editorial Porrúa. 12a Edición, Volumen IV. México, 2004. p. 20.

La definición de la compraventa es la misma para la ley mercantil, sin embargo, ella debe ser celebrada por comerciantes, perseguir un fin de lucro o bien, tener por objeto cosas mercantiles. La compraventa mercantil es el objeto directo de la promoción o conclusión de la agencia mercantil. El agente sólo es un intermediario entre el empresario y el consumidor, es decir, entre comprador y vendedor.

La agencia mercantil como acto de comercio, impulsa a otro acto comercial que es la compraventa que es necesaria para desarrollar y llevar a cabo el comercio y satisfacer necesidades. La compraventa está regulada por el ordenamiento jurídico mexicano; la agencia mercantil, como auxiliar en el terreno de los negocios, no lo está, cabe preguntarse ¿por qué aún no se ha reglamentado en la ley y se ha dejado en el abandono el intento por legislarla?

Hacia una definición concreta del contrato de agencia mercantil.

Muchos autores destacan la gran labor que desempeña el contrato en cuestión en el rápido e incansable desarrollo del comercio, elevándolo a una gran categoría dentro de la escala atípica.

Dadas las características y los actos de comercio que representa, así como la importancia para la promoción y conclusión de contratos, se obtiene una definición global de dicho negocio jurídico:

“El contrato de agencia mercantil es aquél acuerdo por el cual, una persona llamada agente comercial, actúa como intermediario independiente, de forma permanente, duradera y estable, obligándose a promover y en su caso, concluir otro tipo de contratos, teniendo una carga máxima sobre la compraventa mercantil, por cuenta y en ocasiones a nombre de otra persona llamada empresario, mediante el pago de una contraprestación generalmente dependiente de los resultados que el primero obtenga. Calificando a la agencia como sucursal, como un acto jurídico de comercio, con implícita confianza; dicho nombramiento lo otorga la ley aunque sin regularlo en sentido amplio y relegándolo al parámetro atípico.”

2.7 ELEMENTOS QUE COMPONEN AL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL.

Los elementos que le dan vida al contrato de agencia se dividen en tres tipos: personales, reales y formales. Los últimos se analizarán bajo reservas específicas puesto que el contrato es atípico.

1. Personales: son aquellas partes contratantes que expresan su consentimiento para negociar y obligarse a realizar las tareas que prevengan. Por un lado se encuentra el agente y por otro el empresario quien es el encargado de requerir la ayuda de un auxiliar que no tenga una relación de subordinación con él.

El mandante, empresario o productor principal que por lo general siempre será una persona moral, cualquier tipo de sociedad mercantil privada o bien, una negociación o empresa, debe contar con la capacidad necesaria y general para poder contratar y obligarse a la realización de lo que le corresponde. En cambio, el agente puede ser una persona física o bien, una persona moral, o sociedad mercantil, negociación o empresa, debe tener también la misma capacidad que el empresario.

2. Reales: los elementos de éste tipo son la actividad del agente y la retribución que le otorga. El primero de ellos se refiere a la ejecución del encargo asignado que puede ser la promoción o la conclusión de otros acuerdos de la voluntad. El contrato de agencia mercantil difiere del mandato en que el mandatario se compromete a celebrar contratos y no a conseguir contratantes o clientes al empresario, lo que representa una actividad material que no tiene tintes de ser jurídica. Por el contrario, la actividad del agente se caracteriza por la promoción y en su caso, la conclusión de negocios o contratos por cuenta y en su caso, a nombre del empresario. El contenido de la actividad a desarrollar puede ser muy amplio pero sin abandonar la línea de la promoción y conclusión de negocios de compraventa.

En el caso de la retribución o contraprestación que recibe el agente por el trabajo desempeñado se denomina también comisión, premio o compensación, aunque para efectos prácticos y para diferenciarlo es necesario llamarlo retribución. Este elemento

se puede pagar en dinero o en especie (con los mismos productos que promueve). Se fija mediante porcentajes de los contratos concluidos o los pedidos u órdenes de compra que se logran para el empresario. La fijación de las bases para determinar y calcular el porcentaje puede variar, ejemplo de ello es obtener el precio neto de ventas que excluye a los fletes, embarques, derechos de aduana (en su caso) y otros que se deben señalar previamente.

Cuando no se acuerda el monto o las bases para calcular la retribución, se debe acudir a los usos de la plaza del agente o del lugar donde se concluye el negocio o por aplicación analógica del artículo 304 del Código de Comercio relativo al contrato de comisión mercantil pero ¿por qué necesariamente se aplican los principios de éste contrato?

3. Formales: como contrato atípico, es decir, no regulado por las leyes mexicanas, no hay referencia que obligue a que el acuerdo revista formalidad alguna para su validez. En éste caso, se aplica la regla general de la consensualidad contractual establecida en el artículo 78 del Código de Comercio, esto quiere decir que se está frente a un contrato de forma libre.

La forma escrita que se da en la práctica es para probar el acuerdo entre las partes, no es un requisito de validez porque ninguna ley la exige. Ahora bien, suponiendo que se acuerda de palabra al no haber formalidad exigible, alguna parte estará en derecho de demandar la nulidad relativa del contrato por más importancia que éste represente.

Si por su semejanza con la comisión se aplican las normas en materia de formalidad, al otorgarle representación al agente y el contrato resulta en éste aspecto, una comisión representativa, la agencia debe celebrarse por escrito o en escritura pública ante notario según los artículos 285 del Código de Comercio y 2555 del Código Civil federal vigente, entonces donde queda el principio de contratar con forma libre.

Por otra parte, por aplicación analógica de las disposiciones de la comisión y del mandato, contenidas en los artículos 276 del código de Comercio y 2574 del Código

Civil federal vigente, el agente puede aceptar tácitamente el encargo conferido mediante la realización de actos en ejecución del contrato.

Con la formalidad, siempre va a presentarse la confusión en el contrato de agencia mercantil, es decir, al celebrarse de palabra y ser válido, pero la parte interesada pudiera demandar alguna disposición y carecer del elemento probatorio. Para no dar terreno a la disyuntiva que se presenta ¿por qué no se ha preocupado alguien por elevarlo a la calidad de figura típica.

CAPITULO 3. TEORÍA DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL.

Ahora que ya se tiene una noción general del concepto de contrato de agencia mercantil y que se sabe que la delimitación de la agencia se hace como sucursal, como agente y como contrato propiamente dicho , es tiempo de adentrarse en el estudio de éstas divergencias. Claramente se abordarán los temas pertinentes del objeto de estudio en cuestión, es necesario para ello estudiar la organización de la agencia-sucursal; del trabajo del agente; así como cerciorarse si en la ley mexicana pudiesen encontrarse rasgos mínimos; otra cuestión es analizar al contrato de comisión, como figura que respalda a la agencia típicamente.

Primero que nada, se analizará la estructura que generalmente presentan las agencias que se dedican a tareas de naturaleza amplia, no por ello, son más importantes que las agencias con lineamientos lucrativos menores, tienen la misma responsabilidad señalada por el empresario, pero no se debatirá sobre las agencias más pequeñas y las más grandes, el análisis será general, sin caer en situaciones especialísimas.

A pesar de ser una figura naturalmente atípica, la categoría de los agentes comerciales se ha delineado de tal forma que, hoy en día son tan importantes que no se concibe el comercio global sin ellos. La mayoría de los agentes comerciales ya conocen su situación y aceptan con responsabilidad sus encargos que ya se hace costumbre, vivir sin una reglamentación especial. Por ello, se estudiará el concepto del agente y se abordará la teoría que los cobija en una cierta base no reglamentada.

De una manera más estricta se ubicarán los tipos y categorías de agentes que existen en nuestra línea mercantil mexicana, los más importantes, los que juegan un papel sobresaliente, aquellos representan las diversas actividades de las agencias. Para realizar lo anterior, será necesario hacer un estudio actualizado, un estudio que vaya de la mano con la vanguardia mercantil de nuestro país. Así, desfilará una serie de agentes auxiliares independientes, que ya estarán marcados y determinados para diversas áreas que el objeto social de los empresarios indica. La lista de agentes tratará de abordar varias clases.

Posteriormente, se podrán apreciar todas aquellas características de los agentes mercantiles que les da razón de ser. Esto va a servir para destacar la labor de esas personas y para conocer las actividades y las condiciones con las que se desenvuelven en el ágil terreno comercial. Cabe mencionar que las características serán generales, es decir, se desprenderán de todos los tipos de agentes, sin caer, claro está, en aspectos específicos que sólo unos cuantos sustenten, salvo que las propias figuras de la agencia así lo exijan.

Se ha insistido en que el contrato de agencia mercantil, por ser una figura atípica, no se encuentra regulado en ninguna ley, en ningún apartado jurídico mexicano; sin embargo, a veces sin fundamento, se presentan situaciones específicas y recomendaciones que las leyes en su conjunto prevén como medio para hacer propicia la relación entre agente y empresario, así como casos en los que la ley hace necesario permitir o restringir tal o cual asunto que escape a la independencia de esos auxiliares. Sin fundamento porque es curioso observar que la ley prevé aspectos especiales cuando ni siquiera se ha regulado a la agencia en un sentido general.

Para que la agencia mercantil tenga fundamento contractual, tiene que seguir los lineamientos que mejor le sienten, para ello se acude al contrato de comisión mercantil. En él se va a fundamentar para, de alguna manera, darle sentido legal a sus estipulaciones. Es así como se establecerá la relación que guardan, como motivo regulador esencial.

1.1 LA AGENCIA COMO SUCURSAL.

En el sentido que se va a tratar, la agencia debe concebirse como la oficina o la empresa del agente, dedicada a gestionar, promover o concluir asuntos ajenos o a prestar determinados servicios encomendados por el empresario principal. La agencia como sucursal, como parte de la organización administrativa de una negociación: es decir, no como una relación contractual, sino como un establecimiento de la empresa.¹ La empresa es la organización del productor principal que se dedica a fabricar productos o bien, a prestar determinados

¹ Quintana Adriano, Elvia A. Op. Cit., p. 139.

servicios, puede ser cualquier tipo de sociedad de las que se señalan las leyes mercantiles. As su vez, ésta requiere de la prestación de los servicios de uno o varios agente como auxiliares independientes que trabajan en oficinas o sucursales con mayor o menor autonomía, con patrimonio propio o sin él, separado o de afectación, como es el caso de las sucursales de bancos extranjeros y oficinas de representación, que deben contar con un capital afectado a las operaciones que practiquen en nuestro país.

La sucursal también se concibe como la actividad consistente en la prestación de servicios que tienen que ver con la promoción de negocios y las gestiones de contratos por cuenta ajena. La sucursal agenciaria es la actividad o grupo de labores que, organizadas desempeñarán y cumplirán con sus fines, actúan como intermediarias en beneficio de las empresas principales y para efectos fiscales, se establece que tienen el carácter de establecimientos permanentes, lo cual se entiende lógico puesto que el contrato de agencia es duradero para cumplir las disposiciones referentes al tiempo de operación.

Por lo general, las agencias ajustan su tamaño conforme al criterio de organización que sustenten y al volumen de trabajo que puedan realizar.² No es una regla que todas las sucursales tengan que cumplir, existen algunas que cuentan con aspectos mínimos. Básicamente las agencias cuentan con áreas definidas que son: cuentas, creación, producción, medios y marketing. Dichas áreas se comunican entre sí y cuentan con una presidencia y un departamento de coordinación, pero independientemente de lo anterior, cuentan con una administración que funciona como el sector administrativo de cualquier sociedad.

La delimitación de las áreas se hace sobre la base de tres funciones específicas que son: el servicio externo, servicio interno y la administración.

En lo que se refiere al servicio externo, se compone por las áreas de cuentas y marketing y es el que se ocupa, en algunas ocasiones (aunque en otras agencias sea su actividad principal), de la atención al cliente. Brinda la información necesaria para promocionar los

² Nestor Martínez, Héctor. *La empresa publicitaria, su organización y administración*. Editorial Macchi. 2a Edición. Argentina, 1998. p. 151.

servicios o contratos de compraventa. En agencias de renombre, al frente de éste sector se encuentra un director de servicios al cliente, que es quien determina las estrategias a seguir respecto de las cuentas que maneja. Uno o más directores de cuentas dependen de él.

El servicio interno es el que se ocupa de la creación y la producción para planificar los medios en los que a través de ellos se dará promoción y conclusión a las actividades preestablecidas por el empresario principal. Dependen de éste sector las áreas de creación, producción y medios.

Necesidades, deseos, gustos y preferencias de los consumidores y clientes son interpretados de forma especial y profesional por una agencia. De éste modo, el anunciante, comerciante o productor tiene acceso a una inmejorable vía comercial, sumamente técnica y especializada, con sus compradores actuales y potenciales que siempre exigen calidad y vanguardia. La evolución que tienen las agencias les ha permitido mejorar sus servicios en la medida en que tienen contacto con los consumidores. Ya no es suficiente una idea global del producto o servicio. Se debe sacar provecho de la información especializada que pueda recabarse en el departamento de marketing y que la agencia está en condiciones de interpretar correctamente.³

Con todo el conocimiento que la agencia extrae del cliente y su producto o servicio se procede a la etapa de creación de avisos que le den publicidad, teniendo la libertad de convenir con otras sociedades e incluso, con otras agencias de índole publicitario. A través de los medios de comunicación llegará a la audiencia.

Las grandes organizaciones o empresas productoras suelen trabajar con las llamadas agencias de grupos y las agencias departamentales. En las primeras, un grupo de gente se encarga de establecer contactos, efectuar la planificación y desarrolla el trabajo creativo, otros grupos se encargan en forma similar de las otras cuentas. Por otro lado, en las agencias departamentales, cada departamento en los que se divide, cumple con una función específica; en conjunto, los departamentos atienden a todos los clientes.

³ Nestor Martínez, Héctor. Op. Cit., p. 156.

De cualquier forma que trabaje una agencia como sucursal, deberá tener una elasticidad tal que le permita adaptarse a las diferentes necesidades de sus clientes. Cuenta con el personal necesario para desenvolverse normalmente. Existe una estructura básica aplicable a cualquier agencia y su mayor o menor sofisticación dependerá del tipo de exigencia que le impongan los clientes. No hay regla que exija un cargo o dirección específica pues, existen agentes que trabajan de forma individual o personas morales pero con cargos y fines pequeños o simples.

a) Presidencia de la agencia.

Puede ejercerse por una persona, aunque por el tipo de actividades, se puede componer por un comité de dirección con tres o cinco miembros. La presidencia tiene la función específica de dirigir la marcha de la sucursal en un ámbito global, es decir, dirección de todos los órganos que componen a la sucursal. También define las políticas operativas y la cultura de la organización, coordina los esfuerzos de cada área para transformarlos en una fuerza en dirección al crecimiento.

b) Dirección de cuentas.

Tiene a su cargo la atención al cliente, mantiene un trato fluido, cordial y positivo con ellos, obtiene información de ellos para la resolución de sus necesidades, procesa la información y la transforma en mejoras para la atención, es el representante de la agencia. En esa misma línea, conseguir nuevas cuentas trae como consecuencia un incremento económico importante para la sucursal y le permite reforzar su imagen para la atracción de un mayor número de consumidores.

La estructura de ésta área se compone por un director general de cuentas y varios equipos conformados por un director o supervisor de cuentas, ejecutivos de cuentas, asistentes de cuentas y secretarios.

c) Dirección creativa.

Se dedica a la transformación de la información de marketing y por lo regular la conduce un director general creativo que establece la política creativa de la agencia y además, responde por la eficacia de la publicidad que se le da a la promoción y conclusión de contratos. El

director puede estar al frente de varios equipos creativos y la propia interacción de sus integrantes enaltece la calidad creativa.

d) Dirección de producción.

Específicamente, agencias de publicidad, comunicación, prensa y noticias cuentan con ésta área que transforma mensajes creados por la agencia en elementos reproducibles por diversos sistemas de comunicación de cine, televisión, revistas, diarios que inciten al consumidor a adquirir el producto o contratar el servicio.

El área se divide en dos jefaturas: la gráfica y la audiovisual. La primera, desarrolla los originales que se usan en la reproducción, grafica las ideas creativas y se confeccionan las técnicas originales de los productos y servicios que promocionan, presupuesta y selecciona el servicio de los proveedores externos o fotógrafos, retocadores, ilustradores, impresores; la segunda, presupuesta y selecciona proveedores adecuados para la reproducción en los medios electrónicos, productoras de cine y televisión, productoras de música publicitaria, modelos, locutores, entre otros elementos.

e) Dirección de medios.

Planifica, compra y controla los espacios en diferentes medios para asegurar la correcta y completa difusión de los mensajes que patrocinan a los productos y servicios que ofrecen las empresas. Puede existir un comité de planeamiento de las estrategias de medios, el cual opera de forma más eficiente la planificación, así como la compra y el control de dichos medios. Dirección de medios se subdivide en el área de planificación, el área de compra y el área de control.

Planificación traduce las estrategias de los medios para cubrir zonas geográficas específicas requeridas de acuerdo a lo que proponga la empresa principal para la venta y prestación de bienes y servicios; el área de compra, asume la responsabilidad de optimizar precios preestablecidos por el área de planificación; el área de control se dedica al manejo de la publicación y emisión de avisos que la agencia desarrolló y planeó internamente para los productos o servicios.

f) Dirección de marketing.

En ella trabajan especialistas que traducen los problemas de comunicación entre los consumidores y las agencias. Los conocimientos de marketing de los especialistas son muy importantes porque se aplican para encontrar soluciones a dificultades propias de la agencia y a las necesidades de los consumidores, es decir, hoy en día ya no se basan solamente en los datos que proporcionan los empresarios principales, más bien, realizan estudios de campo y estadísticos generales.

Esta área también sugiere las investigaciones de mercado, participa de comentarios, sugerencias, quejas y cuestionarios de campañas e integra un comité de planeamiento estratégico y un comité de evaluación.

g) Dirección de administración.

Lleva la facturación y la cobranza de los consumidores, también lleva un control y seguimiento de los pagos realizados a los proveedores, el pago de servicios generales y en algunos casos, el área de personal y liquidaciones.

h) Coordinación.

Desarrolla labores de nexo entre la presidencia y los distintos departamentos que componen a la agencia. Controla y ordena el flujo de trabajo de las agencias y tiene a su cargo determinar con cada uno de los departamentos, los tiempos necesarios para realizar las órdenes de trabajo y asegurarse del cumplimiento de los plazos o tiempos. Tiene un cuerpo de coordinación de menor jerarquía.

Más allá de una u otra organización departamental de las agencias, existen comités estratégicos que les dan sentido técnico a las tareas que se desarrollan:

1. Comité de planeación: determina la distribución de los presupuestos para lograr los objetivos, estrategias y en ciertos casos, la comunicación. Se integra por los directores generales de las áreas de cuentas, marketing, creatividad, medios.
2. Comité de planeamiento de estrategias creativas: se integra por los directores de cuentas, creatividad, marketing y se dedica a definir posicionamientos, propuestas y expresiones.

3. Comité de planeamiento de estrategias de medios: establece los objetivos de medios, mercados operativos y presupuesto de medios, selecciona los sistemas a utilizar y se integra por los directores de cuentas, marketing y medios.
4. Comité de pre-evaluación: analiza la presentación que la agencia le va a otorgar a los consumidores y sugiere las modificaciones que se deben introducir.
5. Comité de post-evaluación: luego de que se realizan campañas para recabar información de los consumidores, se evalúa para poder corregirse y tomar los resultados positivos, así también, se analizan sugerencias.

Las sucursales que se consideran grandes agencias pueden estructurarse de la manera ampliamente descrita. A medida que desciende el tamaño de la agencia, las funciones se agrupan en menor cantidad de personas y la interacción se produce en una forma más desestructurada.⁴ Para otras sucursales existen un sin número de modificaciones, existe libertad de estructuración, de organización y de personal contratado.

1.2 LOS AGENTES COMERCIALES.

Existen dos clases de empresarios: el individual y el colectivo. El último se concentra como alguna de las sociedades establecidas en el artículo primero de la Ley General de Sociedades Mercantiles. El empresario necesariamente se sirve, en el desenvolvimiento de su empresa, de la colaboración de otras personas. Diversas pueden ser las naturalezas según las cuales actúan éstas, pero lo que sí es cierto, es que se necesita una colaboración, no solamente en aquellos organismos económicos que constituyen hoy en día las grandes empresas, sino también en las empresas más modestas.⁵

Las empresas o sociedades necesitan de auxiliares para desarrollar sus actividades y por ello se encuentran los auxiliares dependientes y los auxiliares independientes. Los auxiliares dependientes del comerciante se encuentran subordinados; los auxiliares independientes o

⁴ Nestor Martínez, Héctor. Op. Cit., p. 163.

⁵ Bauche Garciadiego, Mario. *La empresa, nuevo derecho industrial, contratos comerciales y sociedades mercantiles*. Editorial Porrúa. 2a Edición. México, 1983. p. 176.

auxiliares del comercio, no se encuentran supeditados a ningún comerciante determinado, por ende, ellos despliegan su actividad a favor de cualquiera que se los solicite.

Los auxiliares dependientes son: los factores o gerentes, los contadores privados, dependientes, agentes viajeros o viajantes, los agentes de ventas y los demás trabajadores de una empresa.

Los auxiliares independientes son: los corredores titulados, los corredores libres, los comisionistas, los contadores públicos y los agentes comerciales.

Agente en un sentido amplio es la persona que obra con el poder de otra o bien, el que tiene por oficio gestionar negocios ajenos. Los agentes de comercio, ni la legislación y la jurisprudencia mexicanas han sabido captar con precisión la figura del agente de comercio, bien es verdad que bajo tal nombre se encubre una variedad tal de situaciones y de actividades que hacen la figura en cuestión algo pretoico y escurridizo.⁶

Son pocas las leyes mexicanas que se refieren a los agentes. En algunas ocasiones, la jurisprudencia ha tenido que ocuparse de los agentes de comercio, pero no logra establecer criterios objetivos para la determinación del concepto. Sólo en los negocios, en el medio en el que viven y trabajan los agentes mercantiles se determina su razón de ser.

Tal parece que los autores siguen un lineamiento de estricto sentido al determinar que los agentes viajantes y los agentes de ventas son dependientes del comerciante. Por principio de cuentas y en base, a los usos y costumbres del comercio, el concepto de agente abarca de manera general a todas las particularidades que de éstos existen. Se cae en una contradicción pues en sentido amplio, todos los agentes comerciales deben ser independientes. El agente de comercio es la persona física o moral que de modo independiente, se encarga de fomentar los negocios de uno o varios comerciantes.⁷ ¿Qué sentido tiene ubicar a los viajantes y agentes de ventas dentro de una relación de subordinación si la regla indica a todas las luces que todos los agentes que se dedican a los

⁶ Mantilla Molina, Roberto L. *Derecho mercantil, introducción y conceptos fundamentales, sociedades*. Editorial Porrúa. 29a Edición. México, 2005. p. 167.

⁷ Idem., p. 167.

actos de comercio (viajar para promocionar y concluir contratos de venta), son independientes.

Hoy en día, muchas sociedades mercantiles buscan siempre un ahorro analizando situaciones de costos y mantenimientos de personal, es por ello que, prefieren contratar los servicios de agentes viajantes y de ventas independientes y olvidarse de las relaciones concernientes a empleado-empresario que le acarrearán gastos laborales, pensiones, jubilaciones, entre otras prestaciones de ley. Para efectos prácticos, basta reconocer que el agente de comercio es una persona física o moral independiente, un trabajador auxiliar independiente del comerciante, él es quien determina el modo, lugar y tiempo en el que ejercerá su actividad, él pone sus propias reglas de organización de sus labores.

Al agente está en libertad de consagrarse a otras actividades, además puede servir de agente de diversos empresarios, esto sucede con las agencias de tarjetas telefónicas y de comunicación celular, en estas sucursales, el agente no distingue marcas, compañías, ni empresarios, salvo que exista un pacto de exclusividad de por medio. Con lo anterior no se busca favorecer a ningún empresario, para ello se necesita establecer cláusulas contractuales que prevengan o apremien los actos indebidos de los agentes para el caso de favorecer a uno u otro empresario.

El interés de los agentes comerciales concuerda con el de los empresarios, a diferencia de los corredores que mantienen una actividad imparcial pues su misión es poner en contacto a las partes y no favorecer a los intereses de una de ellas. Las funciones de los agentes de comercio no dependen exclusivamente de sus características personales, como las del corredor público; de aquí que sea perfectamente concebible que asuma el carácter de agente una persona moral, es decir, una sociedad mercantil.⁸

El empresario no podría, por sí mismo realizar todas las actividades de la empresa, requiere, en su ejercicio profesional, de la colaboración de múltiples elementos personales, que lo auxilien permanentemente o bien, de forma esporádica, conservando los auxiliares su

⁸ Mantilla Molina, Roberto L. Op. Cit., p. 169.

independencia o estableciéndose una dependencia entre el empresario y el auxiliar.⁹ Por supuesto que no todos los auxiliares independientes crean una relación dependiente con el empresario, ya que el agente cuenta con la característica de no-subordinación.

Los agentes mercantiles también realizan sus actividades en forma permanente, por lo regular, se apuesta por la duración de la relación contractual. Su función principal es buscar clientes operando en zonas o en general, en toda la República. Ellos llenan documentos y rinden informes a los empresarios para evaluar la forma en que se va a servir a los consumidores, las propuestas, las quejas de los mismos, de ese modo, el empresario podrá satisfacer las necesidades de aquellos y elevar sus ganancias, eso no se lograría si los agentes no fueran de la mano y revistiéndose con la confianza de sus principales. Ahora bien, cuando se limitan a servir a un solo empresario, recibe instrucciones para trabajar, debe visitar a determinados clientes, rendir informes (en formatos propios de la empresa), tiene un horario y en algunas ocasiones presta servicios a los clientes, se considera que se está frente a un trabajador más que a un auxiliar del comercio.¹⁰

El agente como una de las partes del contrato mercantil es por lo general un comerciante, no un productor, puede ser un prestador de un servicio, es una figura muy especial que realiza uno o más actos jurídicos de comercio. Existen diversas clases de agentes comerciales que tienen lineamientos delimitados que los distinguen de otro tipo de agentes de carácter administrativo (fiscales), internacional público (diplomáticos), e incluso de aspectos penales y de procuración de justicia (agentes policíacos y judiciales).

La persona denominada agente auxiliar del comercio surge como una figura compleja en la que se funden elementos de otras figuras mercantiles. De los comisionistas y de los mediadores toma el agente su carácter de comerciante independiente; de los auxiliares independientes del comerciante recibe la nota de la permanencia en la relación que une a otros comerciantes. De la misma forma, también tiene la condición de empresario pues tiene la organización de su trabajo y el capital con el que cuenta para su desarrollo, de sus cosas

⁹ Cervantes Ahumada, Raúl. *Derecho mercantil, primer curso*. Editorial Porrúa. 3a Edición. México, 2004. p.291.

¹⁰ Vázquez del Mercado, Oscar. *Contratos mercantiles*. Editorial Porrúa. 12a Edición. México, 2004. p. 108.

y derechos que combinará para ofrecer al empresario, bienes o servicios con el propósito de obtener un lucro o contraprestación.

Otro aspecto de suma importancia, puede o no tener la representación del empresario, pues no es inherente a su función actuar en nombre del mandante.¹¹ Es posible distinguir al agente que tiene representación de su mandante, de aquél que actúa sin representarlo.

En la mayoría de los casos el agente no tiene la facultad de representar al principal, su misión se limita a dar a conocer los productos o servicios que constituyen su tráfico y en ésta forma sirve de intermediario entre su principal y las personas que por la visita del agente, contratan con él.¹²

El agente puede o no ser exclusivo y ello depende de cada uno de los contratos que se celebren y por ello habrá agentes exclusivos y sin exclusividad.

Con el paso del tiempo, la figura del agente comercial ha servido para dar respuesta a la necesidad de captación de clientes, tras un proceso generalizado de reducción de costos, realizado sin la necesaria modernización de los procesos administrativos de las sociedades o empresas y de los sistemas de información que den soporte a una nueva estructura, se ha recurrido al agente como forma de suplir la escasez de personal para desempeñar con éxito una labor comercial. Hoy en día se presenta una problemática en algunos espacios o territorios, se escapa a la realidad de lo que debía de ser el papel del agente y es que, ha sido más de ejercer alguna actividad de compra, venta o prestación, que la de asesorar al cliente de acuerdo con sus necesidades, es decir, muchos agentes ya no se preocupan por dar información de los requerimientos del consumidor al empresario principal, muchas veces, las inquietudes de los clientes vienen cobrando, el objetivo es que adquiera el bien o servicio como quiera que sea.

Aunque no existe formalidad que exija elementos obligatorios, el contrato, verbal o escrito que celebran empresario y agente comercial, debe estar bien elaborado para que sea

¹¹ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit., p. 331.

¹² Vázquez del Mercado, Oscar. Op. Cit., p. 108.

efectivo y evitar malentendidos y aspectos desvirtuados en un futuro. Debe contener muchas causas por las cuales considerar roto un acuerdo y así, tener una protección adecuada y completa para ambas partes, invocándolo cuando se crea necesario romper o modificar las redes comerciales. El contrato será útil para proteger al agente de situaciones adversas que imponga el principal en un momento dado; de la misma forma, protegerá al empresario de los riesgos del público, de los productos y sus garantías cuando sea esto necesario.

Entre los aspectos que deben contener los contratos que celebran las partes, los fundamentales son:

1. Desempeño: determinar las medidas para acordar una cifra de contratos promocionados o que se deben concluir de manera mensual o anual para tener un desempeño aceptable del agente. Se establecen los logros a cubrir con las actividades desempeñadas.
2. Actividades: Se especifica la clase de actividad que se espera en la representación de los productos o servicios. Detalles progresivos, evaluaciones de ventas, demostraciones y exhibiciones comerciales, publicidad, actividades de promoción, empleo de literatura, producción de folletería en idiomas locales, participación en licitaciones gubernamentales, entre otros.¹³ En éste rubro también se definen los tipos de áreas de mercado y de grupos de clientes que el empresario pretende satisfacer y se determina la cobertura que puede consistir en visitas del agente y demostraciones comerciales, se establece el tipo de publicidad que se necesita y se hacen listados de clientes clave, en su caso.
3. Lanzamiento: se debe señalar el modo en que se van a promocionar o lanzar los productos o servicios, como pueden ser los seminarios para grupos de clientes considerados como clave, las evaluaciones con especialistas en sistemas, con tomadores de decisiones importantes y líderes de la industria, exhibiciones para presentar el producto, campañas de publicidad, todos los pormenores.¹⁴

¹³ P. Griffin, John. *El comercio internacional y las redes de distribución; el manejo de sus agentes y distribuidores*. Editorial Macchi. Argentina, 1990. p. 84.

¹⁴ Idem., p. 85.

4. Inventarios: con éste tipo de cláusula se delimitan las condiciones para la conformación del tipo de entregas que los consumidores esperan. Ello representa una oportunidad de lucha por el tema de las nuevas órdenes de compra que se deben poner en práctica y va relacionado con el marketing para identificar las clases de consumidores y a nuevos clientes clave.
5. Capacitación: se establece como sugerencia para los agentes en dado caso de que los productos o servicios demuestren que no se pueden mover activamente dentro del mercado.
6. Información: aquí se establecen aquellos datos de los que espera disponer libremente el empresario principal y con qué frecuencia los necesita como son: las estadísticas de ventas, análisis de territorios, planes de venta y de marketing, niveles de inventario y datos de la competencia. Los datos sobre clientes, las ventas potenciales y sus niveles y los de inventario son guardados regularmente por los agentes pero aquí se debe especificar que también el empresario los puede consultar para realizar pronósticos y controlar la producción.
7. Exclusividad: éste pacto se establece para fijar si el agente puede trabajar con productos o servicios de la competencia; si el empresario puede tener otros agentes dentro del mismo territorio. El proveedor o productor también puede consentir o poner todo tipo de resistencias al negociar con su agente dicha exclusividad.
8. Territorio: los campos y terrenos de acción se deben definir, en dado caso de que otros agentes se establezcan en el mismo territorio se acuerda previamente con el fin de evitar conflictos posteriores.
9. Productos o servicios: estos se deben especificar con mucho cuidado e incluso, se debe asegurar que cualquier producto o servicio nuevo que podría ser distinto a los actuales, sea totalmente negociable como los demás.

10. Subagencias: es un arma de doble filo porque se debe tener cuidado en establecer el consentimiento a ellas o no pues en algunos casos se puede prestar a actos deshonestos como el revender en un territorio diferente o tener acceso a la información sobre precios destinados al competidor.
11. Precios: deben ser incluidos vulnerando lo menos posible su carácter confidencial. En el caso de sistemas de descuentos, éstos deben ser claros y organizados para promover envíos eficientes. También se debe asentar el derecho de cambiar los precios con o sin previo aviso. Si el empresario está dispuesto a informar sobre los cambios de precio, se tiene que proteger del error o de los incrementos en los costos de fabricación.
12. Pagos y retribuciones: en éste caso, el empresario debe ser estrictamente preciso acerca de la forma de pago y de los plazos de los créditos.
13. Devoluciones: éste tipo de cláusulas determina la devolución de mercancías no adquiridas por los clientes, dichos bienes se devuelven al empresario pero además, se delimitan los costos de trasbordo y de cualquier reparación que sea necesaria.
14. Plazos: en general, los fabricantes necesitan flexibilidad; por lo tanto, el empresario debe tratar de conseguir el menor plazo posible.¹⁵ Por otro lado, los agentes, para realizar sus actividades, siempre querrán el plazo más largo posible; se debe establecer un equilibrio en éste punto, así pues, los avisos sobre finalización del contrato debe ser especificados negociando un mínimo plazo posible.
15. Cambios: se deben proteger los contratos contra los cambios de propietarios de las empresas. Si bien, esos cambios, muchas veces no representan una gran diferencia e incluso, pueden ser positivos, existe siempre el riesgo de que la empresa pase a manos de un competidor o de otra compañía con intereses contrapuestos.¹⁶

¹⁵ P. Griffin, John. Op. Cit., p. 88.

¹⁶ Idem., p. 88.

16. Desarrollo del mercado: cuando en una relación con el agente se produce una ruptura unilateral, lo que sucede es que la parte afectada comienza a pensar en la separación y se presenta un reclamo de reembolso por supuestos gastos en el desarrollo del mercado. Si bien, el empresario puede rechazar las demandas que se le presenten, el litigio será utilizado por el agente como una excusa para no pagar las facturas adeudadas o bien, para negarse a devolver el material de Exhibición que se había entregado en préstamo.

1.3 LAS CLASES DE AGENTES MERCANTILES.

Los agentes comerciales son un sentido amplio pero, todas las clases en las que se subdividen son un sentido estricto, es decir, al hablar de agentes mercantiles se refiere a toda la gama de intermediarios que promocionan o concluyen contratos y en ese tenor, son sinónimo de agentes comerciales. La teoría indica que ellos se clasifican en tres grupos: los que derivan de las leyes mercantiles; los que son resultado de una virtual comisión; y los que derivan de los usos y las costumbres mercantiles.

Los que derivan de ciertas leyes son: los agentes aduanales, de bolsa, de finanzas, navieros, de seguros, turísticos o de viajes, de valores y viajeros. Los que se basan en parámetros de la comisión son: agentes de compras, de ventas, de transporte, de cobros, de pagos, financieros y económicos. Los que derivan de los usos y costumbres son: agentes de publicidad, de colocaciones, funerarios, de automóviles, de prensa, de trabajo temporal, de patentes y marcas.

Agentes aduanales.

Son las personas físicas autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público mediante una patente, para promover por cuenta ajena el despacho de las mercancías, en los diferentes regímenes aduaneros previstos por la ley.¹⁷

¹⁷ De Pina Vara, Rafael. Op. Cit., p. 66.

El carácter de los agentes aduanales es muy similar al de los comisionistas, en cuanto se dedican a realizar los mandatos especiales que el público les confiere; sin embargo, en cuanto las gestiones ante las aduanas no son actos de comercio, no quedan incluidos en el concepto de comisionistas. Por el contrario, sí quedan dentro de la denotación de tal concepto, en cuanto contratan, como es frecuente, el transporte, el seguro de las mercancías importadas o exportadas.¹⁸

La excepción a la regla general de los agentes comerciales radica en que los agentes aduanales no pueden ejercer el comercio por cuenta propia. Estos últimos, no son trabajadores, más bien son funcionarios públicos; sin embargo, la patente que se les otorga no puede considerarse como una concesión en el sentido estricto que tiene en derecho administrativo. Entre sus funciones no se incluye la contratación de la estiba y desestiba, carga y descarga de buques; al contrario, responden administrativamente de las infracciones o delitos cometidos por sus dependientes y frente al fisco, sí son consignatarios de mercancías, con exclusión de quien pueda resultar dueño de ellas.

No pueden delegar su representación a favor de terceras personas sin consentimiento del comitente. De igual manera, no procede la cancelación de la patente, ni la suspensión del agente si no existe negligencia de él, con relación a actos de sus subordinados.¹⁹

Agentes de bolsa.

Son aquellas personas que contratan por cuenta de sus clientes, asumiendo la figura de comisionistas. Intervienen en las operaciones de la Bolsa Mexicana de Valores a nivel nacional y de otras bolsas de otros países. También intervienen en las transferencias de toda clase de efectos y valores públicos cotizables, intervienen en concurrencia con los corredores de comercio y en todas las demás operaciones y contratos sujetándose a las responsabilidades propias de éstas operaciones, responden ante el comprador de la entrega de los efectos, ante el vendedor de la del precio. Su denominación exacta es “agentes de cambio y bolsa, promotores o agentes de valores”. Son intermediarios generales en el mercado bursátil y deben constituirse como sociedades anónimas.

¹⁸ Mantilla Molina, Roberto L. Op. Cit., p. 170.

¹⁹ Idem., p. 171.

Agentes navieros.

Es la persona moral que actúa en nombre del naviero u operador como mandatario o comisionista. Los agentes generales de las empresas navieras serán considerados como mandatarios mercantiles o comisionistas de los navieros y consecuentemente, los actos que celebren obligan a sus mandantes o comitentes, cuando contraten por cuenta de éstos.²⁰ Las relaciones entre el empresario y el agente se rigen por lo estipulado en los contratos respectivos y a falta de ellos o de acuerdo que se haga de forma expresa, son aplicables las disposiciones de la legislación mercantil sobre el contrato de comisión.

Agentes de seguros.

Son aquellas personas físicas o morales que intervienen en la contratación de un seguro o de varios, ésta vinculada a una compañía de seguros mediante y contrato de agencia y cuya actividad es la mediación de seguros. Sus obligaciones principales son: asesorar en caso de siniestro e informar al asegurado de las condiciones de las pólizas; intercambiar propuestas y aceptaciones.

Para ejercer la actividad, se requiere de la autorización de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, que la otorga o niega discrecionalmente y que puede revocar, previa audiencia de la parte interesada. Así mismo, son inspeccionados y vigilados por la comisión en cuestión y su establecimiento, cambio de ubicación y clausura de oficinas de los agentes requiere de su previa autorización.

Agentes de fianzas.

Son aquellas personas físicas o morales que intervienen en la contratación de fianzas, así como en el asesoramiento para contratarlas, para conservarlas o para modificarlas. Este tipo de agentes requiere de la autorización de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Celebran contratos a nombre y por cuenta de una institución, es decir, actúan como agentes apoderados.

²⁰ De Pina Vara, Rafael. Op. Cit., p. 66.

Agentes turísticos o de viajes.

Operan a través de una sociedad que se dedica de manera habitual y profesional a asesor, promocionar, organizar viajes y otros servicios turísticos. Son intermediarios entre las personas que demandan turismo y las personas que ofrecen satisfacer esa demanda y que son productores de bienes y servicios turísticos. Mediante el asesoramiento, el agente informa al cliente de toda la oferta de la que dispone la agencia de viajes, es imparcial con el cliente quien escoge la compañía prestadora del servicio. Así mismo, reservan billetes y boletos de transporte, habitaciones, alquilan alojamientos y carros, reservan o venden a nombre del principal, paquetes y programas de turismo, se dedican a fletar aviones, reservar entradas a museos, teatros y demás espectáculos, contratar guías, pólizas de seguro, cambiar monedas y emitir cheques de viaje, compran o alquilan guías turísticos, organizan actividades deportivas, entre otras labores.

Agentes viajeros.

La ley y la doctrina los ubican como dependientes del comerciante, lo cual va en contra de la postura general de los agentes independientes, pues ya no serán comerciales, sino laborales y no serían agentes, sino comisionistas.

A pesar de la enorme confusión, el viajero no tiene la facultad de representar al principal; su misión se reduce a dar a conocer los productos o servicios y provocar pedidos u ofertas de contrato, que transmite a su casa matriz. Ello lo hacen fuera de la circunscripción del domicilio de la empresa o sociedad, excediendo de 50 kilómetros. Los viajantes, junto con algunos agentes de ventas son casos especiales y distorsionados que se hayan fuera de las reglas de la independencia comercial.

Agentes de pagos y cobros.

Están representados por los bancos sometidos a una legislación bancaria como los de valores, agentes económicos, asociaciones y establecimientos permanentes de sociedades extranjeras y su labor consiste en aceptar, conservar, invertir o transferir activos de terceros, pagan intereses y garantizan el pago de los mismos en el marco de sus operaciones bancarias.

Agentes de compras.

Actúan en oficinas comerciales de empresas del exterior de un determinado país. Tienen un mayor conocimiento del desarrollo del mercado. Ofrecen una permanente búsqueda de proveedores y productos, manteniendo al empresario continuamente informado sobre las nuevas tendencias del mercado y confirman las órdenes de compra. Atienden al requerimiento de los consumidores, controlan la calidad de los productos del principal para suplir sus necesidades.

Agentes económicos.

Es la persona física o moral que se dedica a realizar actividades tendientes a la producción o consumo de bienes principalmente, o a la prestación de servicios laterales que puedan completar un camino económico iniciado en la gestión de material y recursos brutos y finalizado en el uso o consumo de bienes terminados y servicios para el consumidor final.

Agentes financieros.

Son personas físicas o morales a la que una entidad de crédito ha otorgado poderes para actuar frente al cliente en la negociación o formalización de operaciones típicas en nombre y por cuenta de la entidad crediticia mandante para la venta de bienes o servicios bancarios y en ocasiones se identifica con los intermediarios de seguros. Como dato sobresaliente, tiene una cartera de clientes.

Agentes de transporte.

Recibe el nombre del embarcador cuando se trata de transporte marítimo internacional y actúa como exportador cuando se lleva la carga a los destinos o otros países. Ellos conocen las normas y reglamentos extranjeros, los métodos de embarque, las reglas gubernamentales de exportación y los documentos conectados con el comercio exterior. Así mismo, pueden asesorar a su cliente cuando al principio del negocio, se aconseja al exportador sobre los costos de fletes, gastos portuarios, derechos consulares, costo de documentación y tramitación especial y costos de seguro. También pueden recomendar el tipo de embalaje más adecuado para proteger la mercancía durante el viaje.

El costo de los honorarios del agente de transporte es incluido en el precio cobrado al cliente, al igual que los otros gastos y cuando un pedido está listo para ser embarcado, los agentes embarcadores revisan la documentación que ampara el despacho.

Agentes de ventas.

Son aquellos agentes de comercio cuya actividad profesional se reduce a la venta, mediante su intermediación, de productos o servicios ajenos.²¹ Si bien, es considerado dependiente del comerciante por realizar su actividad dentro de una circunscripción territorial del domicilio del empresario; también es cierto que hoy en día existen los que actúan de forma independiente. Son aquellos que abundan en el mercado comercial promocionando tarjetas de telefonía fija y celular, cosméticos, entre otros.

Agentes de publicidad.

Se constituyen como organización compuesta por personas creativas que desarrollan, preparan y colocan la publicidad, por cuenta de un empresario anunciante que busca encontrar consumidores para sus bienes y servicios o difundir sus ideas. Los agentes están especializados en la comunicación y ofrecen a sus clientes: asesoría en marketing y comunicación, creación y producción de elementos técnicos de difusión.

Agentes de periódicos.

La mayoría de ellos operan por internet, son personas morales que se dedican a captar varios y diversos medios de comunicación impresos para ofrecerlos al público constituidos como un sin número de periódicos y revistas de todo territorio o país, en línea para ser consultados y posteriormente celebrar contratos para que el público los adquiera.

Agentes de automóviles.

Personas morales cuya finalidad es apoyar a todas aquellas personas o instituciones cuya finalidad sea la venta o la adquisición de uno o varios vehículos. Concretan un gran número de visitantes en la agencia, proporcionándoles un espacio fácil y cómodo para la venta de sus vehículos. Esto permite a todas aquellas personas que buscan adquirir alguno de esos

²¹ De Pina Vara, Rafael. Op. Cit., p. 67.

bienes, encontrar una gama de opciones, así como una herramienta de fácil manejo para mostrar, filtrar o poner en contacto a compradores y vendedores.

Ofrecen la posibilidad de anunciar ofertas, ampliando la audiencia de compradores potenciales a un espectro mucho mayor. Así es como apoyan a oferentes, anunciantes y adquirentes.

Agentes de noticias o de prensa.

Ellos recogen la información y noticias para los medios de comunicación y las distribuyen por vía electrónica. Verbigracia, una agencia de noticias proporciona información en forma de texto, gráficas, videos, plasmas y fotografías a los medios masivos de comunicación y a muchos sitios de internet, en todo el mundo. Estos agentes pueden ser nacionales que cubren las noticias que ocurren en su país; o extranjeros que cubren todas las noticias internacionales.

Agentes de fotografías.

También conocidos como archivistas de fotografía que han consolidado su presencia en el mercado latinoamericano, cubriendo gráficamente la información política, cultural, deportiva y de espectáculos. Regularmente, su material lo distribuyen en revistas y folletos circulantes. En nuestro país, éste tipo de personas organizadas trabajan ofreciendo imágenes de eventos destacados en los estados del país, ofrecen periodismo independiente pero responsable ya que laboran para diversos medios impresos, además que cuentan con sus servicios; realizan reportajes y trabajos especiales para periódicos, revistas, páginas electrónicas, universidades y medios de circulación interna de grandes y medianas empresas en México y el extranjero. Los agentes cuentan con un banco de imágenes de eventos importantes para la cultura e historia de nuestro país y de otros, particularmente de América Latina.

Agentes funerarios.

Se instauran como sociedad y tienen como objeto social, promocionar la prestación de servicios funerarios en general (cremación, misas, rosarios). Se constituyen legalmente ante fedatario público, ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y como figuras

responsables y serias, cumplen obligatoriamente con las normas oficiales mexicanas y con las que determine la Ley Federal de Protección al Consumidor. Algunas de éstas personas ya cuentan con gran prestigio nacional e internacional, cuentan con instalaciones propias y garantizan los servicios ofrecidos a los clientes. Con aquellos, promocionan y concluyen las celebraciones de contratos de prestación de servicios funerarios a futuro.

Agentes de colocaciones.

Laboran en agencias privadas de colocación que juegan un importante rol en la intermediación entre la demanda y la oferta de trabajo y de alguna manera, su objetivo es mejorar las condiciones de transparencia y efectividad del mercado laboral. Actúan reclutando personal y ubicándolo en opciones de empresas y sociedades las cuales, contratan los servicios de éstos agentes, los cuales pueden actuar colocando al personal en un trabajo temporal o permanente.

Agentes de cerveza y refrescos.

Cada planta productora de bebidas de cerveza o bien, de refrescos, atiende a una zona geográfica determinada y para hacer más efectiva la venta de esas bebidas en dichas zonas, contratan los servicios de agentes profesionales y capacitados en el ramo como promotores, se encargan de hacer llegar toda la información necesaria para la distribución y el consumo en centros de venta, como unidades comerciales, depósitos, supermercados o misceláneas. Pueden o no tener exclusividad, manejar o no diversas marcas de diferentes productoras o de una sola.

Agentes hipotecarios.

Se agrupan en sociedades que tienen como objeto social emitir y procesar préstamos, actuando como intermediarios para algunas o varias entidades crediticias. Por medio de ellas, se celebran contratos de crédito hipotecario para que los clientes puedan tener una gama de condiciones y opciones que mejor se ajusten a sus necesidades.

Agentes de bienes raíces.

Cuentan con licencia para negociar y arreglar ventas de inmuebles bienes raíces. Actúan como sociedad o como personas físicas capacitadas profesionalmente en el ramo. Trabajan

para uno o varios corredores de bienes raíces y cuentan con el permiso necesario para acercarse al cliente interesado en una propiedad.

Agentes de asesoría de vivienda.

Son personas físicas o morales que sólo brindan asesoría y asistencia a personas sobre temas que incluyen la cesación de pago de un préstamo, equidad de vivienda y la compra de una propiedad habilitada como hogar. Su actividad se delimita de la del agente de bienes raíces ya que aquél asesora y éste negocia.

Agentes de patentes y marcas.

Son personas morales con el objeto social de la prestación de todo tipo de servicios relacionados con la propiedad industrial en patentes y marcas o bien, con la propiedad intelectual. Sobre derechos de autor. Sus clientes les encomiendan la tramitación de expedientes entre patentes, modelos de utilidad, marcas nacionales o extranjeras. Aconsejan a los clientes lo que más conviene para proteger sus marcas, inventos y creaciones; realizan la búsqueda de otras inscripciones para evitar problemas futuros y destacar denominaciones; cuentan con las últimas versiones de programas de software para el tratamiento de textos y de imágenes que facilitan el intercambio de información digital con los clientes; desarrollan sus propias aplicaciones informáticas para la gestión de los expedientes utilizando conocimientos informáticos y los de propiedad industrial.

1.4 CARACTERÍSTICAS DE LOS AGENTES COMERCIALES.

Se deben precisar los aspectos y características más sobresalientes e importantes para tener una idea más clara de sus limitaciones y facultades.

Persona física o moral.

El agente mercantil puede ejercer su profesión siendo persona física o sociedad para actuar por cuenta de otra persona llamada empresario. Al ser persona física dispone de un local u oficina para organizar su desempeño como intermediario; si actúa como persona moral, establece una sucursal, un espacio más amplio en un determinado territorio. Ambos tipos

deben delimitar su objeto social para ubicar su campo de acción. Debe tramitar todos los registros y autorizaciones necesarios de su actividad, sobre todo, aquellos que exija la ley.

Los agentes deben estar capacitados en su ramo profesionalmente, en ocasiones, deben tener una profesión comercial o afín, basada en aspectos económicos, financieros y jurídicos. Muchas personas morales requieren agentes profesionales y con experiencia en el área agenciaria.

Promoción o conclusión contractual para la adquisición de productos o servicios.

La actividad que pretenda su objeto social debe ser siempre la promoción o en su caso, la conclusión de contratos que ofrezcan la adquisición, compra o venta de un producto o bien, la prestación de un servicio determinado.

La naturaleza de sus actividades puede ser distinta pero en todos los casos deben estar encaminados a los dos aspectos fundamentales mencionados. Ahora, por la naturaleza de las negociaciones globales en México y el mundo, los que abundan son los contratos de compraventa mercantil, acuerdos de voluntad que exigen su promoción, su conclusión. Los agentes no se encargan de vender el producto, ni prestar el servicio, simplemente atrae clientes o consumidores para que el empresario pueda cubrir sus objetivos.

Representación y no-representación.

En la mayoría de los casos, los agentes comerciales no tienen la facultad de representar a la persona que contrata sus servicios, ya que son simplemente intermediarios que actúa por cuenta del empresario; también actúa por cuenta del cliente consumidor al recibir su propuesta o sus sugerencias; actúa para ambas partes.

Otros agentes como los de bolsa y cambio pueden llegar a asumir la condición de la representación, actúan por cuenta pero también, en nombre del empresario, porque deben tomar decisiones inmediatas que favorecen al cliente puesto que el rápido mundo del mercado exige determinaciones precisas y al instante.

Duración de la actividad del agente.

El cargo del agente tiene una duración por lo que, el contrato de agencia mercantil se celebra para plazos largos o indeterminados. Se busca una relación empresario-agente permanente y establece que va de la mano con la cooperación comercial de ambas figuras para buscar beneficios comunes, provechos equitativos que se reparten para fortalecer esa relación. Las partes actúan bajo la confianza mutua porque las actividades de cada una persiguen ese fin común de sobresalir en el mundo del comercio.

No-disposición de cartera de clientes.

A diferencia del comisionista mercantil, el agente no cuenta con una cartera o lista de clientes con los que tenga que promocionar o concluir específicamente. Sólo en casos especiales trabajan con clientes determinados a los que se aplican políticas únicas para captar su atención y mantenerla.

El agente mercantil trabaja con los elementos prácticos, profesionales y efectivos que le permiten interactuar con todo tipo de clientes, por ello tiene siempre un elevado éxito en la captación de los mismos sin un elevado nivel de complejidad.

Independencia.

La independencia significa que es el agente mismo y no alguno de los comerciantes a cuyo favor ejerce sus funciones, quien determina el modo, lugar y tiempo de desplegar su actividad.²² Ella misma sirve para desempeñar otro tipo de actividades también encaminadas a la promoción y conclusión de contratos de otros comerciantes que no sean competidores entre sí, regularmente para que no se favorezca a uno u otro. La mayoría de los agentes del comercio laboran para dos o más empresarios, pero dada la vinculación de intereses, en ocasiones se renuncia a realizar negocios similares, es cuando se interpone una exclusividad.

El pacto de exclusiva.

Se concede respecto de determinado territorio y su contenido es:

²² Mantilla Molina, Roberto L. Op. Cit., p. 168.

- a) La renuncia del comerciante principal a otorgar el carácter de agentes a otras personas, en el territorio de que se trate;
- b) La renuncia a gestionar negocio sin intervención del agente, aunque reservándose la facultad de aceptar las propuestas espontáneamente por personas residentes en el territorio de la exclusiva o que han de ejecutarse en él;
- c) La obligación de no contratar sin intervención del agente o al menos, la de abonarle la cantidad pactada sobre todos los negocios celebrados en el territorio respectivo y que han de ejecutarse en él, aunque se hubieren perfeccionado sin mediación del agente.²³

Después de todo, la exclusividad no es un carácter esencial del contrato de agencia mercantil, ya que puede celebrarse y frecuentemente así se hace, sin el otorgamiento de dicha figura.

Dependencia de sus resultados.

En muchos de los casos, la remuneración que recibe el agente comercial depende de sus resultados, es decir, de acuerdo a los logros alcanzados y a los objetivos cubiertos ya que, si no entregan buenos resultados para satisfacer al empresario, simplemente, verán afectada su relación. En ese tenor, el talento es la carta de presentación interesante en cuanto a lo recabado, en cuanto al éxito logrado. Los malos resultados provocan desconfianza en el empresario por lo que será difícil buscar y decidirse por nuevos agentes.

1.5 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL EN LAS LEYES MEXICANAS.

Es sabido que no existe una regulación verdadera del contrato de agencia mercantil en las normas jurídicas de nuestro país. La regla comercial lo coloca como un acuerdo de voluntades atípico, no goza del reconocimiento del legislador como otros contratos. Este

²³ Mantilla Molina, Roberto L. Op. Cit., p. 169.

parece estar destinado a permanecer en un vacío tan grande como su importancia para enaltecer el comercio.

A continuación, se presentarán algunas posturas que las normas jurídicas enuncian respecto de la agencia y sus partes integrantes, resaltando de antemano que no existe artículo, fracción, apartado, reglamento y ley que defina a la figura.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En su artículo 73 manifiesta que el congreso de la Unión tiene la facultad, entre muchas otras, de legislar en toda la República Mexicana, sobre comercio, intermediación y servicios financieros. Ello se indica en la fracción décima de tal artículo y tiene relación en cuanto a que es una obligación de los diputados federales y senadores, elaborar normas jurídicas que definan la gran gama de intermediación comercial y en los servicios financieros.

Código Civil Federal.

El artículo 1833 indica que cuando la ley exija determinada forma para un contrato, si no cumple con ello, no será válido salvo pacto en contrario, esto marca la pauta para el requisito de validez de todo contrato en cuanto a la formalidad. Ahora bien, como el contrato de agencia es atípico, no se exige forma alguna, se presta a confusión y la voluntad de las partes se expresa con cierto temor.

Por su parte, en el artículo 1858 hace referencia a los contratos atípicos diciendo que se rigen por las reglas generales de los contratos; por la postura de las partes y por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, en el caso de la agencia, su analogía más estrecha se da con el contrato de comisión, que es un mandato mercantil.

Código de Comercio.

Hace referencia a las sucursales o agencias como local inmueble al establecer en su artículo 15, que las sociedades extranjeras que tengan agencias o sucursales en México, pueden ejercer el comercio y seguir las disposiciones de éste ordenamiento.

Sigue haciendo referencia a las sucursales en su artículo 75, fracción décima, ya que reputa actos de comercio a las empresas de comisiones, agencias, de oficinas de negocios comerciales, casas de empeño y establecimientos de ventas en pública almoneda, así mismo, las actividades de los agentes son actos de comercio.

El Código de Comercio, al regular la figura de la comisión en su artículo 273 y haciendo caso a lo que indica el código civil en el 1858, puede referirse a otros fenómenos en los que exista una interposición de personas en los negocios ajenos, actuar por cuenta de otro, como en la agencia, la distribución, el factoraje financiero o la concesión.

En los artículos 294, 295, 299 y 300, se habla de los comisionistas y se hace comparación con la agencia, se refiere a los agentes de compras y ventas y a su responsabilidad con las mercancías para casos extremos de pérdida parcial o total y a sus obligaciones en el menoscabo de dichas mercancías; indican las prohibiciones de los agentes en la compra para sí mismo de lo que se le encarga vender, ni pueden alterar marcas de los efectos que compraron o vendieron por cuenta ajena.

Los artículos 296 y 297 refieren a comisionistas y agentes transportistas o de seguros pues, en primera instancia habla del contrato de transporte para trasladar mercancías de un destino a otro; en segundo término, el comisionista que expida mercancías, debe contratar agentes de seguros para asegurar dichos efectos si tuviere una orden y los fondos necesarios para ello.

Los comisionistas o agentes de pagos y cobranzas se regulan por el artículo 281 pues indica las bases para cumplir con obligaciones definidas; en tanto el 303 caracteriza a aquellos que no verifiquen oportunamente la cobranza de créditos o no usa los medios legales para conseguir el pago, responderá de los perjuicios causados por su omisión o tardanza.

La onerosidad del contrato de agencia mercantil se explica en el 304 al mencionar que todo comisionista (agente por su similitud con el contrato típico en cuestión), tiene derecho a ser remunerado por su trabajo y en caso de no existir estipulación previa, el monto de la remuneración se regulará por el uso de la plaza donde se realice la comisión. Los usos son

los actos preestablecidos no jurídicamente, que dan pie al cumplimiento de una obligación cuando no exista disposición legal que lo exija.

Ley de Instituciones de Crédito.

Regula a las agencias sucursales de los bancos extranjeros y oficinas de representación que deben contar con un capital afectado a las operaciones que realicen en la República Mexicana. En su artículo 7 dice que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar el establecimiento en el territorio nacional de oficinas de representación de entidades financieras del exterior, dichas oficinas no pueden realizar en el mercado nacional ninguna actividad de intermediación financiera que requiera de autorización por parte del gobierno federal y por tanto, se deben abstener de actuar, directamente o a través de interpósita persona, en operaciones de captación de recursos del público, ya sea por cuenta propia o ajena y de proporcionar información o hacer gestión o trámite alguno para éste tipo de operaciones.

Ley General de Sociedades Mutualistas.

En el artículo 65 se refiere a la agencia como sucursal ya que las instituciones de seguro deben dar aviso a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas de la apertura, cambio de ubicación y clausura de cualquier clase de oficinas en el país. También se dice que, para proporcionar servicios al público, las instituciones de seguros sólo podrán establecer, además de sus oficinas principales, sucursales u oficinas de servicio.

Considera a los agentes de seguros en sus artículos 23 y 24 diciendo que son personas físicas o morales que intervienen en la contratación de seguros mediante el intercambio de propuestas y aceptaciones y en el asesoramiento para celebrarlos, para conservarlos o modificarlos. La intermediación de contratos de seguro que no tengan el carácter de contratos de adhesión, está reservada a los agentes de seguros, ellos también pueden ser las personas físicas vinculadas a las instituciones de seguro por una relación de trabajo; las personas físicas que se dediquen a la actividad de seguros, con base en contratos mercantiles; y personas morales que se constituyan para operar en ésta actividad.

Por lo que respecta a sus obligaciones, deben informar de manera amplia y detallada a quien pretenda contratar un seguro, sobre el alcance real de su cobertura y forma de conservarla o cuando su intervención pueda implicar situaciones de coacción o falta a las prácticas profesionales aceptadas en el desarrollo de la actividad. Tampoco pueden proporcionar datos falsos de las instituciones de seguros, ni detrimentos o adversos en cualquier forma para las mismas.

Ley Federal de Instituciones de Fianza.

En su artículo 78 dice que las instituciones de fianzas deberán dar aviso a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas del establecimiento, cambio de ubicación y clausura de cualquier clase de oficinas en el país. Tratándose de oficinas o sucursales en el extranjero se requerirá la autorización de dicha secretaría. Y para proporcionar servicios al público, las instituciones de fianzas sólo podrán establecer, además de sus oficinas principales, sucursales u oficinas de servicio.

En su artículo 87 manifiesta que los agentes de fianzas son las personas físicas o morales que intervienen en la contratación de fianzas y en el asesoramiento para contratarlas, conservarlas o modificarlas; también lo son las personas físicas vinculadas a las instituciones de fianzas por una relación de trabajo; las personas físicas que se dedique a dicha actividad con base en contratos mercantiles; y personas morales que se constituyan para operar en esa actividad.

El artículo 89 dice que los agentes pueden ser apoderados, celebrando contratos a nombre y por cuenta de una institución, siempre y cuando tengan la autorización de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Ley Aduanera.

Es una ley especial ya que el trabajo de las aduanas requiere de una concesión o autorización, así lo manifiesta el artículo 26 al referirse a los agentes aduanales ya que refiere que las personas que hayan obtenido la concesión o la autorización para almacenar mercancías en depósito ante la aduana tendrán las obligaciones de: recibir, almacenar y custodiar las mercancías que les envíe la aduana; permitir al personal aduanero la

supervisión de labores del almacén; aplicar las medidas de prevención y seguridad en el almacén, que establecen las autoridades aduaneras; mantener los instrumentos de seguridad puestos por las autoridades aduaneras en departamentos del almacén o en bultos almacenados; devolver los contenedores a sus propietarios; entregar las mercancías embargadas; y dar aviso a las autoridades aduaneras sobre la no amortización de operaciones o la no coincidencia de datos.

Ley de Navegación.

Según el artículo 19, los agentes navieros son las personas físicas o morales que actúan en nombre del naviero u operador como mandatario o comisionista mercantil y está facultado para representar a su mandante o comitente en los contratos de transporte de mercancías y de fletamento, nombrar a los agentes navieros consignatarios de buques y realizar los demás actos de comercio que su mandante o comitente le encomienden.

El agente naviero consignatario de buques es una persona física o moral que actúa en nombre del naviero u operador con carácter de mandatario o comisionista mercantil para todos los actos y gestiones que se le encomienden con relación a la embarcación en el puerto de consignación. El agente naviero general o a falta de éste, el agente naviero consignatario de buques, estará legitimado para recibir notificaciones, aún de emplazamiento en representación del naviero u operador, para cuyo caso el juez otorgará un término de sesenta días para contestar la demanda.

El artículo 20 habla de que los requisitos para actuar como agente naviero son: ser persona física mexicana o persona moral constituida conforme a las leyes mexicanas; tener domicilio social en el territorio nacional; comprobar mediante contrato de mandato o comisión, la representación o funciones encargadas por el naviero u operador; y debe estar inscrito en el Registro Público Marítimo Nacional.

El artículo 21 precisa que los agentes navieros consignatarios de buques, además de que pueden actuar como representantes del naviero ante las autoridades federales en el puerto, pueden desempeñar otras actividades específicas como asistir al buque que se les consigne o preparar el alistamiento y expedición del buque, entre otras.

Además, se indica que todo naviero extranjero, para operar en puertos mexicanos, requiere designar un agente consignatario de buques en el puerto que aquél opere; por su parte, los navieros mexicanos no están obligados a designar agentes navieros en un puerto determinado para atender sus propias embarcaciones, siempre y cuando cuenten con oficinas en dicho puerto, con un representante y se haya dado aviso a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Ley del Mercado de Valores.

Su artículo 9 menciona que la intermediación con valores sólo podrá proporcionarse por entidades financieras autorizadas, conforme a lo previsto en ésta u otras leyes, para actuar como intermediarios del mercado de valores. En ese mismo sentido, estos agentes de valores podrán otorgar el servicio de intermediación de valores no inscritos en el registro antes mencionado. Sólo respecto de acciones representativas del capital social de personas morales y tienen que ajustarse a todo lo que establezca la ley bursátil.

Esta ley se refiere a las agencias de valores, con el distintivo de sociedades anónimas promotoras de inversión y en su artículo 18 maneja que están exceptuadas del requisito de publicar sus estados financieros conforme a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por otra parte, dicha ley en su artículo 21 refiere de manera especial que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, mediante disposiciones de carácter general, podrá reducir los requisitos que se aplican a la inscripción y mantenimiento de las acciones representativas del capital social de las sociedades anónimas promotoras de inversión bursátil o títulos de crédito que representan dichas acciones, así como en materia de revelación de información, en relación con los requisitos conforme a ésta ley para las sociedades anónimas bursátiles. De la misma manera, establece que las bolsas de valores se mantienen obligadas a verificar en forma periódica los grados de avance y cumplimiento por parte de las sociedades anónimas promotoras de inversión bursátil, de programas que deben obligarse a realizar.

Ley Federal del Trabajo.

En su artículo 285 dice que los agentes de comercio, de seguros, los vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de ventas y otros semejantes, son trabajadores de la empresa o empresas a las que presten sus servicios, cuando su actividad sea permanente, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas. En éste sentido, se debe distinguir entre dependientes e independientes, aunque la ley diga una cosa, en la práctica opera con mayor presencia, la independencia de los auxiliares. Entonces, existen agentes de ventas y viajantes, dependientes e independientes.

En el artículo 286 se establece que el salario o comisión puede comprender una prima sobre el valor de la mercancía vendida o colocada, sobre el pago inicial o sobre los pagos periódicos, o dos o las tres de dichas primas.

Muchas veces, la actividad de los agentes comerciales va de la mano con sus resultados y la finalidad de cumplir sus objetivos. En ese tenor, es causa especial de rescisión de las relaciones de trabajo, la disminución importante y reiterada del volumen de las operaciones, salvo que concurran circunstancias justificadas, enaltece su artículo 291.

Reglamento de la Ley Federal de Turismo.

En su artículo 2 menciona que para los efectos de la Ley Federal de Turismo y su Reglamento, se entiende por agencia de viajes a la empresa que contrata o actúa como intermediario en beneficio de un usuario respecto de los servicios de celebración de contratos de tiempo compartido, prestación de servicios turísticos, transporte de personas, aéreo, marítimo y terrestre, entre muchos otros.

El personal que promociona de forma directa dichos acuerdos y que labora en las agencias de viajes se le conoce como agente de turismo o de viajes.

Reglamento de Agentes de Seguros y Fianzas.

Menciona en su artículo 6 que los agentes y apoderados de seguros, en el ejercicio de las actividades de intermediación, deberán apearse a las tarifas, pólizas, endosos, planes de seguro y demás circunstancias técnicas utilizadas por las aseguradoras en los contratos de

seguros, también, proporcionan a las aseguradoras información para fijar las condiciones y primas adecuadas.

En el artículo 7 se determinan todas aquellas obligaciones de los agentes y apoderados de fianza para informar a los contratantes sobre la adquisición adecuada de una fianza, por escrito y firmado por ellos.

Sigue diciendo al respecto, en su artículo 8 que los agentes y apoderados de fianzas, en el ejercicio de las actividades de intermediación, deberán apegarse a las tarifas, pólizas, endosos y demás circunstancias técnicas utilizadas por las afianzadoras en los contratos de fianza. Este tipo de agentes debe proporcionar a las afianzadoras información autentica para fijar las condiciones y primas adecuadas.

Resumiendo, cada una de las leyes analizadas manifiestan solamente obligaciones, facultades, reconocimiento y concepto de sólo algunas clases de agentes comerciales, especialmente definidos pero, no establecen concepto alguno del contrato de agencia mercantil. Todo el tiempo se le llega a familiarizar con la comisión mercantil; en algunas ocasiones se usa como sinónimo el término comisionista y agente, a sabiendas de que existen características que los distinguen y sólo se logra crear cierta confusión en el manejo de éstos términos.

1.6 REGULACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL DENTRO DEL CONTRATO DE COMISIÓN.

Para determinar la esencia jurídica del contrato de comisión, es necesario precisar su fuente, establecida en el artículo 2546 del Código Civil Federal vigente denominada contrato de mandato que es aquél acuerdo de voluntades por el que una persona llamada mandatario se obliga a ejecutar por cuenta de otra llamada mandante, los actos jurídicos que éste le encargue. El mandato que se confiere en éste contrato puede darse mediante carta poder, mediante carta poder ratificada ante fedatario público o bien, mediante escritura pública celebrado ante notario público.

El acuerdo regulado constriñe un poder bien para realizar actos para pleitos y cobranzas, para ejecutar actos de administración o también, para llevar a cabo actos de dominio. En materia mercantil existen otras clases de mandato como la representación para suscribir títulos de crédito; así como el endoso en procuración de títulos de crédito; por su parte, un corredor público puede otorgar mandatos sólo cuando se constituya una sociedad mercantil.

La comisión mercantil es el mandato aplicado a los actos de comercio. La comisión es pues, el contrato por el cual una persona llamada comisionista desempeña una comisión mercantil que le confiere otra persona denominada comitente (artículo 273 del Código de Comercio). Los elementos reales de éste contrato son cualesquiera de los actos de comercio señalados por la ley mercantil. A la prestación que se le otorga al comisionista, simplemente se le denomina: comisión. Su elemento formal es que debe suscribirse por escrito de carácter privado, además, cabe la posibilidad de inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio. Cabe la onerosidad en la comisión, pues las partes conocen de antemano, cuáles serán sus beneficios o provechos a los que tienen derecho.

En un estudio comparativo entre el mandato civil y la comisión mercantil, se desprende lo siguiente:

- a) El mandato puede abarcar todo tipo de actos jurídicos, salvo aquellos en los que la ley exige la intervención personal del interesado; en tanto, la comisión sólo puede conferirse para realizar actos de comercio.
- b) El mandato puede conferirse con poderes generales; la comisión solamente recae sobre actos concretos. Ello significa que no sería comisión aquella que se otorgara de forma amplísima para la realización de toda clase de actos de comercio. Es decir, se debe fundamentar y en cierto modo, delimitar la labor encomendada, sea cual fuere el acto de comercio, siempre debe precisarse uno solo.
- c) El comisionista tiene el derecho de retención de los bienes que se le hayan entregado para el desempeño de su cometido, en garantía de los pagos de derechos de comisión, anticipaciones y gastos, en pocas palabras, el comisionista mismo garantiza su derecho a la contraprestación pactada que ha de recibir; el Código Civil no confiere el mismo derecho al mandatario.

- d) Según su amplitud o el interés del negocio para el que se confiere, el mandato puede otorgarse verbalmente, en escrito privado o en documento público; la comisión, debe celebrarse en escrito privado y cabe la posibilidad de ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

El mandato sólo se perfecciona con la aceptación expresa o tácita del mandatario, entonces, la misma regla debe aplicarse a la comisión; por lo tanto, la sola declaración del comitente no configura una comisión vinculatoria empero, una vez que el comisionista la acepte, de modo expreso o mediante algún acto de ejecución pero, debe ratificarse por escrito, antes de que concluya el negocio.

La comisión no puede conferirse para realizar al acto de comparecer en un juicio, mucho menos para realizar negocios de gestión ante las autoridades, pues como es lógico, ninguno es de comercio. Un mandato conferido exclusivamente con poder para realizar ciertos actos de comercio es una comisión y debe regirse por las leyes mercantiles, aunque no se hayan utilizado de forma general los términos “comisión y mercantil”. Así mismo, por no involucrar un poder general, la comisión no precisa, para surtir efectos frente a terceros, de su inscripción en el registro Público de la Propiedad y del Comercio, sin embargo, en ninguna parte se prohíbe que se lleve a cabo dicha acción.

La comisión es un mandato particular (solo para actos de comercio delimitados), no general; la comisión crea una especie de relación transitoria o permanente, es decir, existe la disyuntiva de que se establezca una duración por tiempo indefinido o no; puede ser con o sin representación, en éste sentido, se da el caso de que el comisionista actúe en nombre propio o en nombre del comitente para los efectos del responsable de ciertas obligaciones, es de suma importancia conocer si el comisionista actúa con o sin ella.

No es necesario otorgar la comisión ante notario público ya que puede ser verbal, teniendo que ser ratificada antes de la conclusión del negocio y por escrito, sin embargo, en el Código de Comercio no se indican las consecuencias de la no ratificación. Si no se ha realizado el negocio, el comisionista puede exigir la ratificación desde ese momento y de no obtenerla, rehusar la comisión, caso en el cual, se debe avisar inmediatamente o por el correo más

próximo al día en que recibió la comisión, si el comitente no residiere en el mismo lugar; ahora bien, si la gestión del negocio ya se hubiere realizado y el comitente se negara a estar y pasar por la actuación del comisionista, incumbe a éste la total responsabilidad frente al tercero, pero puede repetir en contra del comitente, a las resultas de los medios probatorios que al efecto tenga a su alcance, para demostrar el otorgamiento y los términos de la comisión.

El comitente tiene la obligación de proveer los fondos necesarios al comisionista con la debida oportunidad, a menos que otra cosa se haya estipulado. Ha de pagar al comisionista la prestación de sus servicios, dotándolo de su contraprestación o comisión. De igual forma, si el comisionista actúa en nombre propio, el comitente debe asumir las obligaciones que se contraigan.

Los derechos del comisionista son los de poder ratificar o no las gestiones realizadas por el comisionista en exceso o con violación de las instituciones conferidas; es libre de revocar la comisión en cualquier momento pero mientras ello no ocurra, es responsable de la actuación del comisionista. Sus obligaciones son las de ejecutar la comisión o el encargo personalmente, ello implica realizar todos los actos conservatorios de los bienes que se le hubieren remitido, mientras el comitente no hace designación de nuevo comisionista; debe ajustarse y respetar las instituciones del comitente, a falta de ellas, tiene derecho a consultar al comitente, salvo que se le hubiera autorizado para actuar conforme a su criterio.

El comisionista puede suspender su actuación mientras no reciba los fondos necesarios de los que debe proveerlo el comitente o un tercero, en su caso. También, si nada se estipula sobre el particular, puede actuar en nombre del comitente o en nombre propio; en éste último caso a él corresponderán los derechos y las obligaciones frente a los terceros.

El comisionista es responsable de la observancia de leyes y reglamentos que se refieren a su actuación pero, si los contraviniera en virtud de órdenes expresas del comitente, las responsabilidades a que haya lugar pesarán sobre ambas partes del contrato.

El comisionista no puede contratar consigo mismo, salvo que lo autorice expresamente el comitente; además, debe actuar con la mayor diligencia en los cobros, por todos los medios legales, de lo contrario, será responsable de los perjuicios que por su inactividad se causen.

Otras obligaciones del comisionista se dividen en tres clases:

- a) Imperativas: son las órdenes expresas que no se pueden desatender.
- b) Indicativas: son aquellos lineamientos de conducta que debe seguir, salvo disposición expresa del comitente que le permita cambiar, modificar o pasar por alto alguna de ellas.
- c) Facultativas: son aquellas que, su cumplimiento queda a criterio del propio comisionista. Una de ellas es informar sobre todas sus gestiones al comitente; la otra, consiste en que, concluido el negocio, debe rendir cuentas detalladas al comitente.

Generalmente, las prohibiciones del comisionista son: delegar el encargo sin autorización del comitente; alterar las marcas de las cosas que se le otorgan; prestar dinero o vender a crédito sin autorización; y no comprar para sí, ni vender sin autorización.

La comisión termina por darse su cumplimiento; por la muerte de alguna de las partes; la revocación por parte del comitente; la renuncia o la inhabilitación del comisionista.

El Código de Comercio, al regular la figura de la comisión, no sólo comprende al mandato aplicado a actos concretos de comercio, sino también y principalmente a otros fenómenos en los que aún exista una interposición de persona en negocios ajenos (actuar por cuenta de otro), como en el caso de la agencia mercantil.²⁴ En varias disposiciones del capítulo del Código de Comercio, que se refiere a la comisión, en encuentran actos en masa que realizan los agentes de ventas y compras, los agentes de transportes o de seguros y los agentes de pagos y cobranzas.

La agencia mercantil es un contrato atípico por no estar expresamente regulado, pero ello acarrea que dicho negocio se rijan por las reglas generales de los contratos atípicos, por las

²⁴ Quintana Adriano, Elvia A. Op. Cit., p. 140.

estipulaciones de las partes y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía. En el último caso, el de agencia, tiene analogía con la comisión mercantil, sin embargo, su finalidad debe ser siempre la promoción y conclusión de otros actos y contratos, sin que, el agente intervenga en la celebración de ellos por carecer en la mayoría de los casos, de la facultad de representación.

La agencia mercantil se distingue de la comisión, en que el agente como tal no actúa a nombre propio y no concreta su actividad a la ejecución de actos jurídicos y del intermediario, que opera por cuenta y en interés del principal, con quien coopera para la celebración de los contratos y gestionándolos, promoviéndolos e incluso, aportando su experiencia, organización de su empresa y sus relaciones personales.

CAPÍTULO 4. LA IMPORTANCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL PARA LA CONCLUSIÓN DE CIERTOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA.

El presente capítulo se elaborará bajo la tendencia divisoria de dos apartados. En el primer caso, se abordarán aspectos generales de los contratos atípicos; en el segundo, se tocarán temas precisos de la agencia mercantil como contrato atípico en particular, sin restar importancia a la conclusión de acuerdos de compraventa, cuando al analizar las obligaciones del agente, se recordará la labor que tiene éste para concluirlos.

En el primer apartado, tocará el turno de conocer el concepto del contrato atípico, así como su paso e importancia por la historia, importancia que sin duda, desarrollada y perfectamente sustentada, coloca al acuerdo atípico, como parte fundamental de las relaciones de la voluntad de los individuos, aún sin la reglamentación legal debida.

La figura atípica, parte opuesta de la típica, no tiene más que seguir aspectos de ésta última, para darle sentido a las modalidades y términos contractuales. Toda vez que se establezcan sus diferencias, se podrán apreciar elementos especiales que permiten que un contrato atípico trascienda al campo de los típicos o reglamentados, basta determinar los casos en que ésta situación se presenta para darle sentido legal a una figura que en ocasiones, sólo la doctrina le da la importancia que merece. Por último se analizarán las formas de interpretación de las figuras atípicas.

En el segundo apartado, se precisarán los puntos importantes del contrato de agencia mercantil, lo sustancial, lo que le da sentido a la voluntad de las partes como son: las obligaciones de cada una de ellas; así como las modalidades contractuales, entre ellas, se hará hincapié en el pacto de exclusiva encaminado a la zona o territorio de operación; también se expondrán los casos y las maneras de dar por terminado al acuerdo de voluntades.

En países de economía mejor sustentada, la agencia mercantil sí se encuentra reglamentada en las respectivas leyes, es por ello que se darán a conocer algunos ejemplos de reglamentación en otros territorios internacionales, destacando el papel que juega Italia por abrazar a la cuna del derecho contractual armonizado y organizado.

Por último, expondré mi propuesta de reglamentación en nuestro orden jurídico, del contrato de agencia mercantil, estableciendo las razones por las que el legislador debiera regularlo en general por ser una figura independiente que no debiera basarse en los elementos de otros acuerdos.

1.1 EL CONTRATO ATÍPICO.

1.1.1 CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DEL CONTRATO ATÍPICO.

El Código Civil y las demás leyes no reglamentan el contenido de todos los contratos posibles, sólo lo hacen con los contratos más frecuentes e importantes, tales como: la promesa, la compraventa, el arrendamiento, la donación y demás contratos que han sido estudiados.¹

Algunos contratos mercantiles, son reglamentados en el Código de Comercio como el caso del depósito, el préstamo, la compraventa, transporte, prenda y comisión, todos ellos con el carácter de mercantiles. Otros de esos contratos se establecen en leyes especiales como el de seguro y la fianza mercantiles. Sin embargo, existen algunos que son nuevos a los cuales se les denomina “atípicos”, que son aquellos que carecen de reglamentación específica en contrapartida a los contratos típicos.²

Por otro lado, las partes contratantes tienen la libertad para celebrar un acuerdo de voluntades y determinar su contenido. A la primera libertad se le llama “libertad de contratar”; en el segundo caso, es decir, determinar su contenido, se le llama “libertad contractual”. Se

¹ Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit., p. 521.

² *Nuevo diccionario jurídico*. Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa. Tomo “A-C”. México, 1998. p. 866.

distinguen así: la libertad de contratar es una oportunidad de celebrar o no un contrato así como para escoger la persona con la que va a contratar; la libertad o autonomía contractual significa que el contenido del contrato puede ser fijado libremente por las partes, ésta última, reconocida por las leyes mexicanas.

Los contratos atípicos son un concepto negativo de los típicos, su contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación, respecto a la relación de derecho privado entre los particulares que contratan.

En un principio, en el derecho romano, los atípicos, por no estar reglamentados por una norma jurídica, no tenían acción que pudiera proteger a los que celebraban éste tipo de casos.³ El fundamento de nacimiento de los contratos atípicos, está basado en la libertad contractual y eso coincide con la necesidad de adaptar los contratos a los fines empíricos y a las necesidades reales de las partes contratantes. Los romanos admitieron algunos acuerdos de la voluntad que originalmente no habían sido reglamentados hasta que se reconoció la utilidad de los atípicos; gran parte de las instituciones jurídicas contractuales se produjeron por la deformación o adaptación de algunas figuras jurídicas a las soluciones prácticas que tanto reclamaban las necesidades sociales y económicas.

Los romanos utilizaban un negocio jurídico para los fines que eran distintos a los que habían inspirado a la institución. Ello se explica con la prenda y la hipoteca, que nacieron de la venta ficticia con pacto de retroventa, es decir, un acreedor se obligaba a dar en venta, de nueva cuenta a un deudor, el objeto con que se garantizaba el adeudo que constituía el precio de la compraventa. El principio real de aquellos, era el de garantía y no el de transmisión de la propiedad. En ese sentido, los contratos atípicos se caracterizaban por ser bilaterales, aquellos en los que resulta obligación para todos los contratantes o que se obligan recíprocamente.⁴ También eran reales, los cuales, para perfeccionarse requerían que se entregase la cosa, como en el mutuo, el comodato o el depósito. Dichos contratos se

³ Nuevo diccionario jurídico. Op. Cit., p. 866.

⁴ Borja Soriano, Manuel. *Teoría general de las obligaciones*. Editorial Porrúa. 19a edición. México, 2004. p. 113.

formaban desde que había concurso de voluntades y la entrega de la cosa es el objeto del contrato; pero no elemento de formación, no elemento constitutivo de él.⁵

Los acuerdos atípicos estaban sancionados por la “actio praescriptis verbis”, es decir, debía incluirse como praescriptio en la fórmula, en la que el actor expresaba con palabras de su elección, los hechos en los que fundaba su demanda.⁶ De forma clara, los negocios jurídicos atípicos se perfeccionaban cuando cualquiera de las partes cumplía con su prestación, la parte que cumpliera primero con la prestación convenida tenía a su favor la acción en cuestión, para reclamar la contraprestación debida. La persona que había cumplido con su obligación, podía solicitar la devolución de la cosa de la otra parte en caso de que ésta no hubiere cumplido mediante la acción de repetición “conditioem dati”.

Ya en la época clásica, existían contratos que se designaban con un vocablo específico y a los cuales correspondía una acción procesal que generalmente recibía el mismo nombre del contrato, éstos contratos son los llamados nominados, pues poseen un nombre determinado.

Algunos contratos especiales que carecían de un nombre, llegaron a tener efectos reconocidos por el sistema jurídico por medio de una acción procesal. Ellos aparecieron hasta el período posclásico, fueron siempre bilaterales y su causa era una obligación de dar o de hacer, origen de la conocida clasificación: “do ut facias”, “facio ut des” y “facio ut facias”.

En la edad media europea, en específico las costumbres mercantiles y algunos principios de derecho canónico respecto a la consensualidad, tuvieron influencia importante en la aceptación y reconocimiento de las convenciones y contratos mercantiles que como actos jurídicos, no tenían la exigencia formal de los contratos civiles, más sujetos a moldes y tipos establecidos.

La mayoría de las figuras contractuales atípicas se producen en el ámbito mercantil, en específico, en la empresa y su actividad, posteriormente adquieren la tipicidad social que cumple siempre la función de limitar y dirigir la autonomía privada pero que actúa mediante

⁵ Borja Soriano, Manuel. Op. Cit., p. 117.

⁶ Morineau Iduarte, Marta; Iglesias González, Román. Op. Cit., p. 193.

una remisión a las valoraciones de la conciencia social relativas a las manifestaciones de la autonomía privada que, en la medida en que el ordenamiento jurídico estima que responden a una función socialmente útil, son acogidas o tuteladas por él.⁷

El concepto de empresa se incluye a toda la actividad económica, bancaria, financiera y hasta la propia empresa pública, ello crea las condiciones para que se dé una especie de expansión de los contratos atípicos y los factores que lo propician son:

- a) La extensión de la contratación a nuevos objetos como la disciplina de la competencia, los bienes particularmente no materiales, conocimientos técnicos y hasta nuevos servicios que con el avance de la tecnología se hace cada vez más usual su presencia;
- b) La actividad en cuanto a la programación de las empresas o sociedades mercantiles que originan numerosos contratos de duración para la distribución de productos y servicios;
- c) El desplazamiento del centro de creación del derecho mercantil hacia los países anglosajones donde existe una tipología distinta de figuras contractuales; y
- d) La mayor importancia del sector de los servicios en economías más desarrolladas, lo que genera nuevas necesidades y nuevos contratos.

La actividad de las empresas ha creado nuevas necesidades contractuales que los actuales esquemas legales no pueden resolver satisfactoriamente, el legislador, por diversas circunstancias e inclusive por la preocupación de intereses particulares, ejemplo de ello se constata en el Código de Comercio ya que regula contratos propios de una actividad económica muy distinta de la actual.

Los sistemas de producción y comercialización del siglo XIX, de operaciones y contratos aislados, no sirven para una economía que requiere contratos novedosos, para producciones en masa y otros muy diversos sistemas de distribución y comercialización; los contratos de suministro, agencia, distribución, transporte multimodal, franquicia,

⁷ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit., p. 132.

transferencia de tecnología, son ejemplos de nuevos tipos contractuales que han aparecido en una economía que no se asemeja a la del siglo XIX.⁸

Generalmente, los negocios jurídicos atípicos se dividen en puro y mixtos o complejos. Los puros son los que tienen un contenido extraño a las disposiciones legales o tipos establecidos, como lo es la venta de empresa con cláusula de no concurrencia o competencia. Los mixtos o complejos, en sentido amplio son la combinación de elementos y prestaciones correspondientes a los contratos típicos. También se les conoce como contratos atípicos impropios y son los más comunes en la práctica.

Con relación a las prestaciones de los atípicos impropios, existen tres clases:

- a) Combinados o gemelos: se dan cuando la prestación de una de las partes pertenece a varios contratos típicos y la contraprestación de la otra parte es propia de un solo típico. Tal es el caso por el que una parte se obliga a conceder el uso de una marca, transmitir tecnología y prestar asesoría a otra parte que sólo se obliga a pagar un precio anual en una cantidad determinada.
- b) Mixtos en sentido estricto: son los que a determinado acuerdo típico le añaden las partes un elemento o prestación de otro típico, como un arrendamiento de un local en la que el arrendatario tiene una obligación adicional que consiste en acondicionar el local bajo ciertas especificaciones que le marca el arrendador.
- c) De doble tipo: el contrato atípico puede encuadrarse dentro de dos típicos, ejemplo de ello, es que una parte se obliga a conceder el uso de un inmueble para oficinas y la otra parte se obliga a prestar servicios periódicos de asesoría en computación.

En el contrato mixto hay combinaciones diversas de elementos o prestaciones solamente de contratos típicos, pues si en la combinación intervienen elementos o prestaciones de contratos atípicos, ya no hay contrato mixto, sino contrato atípico en sentido estricto.⁹

Los contratos atípicos plantean dos problemas principales. El primero consiste en determinar los límites dentro de los cuales el contrato es admisible y debe considerarse válido y eficaz y

⁸ Arce Gargollo, Jorge. Op. Cit., p. 134.

⁹ Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit., p. 526.

dispone de la protección del ordenamiento jurídico; el otro consiste en determinar, a falta de una normativa jurídica, cuál es la disciplina a que tales contratos deben estar sometidos y por ende, aclarar la manera en que deben ser interpretados y cómo integrar sus lagunas o deficiencias. Para efectos prácticos, el primer problema es de admisibilidad y de validez; por tanto, el segundo es de disciplina normativa.

El problema de admisibilidad y validez se debe plantear con respecto a cada caso concreto de contrato atípico y aplicar las normas generales sobre los típicos. El contrato atípico que no puede ser válido en nuestro ámbito nacional es aquél que tiene por objeto que varios fabricantes competidores entre sí, se pongan de acuerdo para obligarse a producir una cantidad restringida de bienes; o por el que unos fabricantes se coordinen para presentar posturas o abstenerse de presentarlas en determinados concursos o licitaciones públicas. Estos constituyen prácticas monopólicas sancionadas por la Ley de Competencia Económica y no producen efecto jurídico alguno. Para efectos generales, debe acudir a las normas generales establecidas sobre las obligaciones, a las leyes prohibitivas, de orden público, derechos irrenunciables, así como a la cláusula penal excesiva.

Ahora bien, la aplicación de normas supletorias al contrato atípico debe buscarse en los principios y normas generales, las cuales regulan las obligaciones más que en los contratos típicos específicos.

1.1.2 TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

Para determinar el concepto de tipicidad, se tiene que recurrir a la expresión “tipo”. Esta es usualmente utilizada por la doctrina para aludir a la descripción de una conducta prohibida realizada por una norma jurídico-penal, en tanto que la tipicidad es entendida como la característica de una acción de adecuarse a una disposición legislativa.¹⁰ Los contratos atípicos por su parte, en su contenido no han sido expresamente reglamentados por el legislador y en algunos se plantea el problema de cómo llenar las lagunas que saltan a la

¹⁰

Nuevo diccionario jurídico. Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa. Tomo P-Z. México, 2001. p. 3666.

vista por las precisiones omisas de las partes, así como el problema de cómo interpretar esos contratos a falta de preceptos especiales que los reglamenten e integren. Para el primer caso, se aplican las disposiciones del artículo 1858 del Código Civil Federal vigente. El segundo problema quedará resuelto en el contenido de un tema posterior.

En muchas ocasiones, un contrato atípico no puede quedar encuadrado únicamente en las normas de uno típico, sino que se acude a las reglas de otros contratos. La tipicidad y la atipicidad han ampliado su campo de aplicación, ya sea con sus cláusulas que obligatoriamente mencionan las normas, o con cláusulas, en segunda instancia, que determinan las propias partes.

En otro sentido, se habla de “elasticidad del tipo legal”. Esto se refiere a la adición o inserción de cláusulas, pactos y condiciones a los contratos típicos en una determinada legislación, suelen tener el efecto práctico de que, con la utilización de un tipo contractual se resuelve una situación nueva que no se ajusta de forma exacta al marco del contenido del contrato.

Lo anterior se manifiesta cuando existe una compraventa con reserva de dominio pues va más allá del concepto exacto determinado por la ley; lo mismo sucede cuando el precio de una cosa, en la compraventa, es pagada con bienes distintos al dinero o en especie, a sabiendas de que el sentido lógico de éste contrato es pagar con dinero líquido o por alguna transacción o en forma de títulos valor. En otro supuesto, la compraventa llega a tomar tintes hasta de la donación pues, al entregar una cosa, su valor resulta ser mayor, pero su precio es inferior.

El mandato o poder irrevocable en beneficio del apoderado o mandatario tiene los elementos suficientes para dudar si en realidad es un poder verdadero, es decir, existe la confusión de si se aplican los principios del mandato o tiene una disciplina distinta y ajena a los deberes del mandatario.

La donación con carga para el donatario es un ejemplo más pues, en sentido general, la donación es un contrato gratuito y unilateral, aunque aquí se transforma en onerosa y bilateral.

En el mutuo con interés, las obligaciones del mutuuario son muy distintas a las del mutuo simple, de hecho, hay normas protectoras para intereses a una tasa excesiva. En ambos casos hay mutuo pero con diferencias sustanciales respecto de las obligaciones del mutuuario.

En el campo jurídico se hallan varios ejemplos en los que el tipo legal del contrato parece desmembrarse ya que cede o pierde elementos que pueden considerarse esenciales de la figura contractual.

En los casos descritos, a la modalidad contractual se le señala con una marca distintiva para indicar que tienen una particularidad distinta a la que regula el tipo legal. El mandato irrevocable o el depósito irregular no son normales a lo que se determina como mandato y depósito empero, la característica de irrevocable de uno y de irregular del otro, contienen un adjetivo que indica una forma distinta de ser del contrato típico.

Existen contratos que pueden ser considerados atípicos pero que atienden a nuevas necesidades y por ende participan de la tipicidad social que, limita y dirige la autonomía privada pero actúa mediante una remisión de valoraciones de la conciencia social relativas a las manifestaciones de la autonomía privada que son acogidas y tuteladas por el orden jurídico, en la medida que responden a una función social útil. La continua celebración en la vida diaria de esos contratos; el reconocimiento que de ellos se hace en los tribunales así como en la jurisprudencia; el análisis y el estudio sistemático que realiza la doctrina, han logrado plasmar sus características y que adquieran la denominada: tipicidad social. En algunas ocasiones logran ser reconocidos y recogidos por las leyes, dejando de ser atípicos para trascender al plano de estructuración legal.

El concepto de tipicidad social pudiera ser aplicado a las cláusulas atípicas que gozan de la característica de la tipicidad social como el caso de la comisión de garantía, la exclusividad

de los contratos de comisión, la rescisión por devaluaciones monetarias o el derecho de preferencia que pactan los accionistas de una sociedad anónima para el caso de enajenaciones onerosas de acciones. Dichas cláusulas también pudieran seguir el camino hacia una reglamentación especial.

4.1.3 CONVERSIÓN DE LA ATIPICIDAD A LA TIPICIDAD.

Los negocios atípicos que nacen de las nuevas necesidades que la actividad económica reclama, cuando realmente satisfacen una necesidad generalizada y su uso constante confirma su utilidad, acaban por ser reconocidos en el ordenamiento jurídico de un determinado país y se convierten, así, en una figura típica desde el punto de vista legislativo.¹¹

Los negocios empresariales, el intercambio y la circulación de mercancías y la agilidad y rapidez de las transacciones comerciales, bancarias y financieras permiten que se dé el nacimiento de nuevas figuras que son de gran utilidad para satisfacer las necesidades de la actividad mercantil moderna y que crece como crecen las diversas formas de cubrir el espacio que día con día presentan los consumidores. De esa forma, se vuelve una costumbre utilizar en la vida cotidiana, tal o cual figura que permite establecer un mercado cómodo en donde todos se beneficien.

Cuando aquella costumbre marca los parámetros que los contratos deben cumplir, éste se va perfeccionando, va mutando sus características y escalando categorías que lo convierten en una figura práctica y esquematizada. Al adoptarlos y reconocerlos, se plantearán principios que permitan determinar una estructura y organización específica para que, en ese sentido, las figuras se conviertan en típicas, reconocidas en su concepto y en sus particularidades por las normas jurídicas, es decir, los sancionarán. La sanción del derecho se presenta como algo añadido y posterior, como un reconocimiento; en virtud de éste último, los negocios de la vida privada asumen la calidad de negocios jurídicos, es en ese

¹¹ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit., p. 134.

momento cuando lo comercial logra fusionarse con lo jurídico para establecer las medidas necesarias para que la figura atípica ascienda a otro rango.

La sanción que hace el derecho permite que los negocios jurídicos recién revestidos de tipicidad se conviertan en herramientas que el propio derecho pone a disposición de los particulares para regir sus intereses de la vida de relación, todo ello para dar existencia y desarrollo a las relaciones entre ellos y por lo tanto, permanecen siempre siendo actos de autonomía privada pero ya con fundamento legal.

En el campo jurídico, existen dos formas de gran relevancia por las que una figura de suma importancia asciende a la reglamentación del ordenamiento legal determinado.

La primera de las formas es el reconocimiento y regulación en una ley, sin que exista la celebración previa del negocio o la celebración constante de la figura por los particulares. Basta la voluntad del legislador para que forme parte de una ley y gozará en su caso, de un esquema estructurado de reglamentación determinado, se presenta como ejemplo en nuestro país a la sociedad de responsabilidad limitada. Se reguló ella por primera vez en 1934 en la Ley General de Sociedades Mercantiles, no contaba con un antecedente en las jurídicas, solamente tenía el elemento incrustado de la tipicidad social en otros países. Esta institución no nació de una evolución de otras sociedades típicas mercantiles, más bien, fue creación de los juristas de Alemania y de la práctica social en Inglaterra.

La segunda forma por la que los negocios, antes atípicos, llegan a integrarse a las normas de determinado territorio, es por la evolución de ciertas figuras atípicas que se convierten en típicas. En éste caso, el derecho resuelve elevar a los contratos al rango típico. El campo jurídico no hace otra cosa que reconocer aquél vínculo que los mismos particulares ya sentían haber contraído en las relaciones entre sí, con anterioridad. Para ello, el derecho se apoya solamente en la función social de importante trascendencia, analiza los actos que ya las partes realizaron, han hecho suyo para sostener y fundamentar sus respectivas obligaciones. Para la solución de necesidades que en muchas ocasiones las figuras típicas no resuelven o por algunas ventajas fiscales, celebran un contrato con ciertas modalidades y elementos que adquieren la característica de la tipicidad social.

4.1.4 INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS.

La cuestión principal que plantean los contratos atípicos es determinar cómo deben interpretarse e integrarse en sus lagunas los puntos en que las partes fueron omisas. El problema de la interpretación se da cuando no se revela de manera clara la voluntad expresa de las partes. Por ello, la doctrina ha formulado algunos puntos básicos acerca del criterio a seguir para determinar las normas supletorias de los contratos típicos que les pueden llegar a resultar aplicables. Los puntos doctrinarios se manifiestan en una serie de teorías que a continuación se detallan.

Teoría de la absorción o de la observación.

Establece que en los contratos atípicos debe determinarse cuál es la prestación o elemento preponderante, el que mejor sobresale y aplicarle las normas del contrato típico al que corresponde tal prestación o elemento. Esto quiere decir que el negocio viene a ser absorbido en la figura de típico que corresponde a dicha prestación.

Esta teoría no resuelve de manera satisfactoria el problema de la interpretación de las figuras atípicas ya que, no es posible determinar con claridad cuál es la prestación de algunos contratos. En otros, los elementos secundarios son los que dan al negocio atípico esa característica y muchos tienen como prestación más importante la que corresponde a dos o más contratos atípicos.

En la enajenación, en donde la parte del precio se paga en dinero y parte en especie, será compraventa o permuta en atención a la parte mayor que el dinero o la especie representan en la contraprestación. Si la mayor parte es el dinero, la enajenación como contrato atípico, la prestación preponderante será la de la compraventa; en cambio, si la parte del pago es en mayor medida en especie, la prestación será la de la permuta.

En la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, se establece que no se aplicará tal denominación a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercancías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

Teoría de la combinación.

Cuando un contrato atípico se conforma de prestaciones y elementos que pertenecen a distintos contratos típicos, las normas aplicables serán las que resulten de la mezcla o combinación de dichas normas de tipos contractuales. En otras palabras, una figura atípica concreta debe fragmentarse en cuanto a sus prestaciones, se van a delimitar una a una hasta tener una serie de compuestos del contrato; posteriormente se van a encuadrar a cada una de ellas, dentro de la figura típica que corresponda, se clasificarán las prestaciones teniendo en cuenta que cada uno de éstos fragmentos de origen de una disposición especial tipificada. De esa forma, las normas supletorias serán las de todos los contratos típicos a los que pertenezcan los elementos que componen a la figura atípica, por ende, se aplicarán todas las normas que aparezcan como resultado de la deformación hecha. Algunas se aplicarán a ciertas partes del negocio, otras a lagunas específicas.

La crítica a ésta teoría se da en el sentido de que el contrato atípico no es una mezcla o agregado de diversos elementos típicos, es decir, no es una suma, sino una síntesis, tiene una unidad, se trata de un contrato único que tiene una finalidad empírica propia y también única. Se trata de un todo que interactúa para un solo fin y no diversas particularidades que aportan sus propias connotaciones que en algún momento pudieran llegar a desvirtuar el fin único y ahora, perseguir fines distintos.

Teoría de la analogía.

Las reglas que deben aplicarse para interpretar las figuras atípicas son las de las típicas con las que tengan más analogía. Ello desemboca de las destacadas afirmaciones del artículo 1858 del Código Civil Federal vigente y parece ser que ésta teoría es la más aceptada, sin embargo, no escapa a las críticas ya que, se dice que los contratos atípicos son distintos de los típicos y no análogos o afines, cada cual regula relaciones y obligaciones diferentes, incluso, contrarias unas de otras. Por otro lado, el sentido en el que una figura atípica debe ser análoga o semejante a otra típica no es fácilmente determinable, puesto que la afinidad puede aparecer en elementos que no son esenciales para aquella atípica concreta. El elemento principal por el que se adecua el contrato atípico puede no ser la base para que éste tenga relevancia, sin embargo, sus elementos secundarios pueden ser determinantes en la constitución del acuerdo pero ellos no incitarán a dicha teoría.

Teoría del interés dominante.

En cada caso, las partes se deben atener a la situación de los intereses que tiene cada una en un determinado acuerdo atípico. Si el fin que persiguen las partes no puede ser alcanzado por un típico, no se debe insistir en aplicar las reglas del mismo como supletorias del atípico, en éste caso, es necesario acudir a las normas generales de las obligaciones y de los contratos.

Artículo 1858 del Código Civil Federal.

Esta disposición se instituyó por primera vez en el año de 1928, eso significa que en los códigos de 1870 y 1884 no se contemplaba. En la actualidad, la ley prevé la existencia de los negocios atípicos aunque no les da dicha denominación pero su régimen jurídico y las normas que deben aplicarse para su interpretación e integración se establecen en dicho precepto.

Los contratos no reglamentados se regirán:

1. Por las reglas generales del contrato incluidas en el Código Civil, es decir, todas las normas generales de las obligaciones y la posibilidad de aplicar las de los contratos típicos de otras leyes mexicanas como las del Código de Comercio, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Navegación, Ley Federal de Instituciones de Fianza, entre otras;
2. Por las estipulaciones de las partes; y
3. Por las normas del contrato típico con el que tengan más analogía.

También se debe acudir a los usos y costumbres que muchas veces son el origen de las figuras atípicas, en especial si son del tipo mercantil. Indirectamente, en el artículo 1796 del Código Civil y en el 2 del Código de Comercio, se reconoce pues se ordena que los negocios jurídicos obligan tanto a lo expresamente pactado como a las consecuencias que conforme a su naturaleza derivan de la buena fe, del uso o de la ley.

Las disposiciones sobre interpretación de acuerdos de voluntad señalan que el uso y la costumbre del país se tendrán en cuenta, según señala el artículo 1856 del Código Civil Federal; por su parte, el Código de Comercio, en su artículo 1445 establece que el tribunal

arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

En el ámbito internacional se tiene aceptado que las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellos. También se contempla que las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos participantes en él, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable.

De ese modo, ordenamiento jurídico y sociedad se manifiestan como términos correlativos entre sí y acentúan el carácter comercial práctico, por lo que el ordenamiento jurídico pertenece al mundo de la actividad práctica.¹² Al no haber disposición jurídica que resuelva las necesidades mercantiles, los usos son una herramienta de gran utilidad pues, la importancia y la rapidez que mueven a los negocios y actividades del mercado, son impresionantes. No hay lugar para grandes distancias, mucho menos para pérdida de tiempo.

El ordenamiento jurídico, en cuanto prescribe deberes y atribuye derechos y status, es decir, en cuanto determina el ámbito de la libertad de los individuos y además, los límites de la libertad de cada uno es legalidad o libertad pero sujetas a la norma.¹³ Las partes, al contratar deben ajustarse a las normas de derecho objetivo, ello no implica que se coarte la libertad contractual, simplemente y de forma virtual, se apegan a un reglamento establecido.

La jurisprudencia, las decisiones judiciales y los estudios de los autores sobre determinada operación atípica, pueden considerarse auxiliares para su interpretación e integración.¹⁴

El problema de la formalidad.

Al no estar reglamentadas las figuras atípicas expresamente en la ley, donde se impone a la forma como requisito de validez, se aplica la regla general de la libertad de forma para las

¹²

Messineo, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Editorial Ediciones jurídicas, Europa-América. Tomo I. Argentina, 1971. p. 14.

¹³ Idem., p. 14.

¹⁴ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit., p. 142.

partes. El contrato de agencia entra en la posibilidad de celebrarse por escrito por su similitud y analogía con la comisión, sin embargo, sigue el principio de la libertad de forma y no se le puede imponer una forma que corresponde a un contrato que se le parece.

Existe una tesis sobre contratos innominados, confirmada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señala que: “las disposiciones excepcionales no pueden extenderse a casos no comprendidos en ellas de modo expreso. Fundamentalmente, en nuestra legislación, los contratos son consensuales y no necesitan formalidades para su existencia, sino en los casos en que la ley lo previene expresamente y a las disposiciones excepcionales no deben dárseles una amplitud tal, que se comprenda en ellas a los casos a que no se refieran; así, aún suponiendo que el contrato innominado (atípico para efectos exactos), que ha dado en llamarse contrato de piso, tuviera una grande analogía con el contrato de arrendamiento, no hay razón para exigir que aquél contrato tuviera los mismos requisitos de formalidad que el último de los enunciados; pues como se ha dicho ya, las disposiciones de carácter excepcional, no pueden aplicarse sino en los casos expresamente señalados”.

Cabe recordar que el Congreso de la Unión tiene la facultad de legislar en todo momento, todo lo referente al comercio, debiera proponer reformas al Código de Comercio para que regule expresamente, las nuevas figuras que día con día nacen, entre ellas, el contrato de agencia mercantil, ya que su importancia exige una reglamentación exclusiva y un esquema disciplinario completamente objetivo.

1.2 EL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL COMO FIGURA ATÍPICA.

1.2.1 OBLIGACIONES DEL AGENTE.

El contrato típico o atípico que se celebra por escrito, debe presentar:

1. Encabezado: que contenga la denominación del contrato; las partes que contratan y el carácter para ostentarse en todo momento como personas físicas o morales. En caso de ser personas morales, manifestar a su representante.

2. Antecedentes: es la parte en donde se presentan todos los datos de la cosa o servicio objeto del contrato, sobre todo en los de compraventa.
3. Declaraciones: en ellas se manifiesta el nombre de las partes, su domicilio, su actividad comercial y la de su representante en caso de persona moral y cómo acredita su personalidad. También se declara la razón por la que se quiere celebrar el contrato.
4. Cláusulas: es el desarrollo del contrato, es decir, todas aquellas obligaciones pactadas por las partes. Cabe mencionar que las cláusulas pueden ser naturales, esenciales o accidentales. Las primeras derivan de la naturaleza del contrato, son de orden público, irrenunciables y si no son colocadas, se dan por puestas. Las segundas identifican a las partes y dan nombre al contrato. Las últimas, son aquellas que se estipulan sólo a voluntad de las partes.
5. Fecha y firmas: se debe ostentar la fecha de celebración del negocio jurídico, así como las firmas y los nombres de las partes contratantes, las de sus testigos y en dado caso, la del fedatario público ante el que se celebra. Las firmas se colocan al margen y al calce del contrato.

Las obligaciones de los contratantes van contenidas a lo largo del clausulado. En especial, las obligaciones en la agencia mercantil mencionan la labor y todas aquellas actividades a realizar; no pueden faltar en ningún momento, las que se mencionarán a continuación.

Obligación de promover o concluir negocios en interés del empresario.

Es la obligación más importante que tienen los agentes comerciales. A diferencia del comisionista, el agente no tiene que esperar a recibir encargos concretos del empresario en cuyo nombre actúa, sino que tiene la obligación positiva de esforzarse en promover o concluir todos los contratos posibles por cuenta y en ocasiones, en nombre de aquél, buscando cuantas ocasiones propicias se presenten mediante la adecuada vigilancia del mercado.¹⁵

¹⁵ Garrigues, Joaquín. Op. Cit., p. 121.

El agente tiene la obligación de manejar todos los elementos con los que cuenta en su oficina o agencia-sucursal para llegar a sus objetivos. Todo lo relativo a mercadotecnia, organización, administración, marketing, dependiendo de su objeto social, empieza a funcionar como engranes de una maquinaria que trabaja a favor del empresario para realizar encargos amplios que lleven a la promoción o conclusión de ciertos contratos. No existen los encargos concretos, no existen las tareas particulares. La labor de los agentes va más allá de una sola actividad. Si bien, todo gira alrededor de dos objetivos primordiales (promoción y conclusión), la forma en que se va a llegar a ello requiere de la elaboración de indeterminado número de elementos.

En nuestro país, la agencia mercantil gira alrededor de la promoción y conclusión de contratos de compraventa mercantil, pues la mayoría de los agentes se dedican a la compra, venta, promoción de títulos valor y paquetes que ofrecen determinados servicios. México es sin duda un país consumista por excelencia y se llegan a rebasar las cantidades de producción y buena elaboración de productos, por ello, las empresas y sociedades nacionales y extranjeras tienen en el territorio nacional, un mercado amplio para ofrecer y vender satisfactorios.

A dicha obligación se le adicionan las actividades de: desarrollar los procedimientos de promoción y venta, hacer llegar al empresario los pedidos y órdenes de compra, la presentación de cotizaciones a los clientes y cómo concluir los negocios encomendados. El agente debe cumplir el encargo que se le ha confiado en conformidad a las instrucciones recibidas y promocionar al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona que se le ha asignado y cualquiera otra información útil para valorar la conveniencia de cada uno de los negocios.¹⁶

El agente no realiza actos jurídicos, sino que procura negocios, salvo el caso de que se trate de un agente con representación. En éste sentido, el agente puede pedir las providencias cautelares en interés del representante y presentar las reclamaciones que sean necesarias para la conservación de los derechos correspondientes a éste último.¹⁷

¹⁶ Messineo, Francesco. Op. Cit., p. 317.

¹⁷ Idem., p. 316.

Se puede incluir como causa de terminación anticipada del contrato el que el agente no cumpla con la cuota de ventas señalada. El agente no está obligado a desempeñarse con apego a cierto horario y libremente puede fijar los lapsos de sus servicios, así como la intensidad.¹⁸

En el desempeño de sus servicios, el agente es libre de emplear recursos técnicos, retóricos y económicos propios, así como la colocación de personal a sus órdenes y retribuido por él. Para ello, por lo regular el agente despliega su actividad en locales separados de los del empresario principal en los que, debe ser libre de desarrollar otras actividades remuneradas.

Obligación de cooperar para la conclusión y cumplimiento de negocios con terceros.

Esta obligación no tiene carácter indispensable. Su existencia depende de las condiciones del contrato. Cuando se encarga el agente de la entrega de mercancías o de la percepción de su precio, evidentemente, pesará sobre él la obligación de colaborar en la ejecución de un contrato que normalmente es asunto que interesa sólo al representado y al tercero o consumidor.

Como obligaciones adicionales, el agente puede dedicarse a la entrega de la mercancía al cliente, la recepción del precio o la labor de cobranza que hace el agente y que debe pactarse expresamente, el servicio de posventa y la recepción de reclamaciones de los clientes. Estas obligaciones van de la mano para cooperar con dicha ejecución de contratos.

Obligación de seguir las instrucciones del empresario.

Pocas veces se dan instrucciones al agente, dejando a juicio de éste el decidir cómo va a realizar sus actividades.¹⁹ El agente, por lo general, tiene su propia organización de actividades, por otra razón, los empresarios no utilizarían sus servicios. Puede el agente pactar con la otra parte, si lo estiman necesario o conveniente, que el primero pueda administrar los recursos, la imagen y la publicidad de la empresa o sociedad, en beneficio de ambos. También el empresario puede establecer que el agente preste servicios de consultoría, estudios de mercado, análisis de la competencia, marketing y estrategias

¹⁸ Díaz Bravo, Arturo. Op. Cit., p. 227.

¹⁹ Garrigues, Joaquín. Op. Cit., p. 120.

publicitarias, asesoramiento, prospectiva, investigación, control de servicios, peritación y tasación o cualquier otro servicio que el agente esté capacitado para proporcionarle a la empresa, según las tarifas y los honorarios del agente comercial, o bien, por lo que ambas partes pacten verbalmente y de buena fe.

Esta obligación es semejante a la del mandatario y a la del comisionista, aunque por la actuación basada en la función profesional del agente, en razón de las instrucciones, casi siempre será facultativa, de modo contrario se invadiría a la característica de independencia.

Obligación de informar al empresario.

El deber de información se actúa unas veces a requerimiento del representado, que pide noticias a su representante (en caso de pactar representación), acerca de los negocios en curso y otras veces por iniciativa del propio representante, que cumple así un deber derivado de la naturaleza del contrato de agencia.²⁰

El agente proporcionará todo lo relativo a las condiciones del mercado en la zona asignada, así pues, tendrá la obligación de otorgar cualquier otra información útil para valorar la conveniencia de negocios singulares. Debe comunicar al empresario las operaciones, encargos y pedidos, por teléfono, fax, internet o cualquier otro medio de comunicación dentro del plazo pactado; el empresario debe comunicar al agente la aceptación o el rechazo de la operación, entendiéndose aceptado si, transcurrido el plazo citado, el empresario no hubiese contestado.

El empresario expresamente puede autorizar la realización de una prueba de libros por el contable de la libre elección del agente para control final de las operaciones; así como facilitarle cuantas referencias solicite el agente sobre las operaciones comerciales que le afecten o que puedan reducir, en el presente o en el futuro, los ingresos del agente, ayudándole a proteger su fondo de comercio y sus contratos comerciales, por esas acciones se le debe indemnizar convenientemente cuando no sea posible otro acuerdo.

²⁰ Garrigues, Joaquín. Op. Cit., p. 120.

El agente también está obligado, a informar sobre la solvencia de los terceros con quienes existan operaciones pendientes de conclusión y ejecución. El deber de informar debe cumplirse en los períodos pactados por las partes, durante la vigencia del contrato.

En la mayoría de los contratos, la obligación de informar al empresario, trae aparejada la obligación de rendirle cuentas que en ciertas ocasiones lo debe realizar cuando lo requiera la otra parte, aún así, al término del contrato debe rendir cuentas sobre su gestión, pero no respecto a todos los negocios relacionados con la agencia mercantil, sino solamente con los efectuados a partir de su último informe que contendrá sus acciones realizadas en el período establecido por ambas partes, a partir de ese entonces y hasta la conclusión del contrato de agencia, puede considerarse efectiva la rendición de cuentas final.

Obligación de cumplir por sí mismo el contrato.

El agente comercial debe cumplirlo por su propia parte, de manera continuada o estable, sin que él asuma riesgos, responsabilidades legales, compromiso ante terceros de tipo alguno y venturas en las operaciones.

Los productos o servicios pueden ser susceptibles de variación, limitación, cambio, suspensión temporal o definitiva, al tenor de las necesidades, situación, evolución o fluctuaciones del mercado, en ciertas ocasiones a criterio de la dirección comercial de la empresa o sociedad principal, que deberá notificar al agente con la mayor antelación posible, proporcionándole información actualizada y prospectiva.

Ahora bien, el agente puede utilizar dependientes, lo cual no se exime de sus responsabilidades frente al empresario. A esto se aplica la celebración de contratos de subagencia pero para ello, el agente requiere de la autorización expresa de la otra parte y en el contrato principal de agencia mercantil se debe indicar que el agente tiene la facultad de contratar y subcontratar, en su caso, por cuenta y riesgo, a cuantos colaboradores considere oportuno, salvo que exista algún compromiso de confidencialidad solemne y por escrito, del agente con el empresario, limitando en ese caso, la información que él pueda y quiera participar a sus colaboradores.

1.2.2 OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO.

Obligación de pagar la retribución o contraprestación en los términos pactados.

La cuantía a pagar debe ser acordada por las partes contratantes. Esta obligación es inherente a la naturaleza misma de la agencia como contrato oneroso pactado entre las partes a las cuales les guía desde su respectivo punto de vista el propósito de lucro.²¹ La contraprestación consiste en un porcentaje sobre el importe de las operaciones que realice el agente, pero en ocasiones se señalan diversos porcentajes para distintos productos, volúmenes o clientes; de la misma manera, puede señalarse también una cantidad fija como mínimo y un porcentaje que varía de acuerdo con los negocios conseguidos.

Cuando se fija una base para determinar la cuantía de la compensación del agente, debe acudirse una vez más a los usos mercantiles de la plaza o zona en la que se ejecuta el contrato y tomar como base la de las mercancías similares. Por otra parte, en un aspecto estricto de resultados, el agente puede tener derecho a una remuneración sólo por los negocios o contratos concluidos, por ello se establece que la agencia mercantil no es de medio, más bien, depende de los objetivos realizados, depende de los resultados conseguidos por el agente comercial.

También se puede acordar que como contraprestación económica al ejercicio de su actividad profesional, el agente percibirá una cantidad porcentual para todas las operaciones, ventas o prestaciones de servicios que se realicen en el territorio nacional; y otro o el mismo porcentaje para las que se realicen en el territorio extranjero, bien por exportación, bien por ingreso de cantidades por personas físicas o morales no domiciliadas en nuestro país, sobre el importe total de las operaciones, directas o indirectas, efectuadas en la zona de influencia del agente, pagadas al empresario principal.

La ejecución parcial del contrato impone una retribución proporcional. Así pues, el empresario tiene la obligación de otorgar una remuneración por aquellos contratos que aún

²¹ Garrigues, Joaquín. Op. Cit., p. 121.

sin su intervención se realicen en la zona o que no se concluyan por culpa imputable al propio empresario.

El contrato debe señalar los supuestos para indicar el momento en que el agente tiene derecho a cobrar su retribución como pueden ser: cuando el empresario reciba el pedido del cliente que contactó el agente; cuando el empresario factura, hace la venta o entrega la mercancía; o cuando el empresario recibe el pago del precio por parte del cliente o del agente.²²

Si la obligación del agente se limita a conseguir pedidos, tiene derecho a su contraprestación en el preciso momento en que éstos se logren; en el caso de que el agente deba entregar la mercancía por cuenta del empresario, como una obligación adicional de colaboración, tiene derecho a la contraprestación en el momento de la entrega; pero, si está pactado en el agente deba realizar la labor de cobranza ante el cliente, su retribución la obtendrá cuando el cliente o tercero pague.

Otro aspecto a considerar es determinar los casos de devoluciones y cancelaciones de clientes y el efecto de éstas sobre la retribución del agente. Dado el caso de que el empresario se obligue a compensar sobre la base de los resultados que obtiene el agente, las devoluciones, cancelaciones o nulidad de los actos concluidos por el segundo, le dan derecho al empresario a repetir por las contraprestaciones ya pagadas. En la práctica, las retribuciones perdidas por devaluaciones o cancelaciones se compensan contra el pago de futuras retribuciones.

Obligación de rembolsar gastos al agente cuando se pacte.

Por regla general, el agente no tiene derecho al reembolso de los gastos de la agencia pero, puede pactarse expresamente lo contrario, por ser un contrato atípico cuya característica es la libertad contractual. La razón de que el agente no reciba ningún reembolso es que él es un comerciante independiente que con el pago de su retribución por los negocios que lleguen a buen término debe pagar sus propios gastos. Ahora bien, en la retribución del

²²

Arce Gargollo, Javier. Op. Cit., p. 344.

agente se han tenido ya en cuenta los gastos habituales de la explotación de su empresa de agencia.²³

Obligación de auxiliar al agente en el desarrollo del encargo.

Consiste en que el empresario suministre al agente todos aquellos catálogos, listas de precios, muestrarios, tarifas, descuentos, asistencia para el conocimiento de los productos o servicios, así como las técnicas de venta, servicios de posventa, ayuda publicitaria y en general, brindarle asesoría comercial en todos los aspectos y momentos. De ser posible y con el uso de la tecnología, se puede acordar que el empresario facilite en formatos digitales adecuados información actualizada y detallada que el agente pueda publicar en internet, incluyendo logotipos, elementos y demás imágenes que caractericen e identifiquen a la empresa o sociedad principal, ello con el propósito de atraer la atención de un mayor número de clientes.

En caso de que se tenga que proporcionar información confidencial, muestras o mercancías valiosas, se puede detallar por medio de correos electrónicos expresamente reconocidos por ambas partes; o bien, pueden utilizarse documentos anexos, firmados por ambas partes, donde se relacionen los objetos, instrumentos, productos y mercancías, así como los servicios que componen el muestrario del empresario o la mercancía en depósito y su valoración. Se puede proporcionar la información en un documento de confidencialidad elaborado por una parte, expresamente aceptado por la otra, en todas sus descripciones y condiciones. Con dicha obligación se presenta en presupuesto lógico y económico para la ejecución del contrato, pero es una obligación de contenido más amplio que la que pesa sobre el empresario, porque comprende el envío de todos aquellos elementos que para el desempeño de sus funciones necesita el agente.²⁴

Obligación de inspeccionar.

Puede verse como una obligación o como un derecho del empresario pues inspecciona y conoce la contabilidad y administración del agente, es decir, va a conocer una rendición de cuentas en general. Con ello, se dará cuenta de que la contraprestación otorgada tiene

²³ Garrigues, Joaquín. Op. Cit., p. 121.

²⁴ Idem., p. 121.

similitud con las operaciones efectivamente concluidas o bien, promocionadas y que éstas se han calculado de acuerdo a la base y porcentaje acordados. Como característica principal de ésta obligación o derecho, se limita en la no interferencia en las operaciones del agente ni en su administración. El objeto de ésta circunstancia es el de garantizar que el agente cumpla con los términos que se establecieron en el contrato.

4.2.3 MODALIDADES DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL

Todo contrato de agencia cuenta con ciertos tipos característicos y que lo hacen único y especial, es decir, lo hacen diferente de la comisión, a ello se le conoce como modalidades.

Contrato de agencia representativo.

El contrato de agencia mercantil puede ser representativo que se da cuando el agente actúa por cuenta y en nombre del empresario. También puede ser no representativo que se da cuando el agente sólo actúa por cuenta del empresario y la promoción y conclusión de operaciones está sujeta a la aceptación de éste.

Si es representativo, se requiere que el agente posea la facultad expresa de representar al empresario y que ésta se haya otorgado en general para toda clase de operaciones; general limitada a cierta clase de operaciones en una zona determinada o con determinado tipo de clientes; o bien, especial para una o varias operaciones concretas. La representación se rige por las normas supletorias del contrato de mandato y las obligaciones de las partes así como las causas de terminación, son las que señala el Código Civil Federal vigente, aunque no hay que olvidar que en la agencia reina la libertad contractual.

El pacto de exclusiva.

La exclusividad es un concepto que aparece con frecuencia en las relaciones de derecho privado derivadas de contratos mercantiles; en la práctica actual de los negocios, numerosos contratos entre empresas contienen alguna referencia a la exclusividad como elemento importante de actos jurídicos que buscan relaciones duraderas; por eso, el pacto de

exclusiva suele aparecer en contratos como los de: suministro, transferencia de tecnología, agencia, distribución o franquicia, e incluso en relaciones con comisionistas y mediadores.²⁵

La exclusividad también es conocida y establecida como cláusula de exclusiva, derecho de exclusividad o pacto de exclusiva. Como adjetivo, acompaña al nombre del negocio jurídico de que se trate, por ejemplo: “contrato de agencia exclusiva”.

La exclusividad en su aspecto negativo representa una limitación a la libertad contractual, al imponer al concedente de la exclusividad, la obligación de no celebrar una clase determinada de contratos con persona distinta al concesionario, o a éste, la de no concluirlos con otro que no sea el concedente.²⁶

No sólo como limitación a la libertad contractual, el pacto de exclusiva ha sido concebido como una obligación de no recibir de terceros una determinada prestación, así como de no realizarla a favor de terceros o bien, ambas obligaciones recíprocamente. Por ésta cláusula, es fundamental la obligación de no realizar ciertas prestaciones, o de no concluir determinados contratos, sino únicamente con las personas a quienes se les reconoce la exclusiva.

La exclusividad tiene dos requisitos básicos:

1. Respecto al área geográfica, que puede ser muy amplia y muchas veces se detalla en un anexo del contrato. Si no se señala la zona geográfica, no hay más límite que el de la efectiva actividad económica del beneficiario de la misma. Existen, por ende, cláusulas de territorialidad con diferentes efectos en los obligados por la exclusiva, éstas son: territorialidad simple, territorialidad reforzada, territorialidad absoluta o territorialidad con reserva.
2. Respecto al término, la duración de la obligación negativa no puede ser identificada o perpetua porque no puede serlo la limitación de la libertad individual que toda obligación supone; de la misma forma, tampoco es válida cuando su duración sea excesiva. En éste caso, si el pacto de exclusividad no tiene señalado un plazo

²⁵

Arce Gargollo, Javier. Op. Cit., p. 425.

²⁶
Idem., p. 426.

específico de duración, debe entenderse que el término es el mismo que el del contrato principal al que está unido.

Es de suma importancia determinar a qué prestaciones, productos o mercancías se refiere la exclusividad, así el distribuidor, agente, franquiciatario o suministrador, se obliga a no adquirir o promover y concluir productos análogos o concurrentes.

Las particularidades de la exclusividad en la agencia mercantil pueden ser variadas:

- a) La renuncia del comerciante principal a otorgar el carácter de agentes a otras personas en el territorio de que se trata.
- b) La renuncia a gestionar negocios sin intervención del agente, aunque reservándose la facultad de aceptar propuestas espontáneamente por personas residentes en el territorio de la exclusiva o que han de ejecutarse en él.
- c) La obligación de no tratar sin intervención del agente, o al menos, la de abonarle la cantidad pactada sobre todos los negocios celebrados en el territorio y que han de ejecutarse en él, aunque se hubieren perfeccionado sin mediación del agente.

La exclusiva en la agencia se refiere a determinada zona comercial que se le asigna al agente pero también a la duración que por lo regular es la misma del contrato. Por su parte, el empresario que concede la exclusividad al agente puede reservarse para sí ciertos privilegios para promover y concluir directamente ciertos negocios con determinada categoría de clientes, es decir, con el gobierno, con industriales, accionistas, mayoristas, entre otros.

Si el agente comercial viola el pacto de exclusiva y concluye negocios con terceros que están fuera de su zona, los contratos concluidos son válidos ya que el pacto no obliga a los terceros. Por dicho incumplimiento, el empresario puede exigir al agente la responsabilidad por los daños y perjuicios causados así como la terminación anticipada del contrato por el incumplimiento.

En el supuesto de que el empresario no respete el pacto de exclusiva, el agente tiene derecho a percibir contraprestación indirecta por todas las operaciones que se practicaron

en su zona y que se hagan sin su intervención, siempre que ésta situación se pacte desde la celebración del contrato.

Cláusula de garantía.

Es conveniente pactar la obligación del agente para responder de los efectos contraídos por el tercero con el que promueve o concluye negocios por cuenta del empresario. Su función principal es garantizar la solvencia de los terceros consumidores de los productos o los que reciben el servicio. Esta cláusula debe estar constituida expresamente en el contrato y por lo general, supone una contraprestación adicional para el agente y él por su parte, puede obligarse a garantizar la totalidad de la operación o sólo una parte de ella.

Se califica como una cláusula penal para el agente por el incumplimiento total o parcial del comprador, sin embargo, es válido que se cumplan con todos los principios que estructuran y dan sentido a la amplitud de contratos mercantiles, aunque también se permiten otras cláusulas pactadas de buena fe por ambas partes pues, no se debe pasar por encima de la libertad contractual, característica de suma preponderancia en todos los contratos atípicos.

Subagencia.

Es muy conocida en la práctica de los negocios como una herramienta de organización comercial que se produce necesariamente en el contrato de agencia a través del elemento de la subcontratación que es aquél acuerdo que celebra el agente en un plano de empresario, con otros subagentes siempre que éstos reúnan las características profesionales de un agente principal.

Para celebrar el subcontrato de agencia entre el agente y uno o varios subagentes, se requiere:

- a) Que el empresario principal del primer contrato de agencia autorice expresamente o que haya autorizado en lo general que el agente tenga la facultad de subcontratar;
- b) Que el subcontrato no exceda al contrato principal con respecto a la duración, el territorio, la exclusividad, el ramo de la actividad, incluso, la retribución del subagente, respecto a la que el agente tiene con el empresario, puede ser distinta;

c) Cuando el agente designa a los subagentes debe responder de su actuación.²⁷

Agencia-distribución.

Es otra de las modalidades que tienen algunos contratos de agencia en donde el agente tiene derecho a adquirir del empresario las mercancías objeto del acuerdo. Esta modalidad es especialísima pues es una característica de la distribución. En ésta modalidad el agente como tal no pierde su carácter y a su vez puede, sólo si lo desea, pedir al empresario, en operaciones especiales, que se le venda la mercancía. Esta cláusula se aplica cuando el agente tendrá un descuento especial sobre dichos satisfactores. En éste caso, el agente adquiere los productos para revenderlos por su cuenta propia y así se convierte en un distribuidor del empresario y éste, puede acordarle ciertas obligaciones que se ajusten a las operaciones especiales que son válidas en el ramo comercial y que deben ser acordes a la función que desarrollo el agente.

No es necesario celebrar un contrato de distribución pues, en ese caso, todas las mercancías se deberían adquirir para llevar a cabo todas las operaciones encomendadas. Es preciso hacer la aclaración sobre dicha situación para evitar conflictos futuros. De manera singular, el contrato puede apoyarse en algunas ocasiones del de distribución o franquicia. Al imponer ésta modalidad de común acuerdo, el agente queda obligado a revender las mercancías o productos así como respetar sus precios, descuentos, plazos, características de promoción y servicios de posventa.

Agente-consignatario.

En éste caso, el agente comercial puede ser también un consignatario de la mercancía o productos del empresario. Si el contrato de agencia mercantil adquiere ésta modalidad, debe contener algunas previsiones que conviertan a las partes en sujetos de la relación que produce un contrato estimatorio y sólo se establece para ciertas operaciones.

Las mercancías almacenadas en poder de los agentes son propiedad del empresario, quien las puede reivindicar cuando tenga la voluntad; por otra parte, el primer contratante tiene la

²⁷ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit., p. 350.

obligación de devolver las mercancías que durante cierto plazo no enajene. Para que quede estructurada de forma adecuada ésta modalidad se deben establecer las condiciones de venta de los productos, es decir, determinar su precio estimado, el plazo o plazos periódicos en que quedarán bajo consignación, la retribución en todo caso para el agente consignatario para las operaciones llevadas a cabo por medio de ésta relación accesoria, los cargos de almacenaje y seguros y en especial, todas aquellas circunstancias que, para reforzar ésta situación, acuerden las partes.

Agente-depositario.

Al establecer éste tipo de cláusula, el agente sólo es depositario de las mercancías propiedad del empresario quien vende y transmite dicha propiedad a los clientes. En éste caso, el agente no las adquiere en ningún momento como en la modalidad de la distribución o del negocio jurídico estimatorio. El agente mercantil solamente entrega por cuenta del empresario los bienes, para cumplir con la obligación de cooperar para la conclusión de los negocios y es que, el local que se utiliza como agencia-sucursal reúne las condiciones propicias para dejar depositados los productos.

4.2.4 TERMINACION DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL.

Las formas de determinación del contrato de agencia son variadas y prácticamente son conocidas puesto que son formas en que también terminan otros negocios jurídicos mercantiles típicos o atípicos y de forma simple, siguen los principios que deben regir a las obligaciones.

Transcurso del tiempo pactado.

El transcurso del tiempo pactado de antemano por las partes consiste en el cumplimiento del negocio encargado. Ello deriva de la naturaleza de la agencia como acuerdo de duración, en el cual, las nociones de cumplimiento y de tiempo van indisolublemente unidas.²⁸ La agencia mercantil puede ser por tiempo determinado o indeterminado; cuando tiene fijado un plazo

²⁸ Garrigues, Joaquín. Op. Cit., p. 121.

de vigencia, la llegada del término extingue la relación contractual. En éste caso, la relación cesa sin necesidad de preaviso ni derecho de ninguno de los contratantes a ser indemnizados y por lógica, sin necesidad de formalidad alguna.

Caso similar se da en el mandato que concluye en los casos en que termine el negocio para el cual fue conferido, es decir, en los mandatos especiales para determinado negocio, supongamos para un juicio, el mandato concluye al terminar ese negocio, es evidente que al terminar el negocio para el cual se confirió el mandato, debe quedar éste sin vigencia.²⁹

Es común que, para determinar las formas de terminación de la agencia mercantil, que se establezcan, por analogía, las situaciones del mandato. Entonces, si llega el plazo, las partes continúan ejecutando el contrato (el agente promoviendo o concluyendo negocios y el empresario pagando la retribución correspondiente), se puede considerar que, tácitamente, se prorroga el contrato por un término igual al establecido originalmente. Aún terminado el acuerdo de voluntades existen efectos que sobrepasan esa circunstancia o se producen a raíz de dicha terminación, es decir, se tiene que llevar a cabo la rendición de cuentas final, el pago de contraprestaciones que queden pendientes, la devolución de mercancías en poder del agente, la revocación de la representación, la obligación de guardar secretos o confidencialidad y la obligación de no competir durante cierto tiempo, es decir, cosas particularmente especiales que no se deben pasar por alto.

Por otra parte, cuando en el contrato no se señaló un plazo de terminación, se debe entender que cualquiera de las partes puede darlo por terminado unilateralmente con un previo aviso que se da anterior a la terminación.

Denuncia unilateral.

Una revocación inesperada o inmotivada acarrearía al agente, perjuicios injustificados.³⁰ Lo anterior se explica así: el empresario no puede revocar libremente el contrato de agencia mercantil y darlo por terminado unilateralmente si no se pactó de antemano éste medio de terminación. Al efecto, en la comisión y en el mandato se señalan legislativamente, como

²⁹

Rojina Villegas, Rafael. *Derecho civil mexicano: contratos*. Editorial Porrúa. 6a Edición. Volumen II, Tomo VI. México, 1997. p. 85.

³⁰

Garrigues, Joaquín. Op. Cit., p. 122.

causa de terminación, la revocación del comitente o mandante: el mandato termina por la revocación del mismo que haga el mandante, excepto cuando se haya otorgado con el carácter de irrevocable.³¹ Sin embargo, ésta causa no se aplica de modo tan simple al contrato de agencia mercantil.

Permitir la revocación libre por parte del empresario, como solución resulta muy peligrosa ya que, puede dar lugar a arbitrarias revocaciones en perjuicio del agente, que habiendo cumplido al margen sus obligaciones creando una organización de gran valor a disposición del empresario representado mediante cuantiosas inversiones, puede verse desposeído del fruto de su trabajo a consecuencia de la revocación. Para el caso de que así ocurra, debe postularse una compensación económica (establecer una cláusula penal), a favor del agente y a cargo del empresario representado; si éste obtiene ventajas económicas del trabajo de aquél; si el agente sufre perjuicios; y si el contrato de agencia se extingue por hechos no imputables al agente.

Entonces, si el contrato se revoca antes de la expiración del plazo y sin justa causa, el denunciante debe indemnizar a la parte afectada por los daños y perjuicios causados. Por último, la denuncia del negocio jurídico por voluntad de cualquiera de los contratantes representa la forma más frecuente de extinción del mismo por tiempo indeterminado; por ende, si no se fijó plazo alguno debe admitirse la denuncia unilateral del contrato siempre que se comunique ese propósito a la otra parte con una razonable antelación.

Renuncia del agente.

En el contrato de mandato se establece como causa de terminación la renuncia del mandatario: en el mandato irrevocable no procede la renuncia y si el mandatario abandona sus obligaciones, será responsable de los daños y perjuicios que cause al mandante; en el revocable, procede la renuncia, pero ello no quiere decir que el mandatario abandone inmediatamente los negocios, debe esperar a que el mandante provea a la procuración si de lo contrario se le sigue algún perjuicio.³²

³¹ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit., p. 79.

³² Idem., p. 82.

En algunos contratos de agencia suele pactarse que el agente pueda renunciar en cualquier momento y dar por terminado el contrato, sin obligación de indemnizar al principal por esa renuncia que se presenta como inesperada. Esto encuadra en el supuesto de que si el agente no desea seguir realizando una actividad de promoción o conclusión de negocios para el empresario, está renunciando tácitamente a la relación contractual. De ésta manera, es conveniente que los contratantes señalen en el contrato, una serie de reglas a seguir, junto con un plazo para que la renuncia no sea inesperada.

Muerte o inhabilitación del agente.

La muerte del agente comercial provoca la extinción del vínculo porque éste no se transmite a los herederos; en cambio, la muerte del empresario no es causa de extinción del contrato si subsiste la empresa a la que el agente presta sus servicios.³³ Caso contrario al mandato: otra forma de terminación se refiere a la muerte del mandante o del mandatario; el mandato es un contrato que origina derechos intransferibles por la muerte.³⁴

Por inhabilitación del agente, también se da por terminado el contrato, es decir, porque el agente recaiga en un estado en el que, sus facultades y capacidades le impidan de plano, realizar todo lo conducente a promoción y conclusión de negocios pero, cuando el agente es una persona moral, la transformación de la sociedad, el cambio de socios mayoritarios o el cambio de administradores no son causa de terminación ya que subsiste la personalidad moral y para que la relación terminara por aquellas circunstancias, tendrían que pactarse en el acuerdo de voluntades de los contratantes.

Otras causas de terminación.

Las causas de terminación que se acuerden por ambas partes se entienden como válidas pues, derivan de la voluntad, de los usos y de las costumbres mercantiles. Al efecto, pueden entenderse como causas extraordinarias:

- a) La insolvencia de alguna de las partes, que impida la realización de sus obligaciones;
- b) La violación al pacto de exclusiva;

³³ Garrigues, Joaquín. Op. Cit., p. 122.

³⁴ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit., p. 83.

- c) La falta de resultados convincentes y acordados de antemano en negocios promovidos como podría ser la no satisfacción de una cuota de ventas pactada;
- d) La contratación de subagentes sin autorización del empresario;
- e) La fusión o escisión de sociedades, tanto del empresario como del agente y el cambio de socios, accionistas o de administradores cuando así se pacte; y
- f) La huelga por un plazo importante, el embargo de la negociación o la intervención judicial a alguna de las partes. Ello al pactarse de antemano.

4.2.5 REGULACION DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS EXTRANJEROS.

En México no existe un régimen legislativo especial del contrato de agencia mercantil, lo cual supone un atraso del ordenamiento jurídico en el ámbito comercial pues, en otros países esa figura se contempla en las leyes civiles o mercantiles, sobre todo en naciones catalogadas como potencias económicas.

Italia.

El Código Civil italiano vigente, es decir, el de 1942, reglamenta al contrato de agencia como un contrato distinto a la comisión o al mandato. En su artículo 1742 establece que: *“por el contrato de agencia, una parte asume de manera estable el encargo de promover, por cuenta de la otra, mediante retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada”*.

Nótese que el concepto refiere a una zona determinada, característica especial en ese ordenamiento; en sí mismo, determina que por el derecho de exclusiva, el preponente (empresario) no puede valerse simultáneamente de varios agentes en la misma zona y para el mismo ramo los negocios de varias empresas competentes entre sí.

El Código Civil italiano utiliza términos de preponente o empresa y agente como los elementos personales. En cuanto a la formalidad, no se exige para su validez, establece forma libre pero contemplada legislativamente.

En el sentido de la representación del agente, se prevé que las declaraciones que se refieren a la ejecución del contrato concluido con intervención del agente y las reclamaciones relativas a los incumplimientos contractuales se hacen válidamente al agente. En ese tenor, el agente puede pedir las providencias cautelares en interés del preponente y presentar las reclamaciones que sean necesarias para la conservación de los derechos que le corresponden.

En la duración del contrato, en el artículo 1750 del mismo ordenamiento se establece que si el contrato es por tiempo indeterminado, cada una de las partes puede separarse del contrato, dando preaviso a la otra, dentro del término establecido por las normas corporativas o por los usos mercantiles. El término de preaviso puede ser sustituido por el pago de una correspondiente indemnización.

Las obligaciones del agente son las de cumplir el encargo que se le confiere en conformidad a las instrucciones recibidas y proporcionar al preponente, las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona que se le ha asignado y cualquier otra información útil para valorar la conveniencia de cada uno de los negocios. Debe observar las obligaciones que incumben al comisionista, en cuanto no sean excluidas por la naturaleza del contrato de agencia.³⁵

Como impedimento, el agente no está en situación de ejecutar un encargo que se le ha confiado, debe dar inmediatamente aviso al preponente ya que si no lo hace, estará obligado a resarcir el daño. Así mismo, el agente tiene derecho a una remuneración sólo por los negocios que han tenido ejecución regular, es decir, depende de sus resultados.

En el artículo 1751 se determina que si el contrato por tiempo indeterminado se resuelve por hecho no imputable al agente, el preponente está obligado a abonarle una indemnización proporcional al monto de las remuneraciones que se le han liquidado en el curso del contrato y en la medida establecida por las normas corporativas, por los usos o en su defecto, por el juez según equidad. La indemnización también se debe otorgar si la relación de agencia se

³⁵ Messineo, Francesco. Op. Cit. p. 167.

ha resuelto por invalidez permanente y total del agente y en caso de muerte de éste, la indemnización corresponde a los herederos.

Francia.

Por decreto del 29 de diciembre de 1958, se establecen disposiciones relativas a los agentes comerciales y se reglamenta al contrato de agencia. En dicho decreto se enuncia que: *“es agente mercantil el mandatario que a título de profesión habitual e independiente, sin estar ligado por un contrato de arriendo de servicios, negocia eventualmente, concluye compras, ventas, arriendos o prestaciones de servicios en nombre y por cuenta de productores, industriales o comerciantes”*.³⁶

A los elementos personales, la ley francesa les llama mandante y mandatario y como formalidad, el artículo 1.2 de la ley de agentes comerciales, señala que el contrato de agencia debe hacerse por escrito y necesariamente es representativo pues el agente trabaja a nombre y por cuenta del mandante y aquél tiene el derecho de aceptar la representación de nuevos mandantes sin tener que informar, sin embargo, no puede aceptar la representación de una empresa concurrente de uno de sus mandantes, sin autorización de éste último.

El contrato de agencia puede contener una convención de consignación de mercancía afín de la entrega a la clientela, en otras palabras, puede pactarse la cláusula que faculta al agente consignatario. En cuanto a su terminación, el acuerdo de voluntades puede ser de duración determinada o indeterminada, pues da la facultad a las partes para que establezcan o no una fecha en que se dé por terminado, de esa forma se dará la llegada del plazo.

España.

En éste país se promulga la Ley sobre el Contrato de Agencia, en 1992 y tiene normas inspiradas en la dirección de la Comunidad Económica Europea y por tanto, se describe a la agencia mercantil como *“el contrato por medio del cual, una persona natural o jurídica,*

³⁶ Mantilla Molina, Roberto L. Op. Cit. p. 167.

denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada y estable, a cambio de una remuneración, bien a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos o concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”. Esto se verifica en el primer artículo de la ley.

Los elementos principales son el agente y el empresario. Por lo que respecta a la primera figura, la ley española señala que no se consideran agentes a los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, las personas que se encuentran vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan. He aquí un fundamento fuerte relativo a la independencia que deben tener los agentes comerciales pues siempre son catalogados como auxiliares puramente independientes del comerciante principal.

A diferencia de la ley francesa sobre agentes comerciales en donde se manifiesta estrictamente celebrar el contrato de agencia por escrito; la ley española determina que éste acuerdo puede ser consensual, perfeccionado por la voluntad de las partes y no necesariamente por escrito, pues en ninguna disposición de la ley se exige la forma como requisito de validez.

En lo relativo a las obligaciones de las partes, en los artículos 15 y 16 de la ley se menciona que el empresario debe entregar al agente, una relación cada trimestre natural de las remuneraciones devengadas y que las mismas deben pagarse a más tardar el último día del mes siguiente al trimestre natural. De idéntico modo, el agente comercial tiene derecho a exigir la exhibición de la contabilidad del empresario en los particulares necesarios para verificar todo lo relativo a las contraprestaciones que le corresponden.

En lo relativo a modalidades, el agente sólo puede concluir operaciones en nombre del empresario cuando tenga atribuida esa facultad; así mismo y salvo disposición en contrario, el primero puede desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios y para ello, necesita del consentimiento del principal con quien haya celebrado el contrato para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional

relacionada con bienes y servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos cuya contratación se hubiera obligado a promover.

La ley española sobre el contrato de agencia también menciona que la actuación por medio de subagentes requiere de la autorización expresa del empresario y en referencia a esto, al designar a los subagentes, el agente principal responderá de su gestión.

En lo referente a la terminación, el contrato de agencia puede pactarse por tiempo determinado o indefinido. Si se hubiere fijado una duración determinada, se entiende, lógicamente, que fue pactado por tiempo indefinido.

Para la renuncia unilateral de la agencia, se debe dar preaviso a la otra parte en un plazo de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. El plazo puede ser mayor, pero no inferior; mientras tanto, el contrato puede terminar también por quiebra o suspensión de pagos de cualquiera de las partes, sin necesidad de preaviso.

Estados Unidos de América.

En derecho norteamericano, el término “agency” tiene varias aplicaciones pero, en una definición general es una relación en la cual, una persona, el agente, está autorizado para actuar por y bajo en control de otra persona, el principal, en negocios de naturaleza contractual con terceras personas.³⁷

La agency, por lo tanto, es un vínculo fiduciario ya que se aplica a la relación representativa o no representativa; a la que puede existir entre un patrón y un trabajador, sin facultades para obligar al patrón con terceras personas; o a un empleador o propietario y a un contratista independiente. En ese sentido, existe la “exclusive agency” o agencia exclusiva.

Regulación en otros países.

El código de Comercio de Alemania, de 1897, es el primer orden jurídico que estableció una regulación completa del contrato de agencia mercantil.

³⁷ Arce Gargollo, Javier. Op. Cit., p. 337.

El Código Suizo de las obligaciones, establece una definición de la figura del agente; de igual forma, ofrece normas jurídicas sobre el contrato de agencia comercial.

Por su parte, el Código de Comercio de Colombia contempla particularmente al contrato de agencia mercantil y en el orden jurídico de Bolivia se regula junto con otros acuerdos de voluntad como son: la comisión, la representación y la distribución.

Principios y normas internacionales de comercio.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como UNIDROIT, en 1935 inició los primeros trabajos sobre la unificación de normas referentes al contrato de agencia. También existe la Convención de las Naciones Unidas sobre representación en la compraventa internacional de mercaderías, adoptada en Ginebra, Suiza, el 17 de febrero de 1983, la cual menciona ciertas reglas sobre el contrato de agencia comercial.

El Consejo de la Comunidad Económica Europea adoptó, en 1986, una Directiva relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. Así pues, la cámara de comercio Internacional desarrolló una guía sobre el contrato de agencia.

4.2.6 PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

El contrato de agencia es tan importante para los negocios actuales, es una herramienta de gran utilidad para desarrollar las transacciones en el mercado global y nacional, tanto para la circulación de productos, como para prestación de servicios. Como ya se observó, existen varias clases de agentes comerciales y por ende, agencias-sucursales con un objeto social específico.

A continuación, presento una propuesta de reglamentación jurídica especial para dicho acuerdo de voluntades, no sin antes exponer las razones por las cuales, se debía considerar candidato a figura típica, tener la categoría de la regulación legal.

Razones para una reglamentación.

- El artículo 73, fracción décima de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, indica que el Congreso de la Unión tiene la facultad de legislar en toda la República Mexicana, sobre comercio, intermediación y servicios financieros, es decir, diputados y senadores deben estar a la vanguardia en cuanto a elementos que componen al mercantilismo nacional y analizar supuestos novedosos comerciales, ya que México no debe quedarse atrás pues es un país en el que se ha enaltecido el comercio y requiere de la legalización de una gama de figuras que ayuden a cumplir los propósitos capitalistas.
- Propongo una reglamentación jurídica especial del contrato de agencia mercantil, en una ley específica y federal o bien, en un capítulo del Código de Comercio que actualmente nos rige.
- Una de las razones por las que propongo la reglamentación es en lo que se refiere a la forma. Todo contrato debe cumplir con todos los requisitos de validez pero la agencia como contrato carece del de la formalidad, entonces, las partes pudieran alegar conflictos futuros pues no se define en ninguna parte, que éste acuerdo pueda celebrarse de verbalmente o por escrito. Al estar reglamentado, se puede determinar que, por obligación, las partes lo celebren por escrito, ante notario o corredor público por ser determinantes en el mundo del comercio.
- En otros países del denominado primer mundo y en algunos de América, está reglamentado, es figura típica que expone un esquema entendible y que posee una categoría que resalta; México, al ser nación mercantilista, requiere de los fundamentos legales para cumplir con sus objetivos y apoyar a los comerciantes para generar condiciones propicias de circulación de mercancías. Entonces, no existe razón lógica para depender, de manera análoga, de otros acuerdos, cuando podría tener su propio fundamento. ¿Por qué el atraso vergonzoso en la reglamentación legal de figuras mercantiles?
- Es un contrato esencialmente de duración, característica que lo distingue de la comisión mercantil. Otra de ellas es la libertad de los agentes comerciales para actuar, facultad de

la que no gozan los comisionistas, por lo tanto, no pueden semejarse en lo absoluto, la agencia y la comisión.

- La compraventa es un factor importantísimo para la circulación de la riqueza y la agencia mercantil promueve y concluye, entre otros, aquél tipo de acuerdos de la voluntad que predominan en la práctica. He aquí el papel que juega la agencia, que merece una base legal para sustentar su gran labor.
- La agencia tiene hoy en día una utilización continua que de ella hacen los comerciantes; así mismo, está revestida de la importancia o tipicidad social; por ello se ha ganado la trascendencia doctrinal que le brindan los autores. Todos esos elementos permiten a una figura atípica convertirse en típica. Por otro lado, los hombres de negocios han reconocido su tipicidad social por ser, en muchas ocasiones, un factor determinante para las condiciones de mercado.
- Resulta que al revocar el acuerdo por parte del empresario, puede presentarse un aspecto arbitrario que perjudica al agente porque ello no se prevé legislativamente, luego entonces, no existe fundamento para oponer un elemento de defensa a favor de los agentes. Puede establecerse una cláusula penal que prevenga dicha situación pero, sería muchísimo más factible apoyarse en un cimiento fuerte como lo es la norma jurídica para evitar ese tipo de conflictos de intereses a futuro.
- Los fundamentos expuestos refieren a características especiales que acarrear situaciones confusas y difíciles de resolver pues, aunque el contrato de agencia se basa en principios legales con los que tiene más analogía, no es lo mismo como si tuviera un patrón propio que lo hiciera distinto de otros acuerdos contractuales, que se estructurara y se le diera la categoría jurídica especial.

Propuesta de reglamentación.

- **Concepto:** el contrato de agencia mercantil es aquél acuerdo por el cual una persona llamada agente, actúa como intermediario independiente, de forma permanente, duradera

y estable, obligándose a promover y en su caso, concluir otro tipo de contratos, sobre todo los de compraventa mercantil, por cuenta, o a nombre y por cuenta de otra persona llamada empresario, mediante una contraprestación generalmente relacionada con los resultados que el primero obtenga.

- **Representación:** el agente puede actuar con o sin representación al promover o concluir otros contratos. Actúa con representación cuando labora a nombre y por cuenta del empresario recibiendo directamente reclamaciones de incumplimientos contractuales. Actúa sin representación cuando sólo labora por cuenta del empresario y no se obliga a admitir reclamaciones directamente.
- **Libertad del agente:** el agente comercial no puede estar ligado a una relación de subordinación por lo que, su papel desempeñado será como auxiliar independiente del comercio en todo tipo de negocios y podrá organizar sus actividades como mejor convenga a su disposición y para desarrollar otros negocios de comerciantes empresarios que también soliciten su auxilio, salvo pacto de exclusiva.
- **Pacto de exclusiva:** el empresario no podrá valerse de otros agentes en la misma zona de operación y para el mismo ramo de actividad; de la misma forma, el agente no podrá asumir el encargo de tratar en la misma zona y para el mismo ramo, los negocios de varias empresas o sociedades que compitan entre sí.
- **Formalidad del contrato:** el contrato de agencia mercantil deberá celebrarse por escrito y ante fedatario público (notario o corredor).
- **Obligaciones del agente:** el agente comercial tendrá las obligaciones que a continuación se mencionan.
 1. Promover o en su caso, concluir negocios en interés del empresario;
 2. Cooperar para la conclusión y cumplimiento de negocios con terceros;
 3. Seguir al pie de la letra, las instrucciones del empresario;
 4. Informar y rendir informes al empresario; y

5. Cumplir por sí mismo con el contrato. En éste tenor, el agente comercial puede celebrar contratos de subagencia, sólo con previa autorización del empresario.

- **Obligaciones del empresario:** el empresario deberá cumplir con las obligaciones que a continuación se mencionan.
 1. Pagar la retribución al agente en los términos pactados y en sujeción a los resultados logrados;
 2. Rembolsar gastos al agente cuando se pacte;
 3. Auxiliar al agente en el desarrollo del encargo; y
 4. Cumplir con las labores de inspección del trabajo desempeñado por el agente.

- **Modalidades del contrato:** las partes contratantes pueden pactar que la agencia mercantil sea con o sin representación; tenga o no pacto de exclusiva; contenga o no una cláusula de garantía para que el agente responda por los efectos contraídos por el tercero con el que promueve o concluye los negocios, es decir, garantizar la solvencia total o parcial de los terceros consumidores de productos o que reciben el servicio contratado.

Para los casos de la subagencia, podrá celebrarse bajo la autorización del empresario y el agente responderá por sus subagentes. A elección de las partes, puede establecerse la modalidad de agencia-distribución; aquella que determine al agente-consignatario o agente-depositario.

- **Formas de terminación del contrato:** el contrato de agencia mercantil se dará por terminado bajo las causas que a continuación se mencionan.
 1. Transcurso del tiempo pactado;
 2. Renuncia del agente comercial;
 3. Revocación del empresario, salvo que éste obtenga ventajas económicas por su invocación arbitraria, en dado caso, se pactará una compensación económica para el agente comercial cuando esto ocurra;
 4. Insolvencia de alguna de las partes que haga imposible la realización de sus obligaciones;

5. Violación al pacto de exclusiva;
6. Falta de resultados convincentes;
7. Contratación de subagentes sin la debida autorización del empresario;
8. Fusión o escisión de sociedades por parte del empresario o del agente, cambio de socios, accionistas o administradores, cuando así se pacte; y
9. Huelga por un plazo importante, embargo de la negociación o intervención judicial a alguna de las partes, cuando así se pacte.

CONCLUSIONES

1. Desde el siglo V a. de C., en Grecia se desarrollaban rasgos de la economía comercial moderna, como la intermediación de los agentes denominados buhoneros que promovían la adquisición de mercancías de empresas productoras, a cambio de una contraprestación. Ya en Roma, al ser ésta una potencia mercantil, hubo la necesidad de clasificar los contratos civiles y comerciales, ya que eran todo un medio importante para las negociaciones y para que las partes contratantes se obligaran mutuamente a cumplir con sus labores, principalmente, aquí se puede encontrar el antecedente inmediato de la agencia mercantil, el contrato estimatorio o Aestimatum, por medio del cual, el propietario de una cosa la entregaba a otra persona para que la vendiera y le entregara un precio o devolviera dicho objeto en caso de no venderla. En la Europa medieval aparecieron los corredores, sinónimo de agentes comerciales, aunque hoy en día precisan características diferentes unas de otras.
2. La historia económica española sufrió serios altibajos que impidieron un desarrollo alentador del contrato de agencia y de los auxiliares del comercio, por ende, se tenían las mismas características de la edad media presentadas en otros países europeos. En el México prehispánico, la buhonería se instauró y los Pochtecas aztecas y los Ppolom mayas sirvieron de agentes comerciales entre las dos civilizaciones; ya para el siglo XIX surge el ya conocido contrato de agencia mercantil hasta ahora predominante, gracias a la expansión comercial que se dio en aquél período.
3. La naturaleza jurídica de los hechos, actos y negocios jurídicos, indica que todo contrato, por sencillo o complejo que éste sea, debe reunir elementos de existencia y requisitos de validez, necesarios para tener razón de ser. Si no reúnen esas características, es lógico que recaigan consecuencias, como la inexistencia en el primer caso y nulidad, relativa o absoluta en el segundo.

4. Los hechos simples son circunstancias humanas que no interesan a la ciencia jurídica; los hechos jurídicos son circunstancias humanas o naturales que producen consecuencias de derecho. Los actos jurídicos nacen de aquellos hechos propiamente jurídicos intencionados donde interviene la voluntad del ser humano para realizarlos y para crear, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas. Así pues, el negocio jurídico es el acuerdo de voluntades unilateral o bilateral para pactar derechos y obligaciones que se deseen, ese acuerdo se traduce en el contrato, por ello, todo negocio jurídico es un acto jurídico, así mismo, todo contrato tiene que ser un acto jurídico, bajo la circunstancia especial de que el negocio jurídico sólo crea y transfiere relaciones jurídicas.
5. El contrato en general, es la fuente principal de las obligaciones, aunque su definición cambia de época en época y de territorio en territorio. Legalmente, en la actualidad y sobre todo, en nuestro territorio nacional, se concibe como el acuerdo de voluntades que sólo crea y transfiere derechos y obligaciones, distinguiéndose del convenio que, en sentido amplio, como argumento de acto jurídico, crea, transfiere, modifica y extingue derechos y obligaciones; en sentido estricto, el convenio modifica y extingue derechos y obligaciones.
6. Los elementos de los contratos son: el consentimiento que se percibe como el acuerdo humano de voluntades, respecto de un objeto común, que produce consecuencias jurídicas; el objeto, que es la conducta manifestada como una situación activa, móvil y dinámica consistente en un dar, hacer y no hacer que debe ser posible, determinado, determinable y estar dentro del comercio; la solemnidad, es la manera de exteriorizar el consentimiento en el contrato y comprende todos los signos sensibles que convienen las partes o que marca la ley, consiste sobre todo en celebrar los contratos ante funcionarios o celebrarlos con la pronunciación de ciertas palabras o formulas que le dan sentido al acto, materializado como negocio jurídico. Entre los requisitos de validez de todo negocio jurídico existe la capacidad de las partes; la ausencia de vicios de la voluntad, es decir, que no medie el error, el dolo, la lesión, la violencia o la mala fe; el objeto; otro requisito es la formalidad, que consiste en la manera de exteriorizar el consentimiento expreso o tácito.

7. Existen principios que rigen a todas las obligaciones mercantiles, tales principios se traducen en la solidaridad pasiva o activa; la onerosidad da la pauta para que una obligación genere derechos o cargas; la moneda de pago es la manera en que se van a cumplir las obligaciones en dinero; la cláusula de ajuste; los plazos, términos y mora son los tiempos y en su caso, el castigo para que los deudores puedan cumplir con sus obligaciones respectivas; el perfeccionamiento; la formalidad es la que señala la ley; el lugar de pago que se establece como el espacio territorial para cumplir con las obligaciones pactadas; la cláusula penal; la prescripción; la conclusión; la especie y calidad; la lesión que en materia mercantil no se puede alegar; y por ultimo, la supletoriedad que soluciona defectos de reglamentación.
8. En nuestro país no existe una reglamentación jurídica del contrato de agencia, por tanto, no hay definición de ésta figura y en base, al estudio de leyes extranjeras a las costumbres mercantiles que se dan en el ámbito internacional se puede destacar que la agencia es el acuerdo por el cual una persona física o moral, denominada agente, actúa como intermediario independiente y de forma permanente, duradera y estable, obligándose a promover y en su caso, concluir otro tipo de contratos, teniendo una mayor carga sobre los de compraventa mercantil, por cuenta y, en algunos casos, a nombre de otra persona física o moral, denominada empresario, mediante el pago de una contraprestación, relacionada con los resultados que el primero obtenga.
9. La agencia se compone de ciertos elementos que son: personales, reales y formales. Los personales se refieren a las partes contratantes: el empresario y el agente comercial, ambos pueden ser personas físicas o morales, sociedades mercantiles, negociaciones o empresas. Los elementos reales consisten en la actividad que desarrolla el agente y la retribución que se le otorga por parte del empresario. Los elementos formales, por ser un contrato atípico en México, no tienen referencia que obliguen a dicho principio de validez.
10. Los agentes propiamente mercantiles son auxiliares independientes del comerciante y prestan sus servicios a diversos empresarios, salvo pacto de exclusiva, por lo tanto, no

están sujetos a una relación de subordinación. Las características propias de los agentes comerciales radican en que pueden ser personas físicas o morales; únicamente tienen como obligación principal la promoción o conclusión de bienes o servicios y sus respectivos contratos; pueden actuar con o sin representación para con el comerciante principal; su actividad es de duración considerable; no disponen de una cartera de clientes; deben de tener independencia en su actuación; celebran o no pactos de exclusiva; y su remuneración depende de los resultados que ellos obtengan.

11. En la Constitución Política de nuestro país se enaltecen las facultades del Congreso de la Unión, entre ellas, legislar en materia de comercio, intermediación y servicios financieros; ahora bien, el Código Civil Federal vigente en su artículo 1858 refiere a los contratos atípicos que deben regirse por las reglas generales contractuales, por la postura de las partes o por las disposiciones del contrato típico con el que tengan más analogía, en el caso de la agencia mercantil, esa analogía corresponde a la comisión o mandato mercantil. En el Código de Comercio, en su artículo 75, fracción X reputa actos de comercio a las agencias-sucursales y otorga las reglas de la comisión. La Ley de Instituciones de Crédito refiere a agencias o sucursales bancarias. La Ley General de Sociedades Mutualistas de Seguro, la Ley Federal de Instituciones de Fianza, la Ley Aduanera, la Ley de Navegación, la Ley del Mercado de Valores y los Reglamentos de Agentes de Seguros y Fianzas, así como el Reglamento de la Ley Federal de Turismo, muestran características de los agentes dedicados a tales ramos.
12. Los contratos atípicos son un concepto negativo de los típicos, esto significa que su contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación y en el derecho romano no tenían razón de ser, pero con el transcurso del tiempo, se reconoció su utilidad. En la edad media europea, las costumbres jurídicas influyeron en la aceptación y reconocimiento de figuras que no tenían exigencia formal. En el presente, las condiciones de mercado han creado nuevas necesidades contractuales que exigen acuerdos más fortalecidos. El contenido de los negocios jurídicos típicos se encuentra estructurado expresamente por el legislador en las leyes; mientras, los atípicos no gozan de esa circunstancia, pero ambos reconocen la libertad contractual, por lo tanto, reconocen la libertad para contratar.

13. Los contratos atípicos se pueden interpretar a través de la teoría de la absorción u observación, donde se determina su prestación o elemento preponderante; también se interpretan en base, a la teoría de la combinación, donde un negocio jurídico se conforma de prestaciones y elementos de distintos contratos típicos y las normas aplicables serán las que resulten de la combinación de dichos elementos; por su parte, la teoría de la analogía, indica que a la figura atípica se le apliquen las normas del típico con el que tengan mayor semejanza; la teoría del interés dominante ordena que las partes, en cada caso, deben atender a la situación de los intereses que tiene cada una y en su caso, acudir a las normas de las obligaciones y de los contratos.
14. Las modalidades del contrato de agencia mercantil que señalan los autores, constituyen el establecer en algunas ocasiones un acuerdo con o sin representación; determinar un pacto de exclusividad; una cláusula de garantía para que el agente responda de los efectos contraídos con el tercero; la subagencia está permitida, siempre y cuando se pacte de antemano, con la autorización del empresario; también es válido celebrar dicho contrato bajo las modalidades de la agencia-distribución, agente-consignatario y en su caso, agente-depositario.
15. Las formas de terminación de la agencia mercantil son: el transcurso del tiempo por el que se celebró dicho acuerdo y que se haya cumplido con el encargo acordado; por renuncia del agente; por muerte o inhabilitación del agente; denuncia o revocación del empresario, salvo que éste obtenga ventajas económicas por su invocación arbitraria; por insolvencia de alguna de las partes que haga imposible la realización de las obligaciones; violación al pacto de exclusividad; falta de resultados convincentes; contratación de subagentes sin la autorización del empresario; fusión o escisión de sociedades por parte del empresario o del agente; cambio de socios, accionistas o administradores, cuando así se pacte; y al presentarse una huelga por un plazo importante, embargo de la negociación o intervención judicial a alguna de las partes, cuando así lo establezcan.

16. Muchos países con un mercado económico avanzado y con formas de estructuración y reglamentación de figuras comerciales desarrolladas, talos como Italia, Francia o España, pueden presumir de la regulación jurídica que hacen del contrato de agencia mercantil en sus respectivas leyes, así como de la agencia-sucursal, las obligaciones de las partes contratantes y de manera particular, el concepto global de dicho acuerdo de voluntades.

17. Por último, la propuesta que presento es reglamentar jurídicamente y de forma especial y propia al contrato de agencia mercantil en nuestro país, ya sea en algún capítulo del Código de Comercio o en alguna ley particular, para que se encuentre esquematizado y pueda gozar de una estructuración y concepto otorgado por el legislador mexicano y sobre todo, con características compartidas. De ésta manera, lo que pretendo es colaborar de alguna forma para que dicho negocio jurídico sea elevado a la categoría de las figuras típicas.

BIBLIOGRAFÍA DOCTRINAL

ACOSTA Romero, Miguel; LARA Luna, Julieta A. *Nuevo derecho mercantil*. Editorial Porrúa. México, 2000. 576 pp.

ARCE Gargollo, Javier. *Contratos mercantiles atípicos*. 10ª ed. Editorial Porrúa. México, 2004. 499 pp.

BARRERA Graf, Jorge. *Instituciones de derecho mercantil: generalidades, derecho de la empresa, sociedades*. 2ª ed. 5ª reimpresión. Editorial Porrúa. México, 2003. 866 pp.

BAUCHE Garciadiego, Mario. *La empresa, nuevo derecho industrial, contratos comerciales y sociedades mercantiles*. 2ª ed. Editorial Porrúa, 1983. 709 pp.

BORJA Soriano, Manuel. *Teoría general de las obligaciones*. 19ª ed. Editorial Porrúa. México, 2004. 732 pp.

CERVANTES Ahumada, Raúl. *Derecho mercantil, primer curso*. 3ª ed. Editorial Porrúa. México, 2004. 688 pp.

DE PINA, Rafael. *Elementos de derecho civil mexicano; contratos en particular*. 12ª ed. Volumen IV. Editorial Porrúa. México, 2004. 381 pp.

DÍAZ Bravo, Arturo. *Derecho mercantil*. 2ª ed. Editorial Harla. México, 1987. 289 pp.

FONTAIN, Josep. *La economía española al final del antiguo régimen*. Editorial Alianza. España, 1982. 453 pp.

GALINDO Garfias, Ignacio. *Teoría general de los contratos*. Editorial Porrúa. México, 1996. 479 pp.

GARCÍA Máñez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 41ª ed. Editorial Porrúa. México, 2000. 444 pp.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. 8ª ed. Editorial Porrúa. México, 1987. 968 pp.

MANTILLA Molina, Roberto L. *Derecho mercantil: introducción y conceptos fundamentales, sociedades*. 29ª ed. Editorial Porrúa. México, 2005. 548 pp.

MARGADANT S., Guillermo F. *El derecho romano privado*. 26ª ed. Editorial Esfinge. México, 2001. 532 pp.

MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín. *Teoría de las obligaciones*. 8ª ed. Editorial Porrúa. México, 2001. 481 pp.

MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Tomo 1. Editorial Ediciones Jurídicas, Europa-América. Argentina, 1971. 480 pp.

MORINEAU Iduarte, Marta; IGLESIAS González, Román. *Derecho romano*. 3ª ed. Editorial Harla. México, 1998. 291 pp.

MOTO Salazar, Efraín. *Elementos de derecho*. 38ª ed. Editorial Porrúa. México, 1992. 452 pp.

NESTOR Martínez, Héctor. *La empresa publicitaria, su organización y administración*. 29ª ed. Editorial Macchi. Argentina, 1998. 210 pp.

P. Griffin, John. *El comercio internacional y las redes de distribución: el manejo de sus agentes*. Editorial Macchi. Argentina, 1990. 208 pp.

PIRENNE, Henri. *Historia económica y social de la edad media*. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1974. 267 pp.

POLANYI, Karl, et. ater. *Comercio y mercados en los imperios antiguos*. 19ª ed. Editorial Labor Universitaria. España, 1976. 428 pp.

ROJINA Villegas, Rafael. *Derecho civil mexicano, tomo VI, contratos*. 6ª ed. Volumen II. Editorial Porrúa. México, 1997. 743 pp.

SÁNCHEZ – Albornoz, Nicolás. *España hace un siglo: una economía dual*. Editorial Alianza. España, 1977. 183 pp.

SÁNCHEZ Medal, Ramón. *De los contratos civiles*. 9ª ed. Editorial Porrúa. México, 1988. 608 pp.

TOUTAIN, J. *La economía antigua*. Editorial Unión Tipográfica Hispano Americana. México, 1959. 316 pp.

VÁSQUEZ del Mercado, Oscar. *Contratos mercantiles*. 12ª ed. Editorial Porrúa. México, 2003. 601 pp.

ZAMORA y Valencia, Miguel A. *Contratos civiles*. 10ª ed. Editorial Porrúa. México, 2004. 612 pp.

DICCIONARIOS

DE PINA Vara, Rafael. *Diccionario de derecho*. 26ª ed. Editorial Porrúa. México, 1998. 525 pp.

QUINTANA Adriano, Elvia A. *Diccionario de derecho mercantil*. Editorial Porrúa. México, 2001. 498 pp.

Gran diccionario enciclopédico visual. Editorial Panamericana, Formas e Impresos. Colombia, 1994. 1291 pp.

Nuevo diccionario jurídico. Tomo A – C. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Editorial Porrúa. México, 1998. 966 pp.

Nuevo diccionario jurídico. Tomo P – Z. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Editorial Porrúa. México, 2001. 3923 pp.

LEGISLACION

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CÓDIGO CIVIL FEDERAL.

CODIGO DE COMERCIO.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

LEY FEDERAL DE INSTITUIONES DE FIANZA.

LEY GENERAL DE SOCIEDADES MUTUALISTAS DE SEGURO.

LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

LEY DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

LEY DE NAVEGACIÓN.

LEY DEL MERCADO DE VALORES.

LEY DEL CONTRATO DE SEGURO
LEY ADUANERA.

REGLAMENTO DE AGENTES DE SEGUROS Y FIANZAS.

REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DE TURISMO.