



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES

ARAGÓN

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN

MAESTRÍA EN DERECHO

**“LA AGENCIA MERCANTIL Y SU INCLUSIÓN COMO CONTRATO
EN EL CÓDIGO DE COMERCIO”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MAISON ROJAS RODRIGO

ASESOR:

MTRO. ÁNGEL MUNGUÍA SALAZAR.

MÉXICO 2012





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.

ÍNDICE

	PÁG.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO	1
ANTECEDENTES	1
1.1 ORIGEN HISTÓRICO DEL CONTRATO DE AGENCIA	1
CAPÍTULO SEGUNDO	10
MARCO CONCEPTUAL	10
2. ACTO DE COMERCIO	10
2.1 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 75 DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE ACUERDO AL CRITERIO OBJETIVO Y SUBJETIVO	14
2.2 SUJETOS DEL DERECHO MERCANTIL	16
2.2.1 Comerciante	16
2.2.1.1 Comerciante Persona Física	17
2.2.1.2 Comerciante Persona Moral	24
2.2.1.3 Comerciante Anómalo o Accidental	26
2.2.1.4 Auxiliares Mercantiles	27
2.3 OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES	30
2.4 SOCIEDAD MERCANTIL	33
2.4.1 Concepto	33
2.5 CONTRATOS MERCANTILES	37
2.5.1 Concepto	38
2.5.2 Reglas Generales de los contratos mercantiles	39
2.5.3 Formación del Contrato	41
2.5.3.1 Elementos de Existencia	42
2.5.3.1.1 Consentimiento	42
2.5.3.1.1.1 La Oferta	43
2.5.3.1.1.2 La Aceptación	44
2.5.3.1.2 Objeto	46

2.5.3.1.3 Solemnidad.....	50
2.5.3.2 Requisitos de Validez	51
2.5.3.2.1 Capacidad.....	51
2.5.3.2.2 Forma.....	53
2.5.3.2.3 Licitud.....	56
2.5.3.2.4 Ausencia de vicios en el consentimiento, objeto o fin.....	58
2.5.3.2.4.1 Error	59
2.5.3.2.4.2 Dolo.....	61
2.5.3.2.4.3 Lesión	63
2.5.3.2.4.4 Violencia o temor.....	65
2.6 CONTRATOS ELECTRÓNICOS	67
2.6.1 Definición	67
2.6.2 Naturaleza Jurídica.....	68
2.6.3 Sujetos	69
2.6.3.1 Vendedor o Iniciador.....	69
2.6.3.2 Comprador o Destinatario.....	70
2.6.3.3 Intermediario o Entidades de Certificación	71
2.6.4 Características.....	72
2.6.4.1 Principal	72
2.6.4.2 Consensual	73
2.6.4.3 Oneroso.....	73
2.6.4.4 Atípico.....	74
2.6.4.5 Complejo	74
2.6.5 Modalidades de los Contratos electrónicos	75
2.6.5.1 Genérica.....	75
2.6.5.2 De Compraventa.....	75
2.6.5.3 Arrendamiento	77
2.6.5.4 Arrendamiento con Opción a compra	79

2.6.5.5 Prestación de Servicios Informáticos	80
2.6.5.6 Contratos de hardware	81
2.6.5.7 Contratos de software	81
2.6.5.8 Contratos de instalación de llave en mano	83
2.6.5.9 Contratos de servicios auxiliares	84
CAPÍTULO TERCERO.....	86
LA AGENCIA MERCANTIL	86
3.1 CONCEPTO	86
3.2 NATURALEZA JURÍDICA.....	96
3.3 CARACTERÍSTICAS.....	102
3.3.1 Tracto sucesivo	102
3.3.2 Entre sujetos de derecho mercantil	104
3.3.3 Objeto	105
3.3.4 Retribución.....	106
3.3.5 Independencia.....	106
3.3.6 Actuación personal	107
3.3.7 Actuación por cuenta ajena	108
3.3.8 Exclusividad.....	108
3.4 ELEMENTOS PERSONALES EN LA AGENCIA	109
3.5 CLASES DE AGENTES	110
3.5.1 Agentes de seguros y de fianzas.....	110
3.5.2 Agentes Aduanales.....	118
3.5.3 Agentes navieros	120
3.5.4 Agentes de viajes.....	122
3.5.5 Agente de Ventas	123
3.5.6 Agencia de valores	125
3.6 FIGURAS AFINES	126
CAPÍTULO CUARTO.....	130

DERECHO COMPARADO	130
A) EUROPA.....	131
4.1 ESPAÑA.....	131
4.2 ITALIA	132
4.3 INGLATERRA.....	133
4.4 CONSEJO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA	134
B) AMÉRICA LATINA	137
4.5 PANAMÁ.....	137
4.6 HONDURAS	140
4.7 COSTA RICA.....	143
4.8 EL SALVADOR	145
4.9 GUATEMALA	148
4.10 NICARAGUA	152
4.11 COLOMBIA	155
CAPÍTULO QUINTO.....	160
INCLUSIÓN DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.....	160
5.1 ELEMENTOS PERSONALES EN LA AGENCIA	160
5.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES	161
5.2.1 Obligaciones del agente.....	161
5.2.2 Obligaciones del empresario.....	163
5.3 CARÁCTERÍSTICAS DEL CONTRATO	164
5.4 TERMINACIÓN DEL CONTRATO	167
5.5 INDEMNIZACIÓN AL AGENTE	169
CONCLUSIONES.....	172
BIBLIOGRAFÍA	182
ANEXO 1	186

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo de investigación, es demostrar la importancia que la Agencia comercial sea regulada como un contrato, y no únicamente como un auxiliar del comercio; toda vez que, como se desarrollará a lo largo de los cinco capítulos que componen este estudio, se estará en posibilidad de comprender su naturaleza jurídica, características, el parecido que guarda con otras figuras, tanto en nuestro país, como a nivel internacional, y a partir de ello, estaremos en posibilidad de proponer su regulación particular dentro del Código de Comercio, como una figura independiente de otras ya reguladas.

Para alcanzar el objetivo propuesto, vamos a utilizar diferentes métodos, todos ellos, partiendo de la corriente epistemológica del realismo sociológico escandinavo; luego que, sobre todo por la naturaleza intrínseca del comercio, éste nace de la conciencia social de la gente, específicamente de los comerciantes, quienes han creado el mismo a partir, no sólo de la repetición continua de actos de comercio; sino más importante, de la conciencia o convencimiento que tienen éstos de que debe ser y no de otra forma.

Por lo que respecta al primer capítulo, nos auxiliaremos del método histórico, dando un leve esbozo sobre la evolución y desarrollo que sufrió la figura del agente comercial desde Roma hasta nuestros días.

En el segundo capítulo, precisaremos de un método deductivo y analítico, siendo que, para descubrir la naturaleza de la figura en estudio, vamos a dividirla, estudiando cada uno de sus componentes, desde la generalidad a lo particular, a fin de construir una figura acorde con los elementos que la conforman.

Iniciando con el análisis del artículo 75 del Código de Comercio, encontramos en su fracción X que se reputan actos de comercio a las empresas de agencia; esto es, que son actos de comercio de acuerdo a lo que en la doctrina mercantil denomina criterio subjetivo; y en donde se postula, que son actos comerciales por el sujeto que los realiza, es decir, comerciantes.

En relación con la fracción XXII del mismo artículo, que nos insta que son actos de comercio; los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en

lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio; esto nos remite, a lo que conocemos como auxiliares del comercio o del comerciante regulados dentro del artículo 309 del ordenamiento citado y que por tanto, atendiendo ahora al objeto, son actos de comercio.

De lo expuesto, se colige, atendiendo a la teoría alemana del acto jurídico, serán negocios jurídicos, los actos de comercio tanto las empresas de agencias como los contratos que celebren los auxiliares del comercio; ello debido a que, en ambos se realiza una manifestación exterior de la voluntad tanto para celebrar el acto, como para la creación de consecuencias.

Pues bien, si atendemos que dentro de esos auxiliares, existirán diversos sujetos que los apoyen a realizar esa actividad comercial, entre ellos se encuentra uno llamado agente, el cual se encarga de promover y a veces de concluir ciertos negocios del comerciante a su nombre y por su cuenta.

Y es el caso, que ese elemento personal y sus funciones se encuentran regulados en diversos ordenamientos jurídicos, pero no así en el Código de Comercio; ley que al prever su nacimiento omite normar la causa que lo origina, es decir, el contrato de agencia.

Por ello, es que atendiendo a esa omisión, proponemos en esta investigación se incluya dentro del Código de Comercio la regulación de la Agencia.

Pues si bien es cierto, que al hacer una revisión de las diferentes normatividades que hacen alusión a nuestro objeto de estudio, pudiere parecer que está regulada, pero solo es en lo que respecta al sujeto, es decir, al agente; y no así a la causa que le da origen, y si fuere así, la regulación que existe es sobre esta relación de subordinación, la cual ya está regida no solo por leyes mercantiles, sino también las civiles y sobretodo laborales. Sin embargo, el problema reside en que en algunas legislaciones se refieren a la agencia como contrato, hecho que como advertimos no está regulada.

Situación que conlleva a analizar la naturaleza jurídica de la agencia, pues al igual que otras figuras jurídicas al no identificarla, persiste el problema de confundirla o no delimitarla y por tanto se recae en una invasión de normas, la cual provoca situaciones ventajosas para quien utiliza la agencia como medio de hacer cumplir por parte del agente

cuestiones que se consideran trabajo y no así actos de comercio, provocando así una forma de desligarse de sus obligaciones patronales.

Por tal, es que el objeto de la investigación está encaminada a desentrañar y delimitar primero la naturaleza jurídica de la agencia, pues consideramos que esta figura tiene una dualidad de naturalezas: una como relación de subordinación y la otra de contrato.

La primera, ya contemplada aunque sea de forma limitada en otros ordenamientos jurídicos y la segunda, es la que falta por incluir en un cuerpo normativo y por tal omisión, es que se han provocado abusos por parte de los patronos y por parte de los que han celebrado este tipo de contratación una incertidumbre sobre sus derechos y obligaciones, atentando con ello a la libertad contractual.

Es por eso que al demostrar esa dualidad de naturalezas se hará evidente que es necesario regularla como contrato mercantil e incluirla dentro de nuestro Código de Comercio para cumplir con esa garantía de certeza jurídica y libertad contractual.

Entonces, para cumplir con nuestro objetivo, en el capítulo primero se describirán los conceptos necesarios de los actos de comercio; de los sujetos del derecho mercantil y la teoría de los contratos mercantiles; esto, para ubicar que la Agencia tiene una naturaleza contractual no regulada y justificar su carácter mercantil.

En el tercer capítulo, partiremos del análisis del concepto de agente, revisando las características del contrato, sus elementos objetivos y subjetivos, hasta llegar al estudio de las clases de agentes comerciales que existen en nuestra legislación; que como veremos, en algunos casos nos habla del agente como sujeto del comercio, y en otros tantos, de la agencia como contrato, y hasta de la agencia como establecimiento, situación que hace necesaria su regulación adecuada, para estar en posibilidad de distinguir los casos y consecuencias que se presentaran en cada supuesto.

En este capítulo se esgrimirá con base en el método analítico y sintético, primero desmembrando cada elemento que compone a la agencia, dentro del cual reside la motivación de nuestra afirmación, se analizará particularmente a la Agencia, desde el punto de vista de importantes doctrinarios de la rama mercantil y de diversas leyes; y se revisarán sus elementos personales, características, derechos y obligaciones de las

partes y formas de terminarla, para después, volver a unir estos elementos como parte de nuestra investigación.

En el cuarto capítulo, aplicaremos el método comparativo, partiendo de la regulación existente en otros sistemas jurídicos dentro de los cuales, se identificarán similitudes y diferencias que se guarden con nuestro derecho positivo.

Para que finalmente en el último capítulo de nuestra investigación, utilizando un método sintético y exegético, vamos a relacionar todas las conclusiones que nos dejaron los capítulos anteriores, para formar un Contrato de Agencia que cuente con las principales características que éstos tienen en común, y que sería indispensable regular dentro de nuestra legislación mercantil, tomando en consideración la evolución y naturaleza jurídica de la figura, sus elementos componentes, las prácticas comerciales de los sujetos que la realizan, a nivel nacional como internacional; para que, una vez tomado en cuenta todos estos elementos, estemos en posibilidad de proponer una regulación que prevea la mayor parte de los supuestos que interesan a la sociedad, y que traería como consecuencia una celebración más común y efectiva en el ámbito del derecho mercantil, sin dejar desprotegidos a las partes contratantes.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES

Iniciaremos la presente investigación presentando un breve estudio de los antecedentes de la Agencia mercantil, para lo cual mencionaremos los principales eventos que fueron trazando las características esenciales de la agencia, y que la distinguen en la actualidad de otras figuras como la comisión mercantil y los agentes viajantes subordinados; para lograr nuestro propósito partiremos del estudio realizado por las investigadoras Carmen y María Elisa Camacho López; toda vez, que ellas hacen un estudio concreto y fondo de estas figuras, a fin de observar cómo evolucionaron, y fueron adquiriendo elementos que la distinguen de otras figuras de intermediación comercial; y que hacen indispensable su regulación de forma independiente a las otras figuras para dar certeza jurídica a las partes que intervienen en dicha contratación; sobre todo, porque como analizaremos en los siguientes capítulos, la ausencia de regulación trae consecuencias negativas sobre todo para el agente, no así para el principal que ante la falta de normatividad, funde la figura con otras similares, sacando provecho en detrimento de los agentes comerciales.

1.1 ORIGEN HISTÓRICO DEL CONTRATO DE AGENCIA

Sobre los antecedentes de la agencia mercantil, el maestro español Joaquín Garrigues, citado por la profesora Soyla León Tovar,¹ en su estudio de Derecho Comparado sobre ésta figura precisa que el agente de comercio, a diferencia del comisionista, aparece tardíamente en el derecho mercantil, surge con la expansión económica del siglo XIX en el ámbito industrial y del comercio exterior en virtud de la necesidad de los comerciantes por ampliar y mantener su

¹ Cfr. León Tovar, Soyla H., *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXIII Número 68, Mayo-Agosto de 1990, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, pp. 519-536.

clientela; ello no obstante que sus antecedentes inmediatos se encuentran en los viajeros independientes de su principal, quienes efectuaban operaciones mercantiles a cuenta de éste en otra plaza.

La agencia se origina como un negocio jurídico en el cual se conjugan elementos de otras figuras jurídicas: el mandato y el corretaje: constituye una actividad mediadora además de representativa en cuanto que se media en los contratos, se facilita su concertación, se hacen coincidir las ofertas así como las demandas, aunado a que se concluyen los negocios en nombre de otros.

En el mismo sentido, para la maestra Carmen Camacho², la agencia comercial pudo haber tenido origen en una clase especial de representantes de comercio conocidos como agentes, que recibían el encargo por parte de varios empresarios de desarrollar actividades mercantiles por su cuenta, para lo cual eran transferidos generalmente a otro lugar. Dentro de esta categoría de representantes se encontraban también los dependientes de viajes, los cuales, a diferencia de los anteriores, estaban atados al comerciante por medio de un claro vínculo de subordinación, lo que hará que una vez desarrollado el derecho laboral hagan parte de éste. Estas dos clases de representantes de comercio a su vez tuvieron lugar debido a la poca utilidad que comenzó a tener para el empresario el recurso a un comisionista, pues por medio de éste no lograba la difusión de su nombre, lo que en cambio sí podía alcanzar con estos nuevos representantes; adicionalmente, de esta forma evitaba algunos gastos que hacían poco atractiva esta relación contractual. No obstante lo anterior, el contrato de comisión había estado en boga durante un significativo periodo de tiempo pues tuvo su inicio prácticamente en el siglo XII, y alcanzó pleno desarrollo en el siglo XVI.

Ahora bien, de acuerdo con la maestra María Elisa Camacho, el agente de comercio encuentra su origen en la sociedad europea de mediados del siglo XIX, siendo que, los ordenamientos jurídicos de la época reconocieron en él un auxiliar del comerciante diverso de aquellos existentes, pues no obstante gozar de

² Cfr. Camacho López Carmen y Camacho López María Elisa, *El contrato de agencia comercial. Análisis dentro del contexto del derecho romano*, Revista de Derecho Privado, Colombia, ISSN 0123-4366, año 2009, N°. 16, enero-junio de 2009, p. 50.

algunos elementos coincidentes, respondía también a otros propósitos. Las condiciones que llevaron al nacimiento de esta nueva profesión comienzan a madurar a finales de ese siglo.

Para esa época, se produce un evento que cambia por completo la historia, específicamente la forma de producción, y que se conoce como la revolución industrial; evento que viene a cambiar los cánones de la clásica economía del tráfico y sienta las bases de su actual dimensión. Hasta el siglo XVIII la producción y la distribución eran generalmente desarrolladas por el mismo comerciante; y tales actividades no estaban claramente separadas la una de la otra.

Entre los efectos a que dio lugar la Revolución Industrial podemos destacar la considerable ampliación del mercado de consumo, siendo la cantidad de productos ofertados insuficiente para satisfacer plenamente la demanda. El mercado se desarrolló en extensión y la producción fue incapaz de satisfacer la demanda. Así las cosas, los productores concentraron toda su atención sobre lo que era el problema más urgente en ese momento: el aumento de la producción. El productor no tenía necesidad ni ocasión de interesarse directamente por el mercado final, sus funciones se reducían a fabricar. Por este motivo, junto con este aumento de la producción, surge otra exigencia anteriormente desconocida: la necesidad de recurrir a intermediarios estables para difundir la producción en un amplio territorio. La relación bipolar productor-consumidor se rompe y es sustituida por una relación triangular: adquirente-distribuidor-productor, en la que el distribuidor ocupa un lugar preponderante frente a los consumidores.

Para dar respuesta a estas nuevas demandas comerciales, el esquema histórico de la comisión se revela pronto insuficiente, entre otras circunstancias, por sus características de ocasionalidad. A este sistema se adaptan mejor los trabajadores dependientes o viajantes, caracterizados por una relación de dependencia con los industriales o productores. Se adecúan mejor estos sujetos porque, tanto para el productor como para el mayorista, se impone la necesidad de mantener una relación estable con el nivel inferior del canal de distribución. Pero el recurso a esta forma de colaboración comporta grandes costos, tanto más elevados cuanto mayor es la necesidad de contactos intensivos. Además, la

lejanía de las zonas de distribución de los productos hacía que se perdiera el control y la vigilancia de los intermediarios. Por otro lado, para conseguir visitas frecuentes a los clientes, se hacía necesario reducir el ámbito espacial de acción del viajante. Así, muchas veces, el volumen de negocios de un área relativamente reducida, hacía que resultase antieconómico pagar el sueldo de un dependiente, porque agravaba los gastos del productor. Aunado a los costos e inversión que representaba la creación y funcionamiento de esta red de ventas directa a través de dependientes, utilizar este mecanismo suponía que el principal debía seguir no sólo controlando, sino organizando íntegramente la fase de distribución³.

Surge así la necesidad de intermediarios que operen en condiciones de estabilidad, pero a los que no hubiese que pagar todo un salario, sino solamente una compensación por los resultados conseguidos.

En consecuencia, para promover la venta en una determinada zona territorial, la empresa confía en un operador local y esto significa para el productor repartir con otro los honores de la representación y parte de las ganancias. Al mismo tiempo significa también renunciar a la posibilidad de ejercer un estrecho poder de control. En cuanto a los intermediarios, la pluralidad de relaciones les ofrecía la oportunidad de una plena utilización de la capacidad de trabajo y de un racional disfrute de las posibilidades de ganancia. La independencia, aunque relativa, y la dignidad de una dimensión profesional, hacían que también se despertase el interés en el intermediario.

De esta forma, la figura del intermediario cualificado, ligado al industrial por un vínculo de colaboración estable y continuo, adquiere un papel creciente en el entorno de la distribución comercial, papel que se ve ponderado por la necesidad que el tráfico moderno impone al empresario de actuar fuera de su domicilio.

Por otro lado, esta necesidad es también patente si tenemos en cuenta que las operaciones empresariales son cada día más complejas y, en numerosas ocasiones, requieren técnicos y especialistas que conozcan bien su

³ Cfr. Camacho López María Elisa, *El Contrato de Agencia Comercial. Análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico, en vista de una posible modificación de su regulación en Colombia*. Revist@ e-Mercatoria, Colombia, volumen 7, número 2 julio-diciembre 2008, <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/volumen7/02.html>.

funcionamiento y los usos mercantiles de plazas muy diversas. Fruto de esta creciente complejidad, en los mercados se demandan, cada vez de una forma más acuciante, intermediarios o colaboradores, que desde una posición jurídicamente independiente, asuman la fase de distribución de los productos e incluso la planificación de la misma, para lo cual han de contar con profundos conocimientos del mercado en cada una de las ramas del comercio y de la industria a que se dedican. A estos conocimientos técnicos se une frecuentemente una gran experiencia en el ámbito comercial, lo cual lleva a que el agente, en múltiples ocasiones, no actúe sólo como un eslabón en la cadena de distribución, sino que su consejo y opinión sea determinante en todo lo relativo a la puesta en el mercado de un producto, a saber: condiciones de competencia, medios publicitarios adecuados, productos o servicios preferentemente demandados, etc.

De este modo, el agente vino, unas veces, a sustituir al empleado o representante de comercio dependiente, y otras, a coexistir con él. Como ya señalamos, utilizar a un empleado vinculado por un contrato laboral era una solución demasiado costosa en muchos supuestos, ya que el negocio en cada uno de estos lugares, no solía generar el suficiente beneficio para mantener allí un empleado fijo, con un sueldo determinado. Esta dificultad económica se soluciona con la figura del agente, el cual facilita o realiza las ventas, o incluso crea nuevas demandas, a cambio de una retribución proporcional al resultado de la operación. Así, la retribución del mismo significará sólo una reducción en las ganancias, en lugar de constituir una carga permanente para el empresario principal.

Sin embargo, la aparición de estas nuevas formas de colaboración no tiene por que implicar la desaparición de figuras tradicionales, sino que en función de las concretas políticas comerciales fijadas por las empresas, se optará por una u otra forma de distribución. Así pues, el empresario puede elegir entre varios caminos para estar presente en plazas diversas: por ejemplo, la creación de delegaciones o sucursales, que suponen una prolongación de su propio negocio en otros mercados, utilizando personal laboral para llevar adelante la fase de distribución. O bien, puede contratar a empresarios locales, para que, actuando en su plaza como agentes, se preocupen de buscarle clientela o de concluir contratos

en su nombre, pero permaneciendo independientes. Esta última forma de colaboración posee la ventaja de ahorrar al representado gastos de inversión iniciales, así como los costes fijos que exige el mantenimiento del establecimiento propio en otra zona (instalaciones, salarios, cuotas de seguridad social, etc.), trasladándolos sobre el agente, a cambio de un porcentaje por cada operación llevada a buen término. Pero esta forma de distribución también posee inconvenientes, pues el empresario representado no percibe los beneficios directos que genera la agencia, cuando ésta funciona a pleno rendimiento, introducida y acreditada en la zona. Por otra parte, el grado de control e información, aunque elevado, no lo es tanto como el que se produce a través de trabajadores dependientes. Por ello, es evidente que, en último término, han de ser razones de estrategia y política de empresa las que determinen la elección de la forma de llevar a cabo la distribución.

Por otra parte, en cuanto a su antecedente jurídico concreto, no existe una opinión generalizada sobre cuál es el antecedente inmediato de la figura del agente. Para unos, éste ha de buscarse en el viajante de comercio, de modo que, el contrato de agencia representaría un estadio superior en la evolución del contrato laboral de representantes de comercio, que desemboca en un nuevo contrato de carácter mercantil, fruto precisamente de necesidades económicas. Para otros el antecedente ha de encontrarse en la figura del comisionista. Tampoco falta quien considere que la agencia es una figura compleja que posee elementos de ambos contratos. Y por último, hay incluso quienes buscan este nexo histórico en el mandato, como es el caso de nuestra legislación, que desconociendo su antecedente y naturaleza lo equipara al mandato civil.

Quizá la respuesta esté en una solución intermedia, aunque lo cierto es que se aproxima más la función del agente a la del representante de comercio - quienes realmente realizan la misma actividad que el agente, pero de diferente forma-, que al comisionista. En efecto, a esta última figura se añadirían características nuevas, que configuran a la agencia como algo más y por tanto como algo diferente, de lo que es la comisión. Así, mientras que la agencia es un contrato de distribución, la comisión es simplemente un contrato de colaboración

no distributiva, ya que no parece un tipo contractual apto para la distribución comercial.

La dificultad de fijar el antecedente inmediato del contrato de agencia quizá se deba al hecho de que al proceder al análisis histórico de la agencia y a la reconstrucción de sus orígenes, nos encontramos con que este tipo contractual posee raíces económicas en el instituto de la comisión, pero también posee múltiples contactos con la disciplina del trabajo propio del empleado. Esto demuestra que **subordinación y autonomía** son los dos polos entre los que se mueve continuamente tanto la actividad, como la figura del agente. De hecho, al referirse al origen histórico del agente, hay quien considera que -en un primer momento- con la llegada de la producción en masa y de la distribución capilar, las empresas industriales y comerciales se propusieron como objetivo la configuración de un intermediario que estuviera dotado esencialmente de dos peculiares características: ser colaborador, sin poderes de representación, es decir, representante indirecto; ser sustancialmente un *locator operarum*, pero sin que la retribución que percibiera se correspondiese con la propia de trabajador subordinado.

Precisamente, una de las cuestiones más problemáticas a la hora de definir el contrato de agencia, ha sido la determinación del carácter de comerciante o empresario del agente y, en consecuencia, la diferencia de este sujeto respecto de la del trabajador subordinado. Aunque en el período de gestación de la figura del agente, el modelo social de referencia estuvo constituido por el agente-empresario o, por mejor decir, comerciante; modelo, para aquel tiempo, no sospechoso, porque se correspondía a los ideales promocionales de una burguesía en ascensión. Sin embargo, con el movimiento legislativo que intenta rescatar la condición de trabajador subordinado se hace patente un nuevo tipo social, dialécticamente contrapuesto al primero: aquél del agente proletario, privado de organización propia, sin ningún tipo de responsabilidad empresarial y económicamente dependiente del principal.

En realidad, la figura del agente no se crea *ex nihilo*, puesto que toma el carácter de autonomía del estatus de los mediadores y comisionistas y el carácter

de estabilidad, de la relación de trabajo subordinado, a ellos une ahora otros aspectos. Por tanto, se trata de un fenómeno completamente original y de ello son prueba las dificultades que retrasaron su ingreso en el universo jurídico.

Así pues, es una consecuencia directa, en el plano jurídico, de un fenómeno progresivamente consolidado en la distribución: el origen de la agencia, de forma similar al del contrato de comisión, es la respuesta a la búsqueda de un instrumento jurídico adecuado para la organización del comercio, en definitiva, es la respuesta a las concretas dificultades prácticas de los comerciantes.

La consolidación desde el punto de vista jurídico del contrato de agencia ha sido larga. Se inicia en Alemania a mitad del siglo pasado. A partir de 1855 se pretende conseguir un tratamiento jurídico del tema.

Su consagración fue, de hecho, sancionada con una decisión del *Rechtsgericht* del 2 de julio de 1892. El contenido del contrato de agencia consiste en que el agente ve reconocido el derecho y asume la obligación de realizar con carácter estable la distribución de las mercancías de su comitente en un ámbito más o menos limitado, pero sin que el agente tenga una relación de servicios con el comitente y sin que su compensación se presente como pago por prestaciones temporales, sino como ganancia proporcional al resultado conseguido.

La importancia del pronunciamiento reside en haber constituido la piedra angular de la construcción jurídica de esta figura, señalando un camino que en pocos años, hubo de seguir el legislador alemán para su regulación en el Código de comercio en la primavera de 1897 se aprueba el texto y Alemania puede vanagloriarse de estar entre los ordenamientos jurídicos pioneros en tipificar el tipo de los agentes comerciales.

Sin embargo, al cabo de pocos años se comprobó que al llevar a la práctica, ésta ya no daba respuestas a las nuevas situaciones, alejadas quizá del momento que inspiró al legislador. En particular, la incertidumbre de sus confines con el contrato de trabajo subordinado, facilitaba al empresario poco escrupuloso una vía para el abuso, aplicando la normativa del agente a su personal empleado con carácter dependiente. Además, con el deterioro de la coyuntura económica después de la primera guerra mundial, el problema adquirió una importante

dimensión social. No sorprende, por tanto, que -como contrapunto a esta situación- se incrementasen las asociaciones profesionales de agentes y que acciones reivindicativas ganaran en intensidad.

Estos hechos suscitaron la necesidad de reelaborar el tratamiento de esta materia, de tal modo que se pudiera adaptar a las mutables condiciones sociales, ofreciendo una mayor tutela social a los agentes. Así, en 1953, el legislador alemán, además de intentar distinguir al agente respecto de los trabajadores dependientes, se propuso regular las situaciones que desde hacía tiempo eran consideradas como más peligrosas: aquéllas en las que la relación absorbía totalmente la capacidad de trabajo del agente.

En general se pretendía mejorar la posición jurídica de los agentes y así, se estableció la irrenunciabilidad y la inderogabilidad de una serie de disposiciones favorables a los agentes y la vinculación para ambas partes de medidas evidentemente intensas de protección de los intereses del agente. Pero la más importante de tal complejo de «normas de protección social» era, con toda probabilidad, la que introducía el derecho -también irrenunciable *ex ante*- a una compensación en caso de disolución del contrato, cuando el principal no pudiese aducir, en justificación a la extinción, un motivo (incluso subsiste este derecho aún cuando la iniciativa parta del agente, pero sea consecuencia de un comportamiento de la contraparte). Esta posición, como veremos, se sigue manteniendo en la mayoría de las legislaciones existentes hoy día, excepto en la nuestra, claro está.

Así pues, se concluye que esta figura nace para satisfacer las necesidades de los productores, que ante el crecimiento de la demanda de sus productos y la imposibilidad de comercializarlos, se allegaron de este tipo de contratación para cumplir dicho fin, sin verse en la necesidad de cuidar a sus viajantes, pero también, sin que ello significará una carga permanente, no sólo económica, sino de organización y administración.

Por consiguiente, y una vez trazados los principales rasgos que dieron origen al agente, vamos a analizar los principales conceptos que se relacionan con esta figura.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO CONCEPTUAL

En este capítulo se expondrán los conceptos necesarios para poder resolver las siguientes cuestiones ¿Qué es la Agencia Mercantil?, ¿Es un auxiliar mercantil o es un contrato mercantil? preguntas que parecen fácil de responder, sin embargo, no lo es, pues para llegar a la respuesta de la cuestión inicial, primero tenemos que saber que es un auxiliar mercantil y un contrato mercantil.

Es por eso que iniciamos esta investigación brindando los conceptos esenciales entorno a los auxiliares mercantiles y las generalidades de los contratos mercantiles, para que al concluir estemos en la posibilidad de dar respuesta a las interrogantes planteadas.

Para lo cual, tenemos que partir por definir qué es el Acto de Comercio, pues como veremos, es la base de nuestra rama del derecho y de él devienen los dos temas a tratar; siguiendo con el estudio de los sujetos que intervienen en la materia comercial y luego haremos el de la teoría de los contratos mercantiles.

2. ACTO DE COMERCIO

Como se expuso anteriormente, primero tenemos que identificar que es un acto de comercio pues se relaciona directamente con el estudio en particular de los contratos mercantiles, por lo que allegándonos de lo postulado por diversos doctrinarios, basaremos nuestras consideraciones, pues advertimos que es imposible dar una definición de lo que es un acto de comercio, sólo lo que se hará es proporcionar diversos criterios para reconocerlo, veamos porqué.

El maestro Jorge Barrera Graf, en su obra Derecho Mercantil explica: “Nuestro Código de Comercio vigente sigue la corriente objetiva de los actos de comercio (en adelante, A. de C.), a través de la influencia del Código de Comercio francés de 1808, de los Códigos de Comercio españoles de 1829 y de 1885 y principalmente, del Código de Comercio italiano de 1882 (del cual copió nuestro art. 75, los arts. 3, 4, 5, y 6, mal traducido este último). El sistema objetivo se

adoptó en México, tímidamente primero, en el Decreto de Fomento Industrial, y Organización de Tribunales de 1841 (Ley Santa Anna), después en nuestro primer Código de Comercio (en adelante C.Co.) de 1854 (Código de Lares); y en forma más amplia en el C.Co. de 1884, anterior al vigente.

“La doctrina nacional y extranjera (francesa e italiana), a pesar de meritorios esfuerzos, no han logrado una definición aceptable del A. de C. Lo único que procede, de la amplia enumeración del a. 75, es la clasificación de ellos. Sin embargo, sí resulta procedente y conveniente partir de la afirmación, primero de que el Acto de Comercio es una variedad meramente del acto o negocio jurídico, y segundo, de que su clasificación general y puede y debe hacerse en función de los elementos característicos de este negocio, a saber: a) el consentimiento de quien lo ejecute; b) el objeto en que recae el acto o negocio; c) su causa o finalidad, y d) sus formalidades.”⁴

Para hacer más claro lo expuesto por Barrera, retomamos la síntesis que hace Rocco respecto a las etapas que han aparecido en el desarrollo del derecho mercantil; la primera etapa es la subjetiva, en donde era preciso ser comerciante para ser sujeto de esta rama del derecho y la etapa objetiva, donde ya no se exige ser comerciante para que intervengan las normas comerciales a regular un determinado acto, sin importar a qué clase de persona se trataba.⁵

De lo anterior se colige que en nuestro derecho positivo no es posible definir que es acto de comercio, primero por cuestiones históricas y segundo porque todos los mercantilistas proporcionan características y elementos diferentes para definirlo y por consiguiente no se pueden poner de acuerdo en un concepto que englobe todos los aspectos, por que atienden a las etapas del derecho mercantil y de ahí derivan sus clasificaciones, aunque, ha habido doctrinarios que aun y con lo dificultoso que parece definir al acto de comercio, proporcionan una definición, tal es el caso de Rocco y de Tena, a continuación las apuntamos:

⁴ Barrera Graf, Jorge, *Derecho Mercantil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, pp. 40 y 41.

⁵ Cfr. Rocco, Alfredo, *Principios de derecho mercantil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931, p. 155.

Tena, lo definió (aunque después se retractó y adoptó un sistema de clasificación): “Acto de comercio es todo contrato por el que se adquiere a título oneroso un bien de cualquiera especie con la intención de lucrar mediante su transmisión, así como el contrato, también oneroso, a cuya esa transmisión se verifica.”⁶

El doctrinario Rocco, después de analizar el código de comercio italiano concluye: “constituye un acto mercantil por sí todo aquel en que se ejecuta un cambio indirecto, o, lo que es lo mismo, todo acto de interposición en el cambio, sea cual sea el objeto y la forma de ese cambio”⁷

Retomando lo establecido por Barrera Graf, en la obra antes citada, basándose en los elementos característicos del negocio (los cuales quedaron establecidos en líneas anteriores) brinda una clasificación de los actos de comercio la cual se resume en: ⁸

1. Principales. Son los que adquieren tal carácter en función de los elementos del acto jurídico; la cual se subdivide en:

- a) Acto de Comercio, por el consentimiento del sujeto que los lleva a cabo;
- b) Acto de Comercio porque su objeto recaiga en una cosa mercantil;
- c) Acto de Comercio por su finalidad, (el lucro en sentido amplio) y
- d) Acto de Comercio por la forma que deben revertir y en que deben manifestarse.

2. Accesorios o conexos. Son los que derivan su naturaleza comercial de la que tenga el negocio principal o el negocio con el que estén conectados.

Por su parte Mantilla Molina Roberto, inspirado en la clasificación de Arcangeli, clasifica a los actos de comercio de siguiente manera:⁹

- a) Actos esencialmente civiles;
- b) Actos absolutamente mercantiles
- c) Actos de mercantilidad condicionada, que a su vez se dividen en:

⁶ Tena, Felipe de J., *Derecho Mercantil Mexicano*, 9ª ed., México, Porrúa, 1978, p. 26.

⁷ Rocco, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 200.

⁸ *Cfr.* Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, pp. 41 y 42.

⁹ *Cfr.* Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil. Introducción y Conceptos Fundamentales Sociedades*, 26 ed., México, Porrúa, 1989, pp. 60-62.

1. Actos principales de comercio, los cuales para identificarlos se atiende: al sujeto, al motivo o fin y al objeto; y

2. Actos de mercantilidad condicionada por su conexidad, que sólo se derivan su mercantilidad de la relación en que se encuentran con otro acto mercantil.

De lo anterior se deduce que ambos autores se inspiran en la clasificación del italiano Arcangeli (y no sólo ellos sino también Tena), el cual distingue a los actos absolutamente mercantiles de los actos relativamente mercantiles.

Los actos relativamente comerciales los subdivide en cuatro grupos:

- a) Actos que responden a la noción económica de comercio;
- b) Actos realizados por empresas;
- c) Actos que se relacionan con otros actos de comercio y
- d) Actos que se refieren a un ejercicio profesional

Como se observa, los doctrinarios mexicanos parten de la aportación hecha por el autor italiano y proporcionan una propia, difiriendo en uno o dos elementos; por lo que, después de analizar tales circunstancias ultimamos y adhiriéndonos parcialmente a la proporcionada por Barrera Graf, podemos identificar un acto de comercio atendiendo en sí a dos criterios: el objetivo y el subjetivo; pues al final las dos categorías que faltan (por su finalidad y por su forma) pueden encuadrarse en los primeros dos; pues, bien la finalidad de todo acto de comercio es obtener un lucro, es decir, este elemento está implícito en el actuar del comerciante y la forma no es un requisito esencial en muchas operaciones comerciales, sin embargo, también puede ser incluido en alguno de los criterios que postulamos.

Atendiendo al criterio subjetivo, el acto será de comercio, cuando se refiere a la persona que realiza determinada actividad, y que, por ser comerciante los actos que realice serán de comercio.

El criterio objetivo, en cambio, pretende desligarse del sujeto que realiza el acto y atiende al acto mismo, que si es de naturaleza comercial (incluye el lucro), entonces será de comercio.

2.1 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 75 DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE ACUERDO AL CRITERIO OBJETIVO Y SUBJETIVO

A continuación, se enumeran los actos que nuestra legislación mercantil en su artículo 75 considera actos de comercio y se clasifican de acuerdo a los criterios que hemos proporcionado, para que se observe claramente nuestra postura de que bastan sólo los dos criterios para determinar el acto de comercio.

Artículo 75.- La Ley reputa actos de comercio:

I.- Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados; (objetivo)

II.- Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial; (objetivo, que para Barrera son los actos que atienden a la finalidad)

III.- Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles; (subjetivo)

IV.- Los contratos relativos y obligaciones del Estado ú otros títulos de crédito corrientes en el comercio; (subjetivo)

V.- Las empresas de abastecimientos y suministros; (subjetivo)

VI.- Las empresas de construcciones, y trabajos públicos y privados; (subjetivo)

VII.- Las empresas de fábricas y manufacturas; (subjetivo)

VIII.- Las empresas de trasportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo; (subjetivo)

IX.- Las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas; (subjetivo)

X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales, casas de empeño y establecimientos de ventas en pública almoneda; (subjetivo)

XI.- Las empresas de espectáculos públicos; (subjetivo)

XII.- Las operaciones de comisión mercantil; (objetivo)

XIII.- Las operaciones de mediación de negocios mercantiles; (objetivo)

XIV.- Las operaciones de bancos; (subjetivo)

XV.- Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior; (objetivo)

XVI.- Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas; (subjetivo)

XVII.- Los depósitos por causa de comercio; (objetivo)

XVIII.- Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos; (subjetivo)

XIX.- Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas; (objetivo)

XX.- Los vales ú otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio; (objetivo)

XXI.- Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil; (subjetivo)

XXII.- Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio; (subjetivo, para Barrera Graf serían los actos conexos)

XXIII.- La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo; (subjetivo y son los llamados comerciantes accidentales)

XXIV. Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; (objetivo)

XXV.- Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código. (Subjetivo u Objetivo)

Como señalamos, los actos enumerados se pueden clasificar con base al criterio objetivo o subjetivo y es interesante ver que en nuestro derecho positivo predomina el sistema subjetivo.

Concluimos que, un acto de comercio deviene de la teoría del acto jurídico y para poder reconocerlo como de comercio, además de apoyarnos en lo establecido expresamente por el artículo 75 del Código de Comercio, que describe que actos se reputan de comercio debemos auxiliarnos de los criterios objetivo y subjetivo; entendiendo que al primero lo que le interesa es el objeto en si del acto, es decir que sea de naturaleza mercantil, (como son los contratos mercantiles) ya que no importa la calidad de los sujetos que intervengan y en el segundo si importa la calidad que tenga la persona que realiza el acto, pues si es comerciante entonces sus actos serán de comercio; profundizando nuestra concepción, examinaremos el elemento que constituye el criterio subjetivo, es decir, los sujetos del derecho mercantil.

2.2 SUJETOS DEL DERECHO MERCANTIL

Como en cualquier actividad que se realice, se necesitan actores para llevarla a cabo, pues bien, en el presente apartado se estudiarán los elementos subjetivos del derecho mercantil, es decir, los sujetos que se necesitan para realizar la actividad comercial, comenzando por el comerciante, actor principal de esta profesión.

Pues como se verá en el desarrollo de este tema, los doctrinarios que se mencionaran, coinciden en que son sujetos del derecho mercantil, en un principio, los comerciantes, sin embargo, hay personas que accidentalmente realizan alguna operación de comercio, y por tanto también se les considera sujeto mercantil; así que partimos exponiendo el concepto de comerciante para finalizar con una clasificación de lo que consideramos son sujetos del derecho mercantil.

2.2.1 Comerciante

Gutiérrez Amado Athié, nos explica que al “hablar en derecho comercial del sujeto, implica necesariamente referirse a la...persona que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hace de él su ocupación habitual y por su cuenta al

frente de una empresa; se trata de la persona que se interpone en los procesos del cambio económico movida por un interés también económico, por un ánimo de lucro; en suma, el comerciante.¹⁰

De Pina Vara Rafael afirma, “En el lenguaje común y corriente se conoce como comerciantes a las personas que negocian comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías. Es decir, a aquellas personas que realizan operaciones de compraventa o de permuta, con propósito de lucro.

El concepto jurídico de comerciante (como también lo es actualmente el concepto técnico, económico), es más amplio que la noción vulgar. En efecto, son calificadas también como comerciantes, desde el punto de vista jurídico, además de las personas que habitualmente realizan operaciones de compraventa o de permuta, aquellas otras que se dedican a actividades completamente distintas, de carácter industrial y agrícola inclusive.”¹¹

Como vemos, del mismo artículo 3º del Código de Comercio, se desprende que comerciante es aquella persona física o moral que teniendo capacidad legal hace del comercio su ocupación habitual, es decir, que distingue dos tipos de comerciantes: comerciante persona física y comerciante persona moral ya sea nacional o extranjera. Ahora analizaremos cada uno:

2.2.1.1 Comerciante Persona Física

El jurista Cervantes Ahumada Raúl explica: “Son dos requisitos que se requieren para adquirir la calidad de comerciante: 1º tener capacidad legal para ejercer el comercio, y 2º hacer del comercio su ocupación ordinaria.”¹²

De Pina Vara apunta: “Son comerciantes las personas físicas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria.”¹³

¹⁰ Cfr. Athié Gutiérrez, Amado, *Derecho Mercantil*, México, McGraw-Hill Interamericana Editores, 1997, p. 14.

¹¹ De Pina Vara, Rafael, *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, 28 ed., México, Porrúa, 2002, pp. 47 y 48.

¹² Cfr. Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho Mercantil. Primer curso.*, 4ª ed., México, Editorial Herrero, 1982, p. 31.

¹³ De Pina Vara, Rafael, *Op. Cit.*, p. 49.

El maestro Barrera Graf, expone: “Por lo que toca a personas naturales, a los seres humanos, la fracción I exige que tengan capacidad para ejercer el comercio y hagan de él su ocupación ordinaria...”¹⁴

De lo anterior se aprecia que, los doctrinarios toman de referencia lo establecido por el artículo 3º del Código de Comercio para poder definir lo que es el comerciante persona física, sin embargo, lo único que se limitan a declarar son los requisitos que deben cumplir para ser considerados comerciantes personas físicas, por lo que adhiriéndonos a lo expuesto por el maestro Barrera Graf, podemos definir que el comerciante persona física o individual es aquel sujeto natural, es decir, el ser humano; que teniendo capacidad para ejercer el comercio hace de éste su ocupación habitual.

Para ahondar nuestro concepto haremos una referencia de lo que señalan nuestros autores respecto a la capacidad de ejercicio y la ocupación habitual del comercio.

Mantilla Molina, hace una anotación precisa referente a la capacidad para ser comerciante y la capacidad para actuar como comerciante; señala:

“La capacidad para ser comerciante, la tiene, como regla general, cualquiera persona, sin que a ella obsten las incompatibilidades y prohibiciones que la ley establece tomando en consideración la persona misma del presunto comerciante, ni las restricciones que las leyes especiales imponen para determinados ramos de la actividad mercantil.

“La capacidad para ejercer el comercio, es preciso distinguir la situación del mayor de edad que no ha sido declarado en estado de interdicción, que la tiene plena (art. 5º), y la situación de los incapacitados y de los emancipados.”¹⁵

Athie, después de hacer un análisis de los artículos 5º y 81 del Código de Comercio, hace conclusiones que son relevantes para entender mejor lo expuesto por Mantilla Molina, a continuación se transcribirán para después analizarlas:

“Las disposiciones antes dichas, establecen la regla de la capacidad jurídica para el ejercicio del comercio, en los mismos términos o dentro de los

¹⁴ Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, p. 28.

¹⁵ Mantilla Molina, Roberto L., *Op. Cit.*, pp. 87 y 88.

lineamientos generales del derecho civil; por el contrario, habrá que buscar las incapacidades en forma excepcional y desde luego, primero deben colocarse las incapacidades del derecho común y posteriormente las específicamente señaladas por el derecho mercantil.

“Para el derecho civil las incapacidades se clasifican en naturales y legales, siendo las primeras las que resultan de las condiciones generales de la persona en el orden natural: la minoría de edad y la carencia de facultades mentales; por otro lado, han de citarse las que el mismo derecho común establece ya por conveniencias sociales, ya por constituir verdaderas sanciones. Todas estas incapacidades, claro está, determinarán a su vez incapacidad para el ejercicio del comercio, atento lo dispuesto por los precitados artículo 5º y 81 del Código de Comercio; de consiguiente los menores de edad, los mayores de edad privados de inteligencia, aun cuando tengan intervalos lúcidos y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación o alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio. Los funcionarios públicos, jueces, magistrados, etc., quedarán excluidos de la posibilidad de ejercer el comercio, unos por causas naturales, otros por prohibición expresa de la ley o por conveniencias sociales indudables, ya que algunas actividades son francamente incompatibles con el ejercicio del comercio, como sucede con los notarios, los militares, etc. Aún, cabe citar en forma especial o concreta los numerosos casos en que la incapacidad deriva de la situación especial de los condenados a cumplir sentencia, puesto que ésta puede afectar la libertad del hombre en ocasiones o simplemente limitar la esfera de acción, como sucede cuando la sanción consiste en la privación de ciertos y determinados derechos.

Concluye analizando las incapacidades en materia mercantil y dice: “La incapacidad puede situarse en dos planos diferentes: de una parte, en orden al ejercicio del comercio como actividad habitual; y de otra, la incapacidad puede circunscribirse en los casos en que por la realización de determinados actos y

operaciones mercantiles, se niega la capacidad como regla general y se exigen condiciones especiales en la persona...”¹⁶

Por su parte Cervantes Ahumada nos explica brevemente que: “La capacidad se rige por el derecho común. Quienes conforme a la Ley Civil tengan capacidad para contratar y obligarse, tendrán capacidad mercantil.

Y citando a Pallares expresa: “El Código establece ciertas prohibiciones para el ejercicio del comercio, que llama limitaciones a la capacidad (art. 3º y 12). Hay en esta expresión falta de técnica, pues como ya Pallares lo expresó, no se trata de limitaciones a la capacidad, sino de incompatibilidades que originan la prohibición.

“La capacidad es una y no admite grados: se es capaz o se es incapaz. No debe confundirse la capacidad con la legitimación para obrar. Se puede ser capaz y no estar legitimado para realizar determinados actos”¹⁷

Y finaliza diciendo: “En realidad, para adquirir tal calidad, lo que se requiere es ser titular de un empresa mercantil. El comercio sólo puede ejercerse, en la actualidad, a través de una empresa que produzca o adquiera bienes u organice prestaciones de servicios destinando tales bienes y servicios al mercado general. Sólo es comerciante el titular de una empresa mercantil si tiene capacidad para el ejercicio del comercio.”¹⁸

De lo antes expuesto concluimos que el requisito de tener capacidad legal para ser considerado comerciante encierra por su puesto la capacidad de ejercicio tal y como manifiestan los autores citados, pues es necesario que el sujeto sea capaz de obligarse y ejercitar por si los derechos que se le confieren, y por otro lado estando de acuerdo con Cervantes Ahumada podemos establecer que la capacidad es una y deviene de la capacidad establecida en el Código Civil, es decir, que si se tiene la capacidad de ejercicio, por regla general se puede ser comerciante; sin embargo, como bien apunta, la capacidad a la que hace alusión nuestro ordenamiento mercantil, es la capacidad para ejercer el comercio, o sea

¹⁶ Athié Gutiérrez, Amado, *Op. Cit.* pp. 19 y 20.

¹⁷ Cervantes Ahumada, Raúl, *Op. Cit.* p. 32.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 33 y 34.

que se pueden dar situaciones en las que por determinadas circunstancias se limite esa capacidad, tal y como lo expresa Athié.

Concluimos, que por regla general todas las personas que tengan capacidad de ejercicio tienen por consecuencia la capacidad para ejercer el comercio, tal y como lo establece el artículo 5º del Código de Comercio en relación con el 81 y por excepción se limita tal ejercicio si es que se realizan conductas que deriven en una inhabilidad o incompatibilidad para ejercerlo, esto es, que para limitar el ejercicio del comercio por inhabilidad, se entiende que en un principio se tenía la capacidad para ejercer tal actividad y que por realizar alguna de las conductas tipificadas en el artículo 12 del Código de Comercio se sanciona al comerciante limitando su capacidad y para que se limiten por incompatibilidad, como bien señala su denominación es porque la profesión del sujeto no es compatible con la actividad del comercio, como es el caso de los notarios y corredores públicos, agentes aduanales o los funcionarios públicos y judiciales, pues se presume que por su ocupación tendrían una ventaja frente a una persona que no es un profesional del derecho o del comercio.

Lo postulado acarrea una cuestión interesante, ¿De verdad se limita al comerciante para ejercer su actividad, por ser inhábil en materia comercial o tener una incompatibilidad? Pues de acuerdo con el numeral 12 del Código de Comercio señala que no pueden ejercer el comercio los corredores, los quebrados que no hayan sido rehabilitados, los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos patrimoniales y los extranjeros carentes de autorización para realizarlo.

Pero como vemos en nuestro entorno social, esto no se aplica del todo, pues como bien se sabe, en el caso de los quebrados es necesario que medie una declaración judicial para que sean considerados como tal, sin embargo, aunque sea declarado quebrado, el comerciante sigue realizando su actividad en otra zona o en otro giro comercial, de igual manera pasa con los que son sentenciados por delitos patrimoniales, pues aunque la ley mercantil los sancione para no ejercer el comercio, vemos que dentro de su estadía en prisión la mayoría se dedica al comercio, pues es una forma de subsistir, es más, la autoridad ejecutiva vende en

un establecimiento las artesanías que hacen (teniendo por tanto, un carácter de comerciante anómalo, en términos de lo dispuesto por el artículo 4° del Código de Comercio), dándoles su ganancia respectiva y con mayor razón cuando salen de su internación, la generalidad se dedica al comercio de manera informal, por diversas causas que son motivo de otro estudio, ya no hablemos de los extranjeros como comerciantes personas físicas, pues aun cuando su estadía en nuestro país sea ilegal también desempeñan la actividad del comercio sin que medie alguna sanción.

Por el lado de la incompatibilidad, aunque como señala la ley el corredor público y de manera análoga podemos decir que el notario o cualquier funcionario público no pueden desempeñar la actividad comercial de forma profesional, también es una situación que ha sido rebasada pues, hemos encontrado que en el caso de los agentes aduanales, muchos tienen establecimientos mercantiles y por consiguiente celebran contratos, sin que encuentren inconveniente alguno.

Lo anterior para que pudiera ser acorde a lo que pasa en realidad, tendría que haber un órgano de control que vigilará tales circunstancias, aunque propiamente el Registro Público del Comercio lleva un padrón de los comerciantes, no hay que olvidar que solo es obligatorio para comerciantes persona moral, en consecuencia, el comerciante persona física ni siquiera está obligado a inscribirse; por lo que, ese es uno de los inconvenientes para llevar dicho control; sin embargo y entendiendo que el actuar comercial se basa en la buena fe de las partes y que no sería posible materialmente tener registrados a todos los comerciantes que existen (formales e informales) no está por demás puntualizar esta situación.

Ahora, referente al segundo requisito para ser comerciante, que es: que la persona haga del comercio “su ocupación ordinaria”, Cervantes Ahumada nos aclara que “... para que la persona física adquiera la calidad de comerciante, requiere el Código que tal persona haga del comercio “su ocupación ordinaria”. Quiere esto decir que el comerciante debe estar dedicado, profesionalmente, al ejercicio del comercio.

“Dedicarse profesionalmente a ejercer el comercio no quiere decir dedicarse exclusivamente a tal menester.”¹⁹

Athié, pronuncia en relación a este requisito, que cuando se habla de hacer del comercio su ocupación ordinaria debe entenderse como “habitualidad en el ejercicio del comercio” esto es: “Por habitualidad en el sentido del Código, ha de entenderse precisamente: la realización sistemática de actos de comercio, pero aunada a condiciones que son supuestos doctrinales y que los hechos mismos explican fácilmente...”²⁰

Para Mantilla Molina la ocupación ordinaria se cumple “con la reiteración de actos mercantiles aptos para conferir la calidad de comerciante”, él postula que no es necesario que el sujeto se consagre a la actividad comercial sino que basta que se ocupe en él de manera accesoria.

César Vivante, jurista español, argumenta que: “para ser comerciante es menester proponerse hallar una fuente habitual de ganancias en el ejercicio de los actos de comercio. No se necesita que constituyan la fuente principal, ni aun la única de sus ganancias.”²¹

Aclara que cualquiera puede efectuar actos de comercio, pero deben efectuarse de forma continuada y sistemática, pues cualquier especulación realizada de forma aislada o accidental no debe bastar para atribuirle a la persona el carácter de comerciante, es necesario que el ejercicio de los actos de comercio sea efectivo y profesional.²²

Atendiendo lo establecido por nuestros doctrinarios, para que se cumpla con el requisito de “hacer del comercio su ocupación ordinaria”, coincidimos con lo expuesto por Vivante y Cervantes Ahumada y de forma parcial con Athié y Mantilla Molina, pues bien, es cierto que para ser considerado comerciante, la persona debe hacer del comercio su ocupación ordinaria, esto implica realizarlo de forma sistemática y profesional, como bien señala Vivante, además de que debe ser

¹⁹ *Ídem.*

²⁰ Athié Gutiérrez, Amado, *Op. Cit.* p. 25.

²¹ Vivante, César, *Derecho Mercantil*, traductor Francisco Blanco Constans, Argentina, Valleta Ediciones S.R.L., 2005, p. 33.

²² *Cfr. Ídem.*

continuo y no sólo sistemática como alude Athié o como expresa Mantilla que con realizar actos mercantiles de forma reiterada es motivo suficiente para ser considerado comerciante.

Por lo que coincidiendo como se dijo con Ahumada y Vivante, concluimos que el elemento subjetivo de “hacer del comercio su ocupación ordinaria”, para cumplirlo se deben atender a 3 peculiaridades, estas son:

- a) Que los actos de comercio se realicen de forma continuada
- b) Que se hagan de forma profesional
- c) Que se realicen de forma sistemática
- d) Que lo realice a nombre propio

Es decir, no debe perderse de vista que deben cubrirse estos elementos para configurar el segundo requisito tipificado en el artículo 3º fracción I del Código de Comercio y constituir así la regla general, ya que de manera excepcional si se realizan actos de comercio de forma accidental, es decir sin ser la ocupación ordinaria de la persona, en estricto sentido para el derecho no son comerciantes sin embargo son sujetos a la ley mercantil; situación que da origen a otro sujeto del derecho mercantil, los llamados comerciantes accidentales o anómalos, los cuales se estudiarán en un apartado más adelante.

2.2.1.2 Comerciante Persona Moral

Para el siguiente estudio, nos limitaremos a definir al comerciante persona moral y cómo se adquiere tal calidad.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 3º del Código de Comercio fracción II y III, encontramos, que se consideran comerciantes a las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mexicanas y a las sociedades extranjeras o a las agencias y sucursales de éstas que dentro de territorio nacional realicen actos de comercio, pues examinemos ahora estas fracciones.

Barrera Graf, al tocante, menciona: “Las sociedades mercantiles a que se refiere la frac. II, adquieren el carácter de comerciantes al constituirse e inscribirse

en el Registro de Comercio. Es en virtud de dicha inscripción como adquieren personalidad y el carácter de personas y de comerciantes.

“En cuanto a las sociedades extranjeras, (frac.III), para ser calificadas como comerciantes no sólo se requiere estar constituidas conforme a leyes extranjeras, o bien, caso más teórico que real, que señalen su domicilio en el extranjero, sino también que ejerzan el comercio en la República.”²³ Cabe señalar, que ésta fracción también regula a las agencias o sucursales que establezcan las sociedades extranjeras en nuestro país, tema por demás relevante para el objeto de nuestra investigación, ya que, precisamente es común encontrar que los extranjeros realicen actos de comercio no de forma directa, sino por conducto de agencias que no dependen directamente de ellos y en ocasiones ponen sucursales que les están subordinadas haciendo una inversión mayor que la que representa la agencia.

En ese tenor, Mantilla considera que: “Las personas morales organizadas conforme a alguno de los tipos de sociedades mercantiles tienen la consideración legal de comerciante, cualesquiera que sean las actividades a que se dediquen, e independientemente de la nacionalidad que a las propias sociedades se atribuya.”²⁴

Se ultima, que las personas morales comerciantes, son las sociedades mercantiles ya sean nacionales o extranjeras y para que adquieran tal calidad, deben reunir los siguientes requisitos:

- a) Tener capacidad legal para ejercer el comercio
- b) Hacer del comercio su ocupación ordinaria y
- c) Constituirse conforme a las leyes mercantiles mexicanas, requisito que encuadraría en el primer enunciado, pues como se verá más adelante, para que sea persona moral comerciante debe tener personalidad jurídica propia y la adquirirá una vez que se inscriba en el Registro Público del Comercio.

²³ Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.* p. 25.

²⁴ Mantilla Molina, Roberto L., *Op. Cit.* pp. 100 y 101.

2.2.1.3 Comerciante Anómalo o Accidental

Para el presente análisis retomamos lo afirmado por el maestro Barrera Graf en su obra Derecho Mercantil, que nos hace ver de manera clara que el Código de Comercio regula, además de los comerciantes propiamente dichos a los comerciantes accidentales y a los anómalos, que aun cuando no nos proporciona una definición expresa de lo que son, ha quedado establecido en líneas anteriores que se entienden a estos como aquellos sujetos que realizan actos de comercio de forma accidental o esporádica, es decir, no cumplen con el requisito de “hacer del comercio su ocupación ordinaria”, sin embargo esta definición que proporcionamos puede ser considerada genérica por lo que coincidiendo con el autor, podemos ver que los comerciantes de esta rama jurídica se clasifican en accidentales y anómalos, a continuación con base en lo postulado por el maestro ubicamos cada supuesto en la clasificación brindada.

Primero los comerciantes accidentales serán aquellos a los que alude el artículo 4º del Código de Comercio en sus dos supuestos, o sea, los agricultores y los fabricantes que planten almacén o tienda, respecto a las operaciones de comercio que se celebren en ellos.

Segundo, los anómalos, que serían:

- a) los menores de edad que adquieran por herencia o por otro acto gratuito una negociación mercantil,
- b) los menores emancipados por voluntad del padre o por matrimonio;
- c) los corredores públicos
- d) las personas que ejerzan actividades de comercio, que les esté prohibido legalmente y
- e) los funcionarios públicos que hagan del comercio una ocupación ordinaria
- f) para quienes la costumbre, la moral y las buenas costumbres lo prohíban,
- g) las personas morales de derecho público, como son el Estado, y órganos de éste, como son las empresas descentralizadas o de participación estatal y las

empresas públicas como Pemex, Comisión Federal de Electricidad, Ferrocarriles Nacionales de México.²⁵

De lo anterior se deduce, que los accidentales propiamente dichos, serán los que no hagan del comercio su ocupación ordinaria y los anómalos (entendiendo esta palabra como aquello que sale de lo normal o de lo habitual), vemos que se sitúan los que tienen una limitación para ejercer el comercio ya sea por inhabilidad o incompatibilidad además de las personas de derecho público.

2.2.1.4 Auxiliares Mercantiles

Como bien se señaló al iniciar el desarrollo de este numeral, se estableció que el propósito de este apartado era estudiar a los sujetos del derecho mercantil, pues bien hasta ahora hemos revisado lo concerniente al sujeto propio y característico del derecho mercantil –como lo califica Barrera- el comerciante, sin embargo, por ser el objeto de nuestra investigación, resulta más importante, y aún cuando en la doctrina no se encuentran ubicados dentro del rubro de sujetos del derecho mercantil, los auxiliares mercantiles, atendiendo a sus funciones y características nos parece apropiado considerarlos un sujeto más de nuestro derecho comercial, esto al tenor de los siguientes razonamientos.

Barrera al referirse a ellos afirma: “Son las personas que realizan o facilitan la conclusión de negocios mercantiles ajenos, y que, por no obrar a nombre propio, no son comerciantes (en cuanto sean meramente auxiliares, sí, en cuanto fueran titulares de empresas).²⁶

Mantilla Molina apunta: “Son auxiliares mercantiles las personas que ejercen una actividad con el propósito de realizar negocios comerciales ajenos o facilitar su conclusión.”

Por su parte Cervantes Ahumada puntualiza lo siguiente: “El empresario no podría, por sí mismo, realizar todas las actividades de la empresa. Requiere, en su

²⁵ Cfr. Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, pp. 23 y 24.

²⁶ *Ibidem*, p. 31.

ejercicio profesional, de la colaboración de múltiples elementos personales, que lo auxilien permanente o esporádicamente, es decir, a los llamados auxiliares...”²⁷

De Pina manifiesta al respecto: “El comerciante, en el ejercicio de su empresa, requiere la colaboración de otras personas; de la actividad y servicios ajenos.

“Precisamente aquellas personas que, además de prestar su actividad material o intelectual, colaboran jurídicamente con el comerciante, actuando en menor o mayor grado, en su representación, son los llamados auxiliares del comerciante.”²⁸

De lo anterior, se deduce que el comerciante para llevar a cabo exitosamente su profesión se allega de personas que le presten sus servicios ya sean de carácter intelectual o material y de forma temporal o permanente.

Hay que mencionar que la doctrina clasifica a estos auxiliares en dependientes e independientes, veamos entonces lo que se establece:

Athié apunta que los auxiliares independientes serán los que auxilien al comercio, puesto que prestan sus servicios de forma general, es decir, no dependen directamente de algún comerciante; y al contrario de los dependientes, ya que ellos, prestan sus servicios bajo la dirección de un comerciante y a su vez dependen de económicamente de éste.²⁹

Como auxiliares independientes encontramos a:

1. El comisionista. Es quien desempeña la realización de actos concretos de comercio, mediante la instrucción de un comerciante llamado comitente quien le manda por escrito lo que debe realizar.

2. Agentes de comercio. Personas que auxilian al comercio de manera autónoma, encargándose de fomentar los negocios del comerciante

3. Corredores. Personas que proponen, ajustan y otorgan los contratos mercantiles

²⁷ Cervantes Ahumada, Raúl, *Op. Cit.* p. 291.

²⁸ De Pina Vara, Rafael, *Op. Cit.*, p. 191.

²⁹ *Cfr.* Athié Gutiérrez, Amado, *Op. Cit.*, pp. 40 y 41.

4. Agentes aduanales. Intervienen tramitando la importación y exportación de mercancías teniendo una autorización expresa denominada patente.

5. Contadores públicos. Son los profesionales que auxilian al comerciante, examinando la situación de sus empresas, pues llevan un sistema de contabilidad.

Y dentro de los dependientes situamos a los:

1. Factores. Son los que tienen la dirección de alguna empresa o bien están autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichas empresas por cuenta y nombre del propietario de las mismas.

2. Dependientes. Son las personas que desempeñan constantemente algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste.

3. Contadores privados. Son los auxiliares encargados de llevar a contabilidad del comerciante del cual dependen.

4. Agentes de ventas. Realizan la venta y pedidos de mercancías del comerciante en determinadas plazas.

5. Viajantes de ventas. Son vendedores foráneos y su función es levantar pedidos sobre muestras de mercancías del comerciante.

6. Empleados. Son los que colaboran directamente con el comerciante y están sujetos a una relación de subordinación.

Se ha de aclarar que esta sistematización ha sido objeto de estudio por los diversos doctrinarios de nuestra materia coincidiendo en lo apuntado y que a manera de síntesis se ha ofrecido, para justificar como se mencionó en un principio del análisis, al ser personas que auxilian ya sea al comercio o al comerciante, deben considerarse sujetos del derecho mercantil, pues como bien se ha postulado dichos sujetos no pueden ser considerados comerciantes, sin embargo son un elemento personal importante para el desarrollo de su actividad y como consecuencia del comercio en general, y en casos como el de los agentes llegan a contar con elementos propios suficientes para realizar actos de comercio, ya en nombre propio, ya por cuenta del comerciante principal.

2.3 OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES

Ahora bien, para complementar nuestro estudio y sin perder de vista nuestro objeto de estudio en este punto -que es el comerciante-, sólo se examinarán de manera breve y genérica las obligaciones que tienen todos los comerciantes, pues en su oportunidad se profundizarán las que sean necesarias para nuestra investigación.

Las obligaciones que haremos referencia son las que se encuentran establecidas en el numeral 16 del Código de Comercio, pues son las que exige la ley, ya que los doctrinarios que hemos utilizado para este apartado convienen en adicionar otras obligaciones que son potestativas y por tal motivo las dejaremos fuera de este razonamiento.

Como se dijo, en nuestra legislación mercantil se encuentran las obligaciones que debe cumplir todo comerciante, estas son:

1. Publicación de su calidad mercantil. En relación con el artículo 17 del mismo ordenamiento, se da cumplimiento a esta obligación cuando el comerciante anuncia no sólo por medio de prensa sino por cualquier medio de comunicación de la apertura del establecimiento mercantil en la plaza donde tenga su domicilio o sus sucursales; en tal anuncio debe dar a conocer como mínimo el nombre del establecimiento, su domicilio, su objeto social o giro comercial; la persona que fue designada como administrador, señalando su nombre y firma; su razón o denominación social; sus gerentes y la ubicación de sus casas, sucursales o agencias.

En resumen, debe proporcionar todos los datos que hagan fácil su identificación, pues si bien es cierto que no hay una sanción directa por parte de la autoridad por no hacerlo, la recibe de manera indirecta de los comerciantes del gremio en el que se desenvuelve pues no los hace partícipe de su apertura cerrándose así las puertas de intercambio.

Ahora, hay que aclarar, que la publicidad referida en dicho numeral no sólo es para el público en general o los demás comerciantes, sino que conlleva la responsabilidad (también) de avisar a la autoridad correspondiente de dicha

apertura, pues en si, esa sería la intención de imponerlo como obligación, ya que como veremos más adelante, esta obligación está vinculada con la de inscripción en el Registro Público del Comercio, que para el caso específico de las personas morales comerciantes, si no cumplen con dicha obligación acarrearán una sanción que no sólo es social sino jurídica.

Por tal, consideramos que la publicidad mercantil conlleva no sólo el comunicar de la apertura del establecimiento mercantil al público en general sino también a la autoridad correspondiente.

2. Inscripción en el Registro Público del Comercio, de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios. Esto es, que todos los actos mercantiles, así como los que se relacionen con los comerciantes y que conforme a la ley se requiera, deben inscribirse en el Registro Público del Comercio. Obligación que se ahondará en el tema de las Sociedades Irregulares.

3. Mantener un sistema de contabilidad. Nos parece pertinente primero conceptualizar que es contabilidad, para tal tarea se adopta lo manifestado por el maestro Barrera Graf, quien dice: "...es por un lado, una relación continua, permanente, ordenada cronológicamente de las operaciones patrimoniales del comerciante, desde el origen hasta la clausura de la empresa; y por otro lado, un modo o sistema de registrar y de mostrar todas esas operaciones patrimoniales en que participa el comerciante, a través de documentos, de inscripciones (asientos, partidas) en ciertos libros o en folio, que "mejor se acomoden a las características particulares del negocio"³⁰

Luego, el comerciante debe llevar y mantener un sistema de contabilidad que sea adecuado; estando en libertad de utilizar los instrumentos necesarios para llevarlo a cabo, pues el objetivo de llevar una contabilidad es tener una mejor perspectiva del curso del negocio, anotando todas las operaciones patrimoniales de la actividad que realiza, pero por lo menos debe contar con los requisitos que se mencionan en el artículo 33 y 34 del Código de Comercio, los cuales se resumen en:

³⁰ Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, p. 31.

a) Que el sistema debe permitir identificar las operaciones individuales y sus características vinculados con sus documentos originales.

b) Debe permitir seguir la huella desde las operaciones individuales a las acumulaciones que den como resultado las cifras finales de las cuentas.

c) Permitirá la preparación de los estados financieros del negocio.

d) Permitirá seguir la huella entre las cifras de esos estados con cuentas y operaciones individuales.

e) Incluirá los sistemas de control y verificación internos para impedir la omisión del registro de operaciones, para asegurar la corrección de las cifras resultantes.

f) El sistema de registro debe estar encuadernado, empastado y foliado el libro mayor y en caso de las personas morales el libro de actas.

4. Conservar la correspondencia que tenga relación con el giro del comerciante. Tal y como se instaura en el numeral 38 y 47 de nuestro ordenamiento mercantil, los comerciantes deben conservar debidamente archivados la correspondencia que tengan relación con su giro comercial, como son: cartas, telegramas, mensajes de datos, etc. Sin embargo nos parece oportuno mencionar que no sólo la correspondencia es la que se debe conservar sino todos los documentos relacionados a la empresa como son: facturas, notas, comprobantes fiscales, contratos, memorándums, faxes, convenios, etc., pues los puede utilizar como documentos probatorios en el momento que los necesite, por eso, se les impone la obligación de conservarlos por el término de 10 años, previendo cualquier controversia en la que necesite dichas documentales.

Finalizando esta segunda parte de nuestra investigación podemos afirmar que los sujetos del derecho mercantil son: en primer lugar los comerciantes, que a su vez pueden ser personas físicas o morales, nacionales o extranjeras; luego los llamados comerciantes accidentales o anómalos y por último los auxiliares del comercio o del comerciante; todos en razón de que participan en la actividad comercial de alguna u otra manera y por tanto son los elementos personales de nuestra rama del derecho.

Además que como vimos por el hecho de ser comerciantes deben cumplir con las obligaciones que la ley les impone, las cuales son: la publicidad mercantil, la inscripción el Registro Público, llevar un sistema de contabilidad y conservar la correspondencia; y específicamente en el contrato materia de la presente investigación debería existir la obligación de inscribir además de las agencias, los contratos de agencia que se celebren, a fin de dar, no sólo publicidad al contrato, sino certeza a los contratantes y a terceros, respecto de dicha contratación.

2.4 SOCIEDAD MERCANTIL

En este apartado, se analizarán las generalidades de la sociedad mercantil, como sujeto del derecho mercantil, analizando los diversos conceptos que manejan los autores.

2.4.1 Concepto

Para poder definir que es sociedad mercantil primero se conceptualizará que es sociedad y pues como se verá, la cuestión por resolver es que si la sociedad mercantil es un contrato o bien una persona, al igual para no confundirla con el término asociación.

Asociación de acuerdo con el artículo 2670 del Código Civil Federal: es la reunión de dos o más personas con carácter permanente con la consecución de un fin no lucrativo ni preponderantemente económico, es decir, se constituye una asociación cuando varios individuos convienen en asociarse de manera permanente, para realizar un fin común, lícito y que no sea de carácter preponderantemente económico.

Manuel García Rendón define sociedad como: “una agrupación de personas, permanente o transitoria, voluntaria u obligatoria, la cual se organiza

para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un fin común, y a la que el derecho atribuye o niega personalidad jurídica”³¹

Cervantes Ahumada señala que: “La sociedad es una estructura jurídica que, ontológicamente, tiene una existencia ideal, es una persona jurídica; un sujeto de obligaciones y derechos, un ser generador de voluntad; capaz de realizar actos jurídicos; titular de un patrimonio, responsable frente a terceros de las consecuencias de su actividad jurídica.”³²

Mantilla Molina expresa: “... la nota determinante del negocio constitutivo de una sociedad es la vinculación recíproca de las partes para la realización de un fin común.”³³

Tapia Ramírez, Javier, nos explica que: “...persona moral son todas las agrupaciones, sociedades y asociaciones de carácter público y privado...”

Además justifica su existencia señalando que “hay fines que el individuo desea alcanzar y debido a que son superiores a sus capacidades físicas, económicas o de cualquier otra naturaleza, no le es posible hacerlo por lo que se asocia con otros individuos para que de manera conjunta alcancen metas que por sí solos no podrían llevar a cabo.”³⁴

De todos los elementos proporcionados, podemos ultimar que, asociación es la reunión permanente de dos o más personas con el propósito de realizar un fin común, lícito y que no sea preponderantemente económico, en cambio sociedad es un ente jurídico...

Ahora, sociedad mercantil es definida por Mantilla como: “el acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que, para alguno de los tipos sociales en ella previstos, señala la ley mercantil.”³⁵

Uría citado por De Pina, en su obra *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, considera que la sociedad mercantil es la “asociación de personas que

³¹ García Rendón, Manuel, *Sociedades Mercantiles*, México, Harla, 1993, p. 3.

³² Cervantes Ahumada, Raúl, *Op. Cit.*, p. 37.

³³ Mantilla Molina, Roberto L., *Op. Cit.*, p. 185.

³⁴ Tapia Ramírez, Javier, *Introducción al Derecho Civil*, México, McGraw-Hill Interamericana Editores, 2002, p. 212.

³⁵ Mantilla Molina, Roberto L., *Op. Cit.*, p. 189.

crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual participando en el reparto de las ganancias que se obtengan.”³⁶

Acosta Romero la concibe como: “una persona jurídica colectiva formada por dos o más personas físicas o naturales y que también pueden ser colectivas, organizadas para realizar lícitamente actos de comercio, con objeto de obtener una ganancia y cumpliendo con los requisitos que en primer lugar señala la Ley General de Sociedades Mercantiles y en otras leyes mercantiles especiales.”³⁷

Por su parte Rodríguez y Rodríguez a la sociedad mercantil la aprecia como: “un contrato por el cual los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o esfuerzos para la realización de un fin común de carácter preponderantemente económico.”³⁸

Con elementos aportados fijaremos ahora nuestra postura, pues al iniciar este apartado señalamos las cuestiones por resolver y es que al hablar de sociedad mercantil debemos entender que se refiere a una persona en todos los sentidos pues si bien, nace de un contrato de sociedad, este sólo sirve para darle nacimiento a una persona moral -una vez que se inscribe en el Registro Público del Comercio- y que como consecuencia tendrá una personalidad jurídica propia diferente a la de sus socios, así que no estamos del todo de acuerdo con la apreciación de Rodríguez y Rodríguez al manifestar que es un contrato, por el razonamiento ya expresado, concordamos plenamente con la postura del maestro Acosta Romero y Cervantes Ahumada, pues atendiendo a la necesidad que tienen las personas físicas e incluso las colectivas de llevar a cabo determinadas actividades que dentro de sus posibilidades no pueden hacerlas por su cuenta, buscan asociarse con otras para así concretizar el fin común que se persigue, de ahí que se celebre el contrato de sociedad, pues tal celebración presume que combinaran esfuerzos y sus bienes, para llevar a cabo no sólo una actividad preponderantemente económica como afirma Rodríguez, sino especulativa, pues

³⁶ De Pina Vara, Rafael, *Op. Cit.*, p. 54.

³⁷ Acosta Romero, Miguel, *Nuevo derecho bancario*, México, Porrúa, 2003, p. 269.

³⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 16 ed., México, Porrúa, 1982, p. 44.

su objetivo es obtener un lucro, de ahí deviene la clara diferencia con la asociación y la sociedad civil, pues si sólo se realizan actividades preponderantemente económicas se estaría frente a una sociedad civil y no una mercantil, pues atendiendo a lo expresado en el numeral primero de esta investigación, no hay que perder de vista que la persona que está naciendo al mundo jurídico es un comerciante y por tanto los actos que realiza no son preponderantemente económicos sino lucrativos.

Por lo que definimos a la sociedad mercantil como la persona moral comerciante que adopta para su constitución alguno de los tipos sociales previstos en las leyes mercantiles, dotada de una personalidad jurídica propia y que como consecuencia se le confiere atributos jurídicos para individualizarla.

Analicemos nuestro concepto al tenor de lo que establecen los diferentes doctrinarios y las diferentes legislaciones que la abordan.

Afirmamos que es una persona moral, porque la ley así lo establece en el artículo 25 fracción III del Código Civil Federal, además que encontramos el sustento doctrinario en lo que afirma Tapia Ramírez en su libro *Introducción al Derecho Civil*, pues explica:

“Para que una persona moral exista se requieren dos elementos: a) la participación de una o varias personas físicas para que se dé origen a una identidad independiente de los elementos que la componen, “incluso de los individuos que la constituyen”, y b) que dicha entidad se le reconozcan derechos y obligaciones “que no sean de los elementos o miembros componentes.

Continúa diciendo: “Los elementos de la persona moral son: un ente distinto de la persona humana, reconocido por la ley; un patrimonio destinado para el logro del fin que persigue dicho ente, independiente del patrimonio de las personas físicas; y una finalidad lícita, querida o deseada por un grupo de personas físicas alcanzable a través de la persona moral.”³⁹

Entonces, la sociedad mercantil, cuenta con esos dos elementos necesarios para ser considerada una persona moral, pues es un ente distinto al de las

³⁹ Tapia Ramírez, Javier, *Op. Cit.*, p. 212.

personas humanas que la constituyen, cuenta con un patrimonio propio y persigue un fin común.

Expresamos que es comerciante, por que el Código de Comercio así lo dispone en su artículo 3º fracción II; y recordemos que ya se hizo el respectivo análisis de esta consideración.

Apuntamos que adopta para su constitución alguno de los tipos sociales previstos en las leyes mercantiles, pues como se desprende del estudio del artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se reconocen seis tipos societarios y como afirma Barrera Graf "...basta que la sociedad adopte uno de los seis tipos que enumera el art. 1º., L.S.M., para que sea mercantil,..."⁴⁰ afirmación que no es necesaria redundar , sólo aclaramos que expresamos leyes mercantiles pues, hay tipos sociales que están regulados en otros ordenamientos, como es la Ley General de Sociedades Cooperativas.

Y por último postulamos que tiene personalidad jurídica propia y como consecuencia se le confieren atributos jurídicos para individualizarla.

2.5 CONTRATOS MERCANTILES

Una vez que se ha expuesto el primer elemento del acto de comercio, ahora toca el turno de ahondar en el segundo, que es el objetivo, el cual atiende al objeto del acto, es decir, no importan los sujetos que intervienen en él, sino su naturaleza mercantil, por tanto, encontramos que el contrato mercantil es un acto de comercio por el criterio objetivo; y debido a que es necesario establecer sus nociones generales, para poder resolver las cuestiones planteadas al inicio de este trabajo, es por tal razón que lo abordaremos.

Advertimos, que como en nuestro Código de Comercio no hay una regulación minuciosa de la teoría de los contratos mercantiles, nos tenemos que remitir a las disposiciones generales hechas en el derecho común y a lo postulado

⁴⁰ Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, p. 31.

por su doctrina; pues las disposiciones mercantiles solo complementan la teoría general de los contratos.

Así las cosas y para evitar hacer repeticiones sobre los contratos civiles, solo se apuntarán las diferencias que hacen “especiales” a los contratos mercantiles respecto de los primeros.

2.5.1 Concepto

No es posible definir propiamente al contrato mercantil, pues como bien advertimos al inicio de este numeral, se retoma el concepto establecido en la ley civil (Art. 1793 Código Civil Federal -en adelante CCF-) y sólo se puede afirmar que el contrato será mercantil si su naturaleza así lo determina, es decir, que el objeto del contrato recaiga sobre cosas mercantiles y también lo será si uno de los contratantes es sujeto del derecho mercantil; lo anterior encuentra sustento teórico con lo expresado por los diversos doctrinarios de la rama, revisemos algunos:

El jurista Joaquín Garrigues en su obra *Curso de Derecho Mercantil* nos explica que cuando hablamos de contrato mercantil la cuestión no está en el sustantivo “mercantil”; pues en fin de cuentas, el concepto de contrato mercantil vuelve a plantear el problema de acto de comercio y la distinción entre acto de comercio y acto civil. Los contratos se califican de mercantiles cuando estén regulados en el Código de Comercio.

Es decir, si se quiere definir el contrato mercantil, se debe hacer atendiendo su naturaleza específica y se podría decir que es el contrato que produce una empresa mercantil.

Hace claro que para que un contrato sea mercantil se requiere la intervención de un comerciante y la destinación al comercio.⁴¹

Por su parte, el maestro Barrera Graf, al igual que Garrigues, estima que no es necesario brindar un concepto de contrato mercantil, pues la mercantilidad del contrato se determinará: por los sujetos que intervengan, si recaen en cosas

⁴¹ Cfr. Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 6ª ed., México, Porrúa, 1981, pp. 12 y 13.

mercantiles o se persiga un fin de lucro; es decir, será mercantil si es un acto de comercio; asimismo, resalta la concepción de que no es necesario que todos los que celebren el contrato sean comerciantes, pues para alguno puede ser un acto de naturaleza civil, dando origen a lo denominado acto mixto.⁴²

Cervantes Ahumada coincidiendo con los antecesores, postula: “Como el contrato mercantil, es un acto de comercio, constituye una categoría jurídica formal; serán mercantiles, según indicamos ya, los contratos a los que la ley atribuya la mercantilidad. Y conviene repetir que el legislador atribuye la mercantilidad a los contratos cuando recaen sobre cosas mercantiles.”⁴³

Con lo expuesto, ratificamos lo que apuntamos en un inicio, por lo que ahora se abordarán de forma breve las generalidades de los contratos mercantiles y sus elementos de formación.

2.5.2 Reglas Generales de los contratos mercantiles

Estas reglas se encuentran establecidas del artículo 77 al 88 del Código de Comercio, y sin perder de vista que lo que se expondrá es porque difiere de lo regulado en la ley civil federal al respecto, sin que esto signifique que con ellas se satisfaga la reglamentación general de los contratos mercantiles pues de ello se sigue encargando el derecho común al cual se recurrirá en atención a la supletoriedad instaurada en los artículos 2º y 81 del C.Co.

Es decir, en el capítulo denominado “De los contratos mercantiles en general” del Código de Comercio, se enuncian un conjunto de normas generales para todos los contratos mercantiles, pero especiales frente a las normas del Código Civil Federal, las cuales son:

- *Pacta Sunt Servanda*. Se refiere a la fuerza vinculatoria y a las consecuencias del acuerdo de voluntades entre las partes; esto se ve reflejado en el artículo 78 del ordenamiento citado, el cual establece que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y en los términos que aparezca que

⁴² Cfr. Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, p. 62.

⁴³ Cervantes Ahumada, Raúl, *Op. Cit.*, p. 510.

quiso obligarse, sin que la validez del acto dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados; en relación con el artículo 1796 del Código Civil Federal el cual previene que desde que se perfecciona el contrato, éste obliga a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que conforme a la buena fe, al uso o la ley (*pacta sunt servanda*) se afirma que dicho principio es aplicable a los contratos mercantiles.

- Supletoriedad de la ley civil. Con base a lo establecido en el artículo 2º del Código de Comercio, se aprecia que los actos comerciales se rigen por lo dispuesto en dicho código y en las demás leyes mercantiles que deban aplicarse, y sólo a falta de disposiciones se aplicarán las normas del derecho común. Es decir, que cuando no exista regulación expresa en el Código de Comercio se debe aplicar el Código Civil Federal, esto como regla general.

Sin embargo en relación con el artículo 81 del C.Co. hay excepciones referente a la aplicación supletoria en materia de contratos, pues se establece que con las restricciones instauradas en dicho código se utilizarán las disposiciones comunes acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos; esto es, que cuando exista una regulación expresa en el Código de Comercio se aplicará este y no la ley común.

- Consensualismo y formalismo. El artículo 78 dispone que en los contratos mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados; esto quiere decir, que la manifestación de la voluntad de las partes por regla general no necesitan de forma alguna en especial (consensual), sin embargo, el artículo 79 nos brinda la excepción a la regla pues previene que los contratos para los cuales la ley exige escritura pública o de alguna forma necesaria para que el acto sea eficaz, así como los celebrados en país extranjero con las mismas exigencias y no se cumplan, entonces, no producirán obligación ni acción en juicio.

- Término de cumplimiento. El Código Comercio en su numeral 83, sólo se refiere al cumplimiento de las obligaciones derivadas de actos mercantiles en las

que no se fijó plazo de cumplimiento, las cuales serán exigibles a los diez días después contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, pero si llevaren aparejada ejecución al día inmediato.

- Términos de Gracia. Conforme al artículo 84, en materia mercantil no se reconocen términos de gracia ni de cortesía.

- Mora. Relacionado al punto anterior, podemos decir que el incumplimiento de las obligaciones por una de las partes implica su responsabilidad frente a otra, esto es, que la parte que no cumpla a tiempo su obligación incurre en mora; por tanto y de acuerdo al artículo 85 los efectos de la morosidad comenzarán, en los contratos que tuvieren día señalado para su vencimiento, por voluntad de las partes o disposición de la ley, al día siguiente de su vencimiento y en los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor le reclamare al deudor, ya sea judicialmente, ante notario o frente a testigos.

- Pena convencional. El artículo 88 admite la pena convencional, para exigir indemnización por causa de incumplimiento, pero al reclamar la pena excluirá la posibilidad de demandar el cumplimiento del contrato.

- Lugar de pago. El artículo 86 insta por regla general que las obligaciones mercantiles se cumplirán en el lugar donde las partes hayan pactado y por excepción, si no se señalo lugar, se hará en donde la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquellas o por arbitrio judicial.

- Contratos entre ausentes. Los contratos mercantiles que se celebren entre ausentes, se perfeccionarán desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fue modificada. (Art. 80)

2.5.3 Formación del Contrato

Ya que han quedado apuntadas sus particularidades, ahora, revisaremos los elementos que deben reunirse para formar un contrato, para lo cual adoptamos principalmente lo expuesto por el maestro Manuel Bejarano Sánchez en su obra Obligaciones Civiles.

2.5.3.1 Elementos de Existencia

A continuación enunciamos los elementos indispensables para que se produzca el contrato –consentimiento y objeto-, explicaremos cual es su concepción y características, apoyándonos en lo sustentado por nuestro autor al igual que por lo establecido en el Código Civil Federal, señalando además su aplicación en materia comercial.

2.5.3.1.1 Consentimiento

El primer elemento de existencia, es analizado por el doctrinario Manuel Bejarano, y sobre el tema precisa lo siguiente: “El consentimiento es un elemento complejo formado por la integración de dos voluntades que se conciertan. Es un acuerdo de voluntades: dos quererres que se reúnen y constituyen una voluntad común.

“Requiere *dos emisiones de voluntad sucesivas*, dos declaraciones unilaterales: la oferta (o propuesta) y la aceptación.

“El acuerdo de voluntades se forma cuando una oferta vigente es aceptada lisa y llanamente.

“Determinar el momento en que se logra el acuerdo es de sumo interés, ya que a partir de entonces surge el consentimiento, nace el contrato y empieza a producir sus efectos legales, pues antes de su formación no hay contrato ni obligaciones.

“La comunicación de las partes puede establecerse de manera expresa o tácita. La *expresa* consiste en manifestarse por la palabra, por la escritura o por signos inequívocos. La *tácita* se exterioriza por una conducta que autorice a inferir de ella la voluntad negocial, la intención de contratar. El consentimiento tácito es el que previene no de una declaración por medio del lenguaje o de un signo

inequívoco, sino de una actitud o conducta que revela la intención de contratar. El art. 1803 del Código Civil así lo prescribe”.⁴⁴

En el mismo tenor, el doctrinario García Treviño⁴⁵ define al consentimiento como un acuerdo de voluntades que implica la existencia de un interés jurídico; en el caso particular del contrato, ese interés consiste en la creación o transmisión de derechos reales o personales.

Por consiguiente, el consentimiento es un acuerdo de dos voluntades y se puede dar entre presentes, o bien entre ausentes; como vimos en las generalidades de los contratos mercantiles, cuando se da entre ausentes, se perfecciona conforme a la teoría de la Recepción, es decir, cuando la aceptación de la oferta es recibida por el oferente.

2.5.3.1.1.1 La Oferta

Para el maestro Bejarano Sánchez, la oferta es “La propuesta de contratar es una manifestación unilateral de voluntad negocial que contiene los elementos esenciales característicos del acto jurídico que se desea celebrar. Se dirige a otra persona determinada (a alguien en particular) o indeterminada también llamada policitación (a cualquiera que desee aceptarla y reúna los requisitos fijados), se encuentre ésta presente (en comunicación inmediata con el oferente) o no presente (en comunicación mediata).

“La oferta es una voluntad negocial. Es una propuesta de celebrar un negocio jurídico, lo cual significa que se tiene propósito de engendrar derechos y obligaciones.

“La oferta debe contener los elementos característicos del contrato que se pretende celebrar.

“La oferta siempre se dirige a otra persona que la debe recibir y complementar para integrar un acuerdo o consentimiento, por ello se dice que es

⁴⁴ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*. 5ª ed., México, Oxford, 1999, pp. 47-54.

⁴⁵ Cfr. García Treviño, Ricardo, *Contratos Civiles y sus Generalidades*, 4ª ed., México, Font, 1982, p. 42.

recepticia. Esa persona puede ser alguien especialmente elegida, una persona *determinada*, o cualquier persona que conozca la propuesta, una persona *indeterminada* que desee contratar y reúna los requisitos impuestos.

“El destinatario de la oferta puede hallarse en comunicación inmediata con el proponente (contrato entre presentes), sea que se hallen ambos en el mismo sitio o encontrándose distantes puedan conversar y discutir de inmediato las condiciones del presunto contrato.

“También es posible que las partes contratantes establezcan entre sí una *comunicación mediata*, sea por vía epistolar o telegráfica (contrato entre no presentes)”.⁴⁶

A su vez, el maestro Ricardo García Treviño, postula que la oferta, también conocida como policitud, es el nombre que se le da a la proposición de celebrar un contrato.⁴⁷

2.5.3.1.1.2 La Aceptación

Sobre el tema, el jurista García Treviño, afirma que la aceptación es el asentimiento o conformidad que el destinatario da a la oferta o policitud.⁴⁸

En el mismo tenor, Manuel Bejarano afirma: “La aceptación es también una declaración unilateral de la voluntad en plena concordancia con los términos de la oferta. La conformidad condicionada o sujeta a modificaciones será, a lo más, una contraoferta y no una aceptación propiamente dicha.

“Primero, hay que ver si la oferta tiene plazo o si no se sujetó a término alguno. Si se trata de una oferta con plazo, su vigencia se prolonga por todo el plazo previsto. El art. 1804 de Código Civil dispone: “Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato, fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

⁴⁶ Bejarano Sánchez, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 48-54.

⁴⁷ *Cfr.* García Treviño, Ricardo, *Op. Cit.*, p. 42.

⁴⁸ *Ídem.*

“Por otro lado, si se trata de una oferta sin plazo debe hacerse una subdistinción, pues cuando se trata de una oferta entre presentes, su duración es muy efímera. El autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente (art. 1805 del Código Civil). Su vida dura un instante.

“En cambio, si la propuesta es entre no presentes (oferta por carta o telegrama), su eficacia se prolonga todo el tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público más tres días o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones (art. 1806 del Código Civil). La contratación por telegrama es válida solamente si las partes habían convenido su uso con anterioridad y por escrito; si obra su firma en los originales, lo mismo que los signos convencionales establecidos entre ellos (art. 1811 del Código Civil).

“La oferta se extingue si muere el proponente antes de ser aceptada, a menos que en el momento de la aceptación el aceptante ignore el hecho (art. 1809 del Código Civil).

“Excepcionalmente, la propuesta produce por sí sola una obligación a cargo de su autor en los dos casos señalados:

“Oferta con plazo, y

“Oferta entre no presentes.

“En ambos obliga a su autor a mantener su promesa durante los plazos convencional o legal indicados.

“La Retracción. La aceptación útil deberá ocurrir durante la vida de la oferta y sólo entonces habrá consentimiento y contrato. Si la propuesta fuera retirada antes de la aceptación, o antes de que el destinatario conociera la oferta, no habría contrato; asimismo, la aceptación también puede ser retirada, haciendo llegar al proponente la retractación antes que la aceptación (art. 1808 del Código Civil).

“Precisar el momento de la formación del consentimiento es importante para definir cuál será la ley aplicable al acto, determinar el momento en que se transmite la propiedad y decidir quién sufre la pérdida de una cosa ocurrida por caso fortuito.

“La doctrina ha considerado diversas posibilidades que sustentan sendas teorías.

“Cuando el destinatario de la oferta (aceptante) *declara*, en cualquier forma, aceptarla (Teoría de la declaración).

“Cuando el destinatario de la oferta contesta al proponente y *expide* su carta por correo o remite su respuesta telegráfica (Teoría de la expedición).

“Cuando el proponente *recibe* en su domicilio o buzón la respuesta del aceptante. (Teoría de la recepción).

“Cuando el proponente se informa de la respuesta que contiene la aceptación (Teoría de la información).

“El Código Civil admite la teoría de la recepción

“Art. 1807. El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes.”⁴⁹

De lo anterior, concluimos que para que pueda formarse un contrato se necesita de este primer elemento, pues los contratantes emitirán una declaración de voluntad para celebrar el acto, es decir, hay un concierto de voluntades; formando así el consentimiento. Por una parte habrá una oferta, entendiendo esta como la propuesta de celebrar el negocio jurídico y por otra una aceptación que será la declaración de voluntad en concordancia con los términos de la oferta.

No hay que olvidar que la oferta puede ser con plazo o sin plazo y respecto al consentimiento entre no presentes recalcamos que en los contratos mercantiles se adopta la Teoría de la Recepción.

2.5.3.1.2 Objeto

Sobre el objeto, Bejarano Sánchez afirma, que éste se divide en tres aspectos fundamentales, a saber:

“El objeto directo del contrato, que es el de *crear o transferir derechos y obligaciones*;

⁴⁹ Bejarano Sánchez, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 48-54.

“El objeto indirecto del contrato, que es el objeto de las obligaciones engendradas por él, consiste en *dar, hacer o no hacer*, y

“La cosa misma que se da.

“Por tanto, el objeto de todo contrato es el objeto de la obligación creada por él. De ahí que el contrato tendrá tantos objetos como obligaciones haya engendrado: cada obligación tiene su propio objeto, el cual consistirá en el contenido de la conducta del deudor, aquello a lo que se comprometió o que debe efectuar.

“En cuanto al objeto indirecto, éste puede consistir en dar algo (o prestaciones de cosa), hacer algo (o prestaciones de hecho) o no hacerlo (o abstenciones).

“El Código Civil señala, en el art. 1824, que:

“La cosa que el obligado debe dar;

“El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

“En el caso de las obligaciones de dar, aún cuando todas ellas implican la entrega de una cosa, dicha tradición puede presentar diversos temperamentos: se puede dar en propiedad, en aprovechamiento temporal o en restitución.

“El art. 2011 de Código Civil enumera los casos de obligaciones de dar:

“En la traslación de dominio de cosa cierta;

“En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;

“En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

“El contrato debe tener un objeto posible, pues de lo contrario dicho acto no llega a existir.

“Será objeto imposible aquella cosa, hecho o abstención que no tenga facticidad real, porque la impida una ley natural o una ley jurídica. Por tanto, hay dos clases de imposibilidad: la imposibilidad natural y la imposibilidad jurídica.

“La cosa objeto del contrato debe ser posible. La cosa es físicamente imposible cuando no existe ni puede llegar a existir, por impedirlo una ley natural que debe regirla necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. La cosa es jurídicamente imposible cuando no es realizable, por oponerse a ello una norma jurídica que debe regirla necesariamente.

“Cualquier acto jurídico que tuviera por objeto lo que la naturaleza no tiene, no podría ser cumplido. La imposibilidad física del objeto provoca la inexistencia del contrato.

“Las cosas futuras, que no existen en el momento de la celebración del contrato pero tienen factibilidad de ser creadas más adelante, sí constituyen un objeto posible de contratación. Son muy comunes los actos jurídicos que se refieren a cosas futuras, cuya fabricación es precisamente el propósito fundamental del trato.

“El art. 1826 del Código Civil prescribe: “Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato.

“Las precisiones anteriores revelan que la inexistencia del objeto en la naturaleza impide el contrato, sólo cuando produce una imposibilidad de cumplimiento. De ahí que el contrato que tiene por objeto cosas de existencia futura, cierta o factible, tiene un objeto posible.

“Además de la posibilidad física, el objeto debe ser posible jurídicamente. La ley señala que consiste en la reunión de dos requisitos:

“Debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie, y

“Debe estar en el comercio

“El cumplimiento del contrato es jurídicamente imposible si no es factible determinar cuál es su objeto. La imprecisión sobre la especie de la cosa, o sobre su medida, número o cantidad (cuando se trata de bienes genéricos), impide el cumplimiento serio del contrato y por ello no llega a existir.

“Aún sin proporcionar el número y medida, el contrato puede contener las bases para precisarlos y hacer determinable su objeto.

“El derecho considera que sólo es objeto posible el que ha sido individualizado por su especie y cantidad, pues solamente así puede contraerse un consentimiento o acuerdo de voluntades a su respecto.

“La cosa debe estar en el comercio.

“Hay bienes que no pueden ser objeto de apropiación por parte de los particulares, cosas que no pueden ingresar en su patrimonio: son bienes intransferibles.

“Los bienes del dominio público del Estado y los del dominio originario de la Nación (los que no han salido de la propiedad de la Federación por un título primordial otorgado por el Estado) no son susceptibles de propiedad de los particulares, mientras no sean sustraídos del régimen jurídico especial al cual se hallan sometidos. Cualquier acto o transferencia a su respecto es imposible.

“El art. 747 del Código Civil establece: Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio”, a su vez, el art. 748 dice: “las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley”, el 749 dispone: “están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.

“No pueden ser poseídos por los particulares el aire, el mar, la luz del sol, que son inenajenables por naturaleza, así como los bienes fuera del comercio por disposición de la ley; y no siendo objeto posible de un contrato, el que se conviniere a su respecto sería inexistente por falta de objeto.

“Cosas que, si bien pueden ser objeto de apropiación individual (son enajenables), no son susceptibles de transmisión por parte de su beneficiario, quien las puede aprovechar, pero no enajenar: se trata de bienes inalienables, que puede gozar el dueño o titular, pero no transmitir a otro.

“En las obligaciones de hacer y no hacer, el hecho o abstención objeto del contrato deben ser también posibles: física y jurídicamente posibles; y aquí también es físicamente imposible aquél que no puede acaecer porque una ley natural, la cual debe necesariamente regirlo, impide su realización.

“Por otra parte, es jurídicamente imposible aquél irrealizable porque contraría los presupuestos lógico-jurídicos de una norma que necesariamente debe regirlo y constituye un obstáculo insuperable para su ejecución.

“Los contratos que tuvieran tales conductas serían inexistentes por falta de objeto posible.

“El art. 1828 de Código Civil establece:

“Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.”⁵⁰

De la misma forma, y retomando los numerales de nuestro Código Civil para el DF, el maestro García Treviño sostiene que el objeto directo del contrato es la creación o transmisión de derechos y obligaciones reales o personales; el indirecto, es aquel que está representado por la cosa, el hecho o la abstención, es decir, la prestación positiva o negativa; y la cosa misma materia del contrato, la cual debe ser posible tanto física como jurídicamente.⁵¹

Entonces, se colige, que el objeto de los actos jurídicos tiene tres acepciones: objeto directo, que es crear o transferir derechos y obligaciones; objeto indirecto, que es a lo que se obliga el deudor, es decir, una obligación de dar, hacer o no hacer; y la tercera hace alusión a la cosa misma.

Coincidimos que el objeto del contrato es la segunda acepción, es decir, a lo que se obliga el deudor (dar, hacer o no hacer), pues en la primera todos los contratos tendrían el mismo objeto y en la tercera se atiende a la especie del contrato.

Además, el objeto debe ser posible física y jurídicamente, así como ser determinado o determinable, de lo contrario la ley sanciona tal contrato bajo pena de inexistencia, y en consecuencia no podrá surtir efectos jurídicos.

2.5.3.1.3 Solemnidad

Sobre este último elemento de existencia, el autor Manuel Bejarano afirma que: “La importancia social o económica de ciertos actos impone la necesidad de celebrarlos con determinados ritos que son condición de su existencia.

“Adviértase que la manera de realizar el acto es un elemento constitutivo del mismo; si esa forma ritual de celebración falta, el acto no llega a existir, es

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 57-64.

⁵¹ *Cfr.* García Treviño, Ricardo, *Op. Cit.*, pp. 48-54.

inexistente. Es así una verdadera solemnidad que complementa al acto; es un elemento necesario para su creación.”⁵²

Esto se refiere a que los actos jurídicos se tienen que realizar con determinados ritos, que son condición de su existencia; aunque hay que recordar, que en nuestra legislación solo se enumera al consentimiento y al objeto, por tanto no es tan necesario que se cubra este elemento.

De lo anteriormente expuesto se concluye que si falta algún elemento esencial del acto jurídico, -que enuncie la ley- ese acto es inexistente.

2.5.3.2 Requisitos de Validez

Ahora, partiendo del supuesto de que el contrato es existente, analizaremos los elementos que se necesitan para producir los efectos jurídicos del mismo y así sea considerado como perfecto; por lo que siguiendo con lo apuntado por el autor se describirán las características de estos elementos y se apuntarán las consecuencias que atrae no cumplirlos.

2.5.3.2.1 Capacidad

El mismo autor, al respecto señala: “Para que el acto jurídico se perfeccione y valga es necesario que el agente o los agentes (autor o partes) sean capaces. La *capacidad* es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones para ejercitarlos. En principio, todo sujeto tiene capacidad y sólo determinados grupos de personas, a título excepcional, son incapaces.

“Hay dos clases de capacidad: a) La de *goce* (aptitud de ser titular de derechos y obligaciones), y b) La de *ejercicio* (aptitud para ejercitar o hacer valer por sí sus derechos). Como se ve, bajo el título de la capacidad se agrupan situaciones muy diferentes.

⁵² Bejarano Sánchez, Manuel, *Op. Cit.*, p. 65.

“En primer lugar, la llamada *capacidad de goce* es una verdadera vocación para tener derechos, para ser titular de ellos. Es un atributo de la personalidad y la poseen todos los hombres, sin excepción, en los países civilizados.

“Sin embargo, sí hay incapacidades parciales de goce. A una persona determinada o a un grupo de sujetos se les vedan ciertos derechos; sólo respecto de tales derechos son incapaces, pues no pueden gozarlos.

“Hay *incapacidad de goce* cuando un derecho, concedido a la generalidad de las personas, le es negado a cierta categoría de ellas o a determinada persona.

“En segundo lugar, la incapacidad de ejercicio, cuyas reglas se imponen por razones muy diversas. Se exige que el acto jurídico sea realizado por una persona capaz de ejercicio con el propósito de proteger a ciertos grupos de personas que, por varias causas (minoridad, locura, adicción a las drogas o a las bebidas embriagantes, o falta de posibilidad de comunicar su voluntad), podrían ser víctimas de abusos: se les veda obligarse por acto jurídico para salvaguardar sus propios intereses. En principio, cualquiera puede hacer valer por sí mismo sus derechos, salvo los incapaces de ejercicio señalados en el art. 450 del *Código Civil*.

“La incapacidad y la falta de legitimación para obrar.

“Por último, no debe confundirse la capacidad de ejercicio con la legitimación para obrar, pues para ejercitar ciertos derechos no basta tener capacidad de actuar, sino debe tenerse también la facultad para disponer de esos derechos, tener la legítima disposición de los mismos.

“La legitimación es la específica posición de un sujeto respecto de ciertos bienes o intereses, por la que su declaración de voluntad puede ser operante respecto de éstos. Es una particular relación del sujeto con el objeto del negocio o de otro acto jurídico.

“La representación

“Es una figura jurídica que consiste en permitir que los actos celebrados por una persona (llamada *representante*) *repercutan y surtan efectos de derecho en la esfera jurídica de otro sujeto* (llamado *representado*) como si este último los

hubiera realizado, y no afectan para nada la del representante, el cual queda ajeno a la relación de derecho engendrada por su acción.

“Podemos conferir nuestra representación por un acto de voluntad y conseguir que otro (u otros) realicen por cuenta y en nombre nuestro diversas actividades, que se reputan efectuadas por nosotros. El representante actuará por nosotros y multiplicará las posibilidades de nuestra actividad; adquiriremos le don de la ubicuidad: estaremos operando simultáneamente en diversas partes, aunque fueren muy distantes.

“De la misma manera y gracias a la representación, las personas morales disponen de un medio para actualizar su voluntad colectiva y consumir sus actividades. El Estado mismo sólo puede realizar sus funciones y lograr sus fines a través de la acción y de la voluntad comunes expresadas por sus representantes. Recuérdese que suele aludirse al presidente de la República como "primer mandatario" (art. 1800 del Código Civil)”.⁵³

Por su parte, García Treviño retomando el concepto planteado por nuestra legislación civil, infiere en su obra que la capacidad es la aptitud que tienen las personas físicas o jurídicas para ser sujetos de derechos y obligaciones.⁵⁴

Cabe resaltar, la importancia de la representación, ya que, gracias a ella los empresarios multiplican las posibilidades de realizar sus actividades, en específico a través de los agentes, materia del presente estudio. En ocasiones, por la imposibilidad física del empresario de ir a otros lugares, y en otros por la imposibilidad material de las sociedades mercantiles de realizar actos por su propia cuenta.

2.5.3.2.2 Forma

En cuanto a este segundo requisito de validez, el doctrinario Ricardo García estipula que la forma es el medio, al que tenemos que recurrir, para la exteriorización del consentimiento, a fin de que el acto sea válido. Dicho medio

⁵³ *Ibidem*, pp. 102-111.

⁵⁴ *Cfr.* García Treviño, Ricardo, *Op. Cit.*, p. 68.

puede ser la manifestación por escrito, o bien, la utilización de palabras determinadas.⁵⁵

Por otra parte, pero en el mismo contexto, el jurista Bejarano postula que: “La forma es la manera como se exterioriza dicha voluntad: es el conjunto de elementos sensibles que envuelven a la expresión de voluntad; en tal sentido, todo trato tiene necesariamente una forma.

“Pero hay algunos que valen con sólo exteriorizar la voluntad de cualquier manera –se les llama consensuales- y otros que valen solamente si se manifiestan con determinada forma legal.

“En éstos, la forma es un requisito de validez (contratos formales). La forma tiende a preservar un medio de prueba de la realización del acto (*ad probationem causa*).

“La forma únicamente es requisito de validez del acto: su falta no impide que éste sea creado, constituido, pero es causa de nulidad.

“No es forzosamente nulo porque puede convalidarse dándole la forma legal, pues se trata de una nulidad relativa que puede compurgarse con la ratificación formal del acto.

“El Código Civil actual consagra un régimen equilibrado entre el consensualismo y el formalismo, exigiendo la forma sólo como un medio de prueba del acto, la cual, por otra parte, no es imprescindible si por otros elementos de convicción se puede demostrar su celebración.

“En ambos casos, cualquiera de las partes podrá exigir a la otra el otorgamiento del contrato en la forma legal y convalidar así el acto.

“El Código Civil en vigor sostiene en el art. 1832 una posición consensualista como principio general:

“En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

⁵⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 75.

“Pero al regular los contratos en especial, asigna a casi todos ellos una forma legal, sin la cual el acto es anulable (arts. 1833 y 1795, frac. IV del Código Civil) e impone como requisito general de los contratos escritos, que ostenten la *firma* de los comparecientes o, en su defecto, su huella digital y la suscripción por otro a su ruego: Art. 1834. Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación.

“Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó”.⁵⁶

Por otra parte, pero en el mismo contexto, el Código de Comercio en sus numerales 78, 79 y 80 señala que la validez de los actos comerciales no depende de la observancia de formalidades o requisitos determinados; salvo que la ley nacional o extranjera, exija expresamente escritura, forma o solemnidades específicas, y que en caso de ausencia de tales, no se producirá obligación, ni acción en juicio.

Además, que tratándose de contratos celebrados por correspondencia, telégrafo o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o condiciones con que esta fuere modificada; es decir, se reconoce además de la forma expresa escrita, esta nueva forma a través de la tecnología para contratar.

Se concluye que la forma es un elemento para probar la existencia del contrato, pues solo valen si se plasman en la manera que prevenga la ley, aunque su falta no impide que el acto sea creado pero esta adolecido de una nulidad relativa pues se puede convalidar.

Por lo que podemos afirmar que al cumplir con la forma se obtendrán las ventajas antes expuestas y que por regla general los contratos mercantiles son consensuales y por excepción son formales.

⁵⁶ Bejarano Sánchez, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 67-72.

Sin embargo, en el presente caso, es importante que el contrato de agencia se celebre por escrito, a efecto de dar certeza jurídica a las partes sobre su existencia; sobre todo, como un medio de prueba, para que el agente demuestre la existencia de la relación jurídica existente entre ambos, y las correspondientes consecuencias legales que ésta conlleve.

2.5.3.2.3 Licitud

Ahora, sobre el tercer requisito de validez de los contrato, la licitud, el mismo autor afirma: “La ley exige que el objeto y el motivo o fin del acto sean lícitos (art. 1795, frac. III).

“Pues bien, para que el contrato sea válido es indispensable que tanto a lo que se obligó el deudor como el por qué de su proceder sean lícitos, es decir, no contrarios a lo dispuesto por las leyes de interés público (que no quebranten una prohibición o mandamiento legal). El contenido de las cláusulas contractuales y el propósito de las mismas deben respetar las normas legales, pues en su acatamiento se sustentan el orden jurídico y la paz social; es por ello que un contrato contradictorio de lo establecido en las leyes no habrá de tener validez, será nulo.

“El art. 1830 del *Código Civil* dispone que "es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

“El derecho concede a los particulares la facultad de crear actos jurídicos y regular con ellos su propia conducta, así como el poder de modificar su esfera jurídica-económica por el ejercicio de su voluntad autónoma, gozando de cierta libertad de acción. Esa autonomía tiene por límite la ley, el orden jurídico, pues el objeto de los actos jurídicos, el fin que induce a su celebración y las condiciones que en ellos se impongan, no deben contradecir o contrariar a las normas contenidas en la ley, sino que deben armonizarse a ella.

“Ninguna conducta o finalidad que viole la ley prohibitiva, o imperativa, tendrá la protección del orden jurídico; por el contrario, suscitará la repulsa y represión del mismo. Esta razón evidente es la que explica y confiere sentido

lógico a la sanción de nulidad que sigue a todo contrato con un objeto y motivo o fin ilícitos: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos", dice el art. 8º del *Código Civil*. "El fin o motivo determinante de la voluntad de quienes contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres", dispone el art. 1831.

“Las buenas costumbres

“Con esta expresión se entiende el concepto de moralidad prevaleciente en una comunidad, en un tiempo y un espacio determinados. Es lo que el consenso general de los habitantes de una sociedad humana determinada juzga moral. No se trata de la moral individual, sino de la moral social. Tampoco es la de cierto credo religioso, sino la conciencia que predomina como el común denominador. Por tanto, será contraria a las buenas costumbres toda conducta que la opinión prevaleciente repruebe como inmoral, la que es ofensiva al sentido público de la moralidad y que por ello suscita reprobación; de ahí que se trate de una idea que varía de un lugar y de una época a otros.

“Para ser lícitos, los actos jurídicos deben ser congruentes con las buenas costumbres.

“El motivo o fin lícito

Adviértase así que los fines perseguidos por los contratantes matizan y dan sentido al acto, para calificarlo y estimularlo concediéndole validez, o proscribirlo privándolo de efectos de derecho, de donde los negocios jurídicos con objeto o motivo o fin ilícitos son nulos.”⁵⁷

Al respecto, García Treviño, sostiene que el hecho o la abstención deben ser lícitos, entendiendo por ilícito el hecho contrario a las leyes de orden público o las buenas costumbres; por lo que, el hecho o la abstención deberán ser conformes a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Además de éstos, el motivo, o fin del contrato también deben ser lícitos, en caso contrario, se produce la nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

⁵⁷ *Ídem*.

Para saber si un acto ilícito está afectado de nulidad absoluta o relativa, es necesario analizar si reúne las características que la ley señala para una u otra ineficacia, es decir, si la nulidad que afecta el acto puede ser invocada por todo interesado, es imprescriptible y es inconfirmable, estamos en presencia de un acto que se encuentra afectado de nulidad absoluta; si por el contrario, la nulidad sólo puede invocarla el perjudicado, es confirmable y prescriptible, o no reúne todas las características que la ley fija para la nulidad absoluta, es lógico pensar que estamos ante un acto afectado de nulidad relativa.⁵⁸

En resumen la licitud se refiere a que no sea contrario a lo dispuesto por las leyes, y que sea lícito en el objeto es que no sea contrario a la ley la conducta del deudor, al igual lo que le impulso a realizar el acto jurídico.

Los actos jurídicos con objeto, motivo o fin ilícitos están bajo pena de nulidad absoluta.

Debido a ello, es importante regular el contrato de agencia y sus normas mínimas, para que todo aquello que se pacte en contravención con tales, sea declarado nulo, y por tanto, no produzca consecuencias jurídicas.

2.5.3.2.4 Ausencia de vicios en el consentimiento, objeto o fin

Sobre el último de los requisitos para la validez de los contratos, el citado doctrinario, estima que éstos se dividen en error, dolo, mala fe y violencia, aunque algunos autores afirman que también lo es la lesión.⁵⁹

Ahora bien, sobre el tema, el maestro Bejarano Sánchez, determina que: “La voluntad del autor o de las partes que celebran el acto debe estar exenta de defectos o vicios.

“La voluntad, elemento fundamental del acto jurídico, debe ser cierta y libre: debe ser el resultado de una *determinación real y espontáneamente decidida*.

“Si la decisión proviene de una creencia equivocada (error), ha sido obtenida o mantenida por engaños (dolo) o ha sido arrancada con amenazas

⁵⁸ Cfr. García Treviño, Ricardo, *Op. Cit.*, pp. 77 y 78.

⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 55-61.

(violencia o temor), entonces es *una voluntad viciada que anula el contrato* (art. 1812 del CC).

“En tales casos, el agente manifiesta su intención de celebrar el acto jurídico, sólo porque su decisión ha sido desviada por causas extrañas, sin las cuales el acto se habría realizado; al otorgar su consentimiento por temor o por estar en una falsa creencia, ha proyectado su intención hacia un fin que no desea en realidad.”⁶⁰

2.5.3.2.4.1 Error

En cuanto al primer vicio del consentimiento, García Treviño afirma que el error es un falso concepto de la realidad o un conocimiento equivocado de una cosa, de un hecho o de una norma jurídica; o también la inadecuación de algo o alguien con la realidad; y que tales recaigan sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad del objeto.⁶¹

En ese tenor, Bejarano afirma que: “En lenguaje común es un concepto falso de la realidad, es una creencia no conforme con la verdad.

“En ocasiones, el error sufrido por el autor de un acto jurídico vicia su voluntad y provoca la nulidad del acto; pero no todo error produce tal consecuencia jurídica; es decir, no todo error tiene trascendencia para el derecho. No cualquier error es relevante; hay algunos que dejan incólume al contrato.

“Hay, por tanto, error que no tiene repercusión alguna sobre la vida del contrato, y otro que provoca la nulidad del mismo al viciar la voluntad. Al primero se le llama error indiferente, al segundo, error nulidad. Este es el vicio de la voluntad regulada del artículo 1813 del C.C.

“A esas categorías, la doctrina agrega una tercera: los errores que impiden la formación del consentimiento, o error obstáculo.

“Clasificación del error por sus consecuencias jurídicas

⁶⁰ Bejarano Sánchez, Manuel, *Op. Cit.*, p. 73.

⁶¹ *Cfr.* García Treviño, Ricardo, *Op. Cit.*, p. 55.

“Así, por sus efectos, el error se clasifica en error indiferente, error nulidad y error obstáculo.

“Error indiferente. No ejerce influencia alguna sobre el acto. Recae sobre circunstancias accidentales o sobre los motivos personales secretos que no trascienden en la celebración del acto, por lo cual es indiferente para la vida de dicho negocio.

“Otro caso de error indiferente es el de cálculo, el cual sólo da lugar a que se rectifique (art. 1814 del CC).

“Error nulidad. Es el que vicia la voluntad. Produce la nulidad relativa del acto jurídico. En nuestro derecho, el error que recae sobre el motivo determinante de la voluntad del agente (art. 1813 del CC).

“El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

“Error obstáculo. Impide la reunión de las voluntades. Produce la inexistencia del contrato porque recae sobre un aspecto tan importante y trascendente para la volición, que impide la formación del acuerdo de voluntades de los contratantes y obstaculiza la integración del consentimiento (de ahí su nombre).

“Tal será el error sobre la cosa misma, objeto del contrato, llamada, en Roma, *error in corpore*.

“El art. 1813 del Código Civil dice a la letra:

“Art. 1813. El error de derecho de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.”⁶²

⁶² Bejarano Sánchez, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 74-78.

Al respecto, es de importancia resaltar, que es frecuente en la celebración de los contratos de agencia, que los empresarios bien por ignorancia, o por equivocación, le den a éste una denominación distinta, no sólo tomando ventaja de su falta de regulación, sino tomando como referencia tal ausencia, llevando al agente a contratar con error; tal como se desprende de las entrevistas que anexamos al presente estudio.

2.5.3.2.4.2 Dolo

Sobre este vicio del consentimiento, el doctrinario Bejarano en su obra, retomando nuestra ley civil, dice: “El art. 1815 del *Código Civil* señala:

“Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y, por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

“El error pudo haber sido provocado o mantenido deliberadamente por maniobras o artificios realizados por la otra parte contratante o por un tercero con anuencia de ella. La actitud malévola de pretender aprovecharse de un error ajeno, ya provocándolo, ya manteniéndolo engañosamente, se llama *dolo* en materia civil.

“El dolo asume una *conducta activa*.

“Ahora bien, por mala fe se conoce la *actitud pasiva* del contratante que, habiendo advertido el error en que se encuentra la otra parte, se abstiene de alertarlo sobre dicho error, lo disimula y se aprovecha de él. El dolo y la mala fe califican al error y agravan el acto afectado por ellos.

“Tanto el dolo como la mala fe producen la nulidad relativa del contrato al que afectan (art. 2228 del CC). Se les sanciona con la nulidad del acto, no sólo porque agravan un error que vicia la voluntad, sino porque constituyen ambos una conducta malévola que debe ser reprimida por el derecho; el acto jurídico no debe ser un medio para la consagración y legitimación de actos consumados por intenciones maliciosas e inmorales.

“En resumen, el dolo es *activo* (son todas aquellas sugerencias o artificios usados para inducir o mantener a otro en error); la mala fe es *pasiva*: es sólo abstenerse de alertar al que padece el error; únicamente es disimular el error de otro (reparar el art. 1815 del CC). No son vicios propiamente de la voluntad, sino formas de inducir, mantener o disimular el error padecido por la otra parte. Son conductas ilícitas que causan o explotan un error y anulan el contrato o acto unilateral.

“Dolo principal y dolo incidental

“El dolo que no ha decidido a contratar (dolo incidental) no produce la nulidad, sino aquel que ha sido determinante para la realización y ejecución del acto (dolo principal). El art. 1816 del *Código Civil* lo establece con claridad al exigir que haya sido la causa determinante del contrato.

“Autores del dolo

“El dolo vicia la voluntad cuando procede del co-contratante. Si los artificios engañosos provienen de un tercero, no invalidarán el acto, a menos que fueran conocidos por el co-contratante, evento en el cual éste habrá incurrido en mala fe: “El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico” (art. 1816 del CC).

“Dolo malo y dolo bueno

“Ello no significa que toda afirmación inexacta realizada por uno de los contratantes constituya dolo, pues debe recordarse que el dolo bueno no vicia el contrato. El *dolus bonus* consiste en las exageraciones evidentes que a modo de propaganda o reclamo se efectúan para la recomendación de algún objeto o de los servicios de alguna persona, ponderación excesiva que no entraña engaño alguno.

“Dolo recíproco

“Si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones” (art. 1817 del CC). Ambos contratantes incurrieron en la comisión de un hecho ilícito y ninguno merece la protección de la ley.

“En resumen, el acto jurídico puede ser anulado por dolo o por mala fe, cuando su concertación hubiese sido determinada por maquinaciones, artificios o sugerencias del co-contratante que hagan incurrir en error o mantengan en él, o bien, por la disimulación del error conocido.”⁶³

El dolo, según el maestro García Treviño, es una sugestión o artificio que se emplea para inducir al error o mantener en él a alguno de los contratantes, éste produce la nulidad relativa del acto, si la parte que lo sufrió la invoca, pero si ambas partes procedieron con dolo, ninguna de ellas podrá alegarlo.

Por otra parte, la mala fe, es una simulación del error de uno de los contratantes, supone que uno de las partes ya está en el error, mientras que el otro conociéndolo, no se lo advierte a aquél, sino, al contrario, lo disimula, es decir, se aprovecha del error de su contraparte.

En relación con el punto anterior, cuando el error que mencionamos, es provocado por el empresario o bien disimulado, a sabiendas de tal circunstancia nos encontramos en presencia de otro vicio del consentimiento, el cual también debe anular la contratación; claro está, con la correspondiente indemnización para el agente engañado.⁶⁴

2.5.3.2.4.3 Lesión

Para el maestro García Treviño, la lesión puede ser vista desde varios aspectos; como un vicio subjetivo, como un vicio objetivo, como ambos a la vez, en el primero de los casos ésta se presenta solamente cuando uno de los contratantes abusa de la ignorancia, inexperiencia o miseria del otro, sin que sea necesaria la existencia de una desproporción en la prestaciones; la segunda se presenta cuando existe una desproporción evidente, inaudita, o un lucro excesivo, sin que dicha desproporción se produzca con motivo de la ignorancia, inexperiencia o miseria de uno de los contratantes; la última de éstas acaece cuando existe una desproporción entre las prestaciones, debido a que uno de los

⁶³ *Ibidem*, pp. 78-80.

⁶⁴ *Cfr.* García Treviño, Ricardo, *Op. Cit.*, pp. 58-61.

contratantes se ha aprovechado de la ignorancia, de la inexperiencia o de la miseria de su contraparte.

Sobre este tema, y citando al maestro Rafael Rojina Villegas, afirma que, no es exacto que en la lesión se tome en cuenta cierto vicio de la voluntad, puede existir éste, pero si no existe el perjuicio, es decir, la desproporción notoria en la prestaciones, el contrato no se nulifica, a diferencia de los otros vicios del consentimiento.⁶⁵

Por otra parte, el maestro Bejarano Sánchez, afirma que: “La desproporción exagerada que las partes se deban recíprocamente por el acto jurídico.

“Es un vicio del contrato que engendra prestaciones recíprocas (bilateral y oneroso) que no dependen del azar (conmutativo).

“Si uno de los contratantes concede al otro beneficios que son sumamente superiores al valor de las prestaciones que recibe y hay una notoria equivalencia entre lo que se da y lo que se obtiene, existe lesión.

“El art. 17 del Código Civil dispone, que:

“Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

“El derecho concedido en este artículo dura un año.

“Sólo existe lesión cuando el desequilibrio de las prestaciones es contemporáneo a la celebración del contrato; es decir, coexiste en el mismo momento en que éste se concierta. Los desajustes posteriores a la celebración no dan causa para la nulidad.”⁶⁶

Es de resaltar, que en materia mercantil, específicamente en la compraventa, la lesión mercantil no existe en los mismos términos que en materia civil.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 64-66.

⁶⁶ Bejarano Sánchez, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 84, 86 y 89.

En primer término, debemos distinguir que en materia comercial, existen tres momentos en la contratación, a diferencia de los dos momentos que se presentan en materia civil; éstos son, la etapa *a priori*, la etapa durante la celebración misma del contrato, y la etapa *a posteriori*; ésta última sólo se presenta en la materia mercantil.

En segundo lugar, si partimos de que las partes contratantes son comerciantes, es decir, que hacer del comercio su modo de vida, devienen expertos en su campo de actuación; por consiguiente, no pueden alegar desconocimiento, inexperiencia o extrema necesidad; por lo que, en las dos primeras etapas al menos, no puede presentarse la lesión.

Por último, si bien estos comerciantes no desconocen el objeto de la contratación, este supuesto se presenta como ya comentamos, sólo en la etapa *a priori* y durante; pudiendo presentarse la lesión en la etapa *a posteriori*, sobre todo cuando se causen daños o perjuicios cuando uno de los contratantes hubiese actuado con fraude o malicia en el contrato o en su cumplimiento, tal y como lo establece el artículo 385 de nuestro Código de Comercio.

2.5.3.2.4.4 Violencia o temor

En cuanto al último vicio del consentimiento, la violencia, el doctrinario Ricardo García Treviño, postula en su obra que ésta se presenta cuando se emplea una 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; ésta puede ser física o moral. Ésta puede ser ejercida tanto por una de las partes contratantes, como por un tercero, interesado o no en el acto, y en todos los casos produce la anulabilidad del acto.⁶⁷

⁶⁷ Cfr. García Treviño, Ricardo, *Op. Cit.*, pp. 61 y 62.

En otro aspecto, el jurista Bejarano señala que: “Otro de los vicios de la voluntad es el *temor*: el *Código Civil* lo denomina *violencia*, al aludir a la causa que lo produce.

“El art. 1819 establece:

“Hay violencia cuando se emplea 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.

“La fuerza física o amenazas sobre una persona, para debilitar su ánimo y arrancarle una declaración de voluntad que no desea, es la *violencia*, que se divide así en física (*vis absoluta*) y moral (*vis compulsiva*). Ambas producen el *temor*, elemento psicológico que realmente vicia la voluntad al suprimir la *libertad de decisión* que debe presidir a todo acto volitivo.”⁶⁸

Sintetizamos, que la voluntad como elemento del consentimiento debe de otorgarse sin defectos o vicios es decir debe ser cierta y libre; por tanto si la decisión proviene de: error, dolo o amenazas se dice que es una declaración viciada y produce una nulidad relativa en el contrato.

Entendiendo que el error es una creencia equivocada de la realidad, el dolo como cualquier conducta que se utilice para provocar o mantener en el error a la persona, la mala fe es la conducta dirigida a disimular el error y la violencia engloba fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad o los bienes, por tanto al emplearse cualquiera de estas conductas para obtener la voluntad de contratar coarta a todas luces la libertad contractual por lo que se produce una nulidad relativa volviendo ineficaz el acto jurídico que se haya celebrado.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 80 y 81.

2.6 CONTRATOS ELECTRÓNICOS

A continuación, analizaremos algunos de los elementos de los contratos electrónicos, sobre todo de aquellos que no forman parte de las generalidades que fueron revisadas en puntos anteriores.

2.6.1 Definición

El contrato informático en sentido estricto o contrato electrónico según el Maestro Téllez Valdez es: “la Transacción de bienes y servicios que se hace a través de la tecnología informática.”⁶⁹

En éste contrato que “se sirve de la tecnología informática para facilitar la contratación y la utilizan a manera de utensilio, en cuyos casos la participación de la informática es la misma que la de una balanza en una compraventa cualquiera que se realice en un mercadillo, en este caso, la balanza facilita el intercambio pero no necesariamente el objeto de transacción, por ello es merecible la diferencia entre *contratos informáticos* o contratos cuyo objeto es un bien o servicio informático y que son objeto de nuestro estudio, de aquellos contratos auxiliados por la Informática y donde ésta presta su asistencia, y a la cual llamaremos *contratación con asistencia informática*”.⁷⁰

Es aquél en el que una empresa ofrece sus servicios por Internet y el usuario los adquiere por vía electrónica a través de la Red; es decir, aquel contrato en el cual ambas partes manifiestan su deseo de contratar por medios electrónicos.

El estudio de la contratación por medios tecnológicos lleva a analizar el nuevo escenario comercial que se ha creado y, consecuentemente, las implicaciones jurídicas de su aplicación práctica en el mundo empresarial.⁷¹

⁶⁹ Téllez Valdes, Julio, *Derecho Informático*, 3ª ed., México, Ed. Mc. Graw-Hill, 2004, p. 115.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 123.

⁷¹ Cfr. Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *De las Autopsias de la Información a la sociedad virtual*, España, Ed. Aranzadi, 1996, p. 156.

Se puede concluir de lo mencionado en éste punto que además de los contratos informáticos también existen los contratos electrónicos, en los cuales no se comercializa propiamente bienes y servicios informáticos, sino que se trata de acuerdos de voluntades, en donde los medios para transmitir esa voluntad, son precisamente los informáticos, y esos contratos que utilizan medios telemáticos, son de los que nos vamos a ocupar en el presente trabajo.

2.6.2 Naturaleza Jurídica

Aunque difíciles de encuadrar, se ha considerado que algunas características respecto a su naturaleza jurídica son las siguientes:

1. Son de tipo complejo, porque surge de una serie de vínculos jurídicos, ya que en ella podemos encontrar diversos contratos como compraventa de hardware y de software, *leasing*, licencia de uso de software, alquiler, contrato de servicios y mantenimiento.

2. Es un contrato atípico, puesto que carece de regulación propia y usualmente no está regido por una normatividad legal especial. En términos generales se considera que este contrato se sujeta a los tradicionales ya existentes y a las disposiciones generales establecidas en los códigos civiles.

3. Es un contrato principal, porque no depende de otro contrato que le sea precedente, es decir, tiene vida propia, en cambio puede suceder que vaya acompañado por garantía, sean estas reales o personales.

4. Es oneroso, debido a que cada una de las partes sufre un empobrecimiento, compensado por una ventaja. Además, como sucede con otros contratos, este carácter pecuniario no significa necesariamente que exista equivalencia económica en las prestaciones y casi siempre existe un desequilibrio entre ambos.

5. Es consensual, sin embargo, en la práctica se celebra por escrito debido a su trascendencia económica y de diferentes derechos y obligaciones que surgen como consecuencia de su nacimiento y normalmente la forma de celebración por adhesión, con cláusulas pre-redactadas con los llamados contratos tipo.

Cabe mencionar que estos contratos son sui generis en cuanto que involucran en sus cláusulas múltiples normas legales de distintas áreas del Derecho como el Civil, Administrativo, Mercantil, Propiedad Intelectual, Internacional Privado, entre otras.⁷²

2.6.3 Sujetos

En este apartado hablaremos de las partes que conforman la relación contractual de índole informática, como son los proveedores y usuarios.

2.6.3.1 Vendedor o Iniciador

De acuerdo con el maestro Reyes Krafft, el iniciador es aquella persona que, al tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, se éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él.⁷³

Son los fabricantes, distribuidores y vendedores de bienes informáticos, así como los prestadores de servicios informáticos. Sus principales *obligaciones* son las siguientes:

- Salvaguardar los intereses del cliente y darle asesoría e información
- Cumplir con la entrega de los bienes o con la prestación de sus servicios en los plazos estipulados. El incumplimiento de los términos o plazos permite al cliente establecer una demanda en reclamo de los daños y perjuicios motivados por el retraso o bien llegar a la rescisión del contrato.
- Otra de sus obligaciones es realizar la prestación conforme a las especificaciones del contrato.
- Garantizar los vicios ocultos que pudiera llegar a tener la prestación realizada

⁷² Cfr. Téllez Valdes, Julio, *Op. Cit.*, pp. 122-123.

⁷³ Cfr. Reyes Krafft, Alfredo Alejandro, *La firma electrónica y las entidades de certificación*, México, Ed. Porrúa, 2008, p. 165.

- Otro punto importante es que debe realizar el estudio de viabilidad para el usuario, actuando en todo momento con probidad y honestidad, otorgando asesoría y apoyo adecuados.⁷⁴

2.6.3.2 Comprador o Destinatario

Se entiende por comprador o destinatario, a aquella persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él.⁷⁵

Son todas aquellas entidades (públicas o privadas) o individuos que requieren satisfacer determinadas necesidades mediante los bienes informáticos. Entre sus principales obligaciones tenemos:

- Informarse, documentarse, visitar exposiciones y demostraciones de equipo o de servicios informáticos en general, solicitar folletos explicativos sobre las características y funcionamiento de los centros de cómputo, así como de los programas ya existentes.
- Determinar de manera precisa sus necesidades de automatización para fijar y comunicar sus objetivos precisos.
- Suministrar al proveedor informaciones exactas de su empresa, acompañadas de documentos, gráficas, proyectos, etcétera.
- Capacitar adecuadamente a su personal para el manejo del centro de cómputo (funcionamiento, seguridad, programación, etcétera)
- Obtener mejor adaptación de su empresa a los imperativos de funcionamiento del material instalado
- Realizar la elección final de entre las ofertas que le presenten los proveedores, considerando los elementos de apreciación de orden financiero y técnico.
- Aceptar y recibir el material o los servicios que ha solicitado

⁷⁴ Cfr. Téllez Valdes, Julio, *Op. Cit.*, p. 125.

⁷⁵ Cfr. Reyes Krafft, Alfredo Alejandro, *Op. Cit.*, p. 165.

- Acordar un periodo de prueba a efecto de verificar el funcionamiento del equipo.
- Respetar las directrices propuestas y formuladas por el proveedor sobre el modo de empleo del material o de los programas.
- Pagar el precio convenido según las modalidades fijadas entre las partes, salvo si se emitieron reservas luego de la recepción del material o servicio.⁷⁶

2.6.3.3 Intermediario o Entidades de Certificación

En cuanto al intermediario, también conocido como Entidad de Certificación, y en nuestro país Prestador de Servicios de Certificación; se trata de un tercero que se encarga de dar certeza del acto que celebran los otros sujetos el iniciador y el destinatario. Dentro del sistema de seguridad, para que cualquier usuario pueda confiar en otro usuario se deben establecer ciertos protocolos. Los protocolos sólo especifican las reglas de comportamiento a seguir.

Existen diferentes tipos de protocolos en los que intervienen *terceras partes* confiables (Trusted Third Party, TTP, en la terminología inglesa):

- a) *Los protocolos arbitrados.* En ellos un TPC o Autoridad de Certificación participa en la transacción para asegurar que ambos lados actúan según las pautas marcadas por el protocolo.
- b) *Los protocolos notariales.* En este caso la TPC, además de garantizar la correcta operación, también permite juzgar se ambas partes actuarán por derecho según la evidencia presentada a través de los documentos aportados por los participantes e incluidos dentro del protocolo notarial. En estos casos, se añade la firma (digital) del notario a la transacción, pudiendo éste testificar, posteriormente, en caso de disputa.
- c) *Los protocolos autoverificables.* En estos protocolos cada una de las partes puede darse cuenta se la otra actúa deshonestamente, durante el transcurso de la operación. La firma digital en sí, es un elemento básico de

⁷⁶ Cfr. Téllez Valdes, Julio, *Op. Cit.*, p. 126.

los protocolos autoverificables, ya que no precisa de la intervención de una Autoridad de Certificación para determinar la validez de una firma.

La Autoridad o Entidad de Certificación debe reunir los requisitos que determine la ley, conocimientos técnicos y experiencia necesaria, de forma que ofrezca confianza, fiabilidad y seguridad.

La persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él.

Es la entidad que genera y revoca los certificados para un conjunto de usuarios y es responsable de su autenticidad. Sus funciones se pueden resumir en:

1. Generación de certificados al garantizar su identidad por medio de una firma digital.
2. Agendar fechas de expiración de certificados y revocar de los certificados.
3. Revocar los certificados.

Una característica fundamental de la Autoridad Certificadora es que sea un ente de alta confianza para la comunidad.⁷⁷

2.6.4 Características

A continuación vamos a enumerar las principales características de los contratos electrónicos, desde el punto de vista del maestro Téllez Valdez.

2.6.4.1 Principal

De acuerdo con el maestro Téllez Valdez, se trata de un contrato principal, porque no depende de otro contrato que le sea precedente, es decir, tiene vida propia, en cambio puede suceder que vaya acompañado por garantía, sean estas reales o personales.⁷⁸

⁷⁷ Cfr. Reyes Krafft, Alfredo Alejandro, *Op. Cit.*, pp. 165, 169, 170, 192.

⁷⁸ Cfr. Téllez Valdes, Julio, *Op. Cit.*, p. 123.

Postura que queda confirmada por lo señalado por el maestro García Treviño, que señala que son principales aquellos contratos que existen por sí mismos, es decir, que no dependen de ningún otro contrato para producir sus efectos legales.⁷⁹

2.6.4.2 Consensual

El doctrinario García Treviño, considera que, un contrato es consensual en oposición a formal, cuando no requiere, para su validez, que el consentimiento se manifieste por determinado medio, sino que, por el contrario, se da entera libertad a las partes, para que lo manifiesten como ellas decidan, expresa o tácitamente, o como vimos en éstos contratos, a través de medio ópticos, electrónicos o de la tecnología; pero lo más importante, siempre dentro de lo estipulado en la ley.⁸⁰

Para el maestro Julio Téllez, el contrato electrónico es consensual, sin embargo, en la práctica se celebra por escrito por su trascendencia económica y de diferentes derechos y obligaciones que surgen como consecuencia de su nacimiento y normalmente la forma de celebración por adhesión, con cláusulas pre-redactadas con los llamados contratos tipo.

Cabe mencionar que estos contrato son sui generis en cuanto que involucran en sus cláusulas múltiples normas legales de distintas áreas del Derecho como el Civil, Administrativo, Mercantil, Propiedad Intelectual, Internacional Privado, entre otras.⁸¹

2.6.4.3 Oneroso

Ahora, sobre éste punto Treviño, afirma que un contrato oneroso, es aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.⁸²

⁷⁹ Cfr. García Treviño, Ricardo, *Op. Cit.*, p. 80.

⁸⁰ *Ídem.*

⁸¹ Cfr. Téllez Valdes, Julio, *Op. Cit.*, p. 123.

⁸² Cfr. García Treviño, Ricardo, *Op. Cit.*, p. 78.

Luego, Téllez Valdez afirma sobre el t3pico que, debido a que cada una de las partes sufre un empobrecimiento, compensado por una ventaja. Adem3s, como sucede con otros contratos, este car3cter pecuniario no significa necesariamente que exista equivalencia econ3mica en las prestaciones y casi siempre existe un desequilibrio entre ambos.⁸³

2.6.4.4 At3pico

El mismo autor expresa que se trata de un contrato at3pico, puesto que carece de regulaci3n propia y usualmente no est3 regido por una normatividad legal especial. En t3rminos generales se considera que este contrato se sujeta a los tradicionales ya existentes y a las disposiciones generales establecidas en los c3digos civiles.⁸⁴

En el mismo tenor se expresa Ricardo Garc3a, al afirmar que se trata de contratos que no est3n regulados en ning3n C3digo, ni cuentan con una normatividad espec3fica.⁸⁵

2.6.4.5 Complejo

Son de tipo complejo, porque surge de una serie de v3nculos jur3dicos, ya que en ella podemos encontrar diversos contratos como compraventa de hardware y de software, *leasing*, licencia de uso de software, alquiler, contrato de servicios y mantenimiento.⁸⁶

⁸³ Cfr. Téllez Valdes, Julio, *Op. Cit.*, p. 123.

⁸⁴ Cfr. *Ib3dem*, p. 122.

⁸⁵ Cfr. Garc3a Trevi3o, Ricardo, *Op. Cit.*, p. 81.

⁸⁶ Cfr. Téllez Valdes, Julio, *Op. Cit.*, p. 122.

2.6.5 Modalidades de los Contratos electrónicos

En seguida, vamos a revisar las principales modalidades de los contratos electrónicos, partiendo del criterio del maestro Téllez Valdez en su obra de Derecho Informático.

2.6.5.1 Genérica

Los principales contratos informáticos asimilables dentro de las categorías jurídico contractuales son los siguientes: compraventa, arrendamiento, arrendamiento con opción a compra de bienes informáticos, así como la prestación de servicios informáticos.⁸⁷

2.6.5.2 De Compraventa

El maestro Daniel Peña Valenzuela,⁸⁸ afirma que la naturaleza global del comercio electrónico propicia la compraventa internacional de mercancías. Productos y servicios son ofrecidos en venta por empresarios con presencia en la red global de internet que usualmente utilizan *web sites* –páginas o sitios de internet- para tal fin. En la práctica la página web se ha convertido en una extensión de los canales de promoción y mercadeo de los productos y servicios de las empresas y como eslabón fundamental en la cadena de suministro y distribución de las empresas. Los sitios, en consecuencia, se encuentran en un punto convergente de la promoción y la comercialización. Adicionalmente, la presencia global e instantánea que caracteriza a los *web sites*, amplía, de hecho, a veces sin la voluntad expresa de los empresarios, el ámbito territorial de sus negocios.

⁸⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 126.

⁸⁸ Cfr. Peña Valenzuela, Daniel, *El Contrato por medio electrónicos*, Colombia, ed. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 221.

Por lo tanto, y como lo afirma el maestro Téllez, ésta comprende a los equipos y suministros (componentes, accesorios, etcétera). Su esencia es similar a la de cualquier contrato de compraventa referido a otros bienes, sin embargo, reviste una serie de elementos peculiares que tornan aún más complejo.

En este contrato informático se debe establecer, en primer término, que el proveedor venderá al usuario el material de acuerdo con los planes de contratación ofrecidos, debiendo incluirse una relación de las máquinas que integren el centro de cómputo materia de la compraventa, indicando asimismo el modelo, descripción, cantidad, precio de compra y cargo mensual de mantenimiento.

Se deberá asentar en el contrato la fecha de entrega del equipo de cómputo, así como el sitio y las condiciones. Los pagos deberán hacerse de conformidad con el plan de contratación específico establecido en el contrato y ningún cargo comenzará a surtir efecto hasta que haya sido aceptado el sistema de cómputo y demás productos amparados por el contrato. Es importante que se establezca en el contrato el momento en que el usuario adquiere la propiedad; por otra parte, podrá haber un período de prueba del equipo, que comience desde la fecha de entrega del sistema y termine después de treinta días calendario consecutivos. Si después de sesenta días no se ha alcanzado un nivel de eficacia, el usuario podrá solicitar el reemplazo total del equipo o de la unidad que no funciona.

El proveedor deberá responder por los daños y perjuicios que le cause al usuario en caso de incumplimiento; asimismo, asumirá cualquier responsabilidad para el saneamiento en caso de evicción es decir, la reivindicación de la propiedad material por parte de terceros. Es por ello que en el contrato el proveedor deberá garantizar también el tiempo que se obligue a suministrar al usuario las partes y refacciones necesarias para mantener los equipos en las condiciones adecuadas de funcionamiento. Por otro lado, el proveedor proporcionará por escrito al usuario toda la información técnica necesaria para que éste haga el uso adecuado del equipo.

Durante el tiempo que dure el contrato y aun después, ambas partes deberán convenir en mantener con discreción cualquier información recibida de la otra parte, que haya sido clasificada como confidencial. El proveedor será responsable de las violaciones que se causen en materia de patentes o derechos de autor respecto de los objetos materia del contrato proporcionados al usuario. A este respecto, debe comprometerse al pago de daños y perjuicios.

Las partes deben establecer el plazo durante el cual el usuario puede cancelar temporal o definitivamente el equipo solicitado mediante aviso por escrito. En caso de que el usuario, por así convenir a sus intereses, adquiera equipos de compañías extranjeras, deberá darse cumplimiento a lo establecido en las leyes respectivas. Este contrato informático de compraventa constituye un acuerdo entre las partes y deja sin efecto cualquier negociación, obligación o comunicación oral o escrita hecha con anterioridad a la firma del mismo.⁸⁹

2.6.5.3 Arrendamiento

En materia informática, en este contrato existen cláusulas específicas para el arrendamiento de sistemas de cómputo, debiéndose insertar en el contrato una relación de las máquinas y sistemas operativos indicando su modelo, descripción, cantidad, precio de compra, renta mensual y cargo mensual de mantenimiento. Se deberá estipular la duración del contrato en los términos y condiciones acordados respetando los mecanismos de prórroga que se presenten; asimismo, se deberán definir claramente la fecha, el sitio y las condiciones de entrega del sistema de cómputo.

Una vez que las partes han fijado los precios que regirán las operaciones contrato, se estipulará el compromiso de no alterar los precios pactados originalmente durante la vigencia del mismo; el pago del precio le da derecho al arrendatario de usar en forma ilimitada el sistema de cómputo con sus fases operativas y de programación. El usuario tiene el derecho de solicitar que se

⁸⁹ Cfr. Téllez Valdes, Julio, *Op. Cit.*, pp. 126-127.

estipule en el contrato que el equipo de cómputo se pruebe en las instalaciones del proveedor de acuerdo con ciertos estándares establecidos, el arrendador debe proporcionar documentos, formularios y publicaciones referentes a dicho equipo. El arrendatario podrá cancelar cualquier unidad de equipo dando aviso al arrendador con treinta días de anticipación y podrá dar por terminado el contrato si el proveedor incurre en violación de cualquiera de las cláusulas del mismo.

Se deberá estipular en el contrato que el arrendador notificará al usuario con uno o dos años de anticipación, según sea pactado, su retiro del mercado nacional y mientras esté en el mercado deberá comprometerse a prestar los servicios amparados por el contrato.

En el *contrato informático de arrendamiento* existen varias cláusulas similares a las que se pactan en un contrato de compraventa, entre ellas que el arrendador deberá mantener en forma confidencial toda documentación que le haya sido facilitada por el arrendatario a fin de realizar el estudio de viabilidad. El proveedor o arrendador será responsable de las violaciones que se causen en materia de patentes o derechos de autor y se comprometerá a indemnizar por daños y perjuicios a un tercero afectado. Por otro lado, el arrendador deberá garantizar que el equipo y sus dispositivos estarán libres de cualquier defecto de materiales o mano de obra y comprometerse a mantener el objeto materia del contrato en condiciones satisfactorias de operación ajustando, reparando o reemplazando las piezas o artículos defectuosos que causen una operación anormal, así como hacerse cargo de la instalación del sistema de cómputo. El proveedor también debe hacerse responsable de los empleados que envía a las instalaciones del usuario y asumir cualquier responsabilidad para el saneamiento en caso de evicción, así como indemnizar al usuario de actuar en forma dolosa.⁹⁰

En el mismo tenor, se entiende contrato de arrendamiento informático o *leasing*, aquel por el cual una persona física o jurídica (locador) se obliga a

⁹⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 127-128.

entregar en uso y goce un bien (siendo fabricante o proveedor) a otra persona, quien se obliga a pagar a su vez un alquiler por él, por el término del contrato.⁹¹

2.6.5.4 Arrendamiento con Opción a compra

Para la jurista española María Arias, el rápido desarrollo que experimentan las nuevas tecnologías hace favorable la celebración de contratos de leasing informático, en los cuales el objeto principal será el arrendamiento de equipos informáticos con la especialidad fundamental de que al finalizar el contrato se otorgan al arrendatario diversas posibilidades: o bien devuelve los equipos, o se queda con ellos abonando el precio residual, o bien acepta continuar con el leasing de forma que el arrendador le cambia los equipos informáticos por otros más modernos.⁹²

En otro contexto, el maestro Téllez Valdez considera que esta figura es una modalidad del contrato de arrendamiento empleado en materia informática y generalmente es conocido con el nombre de leasing. Este contrato establece que la opción de compra se podrá ejercer en cualquier momento después de la fecha de aceptación del sistema de cómputo respecto a todo o parte del mismo, considerando los porcentajes pactados de las rentas pagadas que se abonarán al precio de compra. Al ser la compra de equipo informático un gasto muy fuerte para las empresas, es frecuente que un principio tomen en arrendamiento el centro de cómputo y lo paguen a plazos hasta adquirir la propiedad del mismo. A este tipo de contrato informático se aplican las cláusulas del contrato de arrendamiento y las del contrato de compraventa en cuanto a la adquisición del equipo.⁹³

⁹¹ http://www.alipso.com/monografias/2279_contratosinformaticos/

⁹² Cfr. Arias Pou, María, Daniel, *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, Madrid, España, ed. La Ley, 2006, p. 827.

⁹³ Cfr. Téllez Valdes, Julio, *Op. Cit.*, pp. 128-129.

2.6.5.5 Prestación de Servicios Informáticos

Este tipo de contratos se refiere a todos aquellos trabajos que sobre determinadas materias del equipo de cómputo se realicen a un cliente. El contrato que más se asemeja en el Derecho civil a este tipo de contrato informático es el de prestación de servicios profesionales, que se refiere a los servicios que presta un profesional a una persona llamada cliente, quien se obliga a pagarle determinada retribución llamada honorarios. En esta figura se requiere que el prestador de servicios tenga una adecuada preparación técnica, además de un título profesional, así como la capacidad general para contratar. A este respecto, cabe mencionar que se entiende por *ejercicio profesional* “la realización habitual de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión”.

Entre las principales características de este contrato, tenemos que son: bilaterales, onerosos, conmutativos y formales o consensuales, según acuerden las partes. Los elementos reales son: el servicio profesional y los honorarios. Es menester enunciar que en el contrato de prestación de servicios informáticos hay una categoría que se refiere a la utilidad o provecho que se obtiene de la realización de acciones o actos concretos de personas físicas o morales que coadyuvan de manera directa o indirecta al manejo de la información, estando su aplicación relacionada con la estructuración y composición de datos. Las partes en este contrato informático se denominan *proveedor*, el cual presta el servicio (prestador) y la mayoría de las veces son empresas de computación, así como el *cliente* o usuario (prestatario), que es quien recibe el servicio y lo retribuye.

Como ejemplo de contratos de servicio informático, cabe citar algunos como el de explotación de programas, consulta de archivos y bancos de datos, estudio de mercado en informática, documentación técnica, mantenimiento correctivo y preventivo de equipo o sistemas, manejo de datos, desarrollo de estudios de viabilidad para la selección de bienes y servicios, consultoría, diseño de sistemas, asistencia técnica, formación, etcétera. Cabe hacer notar que la importancia que

han adquirido este tipo de contratos es el resultado de la necesidad cada vez mayor de asesoramiento y servicios informáticos que requieren los usuarios.⁹⁴

Según el doctrinario Peña Valenzuela, se entiende por éste tipo de contrato a todo servicio prestado normalmente a cambio de remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios que le permitan realizar operaciones electrónicas en línea para comprar mercancías tales como, la telecompra interactiva, los centros comerciales electrónicos; áreas y actividades diversas como los periódicos electrónicos, servicios educativos, enciclopedias en línea, servicios turísticos, servicios profesionales, servicios de agencia inmobiliaria, supermercados virtuales, tableros de anuncios electrónicos, servicios de búsqueda de empleo, motores de búsqueda, servicios de ocio, servicios de videojuegos, foros de discusión, etc.⁹⁵

2.6.5.6 Contratos de hardware

Para el doctrinario Julio Téllez, los contratos sobre *hardware* son todos aquellos que, recaen sobre lo que físicamente, forme parte del equipo, considerando así, también, a los equipos de comunicaciones u otros elementos auxiliares para el funcionamiento del sistema que se va a implementar.

Está constituido por las partes mecánicas, electromecánicas y electrónicas, como la estructura física de las computadoras, encargadas de la captación, almacenamiento y procesamiento de información, así como la obtención de resultados, conocido comúnmente como el equipo.⁹⁶

2.6.5.7 Contratos de software

Hay que diferenciar en el momento de analizar una contratación de software, si se trata de un software de base, de sistema, o de utilidad, aplicación o

⁹⁴ Cfr. *Ídem*.

⁹⁵ Cfr. Peña Valenzuela, Daniel, *Op. Cit.*, pp. 251 y 252.

⁹⁶ Cfr. Téllez Valdes, Julio, *Op. Cit.*, pp. 92-94, 128.

usuario, ya que este último debe responder a necesidades particulares del propio usuario, el que encarga la aplicación y, por lo tanto, tendrán que quedar claramente especificadas en el contrato; sin embargo, el *software de base* o sistema y el software de utilidad responden a características generales que son las del propio sistema o las de la utilidad a la que sirven y es un producto ya conformado de antemano que no se somete a peticiones o particularidades del usuario.

Constituye la estructura lógica que permite a la computadora la ejecución de actividades. Actualmente es más importante que el propio *hardware*, conocido comúnmente como los programas.

Los programas de cómputo se caracterizan por ser un medio necesario para ofrecer un conjunto de instrucciones comprensibles por una computadora, a efecto de resolver determinado problema. Los programas determinan ese problema, clasifican los datos y definen las estructuras y resultados esperados y prevén la evolución del mismo y los procedimientos de control necesarios.

Una de las definiciones más completas hecha por expertos, es la de la Organización mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que considera a los programas como un conjunto de instrucciones expresadas en un lenguaje natural o formal, pudiendo una vez traducidas y transpuestas en un soporte descifrable por una máquina de tratamiento de datos, o por una parte de esta máquina, efectuar operaciones aritméticas y sobre todo lógicas, en vías de indicar o de obtener un resultado particular.

En términos técnicos, los programas de cómputo son el conjunto de procedimientos o reglas que integran el soporte lógico de las máquinas que permiten la consecución del proceso de tratamiento de la información. En la práctica podemos distinguir los siguientes tipos de programas:

- *Los programas fuente* (conocidos también como sistemas operativos o de explotación): están ligados al funcionamiento mismo de la máquina, guardan estrecha relación con las memorias centrales y auxiliares del computador a través de dispositivos como los compiladores,

traductores, intérpretes, editores, etc., que permiten el adecuado enlace entre la máquina y los trabajos del usuario.

- *Los programas objeto*: son aquellos que se realizan para satisfacer las necesidades de los usuarios y permiten el tratamiento de datos definidos concretamente y son dissociables de la máquina. En este tipo de programas están los que resuelven necesidades de un número elevado de usuarios y aquellos que responden a necesidades específicas de determinados usuarios.
- *Los programas de explotación* (conocidos también como sistemas operativos): son los ligados al funcionamiento mismo de la máquina y permiten aprovechar al máximo sus posibilidades. Guardan estrecha relación con las memorias centrales y auxiliares del computador y toman en cuenta las funciones de enlace de los trabajos de los usuarios.
- *Los programas de aplicación*: son los realizados para satisfacer las necesidades más diversas y variadas de los usuarios; permiten el tratamiento de datos definidos concretamente y son separables de la máquina. Entre ellos están aquellos que son concebidos para satisfacer las necesidades de un número elevado de usuarios (paquetes de *software*), de los que sobre medida responden a las necesidades del usuario (programas específicos).⁹⁷

2.6.5.8 Contratos de instalación de llave en mano

De acuerdo con el doctrinario Daniel Peña, los contratos de instalación de llave en mano, son aquellos que tratan sobre la venta electrónica de bienes y servicios, los suministros en línea de contenidos digitales, las transferencias electrónicas de fondos, la compra y venta de acciones, la emisión de conocimientos de embarque, las subastas comerciales, los diseños y proyectos

⁹⁷ Cfr. *Ibíd.*, pp. 5, 92-94, 130.

conjuntos, la prestación de servicios en línea, la contratación pública, la comercialización directa al consumidor y los servicios “post venta” entre otros.⁹⁸

Ahora, para el jurista Julio Téllez Valdez son aquellos en los que van incluidos tanto el hardware como el software, así como determinados servicios de mantenimiento y formación del usuario, quien paga y recibe a cambio una satisfacción plena a sus necesidades informáticas.⁹⁹

2.6.5.9 Contratos de servicios auxiliares

Por último, Téllez Valdez entiende por contratos de servicios auxiliares aquellos que pueden ser sobre el mantenimiento de equipos y programas o la formación de las personas que van a utilizar la aplicación respecto a equipos, sistema o aplicaciones.¹⁰⁰

Luego, podemos observar que existen distintas clases de contratos electrónicos, sin perder de vista que hay otros tantos que no se encuentran dentro de esta enumeración, uno de ellos es el objeto de nuestra investigación, sin embargo, eso no es óbice para que el mismo se celebre por estos medios; por lo que, es de vital importancia el análisis previo de tales, a efecto de estar en posibilidad de celebrarlos debidamente.

Pues bien, después de todo lo expuesto, estamos en condiciones de dar por concluido este capítulo que como lo planteamos al inicio del mismo, el objetivo era proporcionar los conceptos que giran alrededor –primero- tuvimos que dar una referencia de los sujetos del derecho mercantil; luego al analizar la teoría de los contratos mercantiles, pudimos deducir sus particularidades y los elementos necesarios para formarlo, además de que, podemos observar que en la actualidad hay una tendencia a celebrar contratos comerciales entre ausentes, sobre todo, a través de medios electrónicos. Debido a ello se ha regulado dentro de nuestro Código de Comercio un capítulo especial sobre comercio electrónico, del cual

⁹⁸ Cfr. Peña Valenzuela, Daniel, *Op. Cit.*, p. 252.

⁹⁹ Cfr. Téllez Valdes, Julio, *Op. Cit.*, p. 130.

¹⁰⁰ Cfr. *Ídem*.

analizamos algunos de sus elementos, toda vez, que la agencia como contrato también se celebra por este conducto.

En ese tenor, a partir del análisis de estos elementos podemos estar en la posibilidad de contestar las cuestiones planteadas al inicio: ¿Qué es la Agencia Mercantil? ¿Es un auxiliar del comerciante o un contrato mercantil?

Pues, hasta el momento y con fundamento en lo postulado, parece que no es un simple auxiliar del comerciante, pero tampoco un contrato, es decir, todavía no estamos en posibilidades de contestar en su totalidad dichas cuestiones pues es necesario examinar a detalle dicha figura, análisis que se hará en el siguiente capítulo, para que entonces, una vez concluido, podamos confrontar ese resultado con lo que ahora concebimos, por tanto finalizamos de esta manera lo referente a los auxiliares y los contratos mercantiles e iniciaremos el estudio de nuestro objeto de investigación; la Agencia Mercantil.

CAPÍTULO TERCERO

LA AGENCIA MERCANTIL

En el presente capítulo analizaremos la agencia mercantil, partiremos del análisis del concepto de agente, revisando las características del contrato, sus elementos objetivos y subjetivos, hasta llegar al estudio de las clases de agentes comerciales que existen en nuestra legislación; que como veremos, en algunos casos nos hablas del agente como sujeto del comercio, y en otros tantos, de la agencia como contrato, y hasta de la agencia como establecimiento, situación que hace necesaria su regulación adecuada, para estar en posibilidad de distinguir los casos y consecuencias que se presentaran en cada supuesto.

Para comenzar el análisis de nuestro de objeto de estudio, se iniciará por conceptualizarlo.

3.1 CONCEPTO

Para proporcionar un concepto de agencia es necesario referirse a diversas leyes en materia mercantil, debido a que, al no estar regulado, la figura aún cuando es contemplada por diversas leyes, no existe un criterio unificado al respecto, dándole un tratamiento diverso y en ocasiones contradictorio, dejando entrever el desconocimiento de la naturaleza jurídica de la institución por parte de nuestros legisladores.

Así que, analizaremos la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (en adelante LGISMS), que en su art. 42 alude a los agentes de seguros vinculados a las instituciones de seguros por medio de un contrato mercantil o bien por medio de una relación laboral, y señala que éstos, podrán celebrar contratos de seguro en nombre y por cuenta de una institución de seguros sólo en caso de que hayan sido designados expresamente por ésta para actuar como su apoderado, a quienes faculta para cobrar las primas de seguros

contra el recibo oficial expedido por la institución, entendiéndose recibidas directamente por la aseguradora.

Ahora, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (en adelante LFIF) que en el art. 87, define al agente de fianzas como la persona física o moral que interviene en la contratación de fianzas y en el asesoramiento para contratarlas, conservarlas o modificarlas, según la mejor conveniencia de las partes. El mismo precepto exige previa autorización de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y señala que dichas personas deben satisfacer los requisitos exigidos por el reglamento respectivo y ser personas físicas dedicadas a esa actividad con base en una relación de trabajo o contrato mercantil, o bien personas morales que se constituyan para operar en esta actividad. Asimismo, el art. 89 determina que para que los agentes de fianzas puedan celebrar contratos a nombre y por cuenta de una institución de fianzas a fin de actuar como apoderados, requieren autorización de la citada Comisión; por último, al igual para los agentes de seguros, el art. 90 *bis* de la LFIF autoriza a los agentes de fianzas a cobrar las primas respectivas contra los recibos oficiales expedidos por las instituciones de fianzas.

A su vez, la Ley Aduanera en el título séptimo regula expresamente a los agentes aduanales, a quienes define en el art. 159 como la persona autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante una patente, para promover por cuenta ajena el despacho¹⁰¹ de las mercancías, en los diversos regímenes aduaneros previstos por la ley.

Por otra parte, el *C. de Co.* en la frac. X del art. 75 se refiere a las empresas de agencia como un acto de comercio, aun cuando no reglamenta el contrato. Asimismo, en el art. 285 dentro del capítulo primero, relativo a la comisión, señala que cuando el comisionista contrate expresamente en nombre del comitente, no contraerá obligación propia, rigiéndose en este caso sus derechos y obligaciones como simple mandatario mercantil por las disposiciones del derecho común. De

¹⁰¹ art. 35 de la misma *Ley Aduanera* define al despacho como el conjunto de actos y formalidades relativos a la entrada de mercancías en el territorio nacional y a su salida del mismo, que de acuerdo con los diferentes tráficos y regímenes aduaneros deben realizar en la aduana las autoridades aduaneras y los consignatarios, destinatarios, propietarios, poseedores o tenedores en las importaciones y los remitentes en las exportaciones, así como los agentes o apoderados aduaneros.

ahí surge la cuestión de saber si ese mandatario mercantil a que se refiere la ley es el agente de comercio, lo que se habrá de resolver una vez que se analice el concepto y las características de la agencia.

Derivado de lo anterior, Barbero, citado por la maestra León Tovar, precisa que de la doctrina y de la práctica del contrato, se puede definir el contrato de agencia como el contrato por virtud del cual una persona denominada agente asume de modo permanente y mediante una retribución, el encargo de promover y de concertar contratos en nombre y por cuenta de otro, en una zona determinada, sin asumir el riesgo de tales operaciones, salvo pacto en contrario. Domenico Barbero lo conceptúa como el contrato por el cual una parte asume establemente, contra una determinada compensación, el encargo de promover la conclusión de contratos por cuenta de la otra en una zona determinada.¹⁰²

Ahora, la profesora Soyla, retomando ésta idea, la amplía, al precisar que en el derecho mexicano no existe un régimen especial para los agentes de comercio ni para la agencia. Nuestro Código de Comercio en su artículo 75, fracción X, califica de mercantiles los actos realizados por "las empresas de agencias"; asimismo, diversos ordenamientos, leyes, reglamentos, circulares, decretos y acuerdos, regulan al agente dedicado a alguna actividad específica (seguros, fianzas, valores, etcétera) y casi todos ellos determinan su actuación a nombre y cuenta del representado, si bien la Ley de Navegación y Comercio Marítimos (artículo 251) alude a los agentes generales de las empresas marítimas y los clasifica en mandatarios mercantiles o comisionistas; es decir, considera a la agencia el género de los contratos representativos y a la comisión como la especie.¹⁰³

En ese tenor, el Código de Comercio en su numeral 273, define a la comisión como un mandato aplicado a los actos concretos de comercio; por lo que, León Tovar, afirma que: "parecería que aquí la comisión es el género, toda vez que nada dice el precepto citado respecto a si ese mandato es con o sin representación. Sin embargo, aunque el artículo 283 autoriza al comisionista, salvo

¹⁰² Cfr. León Tovar, Soyla H., *Contratos Mercantiles*, México, Oxford, 2008, p. 316.

¹⁰³ Cfr. León Tovar, Soyla H., *Op. Cit.*, p. 522.

pacto en contrario, para desempeñar el encargo tratando en su propio nombre o en el de su comitente, dicho ordenamiento aclara en el artículo 285 que si el comisionista contrata expresamente en nombre del comitente, no contrae obligación propia y sus relaciones con el comitente serán consideradas como las de un mandatario mercantil sujeto a las disposiciones de derecho común.

De lo anterior se concluye que no todo mandato aplicado a los actos concretos de comercio es comisión, únicamente lo será aquel en el cual el mandatario actúa a nombre propio, pues cuando lo hace a nombre de su representado se denomina mandato mercantil, lo que no significa excluir a la comisión de ese carácter, ambos son mandatos mercantiles, uno con representación directa (agencia) y el otro sin ella (comisión).” De lo que se desprende, que en efecto, la agencia, no sólo se trata de las relaciones de trabajo que existen entre los empresarios y sus auxiliares de comercio, sino que, ésta se puede dar bajo un contrato de representación directa, y que por su contenido y conforme al artículo 73, frac. X del C. de Co., lo es de naturaleza comercial y, por tanto debe ser regulado por el propio Código, y no como pretende el mismo de forma errónea lo sea por la legislación civil.

Retomando esta idea, la maestra Soyla¹⁰⁴ refiere que: “el punto de este aspecto es que el contrato de agencia, mandato mercantil a que se refiere el artículo 285, por el cual el agente concluye contratos a nombre y cuenta de otro, a la luz del propio Código de Comercio no está sujeto a las normas de este ordenamiento, sino a las del derecho civil; esto es, que —toda vez que se trata de un contrato atípico en nuestro derecho— no obstante su carácter mercantil, establecido en el artículo 75 del Código de Comercio, las normas aplicables a ese negocio son las del mandato con representación previstas en el Código Civil, lo que ameritaría una reflexión para los supuestos en los que otros ordenamientos no regulen *in extenso* al agente y su actividad, y en aquellos en que el contrato es omiso.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 523.

Lo anterior supondría hacer referencia a la atipicidad de los negocios jurídicos. Respecto a ella se han esgrimido diversos argumentos tendentes generalmente a la reflexión de la legitimidad y de la reglamentación. En cuanto al primer punto, se invoca la autonomía contractual, pilar del derecho privado y basamento de la concertación de contratos atípicos. En cuanto a la reglamentación, aspecto importante en este renglón, suele acudir al método que pretende reconducir cada hipótesis de relación negocial atípica a una típica, al grado de considerar que la afirmación sobre el carácter *sui generis* del negocio atípico equivaldría a confesar que el estudio ha sido inútil y privado de éxito, lo que resulta cierto sólo en parte por cuanto que se pretende encasillar a todos los negocios atípicos en la categoría de *sui generis*, como una especial y diversa de los típicos, pretendiendo con ello salir del problema de la naturaleza jurídica; sin embargo, hay que recordar que todos los negocios jurídicos son *sui generis*, lo mismo el factoraje o el corretaje que la compraventa o el arrendamiento, ya que esa nota es la que permite o no encuadrar una conducta al tipo legal; es decir, si cada negocio jurídico tiene esa connotación, entonces no se resuelve el problema con catalogar a una nueva figura como *sui generis*, sino con delimitar sus peculiaridades.”

En consecuencia, resulta inminente la incongruencia entre los preceptos legales, siendo que, por una parte se afirma que el contenido de los actos de representación a nombre y por cuenta de otro son de contenido mercantil, según lo dispuesto por el art. 73 frac. X, y por otra parte el carácter de contrato atípico de la figura, la conduce a su regulación por el derecho civil, la cual, por cierto no es adecuada tanto por los sujetos, como por el objeto mismo; y además, nos sitúa en la necesidad de regularlo por el derecho mercantil.

Sin embargo, otros autores como Castrillón y Luna¹⁰⁵ afirman que la agencia es una forma de intermediación mercantil en donde el agente, con o sin representación se encarga de la realización de negocios ajenos,

¹⁰⁵ Cfr. Castrillón y Luna, Victor M., *Contratos Mercantiles*, México, Porrúa, 2002, p. 423.

confundiendo la figura de la comisión y la agencia en una sola. Y puntualizando que la labor del agente se centra esencialmente de la promoción y gestión de negocios o contratos por cuenta de un tercero, en la medida que el agente desarrolle su trabajo en forma independiente será un auxiliar del comercio, fusionando la figura del auxiliar del comercio con la del contrato. E inclusive señala que el agente puede ser un comisionista o un simple intermediario o tener una empresa de representación, pero sólo obrará en representación si cuenta con un mandato, de lo contrario sería un gestor o un simple intermediario.

Inclusive, para Arce Gargollo¹⁰⁶ el contrato de agencia difiere del mandato únicamente en que el mandatario se compromete a celebrar los contratos, no a conseguir los contratantes a la otra parte, y que la actividad del agente se caracteriza por la promoción y, en su caso, la conclusión de los negocios y contratos por cuenta del empresario:

“Poder significa otorgar facultades representativas, y no solo encargos, ya que, la mayoría de los casos los agentes carecen de representación de modo que no obligan al principal por cuya cuenta actúan y no están autorizados a celebrar contratos sino a promoverlos y gestionarlos”.

Es decir, para Arce, el agente es un simple intermediario, que carece de facultades para contratar, y que sólo puede promover y gestionar contratos sin obligar al principal, incertidumbre que se genera ante la ausencia de regulación legal.

La misma postura la encontramos en León Bolaffio, citado por el maestro Castrillón y Luna cuando identifica a los agentes con mediadores, auxiliares que coadyuvan con el comerciante en el ejercicio de su industria o de su comercio y que son intermediarios neutrales en el negocio porque con tal calidad tratan con cada una de las partes, aconsejando, conciliando, inclinando la voluntad de los futuros contratantes para conseguir ponerlos de acuerdo, y los distingue de la agencia al señalar que en esta, los negocios

¹⁰⁶ Arce Gargollo, Javier, *Contratos Mercantiles Atípicos*, 12ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 307.

operan en una residencia estable, proporcionando indicaciones e informaciones a quien necesite cosas o servicios, encargándose de dar publicidad y de anunciar las empresas más variadas, ofreciéndose al público su conocimiento técnico de los negocios y su manera de realizarlos, de modo que provoca y da satisfacción a toda demanda, acercándola objetivamente a la oferta, sin participar en las relaciones personales que se derivan del conocimiento de las operaciones propuestas a los clientes y sin tener que aproximar subjetivamente el peticionario al operante, como hace el mediador.¹⁰⁷

Lo anterior supone considerar la naturaleza de tales negocios jurídicos y entraña la advertencia de que en el caso concreto de la agencia, el fin práctico perseguido por las partes y su función económica-social justifican su tutela por el derecho, mismo que reconoce la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, de manera que en tanto el derecho se ocupa de su reglamentación, las normas aplicables a los negocios atípicos son las contenidas en las reglas generales de los contratos, las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisos, por las disposiciones del contrato con que más tengan analogía. En cuanto a la agencia mercantil, no obstante ser un contrato atípico y guardar analogía con la comisión mercantil (en cuanto a "mandato mercantil"), queda sujeta a normas del Código Civil y no a las del Código de Comercio. Incluso, aunque se pretendiera aplicar las normas relativas a la comisión, tendríamos que considerar el artículo 285 que expresamente nos remite a las normas del mandato civil.

En definitiva, el agente es la persona que tiene por oficio gestionar en favor de negocios ajenos y a nombre del titular de éstos, y el contrato de agencia por consiguiente constituye una relación jurídica duradera, estable, cuya ejecución es de carácter profesional y autónoma e independiente, no subordinada, a cambio de la cual el agente obtiene una remuneración; se

¹⁰⁷ Cfr. Castrillón y Luna, Victor M., *Op. Cit.*, pp. 423 y 424.

trata, a decir de Messineo, de un contrato dirigido a procurar a una de las partes un resultado.¹⁰⁸

Por consiguiente, para él la agencia es una especie de mediación de carácter permanente, autónoma, y en representación de los intereses de las partes contratantes.

En un contexto más austero, y sobre todo en términos más simples, para Mantilla Molina,¹⁰⁹ 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.

Luego, Mantilla no analiza la representación, sino que se limita a establecerlo como un auxiliar independiente que realiza funciones de intermediación, es decir, de fomentar negocios comerciales.

La misma postura es adoptada por el doctrinario Barrera Graf cuando señala “similar a la actuación de los mediadores, es la de los agentes de comercio, en cuanto que se trata de auxiliares independientes del comercio pero la relación que los liga a éste, no es de mediación, sino de promoción y fomento de negocios y actividades”.¹¹⁰

En el mismo tenor, Vázquez del Mercado¹¹¹ señala que la función del agente solamente es buscar clientes o bien visitarlos; y que éstos suelen operar en zonas o en general en toda la República. Pero que su autorización se da a través de cartas u otros documentos para gestionar, negociar o hacer operaciones de tráfico que obligarían a su principal dentro de las atribuciones expresadas en los documentos antes señalados, los reduce a dependientes viajantes que amplían el campo comercial para las operaciones del comerciante. Pero, que en la mayoría de los casos el agente no tiene la facultad de representar al principal, sino que su misión se limita a dar a conocer los productos o servicios que constituyen

¹⁰⁸ Cfr. Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, 8a. ed. (trad. Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Eds. Jurídicas Europa-América, 1954-1956, t. VI, p. 60.

¹⁰⁹ Cfr. Mantilla Molina, Roberto L., *Op. Cit.*, p. 153

¹¹⁰ Barrera Graf, Jorge, *Op. cit.*, p. 37.

¹¹¹ Cfr. Vázquez Del Mercado, Oscar, *Contratos Mercantiles*, 14ª ed., México, Porrúa, 2006, p. 107.

su tráfico y en esta forma sirve de intermediario entre su principal y las personas que por su visita contratan con aquél.

Coinciden las anteriores posturas con la del doctrinario clásico César Vivante,¹¹² quién refiere que ante la necesidad de colocar rápidamente los productos antes que la competencia disminuya el precio, para difundir el producto y su uso, los fabricantes de mercancías, se valen habitualmente del trabajo de agentes viajantes, quienes deben acreditarse con los respectivos documentos donde se le otorgó tal facultad.

De las posturas de los doctrinarios clásicos, se desprende que la naturaleza del agente, es la de un simple auxiliar del comerciante, que lo ayuda a ampliar su campo comercial y llevar sus productos a otras plazas comerciales, siendo en algunos casos en representación del principal, pero en otros tantos sólo alguien que se encarga de acercar a los clientes a éste, entendiéndose en algunos casos como un auxiliar dependiente y en otros como un independiente.

Pero, de acuerdo con Vázquez del Mercado¹¹³ se ha considerado que cuando el agente se limita a servir a un solo comerciante recibe instrucciones para trabajar, debe visitar a determinados clientes, rendir informes, tiene un horario y en algunas ocasiones presta servicios a los clientes, se está frente a un trabajador más que frente a un auxiliar del comerciante, confundiendo la naturaleza de la relación jurídica que se establece entre los sujetos y las funciones desempeñadas por el agente, es decir, que si existe una subordinación en el desempeño de las funciones del agente, conforme a la legislación laboral de nuestro país, éste será un trabajador, y en consecuencia la relación entre ambos, será de trabajo y por tanto, regulada por la Ley Federal del Trabajo, lo cual no es un óbice para que el agente siga siendo un auxiliar del comerciante y lo ayude conforme a sus funciones a ampliar su campo comercial.

Caso contrario se presentará cuando en la relación que existe entre el principal y el agente, tiene este último un carácter autónomo e independiente, en cuyo caso la relación surge por medio de un contrato atípico, el de agencia, y en el

¹¹² Cfr. Vivante, César, *op. cit.*, p. 304.

¹¹³ Cfr. Vázquez Del Mercado, Oscar, *Op. Cit.*, p. 108.

cual los actos que el mismo ejecute, lo serán en representación del principal, obligándolo en los términos del mismo.

Para concluir, cabe resaltar que de la doctrina, y como se verá en el siguiente capítulo, de las distintas legislaciones que hay en otros países, se puede distinguir que la figura del agente, se aborda desde dos principales puntos de vista, a saber; una como auxiliar del comerciante, ya dependiente, en cuyo caso estamos frente a una relación de trabajo; ya independiente como auxiliar del comercio, y que en tal supuesto, no se contempla una regulación al respecto de la relación que nace entre el principal y el agente.

En segundo lugar, como contrato mercantil, pero confundiendo su naturaleza jurídica con otras figuras contractuales, como la comisión mercantil, la intermediación, el corretaje, el factoraje, y aún con el mandato civil; todo esto provocado por la ausencia de regulación del contrato de agencia mercantil, que a pesar de que en la práctica se celebra como un contrato atípico, la confusión de las funciones del agente y de los derechos y obligaciones de las partes ha traído como consecuencia una incorrecta regulación del mismo, para lo cual es indispensable que el legislador entienda en primer término la naturaleza de la figura, y en segundo las funciones del agente y los derechos y obligaciones de las partes, para poder llegar a una adecuada normatividad mercantil, que atienda a la realidad social comercial de nuestro país; y además, para evitar el uso de ésta figura por parte de los empresarios en su carácter de patronos, a fin de evadir sus responsabilidades laborales, que ante el desconocimiento de figuras como ésta, toman ventaja de los trabajadores ignorantes de la norma, pretendiendo que se encuentran ante un contrato mercantil, cuando lo están ante una relación laboral.

En consecuencia, en el siguiente punto abordaremos la naturaleza jurídica de la agencia mercantil, y su comparación con otras figuras semejantes, a fin de delimitar el campo de actuación de la agencia, ya como auxiliar del comerciante, ya como contrato mercantil.

3.2 NATURALEZA JURÍDICA

En este punto vamos a analizar a la agencia desde distintos puntos de vista y vamos a compararla con otras figuras con las que guarda mucha similitud, a partir de los conceptos que se manejan en nuestra legislación, para entender mejor la naturaleza de la agencia y así estar en la posibilidad de comprenderla mejor, y llegar a su regulación adecuada.

El maestro Arce Gargollo¹¹⁴ distingue tres conceptos de agencia, a saber, como establecimiento, como agente y como contrato de agencia; estos poseen distintos significados 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 subordinada de una empresa.

a) A la agencia como establecimiento o empresa hacen referencia diversas disposiciones de nuestro ordenamiento legal. Por ejemplo, el *C. de Co.* en el artículo 75 frac. X establece que son actos de comercio: "las *empresas* de comisiones, de *agencias*, de oficinas de negocios comerciales y *establecimientos* de ventas en pública almoneda." El Reglamento de la ley federal de turismo hace referencia a las *agencias de viajes* como la empresa que contrata o actúa como intermediario en beneficio del usuario de servicios turísticos (art. 2º frac. I). Para efectos fiscales, se establece que tienen el carácter de establecimiento permanente, entre otros, las sucursales, *agencias*, oficinas, fábricas, como lugar de negocios en que se desarrollan actividades empresariales (art. 2ª Ley de Impuesto Sobre la Renta).

b) Al agente como persona física o moral que actúa por cuenta de otra se refieren muy distintas leyes mexicanas. Por ejemplo:

i) El *agente naviero* es la persona física o moral que está facultada para que en nombre del naviero u operador, bajo el carácter de mandatario o comisionista

¹¹⁴ Cfr. Arce Gargollo, Javier, *Op. Cit.*, pp. 335 y 336.

mercantil, actúe en su nombre o representación. (art. 22 Ley de Navegación y Comercio Marítimo).

ii) Los *agentes de seguros* son las personas físicas o morales que intervienen en la contratación de un seguro (art. 23 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros), y que están regulados, además, por un Reglamento de agentes de seguros.

iii) El *agente de fianzas* es la persona que interviene en la contratación de fianzas (art. 87 Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

iv) El *agente aduanal* tiene como función promover por cuenta de importadores o exportadores el despacho de mercancías (art. 26 de la Ley Aduanera).

v) Por último, la Ley Federal del Trabajo regula a los *agentes de comercio* (de seguros, vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de ventas) y los considera como *trabajadores* de la empresa cuando prestan sus servicios en forma permanente y bajo una relación de dependencia con un patrón (arts. 285 y siguientes).

Hay un denominador común en los ejemplos antes enumerados de las diversas clases de agentes y es el elemento de la actuación por cuenta ajena, independientemente de que exista o no la representación.

El agente como una de las partes del contrato mercantil es, generalmente, un comerciante. Sin embargo, puede haber diversas clases de agentes y distintas relaciones de éstos con el empresario. En ciertas circunstancias, esta relación tiene carácter laboral.

a) *Concepto*. Se denomina *agente de comercio* al comerciante que es parte en contratos de agencia de naturaleza mercantil. Con este calificativo se distingue de otra clase de agentes.

En sus orígenes, surge el agente 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; y con unos y con otros coincide su actividad como actividad mediadora y representativa.

Agente de comercio es la persona, física o moral, que de modo independiente, se encarga de fomentar los negocios de uno o varios comerciantes.

b) *Clases*. El agente de comercio es comerciante, ya que realiza actos calificados de comerciales y, por su relación continuada o estable de su actividad y el requisito de independencia, generalmente tiene la condición de empresario.

El agente de comercio puede o no tener la *representación* del empresario, pues no es inherente a su función actuar en nombre del mandante. Para el Derecho mexicano, en la mayoría de los casos el agente no tiene la facultad de representar al principal, debido a que no se celebra por escrito el contrato. Es posible distinguir al agente de comercio que tiene representación de su mandante, de aquel que actúa sin representar al empresario. Así, se puede hablar de agente representativo y agente sin representación.

El agente de comercio puede o no ser *exclusivo*, y ello depende de cada uno de los contratos que celebre. Por esta razón puede haber un agente exclusivo y un agente sin exclusividad o no exclusivo.

Importa, sin embargo, destacar otra clase de agentes acerca de los cuales existe cierta confusión: se habla de agentes *viajeros o viajantes* y de *agentes de ventas*, por oposición a los agentes de comercio o comerciales.

Los *agentes de ventas* tienen "su misión circunscrita a determinada ciudad", en tanto que los *vijantes*, "como su nombre lo indica, recorren una zona más o menos amplia e incluso todo el país". Las funciones del agente de ventas y del viajante son más limitadas que las del agente comercial.

Los primeros suelen reducir su actividad a visitar clientes; a fomentar sus ofertas de contrato; a recoger sus pedidos para trasladarlos al empresario mercantil al que auxilian, el cual, en este caso, debe aceptarlos; o, en escasas ocasiones, poseen poderes para concretar contratos en firme en nombre de su principal, o salvo aprobación posterior de éste. Sus facultades, e incluso su forma

de retribución, suelen ser variados y dependen, frecuentemente, del ramo mercantil o de la naturaleza de la actividad que desarrollan."

En nuestro C. de Co. hay una referencia a los *dependientes viajantes* (art. 323) que tienen el carácter de agentes de comercio, representativos en tanto que "obligan al principal dentro de sus atribuciones expresadas en los documentos que los autoricen" y su relación es de naturaleza laboral, pues son "dependientes". Puede encontrarse la descripción de estos auxiliares del comerciante en la LFT que se refiere a los agentes viajantes (art. 285).

c) *Aspecto laboral*. Una cuestión de gran importancia en la relación entre el agente y el principal es el determinar en qué casos se está en presencia de un contrato de agencia mercantil y en casos hay una relación de naturaleza laboral.

Nuestra Ley Federal del Trabajo (en adelante LFT) contiene un capítulo dedicado a "los agentes de comercio y otros semejantes", y en el artículo 285 de dicho ordenamiento se establece:

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 prestan sus servicios, cuando su actividad sea *permanente*, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas.

La jurisprudencia y la doctrina han abundado en torno de este precepto y las normas relacionadas con él. Aun cuando la LFT utilice los más amplios vocablos para describir al agente, los criterios parecen ser claros.

El agente es titular de su propia empresa y la prestación de su trabajo no se realiza de modo subordinado. De ahí que no esté ligado al empresario por un contrato *laboral*, sino por un contrato distinto: el contrato de agencia.

En Derecho laboral mexicano, la disposición debe interpretarse en el sentido de que el contrato de agencia o la relación, es laboral cuando el "agente" dependa, en relación personal subordinada de la empresa a la que representa y por cuya cuenta actúa. El pleno de la Suprema Corte de Justicia ha declarado que: "el agente de comercio es trabajador y se encuentra protegido por la Ley Federal del Trabajo si se da el elemento esencial de la relación de trabajo: subordinación

(Cfr. la tesis judicial: *Agentes de comercio, cuando son sujetos de derecho del trabajo*).

La relación jurídica es mercantil cuando el agente sea titular de su propia empresa de agencia. "El criterio básico de la distinción vuelve a ser la *subordinación jurídica* que siempre encontramos tratándose de contratos de trabajo." Por tanto, independientemente de la denominación que tenga el agente:

—*comisionista* o *mediador*, como frecuentemente se le llama— y también sin importar la forma del pago de salario, que no sirve de criterio de distinción, estamos en presencia de una verdadera *relación laboral* en los siguientes casos. Si una persona que realiza ventas de los productos de una empresa, aunque se le pague con comisiones, tiene que trabajar durante determinado número de horas diarias, presentarse a la fábrica todos los días al comenzar o terminar la jornada de labor o en ambas ocasiones, se le prohíbe dedicarse a vender productos de otras empresas aunque no sean de la competencia y se le fijan los clientes o rumbos precisos que debe recorrer, todos ellos son indicios de que no se trata de un comisionista, sino de un *trabajador*.

Una tesis judicial ha señalado que hay que tener en cuenta los términos y condiciones del contrato, no el hecho de que en ellos aparezca la palabra "comisionista" (Cfr. la resolución judicial: *Comisión: naturaleza de los contratos*).

Una interesante tesis de un Tribunal Colegiado ha señalado las características que debe tener un contrato de comisión para acreditar que no hay relación de trabajo. Dice esta ejecutoria: "para la existencia de una relación derivada de un contrato de comisión mercantil, deben acreditarse los siguientes elementos: a) Que los actos realizados fueron transitorios, aislados y que sólo accidentalmente crearon dependencia entre el comisionista y el comitente; b) Que la duración del contrato estuvo limitada al tiempo que era necesario emplear para la ejecución de los actos; c) Que los actos verificados eran precisamente de comercio; y, d) En caso de no haber sucedido así, que las actividades contratadas no se hubieran realizado por quien alega ser trabajador, sino a través de otras personas contratadas independientemente por el comisionista. (Ver la tesis:

Contrato de comisión mercantil, requisitos que se necesitan para acreditar la existencia del, y diferencias con el contrato laboral).

Las tesis y la jurisprudencia acerca del tema son repetidas y abundantes, en ellas se repite el concepto de subordinación y dependencia para calificar a la relación laboral, frente al contrato de agencia mercantil en donde el agente debe tener como característica su "independencia". (Cfr. las tesis judiciales: *Agente de comercio y de seguros.—Comisión mercantil, contrato inexistente de.—Comisión mercantil—Trabajo, contrato de. Sus diferencias con la comisión mercantil*)

c) El contrato de agencia, en su aspecto mercantil, no está regulado como tal en nuestro Derecho mexicano y es, por tanto, un contrato atípico. Tiene naturaleza mercantil cuando se celebra entre comerciantes independientes y no hay subordinación entre el agente y el empresario, pues en este último caso la relación tiene carácter laboral y se rige por la ley respectiva. En materia fiscal, la Ley de Impuesto al Valor Agregado señala que se considera prestación de servicios *independientes* al mandato, la comisión, la mediación, *la agencia*, la representación, la correduría, la consignación y la distribución (art. 14 frac. IV). La Ley de Impuesto Sobre la Renta se refiere a los ingresos por mediaciones derivados de diversos contratos como el de *agencia* (arts. 137 y 204).

En resumen, de los conceptos anteriores podemos ver, que en el caso de los dos primeros, como establecimiento o empresa y como agente; en ambos casos ya existe una regulación por parte de diversas leyes, no sólo mercantiles, sino aún las fiscales y laborales; pero, tratándose del último concepto, como contrato atípico, es en este último, donde encontramos el vacío legal, y por consiguiente, es ahí donde se encuentra el objeto de estudio del presente trabajo.

El referido autor, sobre este asunto afirma que: "En nuestro derecho el contrato de agencia es atípico. Como figura jurídica posee una connotación propia que la distingue de otros contratos afines a él, como los de comisión, mandato, prestación de servicios, corretaje, suministro y distribución".¹¹⁵

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 360.

Y él mismo, citando a Sánchez Calero expresa que "la naturaleza jurídica del contrato (de agencia) es discutible, pero el Tribunal Supremo lo ha considerado una subespecie de la comisión".¹¹⁶ Esto lo podemos ver como un criterio que se desprende del propio C. de Co., en donde se establece que la Comisión mercantil sin representación se entenderá como un mandato mercantil, y que éste se regulara por las reglas del mandato civil, de ahí que se entienda como una subespecie de la comisión.

No obstante concluye que, el contrato de agencia tiene características que le dan una naturaleza contractual propia, distinta de la de los contratos mercantiles ya mencionados y dentro de los cuales no puede encuadrarse como una modalidad. Las normas de los contratos típicos que le resultan aplicables supletoriamente son, en este orden, las de la comisión, por la mercantilidad de la relación; las del mandato, como contrato de gestión de intereses ajenos y las del contrato de prestación de servicios, por la actividad de actos materiales que debe desarrollar el agente.¹¹⁷

3.3 CARACTERÍSTICAS

A continuación expondremos algunas de las notas características de la agencia, a fin de entender mejor la figura, y son las que se detallan en seguida:

3.3.1 Tracto sucesivo

Sobre esta característica la doctrinaria Soyla H.,¹¹⁸ precisa que se trata de un contrato de duración porque, a diferencia del comisionista, el agente no asume el encargo de ejecutar un negocio o un contrato determinado o esporádico, sino todos los actos o gestiones que pueda promover y estipular el agente en la zona

¹¹⁶ Cfr. Arce Gargollo, Javier, *Op. Cit.*, p. 360.

¹¹⁷ Cfr. *Ídem.*

¹¹⁸ Cfr. León Tovar, Soyla H., *op. cit.*, p. 524.

encomendada y en nombre del principal, mientras subsista el encargo. Tanto el CC italiano como la ley española citada se refieren al carácter estable o duradero del agente, de ahí que tampoco se pueda decir que el mandatario mercantil a que se refiere el art. 285 del CCo mexicano sea un agente de comercio, porque la ley exige que dicho mandatario se encargue de actos concretos de comercio realizados en nombre del mandante, mientras que la agencia es de carácter duradero, no esporádica como ocurre con la comisión o el mandato mercantil, al que el CCo sujeta a las normas del *Código Civil* para regular las relaciones entre las partes.

Como señalamos anteriormente, el CCo considera mandato mercantil al contrato por el cual el comisionista actúa en nombre de su comitente, cuya consecuencia estriba en que los derechos y las obligaciones de las partes no se sujeten a lo previsto por el CCo para la comisión propiamente dicha, sino a las normas del mandato del CCF; pero en todo caso esta distinción no es suficiente para considerar que el mandatario mercantil a que se refiere el art. 285 del CCo sea un agente de comercio, ya que si bien es verdad que el agente actúa en nombre y cuenta del principal como el mandatario mercantil, éste realiza actos concretos de comercio, como el comisionista, mientras que el agente tiene el encargo de realizar un cúmulo de actos de manera estable o duradera, un conjunto de actos de todo un género de comercio, tantos como pueda realizar durante la vigencia del contrato. En todo caso, son mandato mercantil tanto la comisión propiamente dicha (en la que el comisionista actúa en nombre propio pero por cuenta del principal) como la comisión impropia (o mandato mercantil *stricto sensu*) y la agencia (en la que el agente actúa con representación para realizar diversos actos de comercio), mandato especial en cuanto a la naturaleza de actos encomendados pero de contenido general y siempre representativo.

Lo anterior es así porque el CCF en su numeral 2546 define el mandato en atención a su contenido económico obligacional y prevé la doble actuación del mandatario, con poder o sin poder de representación; por tanto, no es válido fundar sus diferencias por el supuesto de la representación. Ésta será en todo caso un elemento superpuesto al mandato, a la agencia o a la comisión y todos

son contratos de gestión de los intereses de otro con representación o sin ella. La misma autora explica que conforme la legislación de España e Italia, el agente de comercio no necesariamente celebra actos u operaciones de comercio; puede simplemente promoverlos, de ahí que, como señala la doctrinaria¹¹⁹ citando a Barbero, se diferencien la agencia del mandato y sostengan que el objeto de la agencia no es la conclusión de contratos para el mandante, sino la promoción de la conclusión de contratos; tal y como hemos venido señalando a lo largo del presente trabajo; sin embargo, el mismo autor reconoce que la agencia no excluye que el encargo de promover vaya acompañado de la representación para concluir. Es decir, si bien, la principal actividad del agente puede consistir en promover los negocios del principal, con o sin representación, esto no es óbice para que éste concluya los negocios del principal.

Lo anterior lo reafirma la maestra León Tovar, cuando toma de referencia lo dispuesto tanto en la ley española como en el CC italiano se prevé la conclusión de actos por parte del agente y las leyes en forma expresa, y al referirse a ciertas clases de agentes, como los de seguros y fianzas, expresamente señalan la facultad de concretar actos de comercio en nombre y cuenta del principal.¹²⁰

De lo anterior, deviene, que la agencia tiene un carácter de tracto sucesivo, en vista de la serie de actividades y gestiones que realiza el agente, en aras de promover y en ocasiones concluir los negocios a nombre y por cuenta del principal y no sólo actos concretos como el mandato mercantil.

3.3.2 Entre sujetos de derecho mercantil

La agencia, al ser un acto estipulado entre empresarios, pues lo son tanto el principal como el agente, cuya profesionalidad se caracteriza precisamente por hacer de la agencia su actividad económica habitual, poniendo su propia empresa a disposición de la colaboración de su representado, tal como lo señala el art. 75, en su fracc. X del C. de Co.; por consiguiente, al ambos tener éste carácter, es

¹¹⁹ *Cfr. Ídem.*

¹²⁰ *Cfr. León Tovar, Soyía H., Op. Cit., p. 319.*

que estamos en presencia de una figura mercantil y que por lo mismo, debe ser regulada por leyes mercantiles, y no por la legislación civil, como señala el propio C. de Co. para el mandato mercantil; bajo este supuesto, estamos en presencia de un contrato, toda vez, que no se trata de un auxiliar del comerciante, luego que, en éste supuesto no pone en relación a un comerciante con un subordinado suyo, sino a dos empresarios independientes; porque de ser así tal relación sería regulada, ya no por la legislación mercantil, sino por la laboral, al existir subordinación, nace una relación de trabajo con todas las consecuencias inherentes a la relación de trabajo.

3.3.3 Objeto

Para la doctrinaria León Tovar¹²¹ en la agencia, el objeto directo consiste en promover y concluir contratos en nombre y por cuenta del empresario representado, de modo que la actividad parcial del agente, a favor del empresario, se separa de la actividad imparcial de los mediadores que se limitan a buscar clientes, aproximándolos para que contraten directamente con el empresario. El agente dotado de poder de representación contrata con terceros en nombre del empresario representado; el agente promotor de operaciones está obligado no sólo a promover actos comerciales, sino a influir en la voluntad del tercero y celebrar con éste tales actos. En cuanto al objeto mismo de la agencia, éste puede estar constituido por mercancías o cualquier otro bien, pues como dice la exposición de motivos de la ley española, el acto u operación de comercio que el agente promueve puede estar dirigido a la circulación de mercancías o, más genéricamente, a la circulación de bienes muebles y aún de servicios.

¹²¹ *Cfr. Ibídem*, p. 320.

3.3.4 Retribución

La retribución del agente es una nota característica de los contratos por cuenta ajena. En este caso, generalmente depende de los resultados de su gestión en nombre y por cuenta del principal. La ausencia de pacto con relación a su retribución no implica que sea gratuito, sino que la contraprestación en caso se rige conforme los usos del lugar en donde se ejecutó la agencia, tal como señala el art. 304 del C. de Co. “Art. 304. Salvo pacto en contrario, todo comisionista tiene derecho a ser remunerado por su trabajo. 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.” Es decir, que al tratarse como en este caso de un contrato atípico, se regula por la figura a la que mas se parece, siendo ella la comisión, y por tanto, al agente se le remunerará en términos del contrato celebrado, y en caso de no existir pacto al respecto, conforme al uso de la plaza comercial donde se ejecutó la misma.

3.3.5 Independencia

Hay que recordar que en el caso de la agencia, partimos de dos supuestos principalmente, el primero, donde el agente es un auxiliar del comerciante, supuesto en el que no se presentará la independencia, sino al contrario, estaremos en presencia de una subordinación, luego será una relación de trabajo, pero este supuesto, como ya lo hemos comentado anteriormente, ya está regulado por la Ley Federal del Trabajo (art. 20); el segundo supuesto es la agencia como contrato mercantil, y dentro de éste supuesto una de sus características es la independencia del agente. La diferencia sustancial entre el factor dependiente, representante de comercio, y el agente comercial radica precisamente en esa independencia o autonomía del agente que no tiene el representante. El agente debe ser independiente respecto de la persona por cuenta de la cual actúa; por ello se diferencia de los representantes y de los agentes viajantes de comercio

dependientes y de las personas que se encuentran vinculadas por una relación laboral con el empresario por cuya cuenta actúan. El agente de comercio debe organizar su actividad profesional y el tiempo dedicado a la misma conforme sus propios criterios y recursos, con absoluta independencia del principal.

Como consecuencia de lo anterior, en muchos casos el agente cuenta con una organización, empresa y estructura propios, y sus actividades independientes no están sujetas a horario; el agente es libre de emplear los recursos técnicos, retóricos, económicos y humanos propios; las erogaciones por sus servicios son por cuenta del agente y no del empresario; no existe percepción fija en favor de agente. Asimismo, salvo pacto en contrario, el agente debe asumir los gastos de la gente a su cargo, todo ello a cambio de una remuneración.

3.3.6 Actuación personal

El agente debe realizar por sí mismo o por medio de sus dependientes la promoción y conclusión de los actos de comercio que se le hayan encomendado; diferencia fundamental entre el agente y el auxiliar del comerciante, que es un trabajador, y en tal contexto, debe desempeñar un trabajo personal como lo exige el art. 20 de la LFT, y jamás por medio de sus dependientes, además del hecho que sólo una persona física puede ser trabajador; siendo que en la agencia podemos encontrar tanto a una persona física como a una moral, supuesto que se aleja del carácter de auxiliar del comerciante y que se torna en un contrato; exigencia que se justifica porque al igual que el comisionista o el mediador, el agente es una persona en la cual se confía, por su experiencia, crédito, solvencia y diligencia. Tal como lo afirma Barbero citado por la maestra Soyla León cuando señala que: “la agencia es un contrato *intuitu personae*, en razón de lo cual se requiere que el desempeño del encargo se realice en forma personal por el agente, salvo pacto en contrario”.¹²² Luego, en la agencia, la promoción o conclusión de los negocios del principal se deben ejecutar de manera personal o

¹²² León Tovar, Soyla H., *Op. Cit.*, p. 526.

bajo la supervisión del agente, toda vez, que el agente fue contratado en primer término por su experiencia, crédito, solvencia y diligencia.

3.3.7 Actuación por cuenta ajena

Por regla general, el agente no actúa por cuenta propia, sino ajena, sobre todo tratándose de los actos de promoción; ya por cuenta de uno o de varios empresarios, aun cuando puede actuar en forma exclusiva si así se conviene entre las partes, por lo que cuando concluye actos de comercio debe hacerlo en nombre del principal, sobre todo porque los actos en nombre propio los ejecuta un comisionista; pero tampoco hay obstáculos para que el agente los realice. La actuación por nombre y cuenta de varios empresarios puede hacerse, en cuyo caso es necesario el consentimiento del empresario respecto de la agencia en bienes o servicios de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos respecto de los que se obliga a promover frente a terceros.

3.3.8 Exclusividad

Según señala Barbero, citado por León Tovar¹²³ una característica fundamental de la agencia es la exclusividad, la cual puede no presentarse si las partes así lo pactan, pero dicha exclusividad constituye una característica de la agencia en cuanto que el empresario no puede valerse simultáneamente de varios agentes en la misma zona y para la misma rama de actividades, ni el agente puede asumir varios encargos en la misma zona y para el mismo ramo de actividades de empresarios en concurrencia recíproca. Ello es así porque la agencia supone una relación estable o duradera entre el agente y el empresario por virtud de la cual el agente promueve los bienes del empresario, prestigia su nombre y marcas y concluye operaciones de comercio en nombre y cuenta del principal, lo cual implica para el agente en algunos casos, organizar su propia

¹²³Cfr. *Ídem*.

empresa, asumir el pago y control de los elementos necesarios para la promoción y la conclusión de operaciones en una zona determinada o con relación a un grupo determinado de personas.

Puesto que el agente tiene derecho a una remuneración por sus servicios, es necesario que cuente con autorización exclusiva para promover y concluir actos y operaciones, aun frente al propio empresario, para que en equidad perciba los beneficios de esa promoción y conclusión debidos a su actuación.

Ahora bien, en algunos casos, y sobre todo con autorización del principal, el agente puede promover productos de distintos empresarios en la misma zona, como sucede por ejemplo en el caso de las Agencias de Viajes.

3.4 ELEMENTOS PERSONALES EN LA AGENCIA

Como dijimos, en ocasiones, el agente es un auxiliar del comercio por cuya intervención y actuación se celebran actos de comercio, en otros será una persona física o moral que en virtud de un contrato atípico ejecute actos de promoción y de conclusión de negocios a nombre y por cuenta del principal. La ausencia de regulación general para este contrato, extraño al ordenamiento positivo a pesar de su frecuencia e importancia, hace que sea relativamente difícil reseñar su contenido obligatorio.

El análisis de la realidad contractual, las aportaciones doctrinales, escasas en la bibliografía mexicana, el derecho extranjero y la jurisprudencia permiten afirmar que las partes contraen y deben cumplir las obligaciones generales o comunes a todo comitente y comisionista, luego que las reglas para los contratos atípicos son precisamente que cuando estemos en presencia de alguno de ellos, estaremos conforme al que mas se le parezca, siendo en el caso en concreto la comisión mercantil, aunque parcialmente modificadas, por la naturaleza de la agencia, ya que el agente, a diferencia del comisionista, no mantiene una relación esporádica o transitoria con el principal, sino de carácter duradera; el agente siempre actúa a nombre del

principal y no a nombre propio como lo hace el comisionista; en fin, el objeto de la agencia puede ser tanto la conclusión de actos jurídicos como la promoción de los mismos para que sean celebrados directamente entre el principal y los terceros, respecto a los cuales el agente actúa como simple intermediario, mientras que la comisión sólo tiene por objeto la celebración de actos concretos de comercio.

3.5 CLASES DE AGENTES

En este punto vamos a analizar los diferentes tipos de agentes que están regulados en diversas leyes en nuestro país, para que partiendo de esos supuestos, encontrar los elementos comunes a ellas, y sobre esa base estructurar las disposiciones comunes y necesarias dentro del contrato de agencia que proponemos. La doctrinaria Soyla H. León¹²⁴ en su estudio de derecho comparado de la agencia parte de que la agencia permite al fabricante obtener sus productos mediante un tercero llamado agente, quien a título personal e independiente negocia y concluye contratos a nombre y cuenta de fabricantes o productores. Dicho agente cumple funciones de la más variada índole, se ocupa del cobro de créditos, trámite de marcas o patentes, publicidad, información de prensa, ventas, seguros, fianzas, etcétera. Asimismo el agente puede ser fijo, no fijo como el viajante e independiente. A continuación hacemos alusión a algunas de dichas actividades.

3.5.1 Agentes de seguros y de fianzas

El agente de seguros, aparece regulado tanto en la Ley sobre el Contrato de Seguro (en adelante LCS), como en la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (en adelante LGISMS), en ambas, se prevé

¹²⁴ Cfr. León Tovar, Soyla H., *Op. Cit.*, p. 321.

la celebración del contrato relativo entre el agente de seguros y la aseguradora (arts. 14 y 41 respectivamente) para que el agente pueda celebrar contratos de seguros a nombre y por cuenta de una institución de seguros, supuesto en el cual requiere la autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros (artículos 23 y 41 de la LGISMS y 14 de la Ley sobre el Contrato de Seguro).

Conforme a la misma Ley General, los agentes de seguros sólo pueden cobrar primas contra el recibo oficial expedido por las aseguradoras. Las primas así cobradas se entienden recibidas directamente por tales instituciones; de ahí que respecto al asegurado, se reputa que el agente puede realizar todos los actos que por costumbre constituyen las funciones de un agente de su categoría y los que de hecho efectúe habitualmente con autorización de la aseguradora (artículo 15 de la Ley sobre el Contrato de Seguro).

La LGISMS considera agentes de seguros a las 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, según la mejor conveniencia de los contratantes (artículo 23). La misma Ley admite la existencia de agentes dependientes (trabajadores) y de aquellos independientes o cuya relación con la aseguradora se base en contratos mercantiles.

El agente de seguros está ampliamente regulado en el Reglamento de los Agentes de Seguros y aunque no se alude expresamente al contrato de agencia, se infieren éste y otros al aludir al agente independiente; de igual forma, el propio Código de Comercio, cuando alude al comisionista de seguros, en realidad menciona al agente de seguros, pues lo obliga a expresar el nombre de su representado (artículo 284 del Código Civil).

El Reglamento de Agentes de Seguros y Fianzas reconoce la actividad de intermediación en la contratación de fianzas y seguros realizada por agentes o apoderados, y conforme su art. 2o., las actividades de intermediación que pueden realizar los agentes y apoderados consisten en el intercambio de propuestas y

aceptación de las mismas, comercialización y asesoramiento para la celebración de contratos de seguros o de fianzas, su conservación o modificación, renovación o cancelación.

Dicho *Reglamento* no sólo regula la actividad o la operación de las sociedades dedicadas a seguros y fianzas, sino que también contiene disposiciones de carácter sustantivo y estructural de los agentes.

El agente es una persona física o moral autorizada por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF) para realizar actividades de intermediación en la contratación de seguros o de fianzas (art. 1o., fracc. VIII del *Reglamento*); pueden ser:

i) Trabajadores. Personas físicas vinculadas a las Instituciones por una relación de trabajo, en los términos de los arts. 20 y 285 de la *Ley Federal del Trabajo*, autorizadas para promover en nombre y por cuenta de las instituciones, la contratación de seguros o de fianzas.

ii) Agentes auxiliares del comercio, ya sea personas físicas independientes sin relación de trabajo con las instituciones, que operen con base en contratos mercantiles, o personas morales que se constituyan como sociedades anónimas para realizar dichas actividades.

A su vez, los agentes pueden ser agentes mandatarios (art. 1o., fracc. IX), que son los agentes designados por las instituciones para que en su nombre y por su cuenta actúen con facultades expresas, y que podrán estar facultados expresamente para expedir pólizas, modificarlas mediante endosos, recibir avisos y reclamaciones, cobrar primas y expedir recibos, así como, en el caso de las aseguradoras, realizar la comprobación de siniestros y tratándose de afianzadoras, del incumplimiento de obligaciones (art. 21 del *Reglamento*). El apoderado es la persona quien habiendo celebrado contrato de mandato con agentes personas morales, se encuentre expresamente facultado para desempeñar en su nombre actividades de intermediación.

En su trato con el público, así como en su papelería, correspondencia, propaganda y publicidad, los agentes mandatarios deberán hacer mención de tal carácter después de su nombre, denominación o razón social y obligarán con su

firma a las instituciones mandantes para efectos de la aceptación y expedición de pólizas.

Para actuar como agente o apoderado se requiere autorización previa de la Comisión, ante quien se debe acreditar contar con capacidad técnica para ejercer las actividades de intermediación en seguros y fianzas (art. 10 del *Reglamento*) si se trata de personas morales, deberá acreditarse estar constituidas como sociedades anónimas cuyo objeto social consista en la intermediación de seguros o fianzas, la realización de todos los actos necesarios para la intermediación, así como los que la Secretaría de Hacienda le autorice como análogos, conexos o compatibles. Las actividades de intermediación de las sociedades anónimas sólo las podrán realizar a través de apoderados; su denominación deberá ir seguida de la expresión "Agente de Seguros", "Agente de Fianzas" o "Agente de Seguros y de Fianzas", según corresponda; deberán tener íntegramente pagado el capital mínimo que fije la Comisión mediante disposiciones de carácter general, la cual podrá tomar en cuenta su volumen de operaciones u otros criterios que determine conveniente adoptar.

En los casos en que la sociedad establezca oficinas en otras localidades distintas de su domicilio social, deberá contar por lo menos con un apoderado en cada una de éstas, adicional al número de apoderados requerido en el párrafo anterior.

No se otorgará autorización para operar como agente o apoderado a, entre otros, quien hubiere sido declarado sujeto a concurso mercantil, suspensión de pagos o quiebra, sin haber sido rehabilitado (art. 13 del *Reglamento*).

La autorización tendrá el carácter de intransferible y podrá otorgarse para realizar actividades de intermediación en las operaciones, ramos y subramos que determine la propia Comisión (art. 14 del *Reglamento*). La autorización para actuar como agente persona física o apoderado se hará constar en una cédula que contendrá: su nombre; el señalamiento, en el caso de los agentes, de si actúan por cuenta propia o mediante una relación de trabajo con una institución, y en el caso de los apoderados la denominación de la persona moral que representan; las operaciones, ramos y subramos que se les autorice a

intermediar; la fecha de su expedición; fotografía; el término de su vigencia, y los demás datos que determine la Comisión.

La autorización para actuar como agente persona moral se hará constar en un oficio que contendrá su denominación o razón social, la fecha de su expedición y el término de su vigencia, máximo de tres años para personas físicas, e indefinida para las morales (art. 15), así como las operaciones, ramos y subramos que se les autorice a intermediar. La autorización, tratándose de personas físicas, se hará constar en una cédula que expida la Comisión y que contendrá su nombre; el señalamiento de que actúan como agentes mandatarios; las operaciones, ramos y subramos que se les autorice, la fecha de su expedición; fotografía reciente y los demás datos que determine la Comisión. En caso de agentes personas morales, se hará constar en un oficio que contendrá su denominación o razón social y la fecha de su expedición así como las operaciones, ramos y subramos que se les autorice.

Cuando las instituciones entreguen a los agentes pólizas o contratos sin requisitos firmados por funcionario, representante legal o persona a la que haya autorizado para tal efecto, las obligará a responsabilizarse por los actos que esos agentes hayan realizado (art. 12 del *Reglamento*).

Los agentes sólo pueden cobrar primas contra la entrega del recibo oficial expedido por las instituciones. Las primas así cobradas se entenderán recibidas directamente por las instituciones (art. 24 del *Reglamento*). Los agentes están obligados ingresar a las instituciones, en un plazo que no podrá exceder de 10 días hábiles contados a partir del día siguiente al de su recepción, los cheques y el numerario que hayan recibido por cualquier concepto correspondiente a las pólizas contraídas con su intermediación, así como cualquier documento o recuperación que les hubieren entregado con relación a dichas pólizas.

Los agentes tienen derecho a recibir de las instituciones de fianzas o seguros una contraprestación denominada *comisión* durante el tiempo en que estén en vigor las pólizas contratadas con su intermediación, aun después de extinguida la relación que tuvieron con dichas instituciones. Las instituciones sólo podrán pagar comisiones y cualquier otra

compensación por la contratación de seguros o fianzas a agentes, sobre las primas que efectivamente hayan ingresado a las instituciones (art. 25 del *Reglamento*).

Las comisiones que provengan de la renovación o modificación de una póliza respecto de un mismo riesgo o responsabilidad asumida, corresponderán a los agentes que hayan colocado la póliza inmediata anterior, salvo que abandonen el negocio, que su contrato de intermediación se haya rescindido sin responsabilidad para las instituciones, si hubieren fallecido o el contratante exprese por escrito a las instituciones que ya no desea la intermediación de esos agentes o revoque su designación nombrando uno distinto.

En caso de fallecimiento del agente persona física, el derecho al cobro de las comisiones pasará a sus legítimos causahabientes, durante el tiempo en que estén en vigor las pólizas de seguros o de fianzas respectivas.

Los agentes que operen con base en contratos mercantiles, así como sus causahabientes, podrán ceder a otros agentes los derechos que les correspondan derivados de su cartera de pólizas. Lo anterior deberá hacerse del conocimiento de las instituciones respectivas (art. 26 del *Reglamento*).

Del análisis anterior, se desprende que tanto la ley como el reglamento, reconocen la existencia del contrato de agencia como un requisito para desarrollar tal actividad, así como para exigir los derechos que se derivan de la relación, incluso enumerando algunos de ellos en ambas regulaciones.

Ahora, en el ejercicio de sus funciones, el Reglamento de Agentes señala como obligaciones a cargo de agentes y apoderados de seguros (art. 5o. del *Reglamento*):

i) Informar a quien pretenda contratar un seguro, en escrito firmado por ellos por lo menos de lo siguiente: su nombre completo, tipo de autorización, número y vigencia de su cédula, así como el domicilio donde

realiza sus actividades en el caso de los apoderados de seguros, la denominación de la persona moral que representen; el alcance real de la cobertura y forma de conservarla o darla por terminada, de manera amplia y detallada; que carece de facultades de representación de la aseguradora, para aceptar riesgos y suscribir o modificar pólizas, salvo que se trate de agente mandatario; que sólo podrá cobrar primas contra el recibo oficial expedido por la aseguradora y que las primas así cobradas se entenderán recibidas por ésta, y que al llenar el cuestionario que le requiera la aseguradora, señale todos los hechos importantes para la apreciación del riesgo que pueda influir en las condiciones que se convengan.

ii) Proporcionar a las aseguradoras la información auténtica que sea de su conocimiento, relativa al riesgo cuya cobertura se proponga, a fin de que las puedan formar un juicio sobre sus características y fijar conforme a las normas respectivas, las condiciones y primas adecuadas (art. 6o. del *Reglamento*).

iii) Apegarse a las tarifas, pólizas, endosos, planes de seguro y demás circunstancias técnicas utilizadas por las aseguradoras en los contratos de seguros.

iv) Devolver a las aseguradoras los recibos, pólizas y, en general, todos los documentos que obren en su poder correspondientes a los seguros contratados con su intermediación, a más tardar el tercer día hábil siguiente al que hubiera vencido el referido plazo que establece el art. 40 de la *Ley sobre el Contrato de Seguro* en los casos en que los contratantes de seguros o los asegurados, beneficiarios terceros interesados, omitan pagar, dentro del plazo las primas y demás, prestaciones que hubieren asumido.

v) Los cheques que reciban los agentes por dichos conceptos deberán ser nominativos y a favor de las instituciones que asuman el riesgo o la responsabilidad salvo que las instituciones autoricen a los agentes a recibir los cheques a su propio nombre. Esta autorización deberá constar expresamente y por escrito en un contrato de mandato que para ese fin expreso otorguen las instituciones a los agentes.

Por su parte, la LFIF, sobre este tenor, y siguiendo el mismo criterio de las regulaciones antes mencionadas, en su art. 87, define al agente fianzas como la persona física o moral que interviene en la contratación de fianzas y en el asesoramiento para contratarlas, conservarlas o modificarlas, según la mejor conveniencia de las partes. El mismo precepto exige previa autorización de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y señala que dichas personas deben satisfacer los requisitos exigidos por el reglamento respectivo y ser personas físicas dedicadas a esa actividad con base en contratos mercantiles o personas morales que se constituyan para operar en esta actividad. Asimismo, el art. 89 determina que para que los agentes de fianzas puedan celebrar contratos en nombre y por cuenta de una institución de fianzas a fin de actuar como apoderados, requieren autorización de la citada Comisión; por último, al igual que los agentes de seguros, el art. 90 *bis* de la *LFF* autoriza a los agentes de fianzas a cobrar las primas respectivas contra los recibos oficiales expedidos por las instituciones de fianzas.

Deviene, que tanto agentes de seguros, como de fianzas actúan bajo contrato, en nombre y por cuenta de las empresas; situación que por cierto, no puede ser de otra manera, toda vez, que para dedicarse a tal actividad, es obligatorio que se trate de personas morales que tengan dicho carácter; por consiguiente el agente persona física estaría imposibilitado legalmente para actuar en nombre propio.

Además, éstos pueden incluso cobrar primas a nombre de las empresas, previa autorización, e incluso están sujetas a un reglamento con obligaciones específicas; pero sobre todo la ley les exige una Cédula para actuar como tales, aún cuando el contrato no está ni siquiera regulado como tal.

Es decir, la agencia incluso ha tomado el rumbo casi de una profesión, al expedirse una cédula para su ejercicio, razón que hace aún más imperativo el que ésta deba regularse.

3.5.2 Agentes Aduanales

Sobre este segundo tipo de agentes, La *Ley Aduanera* en el título séptimo regula expresamente a los agentes aduanales a quienes define en el art. 159 como la persona autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante una patente, para promover por cuenta ajena el despacho¹²⁵ de las mercancías, en los diversos regímenes aduaneros previstos por la ley.

El agente aduanal, figura central de esta agencia, ya era regulado en nuestra legislación desde la Ley de Agentes Aduanales del 15 de febrero de 1918, aunque anteriormente ya existía. Se caracteriza como la persona física autorizada 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 (artículo 143 de la Ley Aduanera);¹²⁶ es decir, el agente aduanal se ocupa de realizar todos los actos y cumplir las formalidades en la aduana, a nombre y cuenta de su representado (ya sea el remitente o exportador de mercancías o el consignatario, destinatario o importador de las mismas), que sean necesarios para la entrada de mercancías al territorio nacional y para su salida del mismo, de acuerdo con los diferentes tráficos (interno o internacional) y regímenes aduaneros.

Esto según que las mercancías sean objeto de importación definitiva; exportación definitiva; temporal de importación; temporal de exportación; reposición de existencias; depósito fiscal, o tránsito (de mercancías).

El agente aduanal debe actuar sólo ante la aduana para la que se le expide la patente, pero puede promover ante otras el despacho para el régimen de tránsito interno, cuando las mercancías vayan o hayan sido sometidas a

¹²⁵ El art. 35 de la misma *Ley Aduanera* define al despacho como el conjunto de actos y formalidades relativos a la entrada de mercancías en el territorio nacional y a su salida del mismo, que con los diferentes tráficos y regímenes aduaneros deben realizar en la aduana las autoridades aduaneras y los consignatarios, destinatarios, propietarios, poseedores o tenedores en las importaciones y los remitentes en las exportaciones, así como los agentes o apoderados aduaneros.

¹²⁶ Alvarado Monroy, Rosa María, "Agentes aduanales", *Consultorio Fiscal*, México, vol. 2, núm. 22, 1988, pp. 15-22.

otro régimen aduanero en la aduana de su adscripción (artículo 102 de la Ley Aduanera).

Las principales obligaciones del agente aduanal son las siguientes: *a)* actuar siempre en su carácter de tal en los trámites o gestiones aduanales; *b)* mantener la oficina principal en el lugar de su adscripción para la atención de los asuntos propios de su actividad; *c)* otorgar la garantía aduanal determinada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; *d)* cumplir el encargo conferido personalmente; *e)* ocuparse habitualmente de las actividades propias de su función; *f)* declarar bajo protesta de decir verdad, el nombre y domicilio de su representado (destinatario o remitente de las mercancías) en los documentos que lo requieran, así como en el registro federal de contribuyentes; *g)* llevar al corriente el registro de todos los despachos en que intervenga y formar un archivo, cuya conservación obligatoria es por cinco años.

Asimismo, los agentes aduanales deben dar a conocer a la aduana de su adscripción, los nombres de sus empleados o dependientes autorizados para representarlos en todos los actos del despacho aduanero, de cuya actuación será ilimitadamente responsable. Esta obligación pone de manifiesto el carácter independiente del agente.

Rendir a sus clientes las cuentas de gastos respectivas y entregarles los comprobantes de pago y demás documentos correspondientes en plazo de 30 días naturales posteriores a la terminación del encargo; el incumplimiento de esta obligación es causal de suspensión del ejercicio de sus funciones hasta por un mes (art. 147, frac. V). A su vez, dicho agente tiene como principales y característicos derechos los de ejercer la parte; cobrar los servicios que preste conforme a la tarifa correspondiente, constituir para su ejercicio sólo sociedades o asociaciones personales, no capitalistas (artículo 146).

En el mismo sentido que los agentes anteriores, el aduanal, requiere de una autorización por parte del Estado para llevar a cabo su actividad de promover por cuenta ajena el despacho de mercancías, en este caso una patente que le otorga la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y fija

incluso una tarifa oficial, aunque como ya señalamos repetidamente el contrato de agencia no cuenta con una regulación propia.

3.5.3 Agentes navieros

Acerca de ellos, la maestra León Tovar,¹²⁷ los define como los agentes especializados en materia naviera y servicios anexos con la navegación y el comercio marítimo, autorizados para otorgar pólizas de fletamento y firma de conocimientos de embarque.

Mediante esta figura, se celebra el contrato en virtud del cual el agente marítimo naviero realiza en nombre y cuenta del naviero y a cambio de una contraprestación llamada premio o comisión los servicios conexos con la navegación. El agente naviero, llamado también agente consignatario de buques, es la persona que con el carácter de mandatario mercantil, atiende en el territorio nacional, por cuenta y orden de un naviero, una o varias de sus operaciones relativas a uno o diversos buques de su representado; o a nombre de éste celebra contratos de transporte por agua, para personas, mercancías o efectos, en los términos de la carta de encargo expedida por el naviero (artículo 255-A de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos- en adelante LNCM).

Ahora, el art.19 de la *Ley de Navegación* califica de agentes navieros tanto a los propiamente agentes como a los comisionistas, los que no tienen la representación, y señala que dicho agente es la persona física o moral que actúa en nombre del naviero (la persona que opera y explota una embarcación de su propiedad o bajo su posesión) u operador (quién sin tener la calidad de naviero o armador, celebra en nombre propio los contratos de transporte por agua para la utilización del espacio de las embarcaciones que él, haya contratado)¹²⁸ como mandatario o comisionista mercantil y está facultado para representar a su mandante o comitente en los contratos de transporte de mercancías y de

¹²⁷ Cfr. León Tovar, Soyla H., *Op. Cit.*, p. 322.

¹²⁸ Cfr. *Ídem*.

fletamento, nombrar agente consignatario de buques y realizar los además actos de comercio que su mandante o comitente le encomiende.

Dicho ordenamiento también distingue al agente naviero ("agente naviero general") del agente naviero consignatario de buques; este último es la 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 encomienden en relación la embarcación en el puerto de consignación.

Conforme a derecho mexicano, sólo pueden actuar como agentes consignatarios los mexicanos, personas físicas o sociedades anónimas; éstas deben someter su acta constitutiva a la aprobación previa de la Secretaría de Marina (artículo 255-B de la LNCM). Además, requieren permiso de esa Secretaría, mismo que se otorga una vez que se satisfacen los requisitos del artículo 255-C de la LNCM y se compruebe su representación con el mandato que se le hubiere conferido o, en cada caso, con la carta de encargo, cable, télex o los documentos que formen parte integrante del mandato.

Conforme a la LNCM, las principales funciones del agente consignatario está facultado para realizar uno o varios de los siguientes servicios conexos a la navegación (artículo 255-2 de la LNCM):

- Asistir y recibir la nave o naves designadas.
- Reparar, en cuanto sea necesario, su alistamiento y expedición.
- Recibir las mercancías, de acuerdo con la documentación respectiva.
- Firmar los conocimientos de embarque como representante del capitán.
- Otorgar pólizas de fletamiento, cubrir y pagar fletes autorizados.
- Cobrar cheques y pagar los reembolsos que procedan.
- Atender reclamaciones recibidas, comunicarlas al naviero y cumplir las instrucciones al respecto.
- Efectuar gestiones legales ante las autoridades respectivas.

Como podemos observar, en éstas, las facultades del agente, van más allá de la intermediación y conclusión de negocios por cuenta del principal.

3.5.4 Agentes de viajes

Para la misma doctrinaria, los agentes de viajes son las personas facultadas para reservar espacios en los medios de transportes y en hospedajes, así como para expedir en nombre de los transportistas u hoteleros y a favor de los turistas los boletos, cupones o reservaciones correspondientes.¹²⁹

Los agentes de viajes, en su inicio, se ocuparon únicamente de realizar actividades de intermediación entre el turista y el proveedor del servicio turístico, proporcionando solamente los billetes o boletos de viaje o haciendo la reservación de los espacios turísticos en los hoteles, teatros o restaurantes; sin embargo, con el crecimiento del turismo, los agentes se convierten en promotores de este fenómeno.

La agencia de viajes ha facilitado el acceso al turismo de las diversas capas sociales, si bien el turista nacional o extranjero contrata los servicios en desigualdad de condiciones al adherirse al negocio jurídico sin discutir su clausulado.

El agente de viajes, según la Ley Federal de Turismo, se ocupa desde expedir los boletos o billetes de viaje, en nombre de los portadores, o reservar los espacios turísticos, hasta concertar un contrato de organización de viaje (contrato turístico), mediante el cual su representado se obliga a procurar al turista, a cambio de un precio global, un conjunto de prestaciones que comprenden, entre otras, el transporte, la reservación de algún espacio turístico, viáticos y la visita a determinados lugares.

¹²⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 323.

3.5.5 Agente de Ventas

La maestra Soyla H., refiere en su obra de Derecho Comparado que el agente de comercio o representante comercial desarrolla un papel muy importante en el tráfico mercantil nacional e internacional; constituye un vínculo, un elemento que hace posible establecer relaciones jurídicas entre dos o más comerciantes, entre el exportador de mercancías y los mercados extranjeros; es el sujeto merced al cual el productor o distribuidor de un bien o servicio obtiene prestigio sobre sus productos o marcas, o se establece en nuevos mercados. El agente permite al principal vender sus productos en otras zonas o plazas sin estar físicamente presente.

El agente adquiere relevancia por su conocimiento cabal de las condiciones peculiares del mercado dentro del cual se desenvuelve, así como de las necesidades de los posibles clientes, de manera que si quien le hace el encargo de vender sus productos es un extranjero, éste se puede ver favorecido con nuevos compradores; el agente le verifica las ventas de sus productos, le cobra facturas y le presta los servicios necesarios y posteriores a las ventas para que pueda (el principal o exportador) disponer del precio recibido. La solvencia del agente, su influencia en la zona de actuación, su clientela local, capacidad financiera y crediticia, sus conocimientos del mercado y su experiencia en los negocios son factores que facilitan al contrato.¹³⁰

A decir de Vukmir Branko, citado por la autora, los beneficios que ofrece el agente motivan a los exportadores de países en desarrollo para recurrir a ellos y ampliar sus ventas en los mercados industrializados.¹³¹

La tarea principal del agente para con el exportador es buscar compradores, sobre todo cuando el producto no es muy conocido en el mercado; su diligencia es tal que en muchas ocasiones no se limita a acreditar el producto, sino también proporciona clientes permanentes al exportador, quien por su parte no siempre actúa con reciprocidad, ya que suele optar por prescindir de los servicios de su

¹³⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 324.

¹³¹ Vukmir, Branko, *Los agentes de comercio. Conozca su legislación*, España, 1969, pp. 14 y 15.

mandatario para evadir el pago de los honorarios de su agente, lo cual además de injusto es inequitativo y desproporcionado, porque no obstante la terminación de la relación jurídica de agencia, por la actuación del agente durante su vigencia, el exportador continúa recibiendo beneficios de los contratos de compraventa celebrados con los clientes obtenidos por el agente. Ello ha motivado a algunos países, como veremos en el apartado relativo, a establecer la obligación de indemnizar al agente, especialmente cuando el mandante le rescinde el contrato.

Luego aquí encontramos otra razón, para regular el contrato de agencia, y así dar paso a la indemnización del agente cuando se le rescinde su contrato.

A su vez, dentro de la categoría de agentes de ventas, podemos aludir a las siguientes:

a. *Agencia de distribución (AD)*. Se presenta cuando el agente importa mercancías por cuenta y riesgo del vendedor o proveedor extranjero para entregarlas directamente al destinatario; dicho agente, al igual que el de consignación y el comercial, está reconocido en nuestro país y el instructivo del formato del pedimento de importación (*Diario Oficial* del 18 de junio de 1982) contiene espacios para llenar con los nombres de dichos agentes.

b. *Agencia de consignación*. Para denominar al contrato entre el vendedor o proveedor extranjero y el agente de consignación (AC), que es el obligado a importar las mercancías para tenerlas en depósito y venderlas posteriormente por cuenta y riesgo del extranjero.

c. *Agencia comercial*. El contrato celebrado entre el proveedor y el extranjero y el agente comercial (ACÓ); en realidad dicho agente no lo es en el sentido utilizado por nosotros, aunque el referido instructivo así le denomine, pues se trata de un importador de mercancías por cuenta propia para venderlas, posteriormente, obteniendo beneficios del vendedor o proveedor extranjero, tales como plazos de pago, descuentos o bonificaciones especiales.¹³²

¹³² Cfr. León Tovar, Soylá H, *Op. Cit.*, p. 522.

En el caso de las tres especies de agentes antes señalados, podemos ver, que tienen como elemento común, que tienen relación con vendedores o exportadores extranjeros, que necesitan a éstos para acomodar sus mercancías en un país que desconocen, y que, por tanto necesitan a alguien que venda sus productos con conocimiento del mercado.

3.5.6 Agencia de valores

Al igual que en la mayoría de las leyes que hemos revisado, en la Ley del Mercado de Valores (LMV) no se alude expresamente al contrato de agencia, pese a la denominación de agentes de valores que hace de las casas de bolsa: intermediarios bursátiles. El artículo 14 de dicho ordenamiento, al definir a la intermediación bursátil, considera como tal las operaciones de correduría, comisión y otras que permitan poner en contacto la oferta y demanda de valores; dentro de esas "otras" está la agencia cuando la casa de bolsa, en nombre y representación de una sociedad emisora de valores, adquiere o enajena títulos de crédito de los regulados por la Ley.

La naturaleza de la relación jurídica establecida entre una casa de bolsa y el inversionista, cuyo objeto sea la adquisición o enajenación de valores, es la de una comisión mercantil toda vez que ese agente de valores (así llamado por la ley) actúa a nombre propio, aunque por cuenta de tal inversionista, e incluso debe constar por escrito y ajustarse a las cláusulas mínimas determinadas por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, mismas que son publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*.

En efecto, aunque en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios debe constar el nombre del adquirente de los valores, así como en los propios del Instituto para el depósito de Valores, la casa de bolsa al ofrecer públicamente su compra o venta no menciona el nombre de sus representados.

De ahí que dada la existencia de la agencia mercantil, la casa de bolsa en su carácter propiamente dicho de agente, debe actuar a nombre y cuenta del principal.¹³³

3.6 FIGURAS AFINES

En este punto, de forma general haremos una comparación entre las distintas figuras mercantiles de representación y la agencia mercantil; sobre el tema la maestra Soyla¹³⁴ coincide en una parte de su estudio de derecho comparado cuando afirma que a diferencia del corretaje, en el cual la actividad del mediador es esporádica, la del agente es duradera, éste promueve y concluye otros contratos en nombre e interés del principal; el corredor, en cambio, no concluye ningún acto jurídico, únicamente acerca a las partes, quienes celebran directamente el mismo; con la comisión también se diferencia nuestro contrato, el comisionista actúa a nombre propio aunque por cuenta de su comitente.

En el mismo sentido, el maestro Garrigues¹³⁵ comenta, que la aparición del agente coincide con la expansión económica del siglo XIX, cuando el éste surge como una figura compleja en la que se funden los elementos de otras figuras mercantiles. Al igual que el corredor y el comisionista, el agente es un auxiliar del comercio por cuya intervención se celebran actos de comercio; sin embargo, aunque entre comisión, mediación y agencia existe una estrecha relación funcional, mientras que la comisión permite una colaboración aislada y esporádica para contratar por cuenta de tercero, la agencia instituye una colaboración estable o duradera para que un empresario desarrolle su actividad por medio de un agente representante en una zona determinada. Como hemos planteado anteriormente, el agente nace como un auxiliar del comerciante que en sus

¹³³ Cfr. *Ibidem*, p. 523.

¹³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 524.

¹³⁵ Cfr. Garrigues Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Porrúa, México, 1981, t. II, p. 119.

funciones se confunde con el corredor y el comisionista, pero que fundamentalmente se encarga de promover los productos del principal de forma estable en una zona distinta a la del empresario.

A su vez, con relación a la Mediación, el mediador no celebra acto jurídico alguno como sí lo hace el agente; únicamente pone en mutua relación a las personas interesadas en celebrar un contrato o busca a la persona que pueda satisfacer las necesidades manifestadas por otra.¹³⁶

El agente también se diferencia del factor, representante para todos los actos concernientes a la empresa o establecimiento, a que se refiere el art. 318 del *C. de Co.*, por la absoluta independencia de su ejercicio profesional y por la asunción a propio cargo del costo y de los riesgos del ejercicio mismo. De ahí que para León Tovar¹³⁷ el contrato de agencia adquiera autonomía con relación a la mediación y a la comisión, y por ello, cuando un empresario desea extender en forma masiva o constante su actividad en una zona determinada sin necesidad de desplazarse a la misma, no recurre a un comisionista ni a un mediador, sino a dos posibles y distintas formas de colaboración: crear una sucursal o delegación propia que, integrada en su empresa y con dependencia económica y jurídica de ella (es el caso del auxiliar del comerciante), promueva su actividad comercial, como la captación de clientela en su nombre y por cuenta de aquél o, por el contrario, nombrar a un agente quien con su propia empresa, en forma jurídica y económicamente independiente y, como consecuencia, fuera de la empresa del empresario representado, se dedique profesionalmente a captar clientela para él, bien mediante su simple promoción o bien por medio de la conclusión de contratos por cuenta, en nombre e interés de aquél (es el caso del contrato de agencia).

Esta forma de colaboración posee sobre la primera la ventaja de ahorrar al empresario representado la inversión en bienes y el pago de costos fijos que exigen la creación y el mantenimiento del establecimiento propio en otra zona y sobre todo, evita al empresario las obligaciones derivadas de las relaciones de

¹³⁶ Cfr. Mantilla Molina, Roberto L., *Op. Cit.*, p. 64.

¹³⁷ Cfr. León Tovar, Soylá H., *Op. Cit.* p. 324.

trabajo como son, los salarios, cuotas de seguridad social, aguinaldos, vacaciones, etc.; trasladándolos sobre el agente, el cual suele limitarse a percibir una retribución conforme los contratos promovidos o concluidos.

La inconveniencia de la agencia estriba en que el empresario representado no percibe los beneficios directos que genera la agencia, cuando está en pleno rendimiento, introducida y acreditada en la zona; sin embargo, sus bienes o servicios promovidos se acreditan por la actuación del agente, lo que ha dado pauta en Europa a establecer a favor del agente, en caso de terminación del contrato, el derecho a percibir una indemnización; derecho que al no encontrarse en nuestra legislación, no sería posible exigir; otra razón por la cual se debe regular el contrato de agencia.

Otra de las razones planteadas por la autora, es que la agencia es una forma de colaboración utilizada de manera muy frecuente tanto por las instituciones de seguros y de fianzas como por las industrias de la producción y de la transformación, las que logran poseer extensas cadenas de comercialización por medio de agentes, sin las grandes inversiones que exigiría creación o instalación de sucursales o establecimientos con sus propios recursos.¹³⁸

El contrato de agencia parece no estar reconocido expresamente en el C. de Co. como sí ocurre con las operaciones de comisión (fracc. XII del art. 75 del C. de Co.) y de mediación en negocios mercantiles (fracc. XIII del art. 75 del C. de Co.); sin embargo, en la fracc. X del art. 75 se alude a las empresas de agencias. En cambio, otros ordenamientos como la Ley Federal de Fianzas (LFF), la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (LGISMS) y la Ley Aduanera (LA) se refieren a los agentes de seguros, de fianzas y agentes aduanales, respectivamente, quienes están regulados tanto en esas leyes como en sus reglamentos respectivos.

Por lo que, podemos concluir, que si en la práctica se está utilizando la figura del agente, ya no como un auxiliar del comerciante; que diversos ordenamientos han comenzado a regular la figura del contrato de agencia; que es

¹³⁸ *Cfr. Ídem.*

necesario dar certidumbre jurídica a las partes contratantes; que se debe proteger a los auxiliares dependientes del comerciante cuando tengan el carácter de trabajadores y que no exista confusión cuando se trate de un contrato mercantil; por todo ello, se debe regular en el Código de Comercio la inclusión de la figura del contrato de agencia mercantil.

CAPÍTULO CUARTO

DERECHO COMPARADO

En este capítulo, haremos un análisis sobre la regulación de la Agencia en diversos países; tales como: España, Italia, Comunidad Europea e Inglaterra, y una vez que hayan quedado expuestas las regulaciones de los países europeos, haremos el análisis de los países con los que guardamos mayor similitud y que adolecen de las mismas lagunas y confusión sobre la naturaleza jurídica de la agencia.

Como se verá, los contratos de agencia, distribución y representación, se encuentran regulados en Centroamérica, por una reciente legislación de tipo proteccionista y a continuación recogemos en este apartado lo esencial de la legislación de cada país.

Como son seis los países en cuestión, seguiremos un orden cronológico de la entrada en vigencia de cada legislación, para los efectos de esta exposición. La primera legislación de protección a los agentes, distribuidores y representantes, entró en vigor en Panamá, siguiendo posteriormente Honduras, Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Nicaragua.

Y por último se describirá el régimen colombiano, pues al no encuadrar en la cronología, dejamos su estudio para el final.

Lo anterior, con el objetivo de identificar bajo qué régimen esta normado nuestro objeto de estudio en dichos sistemas jurídicos, esto es, si como contrato o como un auxiliar del comercio; y de esa forma retomar ciertos elementos que pueden auxiliarnos en la elaboración de la propuesta que haremos en nuestro último capítulo.

Para poder desarrollar este apartado, nos apoyaremos en los Códigos de Comercio de los países mencionados y de la opinión doctrinaria de Soyla León Tovar.

A) EUROPA

En seguida analizaremos algunos de los principales países europeos, en cuantos a la regulación de la Agencia comercial, a fin de determinar que criterios adoptan en la regulación de esta figura, finalizando con el análisis de la Comunidad Europea en conjunto, de donde se podrá observar el criterio unificador que ésta pretende.

4.1 ESPAÑA

Nuestra autora, nos hace referencia que en España, el art. 1o. del Reglamento de Agentes Comerciales del 21 de enero de 1942 define al agente como "todo comerciante que esté encargado de un modo permanente de realizar o de preparar contratos mercantiles en nombre y por cuenta ajena"; dicho concepto se reproduce para los agentes de seguros privados en su Reglamento del 30 de diciembre de 1969.¹³⁹

A su vez, el art. 1o. de la Ley 12/1992 española señala que por el contrato de agencia, una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promover y concluirlos por cuenta y nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto contrario, el riesgo y la ventura de tales operaciones.

A la vista de los términos de este artículo y en general del conjunto de los que integran la Ley del Contrato de Agencia, se nos plantea como primera cuestión la de por qué en la Ley, se ha regulado el contrato de agencia y no la figura del sujeto llamado agente. Esta cuestión cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que la Directiva 86/653/C.E.E., siguiendo el modelo alemán, adopta un criterio distinto, polarizando su atención en el tratamiento legal del agente como

¹³⁹ Cfr. León Tovar, Soylá H., *Op. Cit.*, p.331.

sujeto y no de la agencia como contrato¹⁴⁰.

El legislador español aclara, en la Exposición de Motivos de la Ley del Contrato de Agencia, por qué no se siguió el criterio subjetivo señalado por la Directiva: «*un planteamiento mínimamente coherente con el sistema jurídico obliga a traducir esa normativa en términos formalmente objetivos, regulando el contrato de agencia*». El carácter de contrato atípico de la agencia, así como la existencia de regulaciones que de forma parcial se aplicaban a algunos agentes (agentes de comercio, de seguros, corresponsales banqueros...), llevó al legislador español a considerar más conveniente dotar al contrato de agencia de un régimen jurídico completo. De tal modo que no sólo sirviese para regular aquellas modalidades de agentes que carecen de regulación legal, sino también para ser susceptible de aplicarse supletoriamente a aquellos otros que sí tienen una regulación, viniendo a ser la Ley del Contrato de Agencia una especie de Derecho común de los contratos de agencia. Además, la tradición doctrinal existente en España partía mayoritariamente de una concepción objetiva, preocupándose esencialmente de definir el contrato de agencia¹⁴¹.

Cabe acotar, que en el caso de España, nos encontramos ante una regulación que atiende a un criterio objetivo, es decir, donde se da preeminencia al contrato, sobre el agente.

4.2 ITALIA

La autora, al respecto nos ilustra que en el CC italiano en su art. 1742 señalaba antes de la reforma del 15 de febrero de 1999 que con el contrato de agencia una parte asume establemente el encargo de promover, por cuenta de la otra, contra una retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada.

¹⁴⁰ En el Derecho alemán esta diferenciación es evidente. El *Codice civile* italiano, si bien titula el capítulo XI «*De la mediazione*», en su artículo 1754 define lo que ha de entenderse por mediador y no el contrato en sí. El maestro GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE (*Tratado*, pág. 581) pone de manifiesto, precisamente, que también «*el Derecho positivo español sigue apegado al antiguo criterio subjetivo, propio del Derecho francés*».

¹⁴¹ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones*, 15.ª edición, pág. 462

Dicho precepto señalaba que cada parte tenía derecho de obtener de la otra una copia del contrato suscrito entre ambas. Con la reforma, se precisa que el contrato debe ser probado por escrito y que cada parte tiene el derecho irrenunciable de obtener de la otra un documento del mismo, suscrito por las partes que reproduzca el contenido del contrato y de las cláusulas pactadas.

Y opina que en “la mayoría de las legislaciones que se ocupan de regular al contrato de agencia no lo definen, en su lugar se ocupan del agente mismo; sin embargo, otras, como la italiana, delimitan de una manera muy precisa al negocio jurídico en cuestión, como un contrato por el cual una parte asume de manera estable e independiente el encargo de promover por cuenta de otro, mediante una retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada con exclusividad”.

En el caso de Italia, a diferencia de España nos situamos ante una regulación que atiende a un criterio subjetivo, es decir, donde se regula la figura del agente en lugar del contrato.

4.3 INGLATERRA

En el *common law*, la agencia comprende a la concesión, mediación y mandato, pues significa la relación jurídica que resulte del acuerdo de voluntades de una persona con otra con el fin de que ésta actúe por cuenta de aquélla y se sujete a su control (*restatement agency*). Considerando que las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios para las actividades de los intermediarios de comercio, industria y artesanía fueron suprimidas por la Directiva 64/224/CEE, es que se creó la Directiva 86/653/CEE en la que se prevee la figura del agente comercial independiente, entendiendo por tal a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada empresario, la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por

cuenta del empresario; no pudiendo tener ese carácter las personas que, en calidad de órgano tengan el poder de obligar a una sociedad o asociación (representantes), el asociado que esté legalmente facultados para obligar a los demás asociados, o bien los administradores judiciales, liquidadores o síndicos de quiebra; es decir, ninguno que tenga una relación directa y de subordinación con el principal.¹⁴² Así las cosas, el agente es toda persona que actúa en nombre de otra, de manera que puede ser agente un mandatario, un comisionista o un representante; la distinción usual de la jurisprudencia inglesa o la estadounidense coincide con la noción continental pero no con nuestros comisionistas, agentes o corredores.

4.4 CONSEJO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

Sobre el mismo, infiere la Directiva 86/653/CEE del 18 de diciembre de 1986 de la Comunidad Económica Europea¹⁴³ en su numeral segundo define al agente toda persona (física o moral) (agente) que como intermediario independiente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio y a concluirlos por cuenta y nombre ajenos; sin asumir, salvo pacto, el riesgo y la ventura de tales operaciones.

La directiva 86/653/CEE del Consejo de la Comunidad Económica Europea define al agente como la persona que, en calidad de intermediario independiente es encargada de manera permanente a la venta o adquisición de mercancías o, bien, de tratar y concluir dichas operaciones en nombre y por cuenta del proponente; se excluyen las figuras del (actor, gerente, administrador, socio, administrador judicial, liquidador y síndico.

¹⁴² Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31986L0653:ES:HTML>

¹⁴³ Cfr. *Ídem*.

Finalmente, la directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea del 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de derechos de los Estados miembros concernientes a los agentes comerciales independientes (86/653/CEE), obliga a dichos Estados a tomar las medidas necesarias para garantizar a los agentes comerciales, después de la extinción del contrato, una indemnización en aplicación del párrafo segundo del artículo 17 o a la reparación del daño emergente en aplicación del párrafo tercero de dicho precepto.

De acuerdo con la directiva,¹⁴⁴ el agente comercial tiene derecho a una indemnización. Si y en la medida en la cual:

a) Haya procurado nuevos clientes al proponente (principal o mandante) o haya desarrollado sensiblemente los negocios con los clientes existentes y el principal tenga aún sustanciales ventajas derivadas de los negocios con tales clientes.

b) Que el pago de dicha indemnización sea equitativo, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, en particular de las provisiones que el agente comercial extravía y que resultan de los negocios con dichos clientes.

De acuerdo con la directiva, los Estados miembros pueden prever que tales circunstancias comprendan también la aplicación o no de un pacto de no concurrencia en los que se limite la actividad del agente comercial después de la extinción del contrato (artículo 20), Pacto que sólo es válido en la medida en la cual sea estipulado por escrito y sea para el sector geográfico o el grupo de personas confiados al agente, no sólo las mercancías de las cuales tal sujeto tenía la representación, en los términos del contrato. Dicho pacto no debe tener una vigencia superior a dos años después de la extinción del contrato.

Nuevamente, respecto al monto de la indemnización, la directiva lo limita (artículo 17, numeral 2, inciso b): no puede ser superior a la cifra

¹⁴⁴ Cfr. *Ídem*.

equivalente a una indemnización anual calculada sobre la base de la media anual de las retribuciones cobradas por el agente comercial en los últimos cinco años, y si es de menos de cinco años, sobre la media del periodo en cuestión.

c) La indemnización no priva al agente de la facultad para exigir el resarcimiento de daños, si los hubiere.

Por último, la indemnización no procede cuando el contrato es resuelto por incumplimiento imputable al agente (artículo 18) cuando éste rescinde el contrato, a menos que ello se justifique por circunstancias atribuidas al principal o por circunstancias del agente (edad o enfermedad), por las cuales no se puede exigirle razonablemente continuar con su actividad, o bien cuando por la ausencia del principal se ceden a terceros los derechos y obligaciones que tenía el agente en virtud del contrato de agencia.

Como se puede observar, el derecho a la indemnización del agente se traduce en una justa retribución o compensación por los beneficios obtenidos en virtud de sus buenos oficios. Sería deseable que nuestra ley regulara el contrato y estableciera un apartado relativo a esa indemnización, puesto que únicamente se prevé un beneficio similar para el agente de seguros en el Reglamento de éstos (artículo 24), al obligarse a las aseguradoras a cubrir a tal agente las comisiones a que tengan derecho durante el tiempo en que estén en vigor los contratos de seguros celebrados con su intervención, aun después de extinguida la relación con la aseguradora. Asimismo, se concede el derecho a recibir las comisiones por la nueva celebración de un contrato de seguro de daños respecto de un mismo interés asegurable, al agente que haya obtenido el inmediato anterior, a menos que el agente abandone el negocio o el asegurado exprese por escrito su deseo de que no continúe la intervención de ese agente.

Sobre el particular, la Unión Europea, que retoma legislaciones de varios Estados Europeos, para dar una cabal solución a esta figura atiende a ambos criterios, por tanto, se regula tanto al contrato, como al agente, cubriendo así ambos aspectos, lo cual, por cierto sería lo ideal en el caso de nuestro país.

Como bien anunciamos, revisaremos la regulación en Centroamérica, pues como se verá, también adolecen de lagunas en sus ordenamientos y prevalece la confusión en su naturaleza jurídica, tal es el caso de los primeros países que se describen, pues lo tratan y engloban dentro de los contratos de colaboración; en especial con la comisión. Los ingleses únicamente regulan la figura del agente, basándose en un criterio subjetivo al igual que España.

B) AMÉRICA LATINA

Así como revisamos las distintas legislaciones de los países Europeos, ahora vamos a analizar el orden jurídico comercial de Estados americanos, principalmente de Centroamérica, por su cercanía y parecido con nuestro país, cerrando dicho análisis con sólo un Estado sudamericano, Colombia, el cual se revisa debido a su avance y elementos que aporta a la presente investigación.

4.5 PANAMÁ

El Decreto de Gabinete No. 344 del 31 de octubre de 1969,¹⁴⁵ reglamentó la representación, agencia y/o distribución de productos o servicios de fabricantes o firmas extranjeras y nacionales de la República de Panamá. A su vez, el Decreto Ejecutivo N° 9 del 7 de febrero de 1970, dictó ciertas disposiciones en desarrollo del Decreto de Gabinete N° 344, anteriormente mencionado.

Según el artículo 1° del Decreto de Gabinete No. 344 se entiende por representante, agente y/o distribuidor autorizado, aquella o aquellas personas naturales o jurídicas que mediante documento escrito han sido designadas por fabricantes o firmas para la representación, agencia y/o distribución de determinados productos o servicios (ya sea que estén o no amparadas con marcas)

¹⁴⁵ Decreto de Gabinete No. 344 del 31 de octubre de 1969, relativo a los agentes comerciales en Panamá, http://infojuridica.procuraduria-admon.gob.pa/Infojuridica/r_print?num_sec=19883

en el territorio de la República y para lo cual estén legalmente registrados ante autoridad competente. Según dicho artículo, la representación, agencia y/o distribución podrá ser exclusiva o de cualquier otra forma de relación contractual que acuerden las partes.

El art. 5^º de dicho Decreto N^º 344 establece que no se podrá cancelar, revocar, modificar o negarse a prorrogar la representación, agencia y/o distribución que tuviera establecida una entidad nacional o extranjera, sin que el representante, agente y/o distribuidor hubiere incurrido en una de las faltas que se establecen en el art. 6^º del decreto. De lo contrario, deberá indemnizarse al representante, agente y /o distribuidor autorizado.

La indemnización mencionada en el art, 5^º tendrá que pagarse totalmente en efectivo, dentro de un plazo no mayor de 3 meses, en la siguiente forma:

a) Cuando la representación, agencia o distribución del producto o servicio objeto de la cancelación, revocación, modificación o negativa de prórroga se haya prolongado por menos de 5 años, la indemnización equivaldrá al monto del promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por el representante, agente o distribuidor durante el mencionado período, respectó al producto o servicio en cuestión.

b) Cuando la representación, agencia o distribución del producto o servicio objeto de la cancelación, revocación, modificación o negativa de prórroga se haya prolongado por más de 5 años pero menos de 10, la indemnización equivaldría a 2 veces el monto del promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por el representante, agente o distribuidor durante los últimos 5 años.

c) Cuando la representación, agencia o distribución del producto o servicio objeto de la cancelación, revocación, modificación o negativa de prórroga se haya prolongado por más de 10 años pero menos de 15, la indemnización equivaldrá a 3 veces el monto del promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por el representante, agente o distribuidor durante los últimos 5 años.

d) Cuando la representación, agencia o distribución del producto o servicio objeto de la cancelación, revocación, modificación o negativa de prórroga se

haya prolongado por más de 15 años pero menos de 20, la indemnización equivaldrá a 4 veces el monto del promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por el representante, agente o distribuidor durante los últimos 5 años.

e) Cuando la representación, agencia o distribución del producto o servicio objeto de la cancelación, revocación, modificación o negativa de prórroga se haya prolongado por 20 o más años la indemnización equivaldrá a 5 veces el monto

del promedio de las utilidades brutas obtenidas por el representante, agente o distribuidor durante los últimos 5 años.

A su vez, se establece la obligación para la casa representada de comprar la existencia de sus productos a su representante y/o distribuidor, a precio de costo en su depósito, más los gastos que éstos arrojen por todo el tiempo que hayan permanecido en su depósito.

Las causas justas para cancelar, revocar, modificar o negarse a prorrogar la agencia, representación y/o distribución, son las siguientes, conforme al art. 6°:

- El incumplimiento de las cláusulas del contrato en cuya virtud se hubiera conferido al representante, agencia o distribución;

- El fraude o abuso de confianza en las gestiones conferidas al agente, representante o distribuidor, independientemente de la sanción penal e indemnización por daños y perjuicios a que haya lugar;

- La ineptitud o negligencia del representante, agente y/o distribuidor;

- La disminución continuada de la venta o distribución de los artículos, por motivo imputable al representante, agente y/o distribuidor. El agente no podrá ser responsable por la disminución de ventas cuando se establezcan cuotas o restricciones a la importación y las ventas se vean inevitablemente afectadas;

- La divulgación de información confidencial de la industria o comercio de que se trate, independientemente de la sanción penal e indemnización por daños y perjuicios a que haya lugar;

- Cualquier acto imputable al agente, representante o distribuidor, que redunde en perjuicio de la buena marcha de la introducción, venta o distribución de los productos objeto de la agencia, distribución o representación.

Los conflictos que surjan de la aplicación del mencionado decreto de gabinete, se tramitarán en primera instancia en el Ministerio de Comercio e Industrias (art. 7º) y en segunda instancia, ante el órgano Ejecutivo.

Si se hubiere establecido el desplazamiento de un representante, agente y/o distribuidor, previamente establecido, con infracción de las disposiciones del mencionado Decreto, quedará suspendida la importación al país del producto o productos del fabricante o firma que haya incurrido en la infracción, hasta tanto el representante, agente y/o distribuidor injustamente desplazado haya sido restituido en su condición, o el fabricante hubiere hecho los pagos completos de la indemnización (art. 10). El art. 11 del Decreto de Gabinete señala que los derechos mencionados en la ley son irrenunciables, a menos que la renuncia surja en transacción aprobada debidamente por el Ministerio de Comercio e Industrias. Sin embargo, las partes pueden transigir sus conflictos o comprometer en un tercer o terceros la decisión de los mismos, pero para que la transacción sea válida deberá ser homologada por el Ministerio de Comercio e Industrias.

Panamá resuelve el problema regulando ambas figuras, tanto al agente como el contrato, siendo así, subjetiva y objetiva la legislación sobre la agencia, y podemos ver, que aún tratándose de un país centroamericano, al ser un importante centro de comercio, se busca proteger los intereses del agente y del empresario; sobre todo, en cuanto al rubro de las indemnizaciones a que tiene derecho el primero de ellos y las causas de terminación de la relación entre ambos.

4.6 HONDURAS

La ley de representantes y distribuidores de casas comerciales está contenida en el Decreto N° 50 del 13 de octubre de 1970.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Decreto N° 50 del 13 de octubre de 1970 de Honduras, relativo a las Casas Comerciales, <http://www.poderjudicial.gob.hn/juris/Leyes/LEY%20DEL%20EQUILIBRIO%20FINANCIERO%20Y%20LA%20PROTECCION%20SOCIAL.pdf>

La expresada ley tiene cuatro capítulos: el primero se refiere a los representantes; el segundo, a los distribuidores; el tercero, a las justas causas en los contratos de representación y distribución; y el cuarto, a las disposiciones finales y transitorias.

La definición de representantes se encuentra en el artículo primero de la ley, que dice: "Se denomina representantes de casas comerciales o extranjeras. Cualesquiera que sea la denominación del contrato, a las personas o firmas domiciliadas en el país, que actúen permanentemente como representantes de compras o ventas de las mismas, colocando órdenes de compra o de venta, directamente a las firmas importadoras a exportadoras locales sobre la base de comisión o porcentaje".

Los representantes de casas comerciales tienen que ser hondureños y tener licencia extendida por la Secretaría de Estado, en los despachos de Economía y Hacienda (art. 2º)

Es importante señalar que el representante de casas comerciales actúa siempre por cuenta de las firmas que representa y será responsable por el incumplimiento de éstas. El representante podrá exigir a la casa comercial, el cumplimiento de la obligación contraída (art. 4º)

Como dijimos anteriormente, el capítulo segundo de la ley se refiere a los distribuidores. El distribuidor está definido en el art. 5º; el contrato de distribución en el art. 6º y el principal o concedente, en el art. 7º. Veamos tales definiciones:

Art. 5º Distribuidor es toda persona natural o jurídica que tiene a su cargo la distribución, concesión o representación de determinada mercancía o servicio en el país.

Art. 6º Contrato de distribución es la relación establecida entre un distribuidor y un principal o concedente, mediante el cual, e independiente de la forma en que las partes denominen, caractericen o formalicen dicha relación, el primero se hace real y efectivamente cargo de la distribución de una mercancía, o de la prestación de un servicio, mediante concesión o franquicia en el mercado de Honduras.

Art. 7º Principal o concedente es la persona que otorga un contrato de distribución, entendiéndose celebrado dicho contrato mediante una simple carta de concesión.

A continuación el art. 8º de la Ley señala que ningún principal o concedente podrá dar por disuelta la relación contractual existente con su distribuidor, así como tampoco podrá terminar, modificar o negarse a prorrogar su contrato, sin mediar causa debidamente justificada.

Las causas debidamente justificadas que señala el art. 8º, se encuentran mencionadas en el art. 9º, y son las siguientes:

a) El incumplimiento de las cláusulas del contrato, en cuya virtud se hubiere conferido la representación o distribución;

b) Fraude o abuso de confianza en las gestiones conferidas al representante o distribuidor;

c) Divulgación de información confidencial de la industria o comercio de que se trate; y

d) Cualquier acto imputable al representante o distribuidor que redunde en perjuicio de la buena marcha de la introducción y venta de los productos objeto de la representación o distribución.

En caso de que no existiere causa legal para la terminación del contrato de distribución, el principal deberá indemnizar al distribuidor en la medida de los daños que le cause, cuya cuantía se fijará a base de los siguientes factores (según el art. 10):

a) El valor actual invertido por el distribuidor para la adquisición adecuada de locales, equipo, instalaciones, mobiliario y útiles, en la medida en que éstos no fueren fácil y razonablemente aprovechados por alguna otra actividad a que el distribuidor estuviere normalmente dedicado;

b) El costo de las mercaderías, partes, piezas, accesorios y útiles que tenga en existencia y de cuya venta y explotación no puede beneficiarse;

c) Aquella parte de la plusvalía del negocio del distribuidor atribuible a la venta de la mercadería o servicios objeto del contrato de distribución, la que se determinará tomando en consideración los factores siguientes: 1º Número de

años el distribuidor ha tenido a su cargo la distribución; 2º Volumen de venta de la mercancía o servicio en la proporción que representa en el negocio del distribuidor; 3º Proporción del mercado de Honduras que dicho volumen representa; 4º Cualquier otro factor que ayude a establecer equitativamente el monto de dicha plusvalía;

d) El monto de los beneficios obtenidos por el distribuidor en la venta de la mercancía o servicios durante los últimos cinco años o si no llegare a cinco, cinco veces el promedio anual del monto de los beneficios obtenidos durante los últimos años cualesquiera que fuesen.

Toda acción derivada de esta ley prescribirá a los tres años contados desde la fecha de la terminación definitiva del contrato de representación o distribución (art. 15), y en los casos no previstos en dicha ley, se estará a lo que establezca el Código de Comercio y en su defecto, el Código Civil (art. 16).

Aquí, es de subrayar, que se brinda “estabilidad” al agente, cuando la ley señala “causas justas” para dar por terminado el contrato, siendo así, muy similar a la protección que tiene un trabajador por nuestra ley laboral, no obstante, que dicha regulación solo atiende a un criterio subjetivo.

4.7 COSTA RICA

Por Ley No. 4884, del 30 de noviembre de 1970,¹⁴⁷ se dio protección a los distribuidores o representantes de casas extranjeras o de sus sucursales, filiales y subsidiarias. Quedaron excluidos de los beneficios de la ley, los distribuidores o representantes de casas nacionales.

Se entiende por distribuidores o representantes de casas extranjeras o de sus sucursales, filiales y subsidiarias, según el art. 1º, además de los sujetos que así define el Código de Comercio, toda persona natural o jurídica que en forma continua y autónoma, con o sin representación legal, prepare, promueva, facilite o

¹⁴⁷ Ley No. 4884, del 30 de noviembre de 1970 de Costa Rica, relativa a los Agentes Comerciales, http://historico.gaceta.go.cr/pub/2009/01/30/COMP_30_01_2009.pdf

perfeccione la venta de mercaderías o servicios, que otro comerciante o industrial extranjero venda o preste.

Por representante, para los efectos de la ley, se entiende también, según el art. 2º, al "agente" o "distribuidor" y por casa matriz o casa principal, se entiende también casa exportadora, casa fabricante o cualquier otro giro similar por su significado.

De acuerdo al artículo 3º, cuando el Contrato de Distribución o Representación termina por causas ajenas a la voluntad del representante, la casa matriz deberá indemnizarlo con el equivalente a dos meses de utilidad bruta por cada año, o fracción no menor de 6 meses de servicio, con un máximo de ocho años. Para establecer la utilidad bruta de cada mes se tomará el promedio mensual devengado durante el año inmediato anterior, o fracción menor, de duración del contrato. Además, según el art. 4º, cuando se produzca la cancelación de una representación, agencia o distribución, la casa representada deberá, además, comprar la existencia de sus productos a su representante o distribuidor, a precio de costo en su depósito.

En los casos de un contrato a plazo, al vencimiento del mismo es obligatoria su prórroga y de lo contrario, el representante tiene que ser indemnizado conforme a los arts. 3º y 4º. Únicamente son causas justas de la terminación del contrato de representación mercantil, sin ninguna responsabilidad para la casa matriz conforme al art. 6º, las siguientes:

- Los delitos contra la propiedad y el buen nombre de la casa matriz;
- La ineptitud o negligencia del representante, declarada por uno de los jueces civiles del domicilio del representante, por el trámite de los incidentes, así como la disminución o estancamiento prolongados y sustanciales de las ventas, por causas imputables al representante. La fijación de cuotas o restricciones oficiales a la importación del artículo o servicio, harán presumir la inexistencia del cargo, salvo prueba en contrario;
- La violación por el representante del deber de secreto y de fidelidad a la casa matriz, por la revocación de hechos, conocimientos o técnicas

concernientes a la organización, productos y funcionamiento de la casa matriz, adquiridos durante las relaciones comerciales con ésta; y

- Cualquier otra falta grave del representante a sus deberes y obligaciones contractuales o legales para con la casa matriz.

Toda modificación unilateral introducida al contrato por la casa matriz, que lesione los derechos o intereses del representante, será considerada como causa justa, para que el representante pueda dar por terminado dicho contrato, con responsabilidad para la casa matriz.

Los derechos del representante por virtud de dicha ley son irrenunciables (art. 9^o). Los derechos y obligaciones nacidos de dicha ley prescriben en el término de 6 meses, contados a partir del hecho que motive el reclamo.

La indemnización prevista por la ley, a favor de los representantes, deberá ser pagada en un pago único y total, inmediatamente de terminado el contrato y, en su caso, de firme el fallo condenatorio, conforme al art. 11 de la ley.

En el mismo tenor que en Honduras, los ticos otorgan estabilidad al agente, pero sólo cuando contratan con extranjeros, llegando incluso al punto de elevarlo al rango de normas de orden público o derechos irrenunciables, centrándose por su puesto en la figura del agente y no así en el contrato.

4.8 EL SALVADOR

El Decreto del Poder Legislativo No. 247, del 16 de enero de 1973,¹⁴⁸ sustituyó la sección B -agentes representantes- del capítulo III, título III del Código de Comercio. En dicha sección B no se establece distinción alguna entre agentes representantes o distribuidores de casas extranjeras o nacionales, por lo que sus disposiciones se aplican a ambos casos.

¹⁴⁸ Decreto del Poder Legislativo No. 247, del 16 de enero de 1973 de El Salvador, relativo a los Agentes representantes, <http://www.camarasal.com/leyesnuevas/DecretoReformasCodigoProcesalPena.pdf>

Se entiende por agente, representante o distribuidor (art. 392), la persona natural o jurídica que, en forma continua, con o sin representación legal y mediante contrato, ha sido designada por un principal para la agencia, representación o distribución de determinados productos o servicios en el país. Esta agencia o representación o distribución, puede ser exclusiva o de cualquiera otra forma que acuerden las partes.

A falta de convenio especial (art. 395), el agente representante o distribuidor percibirá una comisión proporcional a la cuantía del negocio que se realice con su intervención, de acuerdo con los usos del lugar. Este propio artículo, en su párrafo tercero, señala que: "Si el agente representante o distribuidor tuviera asignada en forma exclusiva una zona determinada, le corresponderá una comisión por los negocios de igual índole a los encomendados a su agencia, que realice el principal o sus enviados en dicha zona, aunque aquél no haya intervenido en los mismos".

El Contrato de agencia, representación o distribución no se puede dar por terminado, ni modificar, ni el principal se puede negar a prorrogarlo, sin que se haya incurrido en las causales determinadas en el art. 398 del Código; de lo contrario, el agente representante o distribuidor, tendrá derecho a que se le indemnice por los perjuicios que se le irroguen (art. 397).

Conforme al propio art. 397, la indemnización se extiende a:

1. Los gastos efectuados por el agente representante o distribuidor en beneficio del negocio del cual se le priva, siempre que, debido a la expiración unilateral del contrato, tales gastos no puedan ser recuperados.

2. El valor de las inversiones en local, equipo, instalaciones, mobiliario y útiles en la medida en que tales inversiones sean únicamente aprovechables para el negocio del cual se le priva.

3. El valor de las existencias en mercaderías y accesorios, en la medida en que, debido a la expiración del contrato el agente, representante o distribuidor ya no puede continuar vendiéndolas o su venta se haga especialmente difícil. Este valor se calculará tomando en cuenta el costo de adquisición más los fletes hasta el lugar del establecimiento del agente, representante o distribuidor y los

impuestos y cargos que éste haya tenido que pagar por tener las existencias en su poder. Pagado el valor de las existencias, el principal que indemniza tendrá derecho a hacerlas suyas.

4. El monto de la utilidad bruta obtenida por el agente, representante o distribuidor, en el ejercicio de la representación o distribución, durante los últimos tres años, o durante el lapso menor en que la haya ejercido.

5. El valor de los créditos que el agente, representante o distribuidor haya concedido a terceros, para pagar el valor de las mercaderías que distribuya. Pagado el valor de los créditos, el principal que indemniza se subrogará en los derechos del agente, representante o distribuidor.

Las causas justas para dar por terminado un contrato de agencia, representación o distribución, o modificarla, e inclusive para negarse a prorrogarlo, están específicamente señaladas en el art. 398 del Código y son las siguientes:

- Incumplimiento del contrato de agencia, representación o distribución;
- Fraude de parte del agente, representante o distribuidor, sin perjuicio de la sanción penal a que hubiere lugar;
- Ineptitud o negligencia graves del agente, representante o distribuidor;
- Disminución continuada de la venta o distribución de los artículos por motivo imputable al agente, representante o distribuidor;
- Divulgación de información confidencial, sin perjuicio de la sanción penal y de la indemnización a que hubiere lugar;
- Actos imputables al agente, representante o distribuidor que redunden en perjuicio de la introducción, venta o distribución de los productos que le han sido confiados.

Además de dichas causas específicamente señaladas en el mencionado art. 398, el propio Código, en su art. 399, presume como justa causa para que el agente, representante o distribuidor pueda dar por terminado su contrato con el principal, con responsabilidad para este último, de conformidad con lo dispuesto en el art. 397, toda modificación introducida al mismo unilateralmente por el principal, que lesione los derechos o intereses del agente, representante o distribuidor.

Las controversias que se susciten en la aplicación de lo dispuesto por dicha sección se tramitarán en juicio sumario por los tribunales competentes del domicilio del agente, representante o distribuidor. En adición a lo anterior, si el principal fuere extranjero y hubiere sido condenado por sentencia ejecutoriada, no podrá seguir importando los productos o marcas u ofreciendo servicios, mientras no le dé debido cumplimiento a la sentencia. Esta retención cesará (art. 399-B), si el principal consigna en el tribunal la cantidad que fue condenado a pagar, o si el beneficiado manifiesta que se ha cumplido dicha sentencia.

En el mismo sentido que las dos anteriores, se protege la figura del agente, pero adicionando una muy importante sanción sobre los principales cuando estos sean extranjeros, llegando al punto de negarles el acceso a sus mercancías al territorio nacional, hasta en tanto no cumplan con la sentencia que los condena a indemnizar al agente.

4.9 GUATEMALA

Por Decreto No. 78 del Congreso de la República de Guatemala, del 29 de setiembre de 1971,¹⁴⁹ se dictaron las normas legales para regular el contrato de agencia, distribución o representación. El decreto se aplica a los contratos de agencia, distribución o representación, celebrados con casas nacionales y extranjeras.

En el artículo 1º, inciso a), se define lo que es contrato de agencia, distribución o representante; y es: "Aquel por medio del cual una persona individual o jurídica, nacional o extranjera, llamada principal, designa a otra individual o jurídica y llamada agente, representante o distribuidor, exclusivamente para la venta, distribución, promoción o colocación en el territorio de la República, de determinados productos, mercaderías o artículos producidos, fabricados o

¹⁴⁹ Decreto No. 78 del Congreso de la República de Guatemala, del 29 de setiembre de 1971, de la República de Guatemala, relativo al Contrato de Agencia, <http://guatemala.justia.com/nacionales/leyes/>

manufacturados en el exterior o interior del país, o bien, con ese mismo propósito, para la prestación de servicios".

También se define lo que es el agente, distribuidor o representante y se instaure como: "la persona individual o jurídica y domiciliada en el país, con quien se conviene el desarrollo de las actividades a que se refiere el apartado anterior, pero siempre que actúe con independencia del principal, por medio de su propia empresa y de modo permanente, en cuya virtud, la presente ley no es aplicable a los agentes de comercio, a los revendedores mayoristas ni a quienes la ley reputare distribuidores dependientes o ligados por un contrato típicamente laboral".

La naturaleza del contrato está señalada por el art. 2º de la ley, al expresar que el contrato regulado por la ley es de carácter principal, bilateral, consensual, oneroso, conmutativo y de plazo indefinido, salvo que hubiere pacto expreso en contrario, únicamente en lo que a plazo de término se refiere. Se puede celebrar mediante escritura pública o documento privado autenticado.

El contrato de agencia, distribución o representación sólo puede terminarse o rescindirse (art. 3º):

a) Por mutuo consentimiento entre las partes manifestado en forma escrita;

b) Por vencimiento del plazo si lo hubiere;

c) Por causa justa;

d) Por decisión del agente, distribuidor o representante, siempre que diere aviso al principal con tres meses de anticipación. En este caso quedará obligado a la rendición de cuentas desde que fuere requerido para ello y reintegrar la mercadería objeto de la relación contractual que obrare en su poder, a precio de costo de bodega. Si el principal se negare a pagarla, será responsable de los daños y perjuicios que con tal motivo causare;

e) Por decisión del principal en cualquier tiempo, siempre que se allanare al pago de daños y perjuicios en los rubros establecidos por esta ley.

Las causales justas para la terminación están definidas por el art. 4º del Decreto No. 78, en lo que respecta a ambos contratantes, al principal y al agente, distribuidor o representante.

Respecto de ambos contratantes:

- Por incumplimiento o contravención de la otra parte, de cualquiera de las obligaciones o prohibiciones que le impusiese el contrato;
- Por la comisión de algún delito contra la propiedad o persona de una de las partes contra la otra;
- Por la negativa infundada de la otra parte a rendir los informes y cuentas o practicar las liquidaciones relativas al negocio, en el tiempo y modo que se hubiere pactado.

Respecto al principal:

- La divulgación o información a tercero sin la debida autorización por parte del agente, distribuidor o representante, de todo hecho, dato, clave o fórmula cuyo secreto se le haya confiado por virtud del respectivo contrato;
- La baja en el promedio de ventas o colocación de los bienes o servicios convenidos que se probare en relación con productos o servicios similares durante el año anterior y debida o negligencia o ineptitud, comprobada judicialmente del agente, representante o distribuidor.

Respecto al agente, distribuidor o representante:

- Cuando el principal llevare a cabo actos que directa o indirectamente impidan o tiendan a impedir que el agente, representante o distribuidor cumpla con el contrato.
- Si el principal diere por terminado o rescindiere el contrato sin mediar alguna de las causas previstas en el mencionado art. 4º, o con ese fin llevare a cabo actos que directa o indirectamente impidan o tiendan a impedir que el agente, representante o distribuidor, cumpla con las obligaciones que le corresponde, o en su caso, se beneficie con los derechos provenientes de la relación contractual, dicho principal debe indemnizar a la otra, los daños y perjuicios que por las causas apuntadas se presumen irrogados, conforme al art. 5º. La indemnización a que se refiere dicho artículo, comprende lo siguiente, según el artículo 6º:

1. El reintegro de los gastos directos y de promoción o propaganda que el agente, representante o distribuidor hubiere efectuado con motivo y para los fines del contrato, durante el último año;

2. Las inversiones que con ocasión o motivo del contrato haya efectuado siempre que éstas no fueren recuperables o aprovechables para otros fines;

3. El pago de las mercancías existentes al precio de costo en bodega que ya no pudiere venderse por causa de la terminación o rescisión del contrato siempre que estuviere en buen estado. Sin embargo, también se considerará que se encuentra en buen estado aquella cuya descomposición no fuere imputable al agente, distribuidor o representante o a sus dependientes;

4. El cincuenta por ciento de la utilidad bruta que pudiere haberse percibido con la negociación de la mercadería a que se refiere el inciso anterior de continuar la relación contractual;

5. Una cantidad equivalente al monto de las utilidades brutas que el agente, distribuidor o representante haya obtenido durante los últimos tres años o durante el lapso que haya ejercido la representación si éste fuere menor de los tres años antes indicados;

6. Las indemnizaciones a que conforme la ley tuvieren derecho los empleados o trabajadores cuyo despido obedeciere a la terminación del contrato por parte del principal sin mediar causa justa.

Para que el principal que hubiere sido demandado con motivo de lo dispuesto por el art, 5º de la Ley, pueda celebrar con otra persona el contrato de agencia, distribución o representación, o desarrollar en cualquier otra forma las actividades comprendidas en el mismo, será indispensable que acredite haber hecho efectiva la indemnización a que hubiere sido condenado, o caucionado su responsabilidad constituyendo fianza suficiente para garantizar el pago a que se le obligare.

Es de resaltar, que en Guatemala se introduce la obligación a cargo del principal de registrar en escritura pública o documento privado autenticado el contrato de agencia, y que, si el principal es condenado a indemnizar al agente,

aquel no podrá celebrar uno nuevo hasta que cubra la indemnización o bien garantice su pago.

4.10 NICARAGUA

Por Ley No. 287, del 2 de febrero de 1972,¹⁵⁰ se aprobó la denominada "Ley sobre agentes, representantes o distribuidores de casas extranjeras. El título de la ley se refiere a casas extranjeras, sin mencionar a los agentes, representantes o distribuidores de casas nacionales. El texto de la ley es consecuente con el título de la misma, en cuanto solo menciona a las casas extranjeras. Sin embargo, la denominación de agentes, representantes o distribuidores de tales casas no aparece en el texto de la ley, sino el de concesionarios. Bajo este término agrupa a los agentes, representantes o distribuidores de casas extranjeras y a estos últimos los señala como concedentes o principales. Así vemos como el art. 2º, dice:

"El concedente o principal extranjero no podrá poner término a la relación con su concesionario o modificarla, sino basado en algunas de las causales establecidas en el artículo 9º; de lo contrario, deberá indemnizar al concesionario o concesionarios en su caso".

Las causales justas para dar por terminado, o negarse a renovar un contrato de agencia, representación o distribución, son las siguientes (art. 9º):

- Cualquier delito tipificado por el Código Penal, de parte del concesionario en contra de los bienes o intereses de concedente o principal;
- Disminución continuada de la venta o distribución de los artículos, por negligencia del concesionario. El concesionario no será responsable por la disminución, cuando se deba al establecimiento de cuotas o restricciones a la importación, caso fortuito o fuerza mayor.

¹⁵⁰ Ley No. 287, del 2 de febrero de 1972 de Nicaragua, relativa a los agentes, representantes o distribuidores de casas extranjeras, [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$AII\)/78EE8208E3D85E3B062570C0005AB9F7?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($AII)/78EE8208E3D85E3B062570C0005AB9F7?OpenDocument)

- Actos imputables al concesionario que redunden en perjuicio de la introducción, venta o distribución de los productos que les han sido confiados.

- Quiebra del concesionario.

Es importante señalar que la causal de incumplimiento del contrato de agencia, representación o distribución no constituye una causa justa para dar por terminado dicho contrato, según el mencionado art. 9º, salvo que fuere una de esas causales específicas de dicho artículo.

Si no existe causa justa para dar por terminado el contrato, o negarse a su renovación, la indemnización, a falta de convenio entre las partes, está señalada por el art. 3º de la ley, en la siguiente forma:

- El valor de lo invertido en beneficio del concedente de acuerdo con la tabla de porcentaje para depreciación de la maquinaria y otros bienes muebles, que rijan para los efectos del impuesto sobre la renta.

- Una indemnización por el tiempo que duró la relación contractual y que se determine conforme la tabla siguiente:

De 3 a 12 meses el 25 % de las utilidades brutas que pudo haber ganado en 3 años.

De 12 a 24 meses el 50 % de las utilidades brutas que pudo haber ganado en 3 años.

De 24 a 36 meses el 75 % de las utilidades brutas que pudo haber ganado en 3 años.

De 36 meses a más el 100 % de las utilidades brutas que ganó en 3 años.

La utilidad bruta que servirá de base para la indemnización, cuando la relación contractual fuere superior a 3 meses, pero inferior a 36 meses se determinará multiplicando por 36 la utilidad bruta mensual promedio habida durante ese tiempo.

Para todos los efectos se tomará como fuente la contabilidad del concesionario.

- Cualquier otro factor que se estime del caso para la determinación equitativa de la indemnización.

La mencionada ley, en su art. 4º, establece también que, cada vez que el concedente aumente el número de concesionarios, deberá pagar individualmente a cada uno de los concesionarios anteriores, el 80 % de la indemnización que le corresponde, según el art. 3º.

También es responsable el concedente (a menos que exista justa causa para dar por terminado el contrato o negarse a su renovación), de comprar al concesionario los productos que el mismo tenga existencia, lo que tendrá que llevar a efecto dentro de un término no mayor de 6 meses (art. 5º).

A su vez, cuando el concesionario haya otorgado créditos a terceros, para pagar el valor de la mercancía que distribuye compradas al concedente, éste cancelará el valor de estos créditos y se subrogará en los derechos del concesionario (art. 6º). Para esta regla sólo rige una excepción: que es cuando los créditos tienen más de 12 meses de vencidos. En este caso, el concedente no estará obligado a pagar al concesionario el valor de dichos créditos.

Si el concedente no paga, o no rinde suficiente garantía de pago, de la indemnización correspondiente al concesionario, el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, podrá suspender la importación, internación o distribución de los productos del concedente o principal (art. 7º).

La prescripción de las acciones para reclamar los derechos nacidos como consecuencia de la rescisión o no renovación de un contrato de representación, agencia o distribución, está señalada en un plazo de 2 años, por el art. 11 de la ley.

Este plazo se contará a partir del vencimiento del contrato no renovado, o de la notificación en que por escrito se dé por terminado el contrato. Las acciones relativas a la ventilación de los derechos controvertidos entre el concedente y el concesionario, se tramitarán por la vía civil en juicio sumario de mayor cuantía; y los contratos quedarán sujetos a las leyes nicaragüenses, aunque en ello se estipulase lo contrario (art. 12).

Aquí, podemos resaltar dos aspectos; primero, que el principal debe comprar al concesionario los productos que tenga o que le sobren; y segundo, que

debe pagarle los créditos que éste haya otorgado cuando sean mayores a 12 meses,

Por lo expuesto, podemos observar que aunque las legislaciones difieren entre sí en varios aspectos, básicamente coinciden en lo siguiente:

1. Establecimiento de causas legales justas, para dar por terminado un contrato de agencia, distribución o representación;

2. Tales causas hay que probarlas, ante los organismos competentes;

3. De no existir tales causas, el principal o concedente tiene que otorgar una indemnización, fijada por la ley, al representante o concesionario.

4. Mientras no se pague esta indemnización, los productos no se podrán importar (si son fabricados en el extranjero);

5. El principal o concedente está obligado a adquirir los créditos e inventarios de productos del concesionario o agente, al terminarse el contrato, sin mediar causa justa, bajo las condiciones señaladas en la ley;

6. El principal o concedente no puede nombrar otro agente o distribuidor, mientras no pague la indemnización, o la deposite ante el organismo competente, en caso de demanda o reclamación;

7. Los derechos concedidos por tales leyes son irrenunciables, aunque podría convenirse en una transacción ante el organismo competente.

4.11 COLOMBIA

Por último y por no entrar en el orden cronológico de regulación expuesto, citamos a este país el cual denomina a la agencia como: Contrato de Agencia Comercial y está regulado dentro de las normas del Título III y de los Capítulos I a IV de este Título del Código de Comercio Colombiano;¹⁵¹ se le considera como contrato y a continuación se describe su regulación.

¹⁵¹ Código de Comercio Colombiano, expedido por Decreto 410 del 16 de junio de 1971, relativo al contrato de agencia comercial, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_comercio.html

El artículo 1317 del código en mención, lo define como: el medio por el cual un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo y esta persona que recibe el encargo se denomina genéricamente agente.

Características y obligaciones de las partes reguladas en el ordenamiento antes citado.

- Exclusividad a favor del agente. Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos. (Art. 1318)

- Exclusividad a favor del agenciado. En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores. (Art. 1319)

- Sobre su contenido; el artículo 1320 expresa que el contrato contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y será inscrito en el registro mercantil y que no será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos.

- Cumplimiento del encargo y rendición de informes. Según el artículo 1321, el agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio.

- Remuneración del agente. Regulado dentro del artículo 1322, nos insta que el agente tendrá derecho a su remuneración aunque el negocio no se lleve a efectos por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga {de acuerdo con la otra parte para} no concluir el negocio.

- Existe el derecho de retención por parte del agente, y será sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización. (Art. 1326)

- Sobre las causas de terminación de forma unilateral (artículo 1325) se enumeran como justas las siguientes:

Por parte del empresario:

a) El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley;

b) Cualquiera acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario;

c) La quiebra o insolvencia del agente, y

d) La liquidación o terminación de actividades;

Por parte del agente:

a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales;

b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;

c) La quiebra o insolvencia del empresario, y

d) La terminación de actividades

Además que cuando el agente termine el contrato por causa justa provocada por el empresario, éste deberá pagar a aquél la indemnización prevista en el Artículo 1324, esto de acuerdo al artículo 1327.

De lo expuesto podemos concluir que según el código de comercio colombiano, el contrato de Agencia Comercial es un contrato por medio del cual una persona o empresa, encarga a otra persona o empresa denominada agente, para que venda sus productos, los produzca o preste sus servicios, en un determinado territorio, actuando de forma independiente y estable como representante de uno o varios de sus productos o servicios.

Se requiere de registro mercantil, es decir, debe inscribirse en la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde se van a ejecutar las actividades y en el lugar de la celebración del contrato.

Debe tener al menos los siguientes elementos:

Nombres, apellidos, domicilio, y documento de identificación de las partes intervinientes en el contrato (empresario y agente).

El objeto del contrato y el ramo de actividades a desarrollar.

Los poderes o facultades del agente y sus limitaciones.

El término de duración del contrato.

El territorio en el cual va a desarrollar sus actividades el agente.

Y de acuerdo a la ley en Colombia, no hay necesidad de que la empresa principal otorgue una licencia de sus derechos de propiedad intelectual al agente. Tampoco existe una ley que requiera que el principal indemnice al agente por demandas de violación contra los productos del principal. Y aunque estos aspectos no están reglamentados por la ley, si se pueden incluir dentro del contrato, como una forma de llenar el vacío legal que se presenta a la hora en que se presente una eventualidad relacionada con posibles demandas de indemnización. Para proteger los derechos de propiedad intelectual, el propietario de los mismos debe proceder a inscribirlos o registrarlos, que es lo único que le asegura la propiedad de las marcas o patentes, ya que estas no se otorgan por el uso sino por su registro.

En esta legislación es de remarcar la obligación de registrar el contrato en el Registro Público del Comercio, además de los requisitos mínimos que debe contener el mismo.

Entonces, podemos concluir que al igual que en nuestro derecho positivo, las legislaciones antes mencionadas presentan algunas de las confusiones y lagunas jurídicas de las que hemos hablado en el desarrollo de esta investigación.

Sin embargo, hay legislaciones como la colombiana que proporcionan importantes avances en la regulación no solo del agente sino de la agencia misma reforzando su carácter de contrato mercantil.

Por ello, es que en el siguiente capítulo y tomando los elementos más sobresalientes de este postulado, presentamos una propuesta de regulación de la Agencia como contrato mercantil, señalando no sólo sus elementos, características, sujetos, derechos, obligaciones y causas de terminación, sino, proponiendo algunos elementos sobresalientes que obtuvimos del presente capítulo dentro de la legislación comparada.

CAPÍTULO QUINTO

INCLUSIÓN DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

En el presente capítulo, estructuraremos los elementos del contrato de agencia, para su regulación e inclusión dentro del Código de Comercio, como un contrato mercantil típico, dentro del Título Tercero, Capítulo III de la Agencia Mercantil, a partir del numeral 331 Bis en adelante; y que prevea a éste, como una forma de contratación a nombre y por cuenta de los empresarios o comerciantes, consistente en realizar actos de intermediación, promoción, celebración y conclusión de mercancías o productos del principal.

5.1 ELEMENTOS PERSONALES EN LA AGENCIA

Como ya analizamos en el segundo capítulo, el agente es por una parte, un auxiliar del comercio por cuya intervención y actuación se celebran actos de comercio; puede ser una persona física con el carácter de trabajador o bien una persona física o moral independiente que ejecuta actos de intermediación, promoción y conclusión a nombre y por cuenta del empresario o principal. Este último es el que nos ocupa en el presente trabajo, una persona física o moral independiente.

En la contraparte, se habla de un principal o empresario, quien es un comerciante, ya sea persona física o moral, quien encarga a una persona llamada agente, la realización de ciertos actos de intermediación, promoción y conclusión, sobre mercancías o productos de su propiedad.

5.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

5.2.1 Obligaciones del agente

a) *Desempeñar la agencia de manera personal o por medio de sus dependientes.* El carácter personal del desempeño de la agencia no se desvirtúa por el hecho de que el agente de comercio sea una persona moral, puesto que en tal caso la desempeña por medio de sus dependientes, quienes de acuerdo con la organización empresarial de la persona moral y su objeto social desempeñan la comisión en nombre y representación de ésta. En México, tanto los agentes de seguros como los de fianza cuando son personas morales deben tener como objeto social precisamente la realización de operaciones de agencia de seguros o de fianzas.

b) *Actuación leal y de buena fe.* El agente de comercio debe velar por los intereses del empresario a quien representa. Por ello, si bien no es consustancial a la agencia la exclusividad, para que el agente pueda representar a otros empresarios respecto de los mismos o análogos bienes o concurrentes o competitivos con los de su representado, debe obtener el previo consentimiento de éste (así el art. 1746 del CC italiano).

c) *Promover y concluir los actos de comercio en nombre del empresario.* Por virtud de la agencia, el agente debe promover y concluir los actos y las operaciones de comercio necesariamente en nombre del representado y sin esperar instrucciones concretas (pero sí las generales) del empresario como ocurre en la comisión, sino que tiene que actuar para promover y concluir todos los contratos posibles en nombre y por cuenta del empresario, buscando cuantas ocasiones propicias se presenten mediante la adecuada vigilancia del mercado.¹⁵²

¹⁵² Cfr., Garrigues y Garrigues, Joaquín, *op. cit.*, p. 120.

d) *Proporcionar al principal toda la información que se genera u obtenga durante la gestión y conclusión de su actividad, así como en particular sobre las operaciones realizadas con los terceros y la solvencia de éstos.*

e) *Sujetarse a las instrucciones del empresario que sean razonables y no afecten su independencia.* El CC italiano previene que el agente debe cumplir el encargo confiado de conformidad con las instrucciones recibidas y proveer al empresario la información respecto de las condiciones del mercado en la zona asignada, así como cualquier otra información útil para valorar la conveniencia de las singulares operaciones (art. 1746 del CC italiano).

f) *Recibir en nombre del empresario cualquier reclamación de terceros por defectos o vicios de calidad o cantidad de bienes y servicios, así como defender los intereses del empresario. Llevar una contabilidad independiente de la de cada empresario por las operaciones realizadas en nombre y cuenta de éstos, en el evento de que no desempeñe la agencia por varios de ellos y que es posible sólo cuando los empresarios no son competidores entre sí, ya que de lo contrario podría actuar en beneficio de algunos de ellos y en perjuicio de los demás.*

g) *Asumir el riesgo y las consecuencias de los actos u operaciones por él ejecutados si existe acuerdo expreso y por escrito.* El agente no está obligado a garantizar el resultado de las operaciones que concluye en nombre y cuenta del empresario; sin embargo, es válido el pacto por el cual asuma el riesgo de la operación o acto, en cuyo caso la legislación extranjera impone al empresario la obligación de pagar una comisión adicional por esa garantía (art. 19 de la ley española citada), conocida en la doctrina como *star del credere* y que también es válida en México.

h) *No competencia.* Las partes pueden pactar en el contrato de agencia la restricción o limitación de la actividades del agente en el sentido de no competir con el empresario o de no promover ni concluir actos u operaciones por cuenta propia o de terceros respecto de los mismos o similares bienes objeto de la agencia tanto durante la vigencia del contrato, como después de su extinción. La ley española señala para este último

caso que dicho pacto no puede ser superior a dos años contados a partir de la extinción de la agencia (art. 20.2) y que la limitación de no competencia sólo puede referirse a la zona o grupo de personas respecto de las cuales se concedió al agente su exclusividad y únicamente respecto de los bienes y servicios objeto de la agencia (art. 21); en igual sentido se pronuncia el art. 1751 del CC italiano.

i) Exclusividad. Para el CC italiano, el contrato de agencia implica la exclusividad concebida a favor tanto del empresario como del agente. El art. 1743 establece que el empresario no puede valerse al mismo tiempo de más agentes en la misma zona para el mismo ramo de actividades, ni el agente puede asumir el encargo de tratar en la misma zona y por el mismo ramo los negocios de más empresarios en competencia entre sí. Dicha exclusividad tiene su razón de ser en virtud de que, como se dijo, el agente de comercio realiza actos por nombre y cuenta ajena y como tal debe velar por los intereses de su representado y actuar con lealtad y buena fe, lo que malamente haría si al mismo tiempo realiza actos por cuenta de dos o más empresarios competidores entre sí.

5.2.2 Obligaciones del empresario

a) Poner a disposición oportuna del agente los bienes objeto de la agencia, en su caso los muestrarios, catálogos, tarifas de los mismos y demás documentos necesarios para la actuación del agente (*cf.* art. 1748 del CC italiano). Esto es, empresario también debe actuar con lealtad y buena fe ante el agente, por lo que ha de proporcionarle dicha información, así como la relativa a la ejecución las operaciones concluidas por el agente.

b) Pagar la remuneración pactada a favor del agente. El art. 16 de la ley española citada previene que dicho pago debe hacerse a más tardar el último día del mes siguiente al trimestre natural en que se hubiere devengado la comisión, salvo plazo inferior pactado. Para el CC italiano, el

agente tiene derecho a la remuneración desde el momento y en la medida en la cual el empresario ha ejecutado o habría debido ejecutar la prestación con base en el contrato concluido con el tercero, por lo que inderogablemente corresponde al agente la provisión a más tardar en el momento y en la medida en la cual el tercero ha ejecutado o habría debido ejecutar la prestación en el caso que el empresario hubiese ejecutado la prestación a su cargo. En el evento de que el tercero y el empresario ejecuten en parte el contrato, el agente tiene derecho a su comisión en esa medida, conforme los usos o el juez según la equidad.

c) *Comunicar la captación o rechazo de la operación.*

d) *Pagar una indemnización al agente.*

e) *Registrar en el Registro Público del Comercio el contrato de agencia.*

f) *Comprar al agente los productos que tenga o que le sobren, después de la operaciones efectuadas, siempre y cuando éste demuestre que puso todo su esfuerzo en el ejercicio de su cargo.*

g) *Pagarle los créditos que éste haya otorgado, cuando éstos sean mayores a 12 meses.*

5.3 CARÁCTERÍSTICAS DEL CONTRATO

Como quedó asentado, por el contrato de agencia una parte (agente) asume de manera estable e independiente el encargo de promover en nombre y cuenta de otra (principal), mediante una retribución, la conclusión de contratos. De lo anterior destacan sus características:

a) *El agente actúa a nombre de su principal.* Se trata de un mandato con representación; en consecuencia, el agente no contrae obligaciones directas con los terceros, con quienes contrata en cumplimiento de la agencia, es el principal el obligado directo.

b) *Independencia del agente respecto del principal.* El agente no está subordinado al mandante ni depende económicamente del mismo; en su

lugar cuenta con una organización o una empresa propias y estructura libremente su actividad y horario de trabajo, ya que no está sujeto a horario alguno; asimismo, es libre de emplear los recursos técnicos, económicos y el personal a su servicio que desee; inclusive desarrolla su actividad en locales o establecimientos separados. Al aludir a la independencia o autonomía del agente comercial descartamos al agente subordinado y dependiente de un patrón cuya regulación está en la Ley Federal del Trabajo (artículo 285), misma que determina que el agente de comercio, de seguros, los vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de ventas, son trabajadores cuando su actividad sea permanente, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que sólo intervengan en operaciones aisladas. Además deben actuar de acuerdo con las instrucciones y lineamientos del patrón y percibir una prima calculada sobre el ingreso de las operaciones en que intervienen, llamado salario.

c) *Estabilidad*. La relación entre el agente comercial y su mandante es duradera, para un tiempo y un espacio determinados, no accidental o esporádica, sino estable, característica que lo diferencia del mediador, quien entabla una relación jurídica momentánea; en la agencia, en cambio, se da una relación de duración.

d) *Confianza*. La buena fe, lealtad, honor, la responsabilidad, así como la diligencia de su trabajo son elementos que caracterizan al agente.

e) *Promoción o conclusión* de contratos en interés del *dominus negotii*.¹⁵³ En la agencia el agente actúa a nombre y en interés del principal.

f) *El contrato de agencia* es un contrato de tracto sucesivo y de duración, es un contrato bilateral.

g) *El contrato de agencia es un contrato de carácter oneroso*. El agente tiene derecho a recibir una remuneración por su actuación en la conclusión de actos u operaciones en nombre del empresario. Si bien el CCo nada dice respecto de la misma, surte la aplicación por analogía de lo dispuesto por el art. 304 del

¹⁵³ Messineo, Francesco, *op. cit.*, p. 60.

CCo con relación al contrato de comisión, en el cual prevé que salvo pacto en contrario, el comisionista tiene derecho a recibir como contraprestación una cantidad igual a la que se acostumbra en el lugar en donde se ejecuta la comisión.

h) *El contrato de agencia es formal.* El principal tiene la obligación de celebrar el contrato por escrito, cumpliendo cuando menos con los siguientes requisitos:

- Nombres, apellidos, domicilio, y documento de identificación de las partes intervinientes en el contrato (principal y agente).
- El objeto del contrato y el ramo de actividades a desarrollar.
- Los poderes o facultades del agente y sus limitaciones.
- El término de duración del contrato.
- El territorio en el cual va a desarrollar sus actividades el agente.
- La base para calcular el monto de las indemnizaciones al agente, al término del contrato.
- Las reglas que debe observar el agente para el otorgamiento de créditos a terceros.

i) *El contrato debe registrarse ante el Registro Público del Comercio.* Esta obligación correrá a cargo del principal, sin ser un óbice para el agente llevar a cabo el mismo; una vez cumplidos los requisitos de forma antes señalados, a efectos de dar certeza no sólo a las partes, sino a los terceros que contraten con el agente.

j) *El principal no podrá celebrar nuevos contratos de agencia cuando sea condenado por una autoridad competente a indemnizar a un agente.*

5.4 TERMINACIÓN DEL CONTRATO

El contrato de agencia como contrato de duración puede ser de plazo determinado o indefinido; en el primer caso, se extingue al vencimiento del plazo o por las demás causas de terminación del contrato; en el segundo por la denuncia unilateral del agente o por la revocación del encargo por el principal o empresario. En México, siendo la agencia un contrato atípico en la ley, se debe acudir a las reglas de interpretación de los contratos establecidas en el *CCF*, las que previenen que los contratos que no están especialmente reglamentados se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones de contrato con el que tengan más analogía (art. 1858). En la especie, el contrato con el cual guarda mayor analogía la agencia es el contrato de comisión. En ambos existe el encargo por parte de otro para realizar actos jurídicos comerciales, por lo cual resulta aplicable a la agencia lo dispuesto por el art. 307 del *CCo*, que previene que quedando siempre obligado a las resultas de las gestiones ya realizadas, el comitente podrá en cualquier tiempo revocar la comisión conferida al comisionista.

En cambio, la denuncia del contrato por parte del agente, que puede hacerse en cualquier tiempo, sólo procede después de que haya dado el aviso correspondiente con una antelación de cuando menos un mes de anticipación, bajo pena de pagar los daños y perjuicios ocasionados al empresario. Al efecto, es aplicable por analogía lo dispuesto por el art. 2478 del *CCF*, ubicado en el capítulo VII, "De las disposiciones especiales respecto de los arrendamientos por tiempo indeterminado", incluido en el título sexto, "Del arrendamiento", y que previene que todos los arrendamientos que no se hayan celebrado por tiempo expresamente determinado, concluirán a voluntad de cualquiera de las partes contratantes, previo aviso por escrito dado a la otra parte con 15 días de anticipación, si el predio es urbano, y con un año si es rústico. Ello es así porque la agencia tiene por objeto bienes muebles y no inmuebles, y si bien el art. 2460 del *CCF* se refiere al arrendamiento de bienes inmuebles sin plazo, este precepto no es aplicable en razón de que el mismo exige no sólo que en el contrato se hubiere fijado plazo, sino

también que no se hubiere expresado el uso a que la cosa se destina. Dicho precepto faculta al arrendatario a devolver el bien y, como consecuencia, a dar por terminado el contrato cuando quiera; pero si se parte del supuesto de que no se fijó plazo en el contrato de agencia y que en este contrato siempre se fija el destino de los bienes objeto de la agencia (*v. gr.* su venta a terceros), entonces no puede aplicarse dicho precepto, sino el diverso 2478 citado.

Se considera que por la naturaleza de los bienes objeto de la agencia (muebles), debe en su caso aplicarse el término de 15 días y no de un año, porque se trata de un contrato mercantil sujeto a las normas y espíritu del CCo, que establece términos más breves para los contratos mercantiles dada la celeridad del comercio. En todo caso, este término opera sólo cuando las partes no han convenido expresamente en ampliar o reducir el mismo.

Conforme el art. 25 de la ley española, también se exige un preaviso con antelación de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses, y se señala que salvo pacto en contrario, el final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes.

La misma ley española establece como casos de excepción el preaviso para la terminación del contrato (art. 26), en los que cualquiera de las partes podrá darlo por terminado en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, y se entenderá que el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción, en los siguientes casos: *a)* cuando la otra parte hubiere incumplido, total o parcialmente, las obligaciones legal o contractualmente establecidas, y *b)* cuando la otra parte hubiera sido declarada en estado de quiebra, o cuando haya sido admitida a trámite la solicitud de suspensión de pagos.

En México se considera que el aviso de terminación del contrato de agencia por parte del empresario no puede hacerse sino pasados cinco días de celebrado el mismo (art. 2460 del CCF), y la parte que lo dé por terminado deberá responder, salvo pacto en contrario, de los daños y perjuicios ocasionados a la otra parte.

La muerte e inhabilitación del agente son causas de extinción del contrato por tratarse de un negocio *intuitu personae* que no se transmite a los herederos; en cambio, la muerte del empresario no provoca la extinción del contrato si subsiste la empresa a la que el agente presta sus servicios. Por último, en cuanto a la denuncia del contrato por tiempo indeterminado, Garrigues sostiene que no opera siempre en la agencia porque se trata de un contrato de duración que exige de parte del agente una gran actividad preparatoria para la consecución de nuevos mercados y clientes, aunque en algunos supuestos sí puede admitirse dicha denuncia.¹⁵⁴ Con independencia de la razón que expone el autor, es posible dicha denuncia dejando a salvo los derechos al pago de daños y perjuicios del agente por la terminación del contrato, al igual que en el caso de terminación anticipada.

5.5 INDEMNIZACIÓN AL AGENTE

La ley es silente respecto de la indemnización a favor del agente. Únicamente el art. 1949 del *CCF* establece la regla general de que la persona que exija el cumplimiento forzoso del contrato o la rescisión del mismo al incumpliente tendrá derecho exigir el pago de los daños y perjuicios, que están regulados genéricamente por el *CCF* y están sujetos a demostrar la existencia de la obligación, la existencia de los daños, el acto que los causa y la relación directa entre dichos daños y su causa.

Ripert y Roblot señalan que una de las innovaciones mayores del decreto francés de 1958 ha sido atribuir al agente comercial una indemnización compensatoria del perjuicio que sufre por la resolución del contrato hecha por el empresario, la cual es mantenida en la ley de junio de 1991, pero aplicada tanto para el caso de resolución del contrato por tiempo indefinido como para los supuestos de no renovación de la agencia con plazo de duración, muerte,

¹⁵⁴ Cfr. Garrigues, *op. cit.*, p. 122.

enfermedad o edad del agente.¹⁵⁵ En España (art. 28 de la ley) y en Italia (art. 1751 del CC), de acuerdo con la Directiva de la CEE, se previene el derecho de indemnización al agente una vez terminado el contrato, tomando en cuenta tanto la aportación de clientela al empresario como el incremento sensible de las operaciones con la clientela preexistente si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurren. Asimismo, el agente tiene derecho a una indemnización por clientela existente en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente, así como en el caso de terminación anticipada del contrato dada por el empresario, en contratos de agencia de duración indefinida, en cuyo caso deben cubrirse los daños y perjuicios causados, si la extinción del contrato no permite al agente amortizar los gastos que hubiere realizado. Esto es, en dichas legislaciones se prevé la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, así como la indemnización por clientela.

Ese derecho a indemnización no existe cuando el agente denuncia el contrato por causas no imputables al empresario, cede a un tercero sus derechos y obligaciones con el consentimiento del empresario, o cuando la terminación del contrato es por causas imputables al agente.

Así pues, es importante fijar una indemnización al agente, que sea, mínimo de tres meses sobre las comisiones efectivamente cobradas en el último mes, en cualquiera de los supuestos planteados; esto, a fin de darle al mismo el reconocimiento y protección en el ejercicio de su actividad; además, de llevar a los empresarios a respetar los contratos que celebre con agentes que desarrollen su actividad de forma permanente y en beneficio del primero.

Por todo lo anterior, podemos concluir, que al regular la agencia mercantil como contrato, estamos introduciendo un mínimo de normas comerciales que deben aparecer dentro del nuestro Código de Comercio; en vista de la naturaleza

¹⁵⁵ Cfr. G. Ripert y R. Roblot, *Traite de Droit Commercial*, t. 2, 16a. ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencie, E.J.A., París, 2000, p. 677.

de nuestro derecho positivo, que a diferencia del *common law*, sobre todo en tratándose de la materia procesal, es indispensable presentar dentro del procedimiento un medio probatorio de dicha contratación, siendo el idóneo la documental, y más si se trata de una pública; constriñendo así a las partes a cumplir con lo pactado, especialmente al principal cuando debe indemnizar al agente por el ejercicio de sus actividades.

No obstante, que las partes sean libres de pactar el resto de las cláusulas del contrato; pero sí aclarando que estamos en presencia de normas de orden público que deben proteger la figura del agente, brindándole la seguridad y certeza legal, que redundará en un mejor desempeño de su actividad y que en consecuencia traerá mayores beneficios al principal, fomentando así la utilización de estas figuras dentro del comercio.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Podemos identificar un acto de comercio atendiendo a dos criterios: el objetivo y el subjetivo; pues al final las dos categorías que faltan (por su finalidad y por su forma) pueden encuadrarse en los primeros dos, pues bien la finalidad de todo acto de comercio es obtener un lucro, es decir, este elemento está implícito en el actuar del comerciante y la forma no es un requisito esencial en muchas operaciones comerciales, sin embargo, también puede ser incluido en alguno de los criterios que se postulamos.

Atendiendo al criterio subjetivo, el acto será de comercio, cuando se refiere a la persona que realiza determinada actividad, y que por ser comerciante por consiguiente los actos que realice serán de comercio.

El criterio objetivo, en cambio, pretende desligarse del sujeto que realiza el acto y atiende al acto mismo, que si es de naturaleza comercial (incluye el lucro), entonces será de comercio.

SEGUNDA. Un acto de comercio deviene de la teoría del acto jurídico y para poder reconocerlo como de comercio, además de apoyarnos en lo establecido expresamente por el artículo 75 del Código de Comercio, que describe que actos se reputan de comercio debemos auxiliarnos de los criterios objetivo y subjetivo, entendiendo que al primero lo que le interesa es el objeto en si del acto, es decir que sea de naturaleza mercantil, (como son los contratos mercantiles) ya que no importa la calidad de los sujetos que intervengan y en el segundo si importa la calidad que tenga la persona que realiza el acto, pues si es comerciante entonces sus actos serán de comercio; profundizando nuestra concepción, examinaremos el elemento que constituye el criterio subjetivo, es decir, los sujetos del derecho mercantil.

TERCERA. Del artículo 3º del Código de Comercio, se desprende que comerciante es aquella persona física o moral que teniendo capacidad legal hace

del comercio su ocupación habitual, es decir, que distingue dos tipos de comerciantes: comerciante persona física y comerciante persona moral ya sea nacional o extranjera.

CUARTA. El requisito de tener capacidad legal para ser considerado comerciante encierra por su puesto la capacidad de ejercicio tal y como manifiestan los autores citados, pues es necesario que el sujeto sea capaz de obligarse y ejercitar por si los derechos que se le confieren y por otro lado estando de acuerdo con Cervantes Ahumada podemos establecer que la capacidad es una y deviene de la capacidad establecida en el Código Civil, es decir, que si se tiene la capacidad de ejercicio, por regla general se puede ser comerciante; sin embargo como bien apunta, la capacidad a la que hace alusión nuestro ordenamiento mercantil, es la capacidad para ejercer el comercio, o sea que se pueden dar situaciones en las que por determinadas circunstancias se limite esa capacidad.

QUINTA. Por regla general todas las personas que tengan capacidad de ejercicio tienen por consecuencia la capacidad para ejercer el comercio, tal y como lo establece el artículo 5º del Código de Comercio en relación con el 81 y por excepción se limita tal ejercicio si es que se realizan conductas que deriven en una inhabilidad o incompatibilidad para ejercerlo, esto es, que para limitar el ejercicio del comercio por inhabilidad, se entiende que en un principio se tenía la capacidad para ejercer tal actividad y que por realizar alguna de las conductas tipificadas en el artículo 12 del Código de Comercio se sanciona al comerciante limitando su capacidad y para que se limiten por incompatibilidad, como bien señala su denominación es porque la profesión del sujeto no es compatible con la actividad del comercio, como es el caso de los notarios y corredores públicos, agentes aduanales o los funcionarios públicos, pues se presume que por su ocupación tendrían una ventaja frente a una persona que no es un profesional del derecho o del comercio.

SEXTA. En los comerciantes persona físicas, se debe cumplir un elemento subjetivo de “hacer del comercio su ocupación ordinaria”, para cumplirlo se deben atender a 3 peculiaridades, estas son:

- a) Que los actos de comercio se realicen de forma continuada
- b) Que se hagan de forma profesional
- c) Que se realicen de forma sistemática
- d) Que lo realice a nombre propio

Es decir, no debe perderse de vista que deben cubrirse estos elementos para configurar el segundo requisito tipificado en el artículo 3º fracción I del Código de Comercio y constituir así la regla general, ya que de manera excepcional si se realizan actos de comercio de forma accidental, es decir, sin ser la ocupación ordinaria de la persona, en estricto sentido para el derecho no son comerciantes sin embargo son sujetos a la ley mercantil; situación que da origen a otro sujeto del derecho mercantil, los llamados comerciantes accidentales o anómalos.

SÉPTIMA. En el caso de las personas morales comerciantes, éstas, son las sociedades mercantiles ya sean nacionales o extranjeras y para que adquieran tal calidad, deben reunir los siguientes requisitos:

- a) Tener capacidad legal para ejercer el comercio
- b) Hacer del comercio su ocupación ordinaria y
- c) Constituirse conforme a las leyes mercantiles mexicanas, requisito que encuadraría en el primer enunciado, pues como se verá más adelante, para que sea persona moral comerciante debe tener personalidad jurídica propia y la adquirirá una vez que se inscriba en el Registro Público del Comercio.

OCTAVA. Los comerciantes accidentales propiamente dichos, serán los que no hagan del comercio su ocupación ordinaria y los anómalos (entendiendo esta palabra como aquello que sale de lo normal o de lo habitual), vemos que se sitúan los que tienen una limitación para ejercer el comercio ya sea por inhabilidad o incompatibilidad además de las personas de derecho público.

NOVENA. El comerciante, para llevar a cabo exitosamente su profesión se allega de personas que le presten sus servicios, ya sean de carácter intelectual o material y de forma temporal o permanente. La doctrina clasifica a estos auxiliares en dependientes e independientes.

DÉCIMA. Tiene el carácter de auxiliares independientes el comisionista, los agentes de comercio, los corredores, los agentes aduanales y los contadores públicos.

DÉCIMA PRIMERA. Tienen el carácter de auxiliares dependientes los factores, los dependientes, los contadores privados, los agentes de ventas, los viajantes de ventas subordinados y los empleados.

DÉCIMA SEGUNDA. Los sujetos del derecho mercantil son: en primer lugar los comerciantes, que a su vez pueden ser personas físicas o morales, nacionales o extranjeras; luego los llamados comerciantes accidentales o anómalos y por último los auxiliares del comercio o del comerciante; todos en razón de que participan en la actividad comercial de alguna u otra manera y por tanto son los elementos personales de nuestra rama del derecho.

DÉCIMA TERCERA. Todos los comerciantes, por el simple hecho de serlo, deben cumplir con las obligaciones que la ley les impone, las cuales son: la publicidad mercantil, la inscripción en el Registro Público, llevar un sistema de contabilidad y conservar la correspondencia.

DÉCIMA CUARTA. La asociación es la reunión permanente de dos o más personas con el propósito de realizar un fin común, lícito y que no sea preponderantemente económico, en cambio sociedad es un ente jurídico.

DÉCIMA QUINTA. Podemos definir a la sociedad mercantil como la persona moral comerciante que adopta para su constitución alguno de los tipos

sociales previstos en las leyes mercantiles, dotada de una personalidad jurídica propia y que como consecuencia se le confiere atributos jurídicos para individualizarla.

DÉCIMA SEXTA. La sociedad mercantil, cuenta con elementos necesarios para ser considerada una persona moral, pues es un ente distinto al de las personas humanas que la constituyen, cuenta con un patrimonio propio y persigue un fin común; tiene personalidad jurídica propia y como consecuencia se le confieren atributos jurídicos para individualizarla.

DÉCIMA SÉTIMA. El contrato mercantil es un acto de comercio por el criterio objetivo; y aunque no es posible definir propiamente al contrato mercantil, se retoma el concepto establecido en la ley civil (Art. 1793 CCF) y solo se puede afirmar que el contrato será mercantil si su naturaleza así lo determina, es decir, que el objeto del contrato recaiga sobre cosas mercantiles y también lo será si uno de los contratantes es sujeto del derecho mercantil.

DÉCIMA OCTAVA. Para que pueda formarse un contrato, se necesita del consentimiento, pues los contratantes emitirán una declaración de voluntad para celebrar el acto, es decir, hay un concierto de voluntades; formando así el consentimiento. Por una parte habrá una oferta, entendiendo esta como la propuesta de celebrar el negocio jurídico y por otra una aceptación que será la declaración de voluntad en concordancia con los términos de la oferta. La oferta puede ser con plazo o sin plazo y respecto al consentimiento entre no presentes recalamos que en los contratos mercantiles se adopta la Teoría de la Recepción.

DÉCIMA NOVENA. El objeto de los actos jurídicos tiene tres acepciones: objeto directo, que es crear o transferir derechos y obligaciones; objeto indirecto, que es a lo que se obliga el deudor y la tercera hace alusión a la cosa misma.

El objeto del contrato es la segunda acepción, es decir, a lo que se obliga el deudor (dar, hacer o no hacer), pues en la primera todos los contratos tendrían el mismo objeto y en la tercera se atiende a la especie del contrato.

VIGÉSIMA. La voluntad como elemento del consentimiento debe de otorgarse sin defectos o vicios es decir debe ser cierta y libre; por tanto si la decisión proviene de: error, dolo o amenazas se dice que es una declaración viciada y produce una nulidad relativa en el contrato.

Entendiendo que el error es una creencia equivocada de la realidad, el dolo como cualquier conducta que se utilice para provocar o mantener en el error a la persona, la mala fe es la conducta dirigida a disimular el error y la violencia engloba fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad o los bienes, por tanto al emplearse cualquiera de estas conductas para obtener la voluntad de contratar coarta a todas luces la libertad contractual por lo que se produce una nulidad relativa volviendo ineficaz el acto jurídico que se haya celebrado.

VIGÉSIMA PRIMERA. La agencia se origina como un negocio jurídico en el cual se conjugan elementos de otras figuras jurídicas: el mandato y el corretaje, y constituye una actividad mediadora y representativa en cuanto que se media en los contratos, se facilita su concertación, se hacen coincidir las ofertas y demandas y se concluyen los negocios en nombre de otros.

VIGÉSIMA SEGUNDA. No todo mandato aplicado a los actos concretos de comercio es comisión, únicamente lo será aquel en el cual el mandatario actúa a nombre propio, pues cuando lo hace a nombre de su representado se denomina mandato mercantil, lo que no significa excluir a la comisión de ese carácter, ambos son mandatos mercantiles, uno con representación directa (agencia) y el otro sin ella (comisión).

VIGÉSIMA TERCERA. La agencia, no sólo se trata de las relaciones de trabajo que existen entre los empresarios y sus auxiliares de comercio, sino que, ésta se puede dar bajo un contrato de representación directa, y que por su contenido y conforme al artículo 73, frac. X del Código de Comercio, lo es de naturaleza comercial y, por tanto debe ser regulado por el propio Código, y no como pretende el mismo de forma errónea lo sea por la legislación civil.

VIGÉSIMA CUARTA. Agente, es la persona que tiene por oficio gestionar en favor de negocios ajenos y a nombre del titular de éstos, y el contrato de agencia por consiguiente constituye una relación jurídica duradera, estable, cuya ejecución es de carácter profesional y autónoma e independiente, no subordinada, a cambio de la cual el agente obtiene una remuneración.

VIGÉSIMA QUINTA. La figura del agente, se aborda desde dos principales puntos de vista, a saber; en primer lugar, como auxiliar del comerciante, ya dependiente, en cuyo caso estamos frente a una relación de trabajo; ya independiente como auxiliar del comercio, y que en tal supuesto, no se contempla una regulación al respecto de la relación que nace entre el principal y el agente.

En segundo lugar, como contrato mercantil, pero confundiendo su naturaleza jurídica con otras figuras contractuales, como la comisión mercantil, la intermediación, el corretaje, el factoraje, y aún con el mandato civil; todo esto provocado por la ausencia de regulación del contrato de agencia mercantil, que a pesar de que en la práctica se celebra como un contrato atípico, la confusión de las funciones del agente y de los derechos y obligaciones de las partes ha traído como consecuencia una incorrecta regulación del mismo, para lo cual es indispensable que el legislador entienda en primer término la naturaleza de la figura, y en segundo las funciones del agente y los derechos y obligaciones de las partes, para poder llegar a una adecuada normatividad mercantil, que atienda a la realidad social comercial de nuestro país.

VIGÉSIMA SEXTA. El estudio de la agencia mercantil, también se puede abordar como establecimiento o empresa y como agente; en ambos casos ya existe una regulación por parte de diversas leyes, no sólo mercantiles, sino aún las fiscales y laborales.

VIGÉSIMA SÉPTIMA. El contrato de agencia tiene características que le dan una naturaleza contractual propia, distinta de la de los contratos mercantiles como la comisión, el mandato y la prestación de servicios, y dentro de los cuales no puede encuadrarse como una modalidad. Las normas de los contratos típicos que le resultan aplicables supletoriamente; son, en este orden, las de la comisión, por la mercantilidad de la relación; las del mandato, como contrato de gestión de intereses ajenos y las del contrato de prestación de servicios, por la actividad de actos materiales que debe desarrollar el agente.

VIGÉSIMA OCTAVA. En contrato de agencia, tiene un carácter de tracto sucesivo, en vista de la serie de actividades y gestiones que realiza el agente, en aras de promover y en ocasiones concluir los negocios a nombre y por cuenta del principal.

VIGÉSIMA NOVENA. En la mayoría de los casos, el agente cuenta con una organización, empresa y estructura propios, y sus actividades independientes no están sujetas a horario; el agente es libre de emplear los recursos técnicos, retóricos, económicos y humanos propios; las erogaciones por sus servicios son por cuenta del agente y no del empresario; no existe percepción fija en favor de agente. Asimismo, salvo pacto en contrario, el agente debe asumir los gastos de la gente a su cargo, todo ello a cambio de una remuneración.

TRIGÉSIMA. En la agencia, la promoción o conclusión de los negocios del principal se deben ejecutar de manera personal o bajo la supervisión del agente, toda vez, que el agente fue contratado en primer término por su experiencia, crédito, solvencia y diligencia.

TRIGÉSIMA PRIMERA. La actuación por nombre y cuenta de varios empresarios puede hacerse, en cuyo caso es necesario el consentimiento del empresario respecto de la agencia en bienes o servicios de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos respecto de los que se obliga a promover frente a terceros.

En algunos casos, y sobre todo con autorización del principal, el agente puede promover productos de distintos empresarios en la misma zona, como sucede por ejemplo en el caso de las Agencias de Viajes.

TRIGÉSIMA SEGUNDA. El contrato de agencia parece no estar reconocido expresamente en el CCo como sí ocurre con las operaciones de comisión (fracc. XII del art. 75 del CCo) y de mediación en negocios mercantiles (fracc. XIII del art. 75 del CCo); sin embargo, en la fracc. X del art. 75 se alude a las empresas de agencias. En cambio, otros ordenamientos como la Ley Federal de Fianzas (LFF), la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (LGISMS) y la Ley Aduanera (LA) se refieren a los agentes de seguros, de fianzas y agentes aduanales, respectivamente, quienes están regulados tanto en esas leyes como en sus reglamentos respectivos.

Por lo que, podemos ver que en la práctica se está utilizando la figura del agente, ya no como un auxiliar del comerciante; que diversos ordenamientos han comenzado a regular la figura del contrato de agencia; que es necesario dar certidumbre jurídica a las partes contratantes; que se debe proteger a los auxiliares dependientes del comerciante cuando tengan el carácter de trabajadores y que no exista confusión cuando se trate de un contrato mercantil.

TRIGÉSIMA TERCERA. Al igual que en nuestro derecho positivo, las legislaciones como España, Italia, la Comunidad Europea, y algunos países centroamericanos como Panamá, Honduras, Costa Rica y El Salvador, presentan algunas de las confusiones y lagunas jurídicas de las que hemos hablado en el desarrollo de esta investigación.

Sin embargo, hay legislaciones como la colombiana y la española que proporcionan importantes avances en la regulación no solo del agente sino de la agencia misma reforzando su carácter de contrato mercantil.

TRIGÉSIMA CUARTA. Por todo lo anterior, podemos concluir, que al regular la agencia mercantil como contrato, estamos introduciendo un mínimo de normas comerciales que deben aparecer dentro del nuestro Código de Comercio; sin que esto sea un obstáculo para que las partes sean libres de pactar el resto de las cláusulas del contrato; pero sí aclarando que estamos en presencia de normas de orden público que deben proteger la figura del agente, brindándole la seguridad y certeza legal, que redundará en un mejor desempeño de su actividad y que en consecuencia traerá mayores beneficios al principal, fomentando así la utilización de estas figuras dentro del comercio.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acosta Romero, Miguel, *Nuevo derecho bancario*, México, Porrúa, 2003.
2. Alvarado Monroy, Rosa María, "Agentes aduanales", *Consultorio Fiscal*, México, vol. 2, núm. 22, 1988.
3. Arce Gargollo, Javier, *Contratos Mercantiles Atípicos*, 12ª ed., México, Porrúa, 2007.
4. Arias Pou, María, *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, Madrid, España, ed. La Ley, 2006.
5. Athié Gutiérrez, Amado, *Derecho Mercantil*, México, McGraw-Hill Interamericana Editores, 1997.
6. Barrera Graf, Jorge, *Derecho Mercantil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.
7. Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades. Derecho de la Empresa. Sociedades.*, 4ª reimpresión, México, Porrúa, 2000.
8. Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*. 5ª ed., México, Oxford, 1999.
9. Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Heliasta.
10. Castrillón y Luna, Víctor M., *Contratos Mercantiles*, México, Porrúa, 2002.
11. Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho Mercantil. Primer curso.*, 4ª ed., México, Editorial Herrero, 1982.
12. Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *De las Autopsias de la Información a la sociedad virtual*, España, Ed. Aranzadi.
13. De Pina Vara, Rafael, *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, 28 ed., México, Porrúa, 2002.
14. García Rendón, Manuel, *Sociedades Mercantiles*, México, Harla, 1993.
15. García Treviño, Ricardo, *Contratos Civiles y sus Generalidades*, 4ª ed., México, Font, 1982.
16. Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 6ª ed., México, Porrúa,

- 1981.
17. León Tovar, Soyla H., *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXIII Número 68, Mayo-Agosto de 1990, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990.
 18. León Tovar, Soyla H., *Contratos Mercantiles*, México, Oxford, 2008.
 19. Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil. Introducción y Conceptos Fundamentales Sociedades*, 26 ed., México, Porrúa, 1989.
 20. Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, 8a. ed. (trad. Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Eds. Jurídicas Europa-América, 1954-1956, t. VI.
 21. Peña Valenzuela, Daniel, *El Contrato por medio electrónicos*, Colombia, ed. Universidad Externado de Colombia, 2003.
 22. Reyes Krafft, Alfredo Alejandro, *La firma electrónica y las entidades de certificación*, México, ed. Porrúa, 2008.
 23. Ripert, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, 2ª ed., trad. Felipe de Solá Cañizares, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, tomo II Sociedades.
 24. Rocco, Alfredo, *Principios de derecho mercantil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931.
 25. Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 16 ed., México, Porrúa, 1982.
 26. Tapia Ramírez, Javier, *Introducción al Derecho Civil*, México, McGraw-Hill Interamericana Editores, 2002.
 27. Téllez Valdes, Julio, *Derecho Informático*, 3ª ed., México, Ed. Mc. Graw-Hill, 2004.
 28. Tena, Felipe de J., *Derecho Mercantil Mexicano*, 9ª ed., México, Porrúa, 1978.
 29. Vásquez del Mercado, Óscar, *Contratos Mercantiles*, México, Porrúa, 2006.
 30. Vivante, César, *Derecho Mercantil*, traductor Francisco Blanco Constans, Argentina, Valleta Ediciones S.R.L., 2005.
 31. Vivante, César, *Tratado de Derecho Mercantil. Volumen II. Traducido por*

Ricardo Espejo de Hinojoza, Editorial Reus, Madrid, 1932.

32. Vukmir, Branko, *Los agentes de comercio. Conozca su legislación*, España, 1969.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Código de Comercio

Código Civil Federal

Ley Aduanera

Ley de Navegación y Comercio Marítimos

Ley del Mercado de Valores

Ley del Impuesto al Valor Agregado

Ley del Impuesto sobre la Renta

Ley Federal del Trabajo

Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros

Ley sobre el Contrato de Seguro

Reglamento de los Agentes de Seguros y Fianzas

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Código de Comercio Colombiano

Código Civil Italiano

Decreto del Poder Legislativo No. 247, del 16 de enero de 1973 de El Salvador

Decreto Ejecutivo N° 9 del 7 de febrero de 1970 de Panamá

Decreto N° 50 del 13 de octubre de 1970 de Honduras

Decreto No. 78 del Congreso de la República de Guatemala, del 29 de setiembre de 1971 de Guatemala

El Decreto de Gabinete No. 344 del 31 de octubre de 1969 de Panamá

La Directiva 86/653/CEE del 18 de diciembre de 1986 de la Comunidad Económica Europea

Ley No. 4884, del 30 de noviembre de 1970 de Costa Rica

Ley 12/1992 Española

Ley No. 287, del 2 de febrero de 1972, Ley sobre Agentes de Nicaragua

ANEXO 1

A fin de exponer los problemas más frecuentes que se presentan en nuestro país en torno de la figura del agente, expondremos una serie de entrevistas realizadas a diferentes tipos de agentes; en busca de encontrar elementos comunes en la contratación que celebran con los empresarios, partiendo de los puntos analizados en el presente trabajo de investigación, como lo son los derechos y obligaciones de las partes, la forma en que se acostumbra celebrar el contrato, las principales causas de terminación y los principales problemas que identifican los propios agentes en el desempeño de sus actividades.

Cabe señalar, que no contamos con un número cierto de cuantos agentes operan en nuestro país, toda vez, que al tratarse de empresas particulares, no están obligados a brindar tal información; y que, aunque intentamos pedirla a diversas empresas como Avon, Herbalife o Fuller, todas ellas, bajo la protección de la misma ley mercantil, que ampara el secreto industrial, regulado en la Ley de Propiedad Industrial vigente, que en su numeral 82 refiere que:

“Se considera secreto industrial a **toda información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas** y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.

La información de un secreto industrial necesariamente deberá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o a **los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.**”

De lo cual, se desprende, que con fundamento en tal ley, no sólo en ese numeral, sino en el diverso 223, fracción IV, constituye un **delito** no sólo la revelación del mismo, sino también la apoderación del mismo sin derecho y sin consentimiento, y aún el uso del mismo secreto.

Todo lo anterior, relacionado con el artículo 16 del Código de Comercio, que impone como obligación a todos los comerciantes, conservar por diez años la correspondencia que tenga relación con el giro del comerciante; dicha carga, se impone sobre cartas, telegramas, mensajes de datos o cualesquiera otros documentos en que se consignen **contratos, convenios o compromisos que den nacimiento a derechos y obligaciones**; como lo sería el contrato objeto de nuestra investigación.

El propio Código, consigna que tales datos podrán ser conservados físicamente por el propio comerciante, y en algunos casos, cuando se trate de mensajes de datos electrónicos, éstos podrán ser conservados por terceros o Prestadores de Servicios de Certificación autorizados por la Secretaría de Economía.

Para tener acceso a tales datos los tribunales pueden decretar de oficio, o a instancia de parte legítima, que se presenten en juicio las cartas que tengan relación con el asunto del litigio; situación que no cabe en el supuesto de nuestro trabajo de investigación, toda vez, que carecemos de legitimación en la causa, ni existe litigio alguno por el cual tales empresas estarían obligadas a brindarnos tal información.

Aunado al hecho, que conforme a la Ley Federal de Protección de Datos Personales, en diversos artículos estipula que tratándose de datos personales sensibles, el responsable deberá obtener el **consentimiento expreso** y por escrito del titular para su tratamiento, a través de su firma autógrafa, firma electrónica, o cualquier mecanismo de autenticación que al efecto se establezca; y que éste no será necesario cuando esté previsto en una Ley; los datos figuren en fuentes de acceso público; tengan el propósito de cumplir obligaciones derivadas de una relación jurídica entre el titular y el responsable; exista una situación de emergencia que potencialmente pueda dañar a un individuo en su persona o en sus bienes o se dicte una resolución de autoridad competente.

El tratamiento de datos personales deberá limitarse al cumplimiento de las finalidades previstas en el aviso de privacidad y dicho tratamiento de datos personales será el que resulte necesario, adecuado y relevante en relación con las

finalidades previstas en el aviso de privacidad; El responsable o terceros que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales deberán guardar confidencialidad respecto de éstos.

Por tanto, como en el caso concreto, no nos encontramos bajo ninguno de los supuestos anteriores, es por ello, que ni el titular de los datos, en este caso las empresas, ni los terceros que almacenan dicha información, están obligados a brindárnosla, por ello no fue posible precisar un número específico en torno al cual parte nuestra investigación, tomando solamente de forma aleatoria algunos de los agentes que pudimos encontrar y obtener la información directamente de ellos.

Sin embargo, al no considerar suficientes tales argumentos, además de la entrevistas que presentamos a continuación, también exhibimos algunas de la solicitudes que presentamos a diversas empresas, y en de manera constante en todos los casos, ni siquiera obtuvimos respuesta alguna; a pesar de que en todos los casos, ellas contratan a sus agentes representantes por medios electrónicos, como también demostraremos con sendas pruebas.

ENTREVISTA A AGENTES COMERCIALES

Entrevista No. 1

1. Nombre: María de Jesús Sánchez Vargas
2. Edad: 37
3. Ocupación: Agente de Ventas
4. ¿Puede describir brevemente las funciones que desempeña para la empresa?
Realizo la promoción y venta por catálogo de cosméticos y productos para el hogar de Avon.
5. ¿Por qué realiza ésta actividad para la empresa? Para obtener recursos económicos
6. ¿Desde cuándo? Desde hace 10 años
7. ¿Qué relación tiene con la empresa Avón?

Soy una vendedora de cosméticos

8. ¿Celebró algún contrato con la empresa o firmó algún documento por dicha actividad?

Si, firme un contrato con la empresa

9. ¿De qué tipo?

De agente de ventas independiente

10. ¿Qué requisitos le pidieron para celebrar el contrato o iniciar la relación?

Adquirir un equipo de vendedor que me costó 70 pesos

11. ¿Qué requisitos le piden para la venta de los productos?

La compra de catálogos de los productos para las campañas de venta

12. ¿Sabe cuáles son las funciones de un agente de ventas?

Promocionar y vender los productos de la empresa

13. ¿Cuánto tiempo le dedica a la venta de los productos?

De 2 a 4 horas diarias

14. ¿Cómo realiza la venta de los mismos (qué actos)?

Le llevo los catálogos a los posibles clientes y les hablo de las características de los productos o se los enseño a través de las muestras que me vende la empresa, en caso de que se interesen en algún producto, levanto el pedido vía internet, y una vez que haga el depósito bancario de la campaña anterior, me envían los productos por correo; cuando ya los tengo en mi poder se los llevo al cliente para que me pague.

15. ¿Recibe algún tipo de ayuda?

Sí, hay una coordinadora de zona, quien me auxilia con los pedidos o con la entrega de mercancía cuando existe algún problema

16. ¿Recibe capacitación para esa actividad?

Sí, nos dan conferencias para cada campaña que dura de 15 a 20 días

17. ¿En qué lugares realiza la venta de los productos?

En casa de los posibles clientes principalmente, cerca de mi domicilio, con vecinos, familiares o conocidos

18. ¿Le dan indicaciones para la venta de los mismos?

Sólo en cuanto a los precios de los productos y sus características

19. ¿Tiene alguna limitación o le prohíben realizar algo en la venta?

No, no hay prohibición, sin embargo si nos recomiendan no vender productos de otra empresa

20. ¿Es la única empresa para la que realiza éste tipo de actividad?

Si

21. ¿Cómo obtiene los productos motivo de la venta?

Realizo un pedido de los mismos a través de internet, y me los envían a través de un mensajero, cuando le exhibo la ficha de depósito bancario de la campaña anterior, de la mercancía que me dejaron a crédito, entonces me entrega los productos; en caso de que no exhiba el pago, los productos se los llevan de regreso a “bodega” y sólo que pague en los cinco días siguientes me los entregan; en caso contrario no puedo hacer mas pedidos hasta liquidar mi crédito

22. ¿Cómo le tienen que pagar los productos los consumidores?

Nos recomiendan que de preferencia en efectivo y en una sola exhibición, ya que, en caso contrario, el crédito corre por nuestra cuenta, no de la empresa

23. ¿Qué pasa en caso de que no le paguen los productos que entregó al consumidor final?

Los tengo que pagar yo, y tratar de venderlos a otra persona o si no me los regresan yo sufro la pérdida

24. ¿Qué pasa en caso de que se pierdan los productos que le entregó la empresa?

Los tengo que pagar yo

25. ¿Qué pasa en caso de que se roben los productos que le entregó la empresa?

Los tengo que pagar yo

26. ¿Qué pasa en caso de que estén en mal estado los productos que le entregó la empresa?

Los tengo que pagar, pero en este caso si me hacen el cambio físico de los mismos, pero tengo que llevarlos de regreso a bodega y con la condición de que así hayan salido de la empresa, si no yo sufro la pérdida

27. ¿Qué pasa en caso de que no venda los productos cuando ya se los entregó la empresa?

Pues debo buscar venderlos a otra persona o quedármelos yo, ya que de todas

- formas los debo pagar en la siguiente campaña
28. ¿Qué recibe a cambio de la venta de los productos?
Una comisión
29. ¿Cuánto obtiene en promedio al mes por la venta de los productos?
De \$1,000 a \$1,500 por campaña en promedio
30. ¿Cómo se fijan sus ganancias?
El 25% en venta de cosméticos y 15% en productos del hogar
31. ¿Tiene un mínimo de ventas?
No
32. ¿Le dan algún premio o incentivo cuando supera su promedio de ventas?
Sí, pero cuando mucho, dos veces por año, me dan un regalo de aproximadamente \$ 300, que puede ser una plancha o una licuadora por lo regular
33. ¿Sufre algún castigo o penalización si no vende el promedio de ventas?
No, ninguno
34. ¿Qué obligaciones tiene con la empresa?
Pagarle el crédito que me dan
35. ¿Qué derechos le da la empresa?
Ninguno, bueno, salvo los premios, pero éstos están condicionados a subir mis ventas
36. ¿Sabe usted si alguna ley protege sus derechos?
No que yo sepa
37. ¿Qué le parece que se protegieran esos derechos mediante una ley?
Pues eso estaría bien, que nos dieran seguro o que nos jubilaran
38. ¿Qué le gustaría ser, un agente o un trabajador?
Un trabajador, para que me dieran un sueldo y seguro

Entrevista No. 2

1. Nombre: América Ledesma Juárez
2. Edad: 32
3. Ocupación: Vendedora
4. ¿Puede describir brevemente las funciones que desempeña para la empresa?
Vendo por catálogo cosméticos y productos para el hogar de Avon y Fuller
5. ¿Por qué realiza ésta actividad para la empresa? Para mantener a mi familia
6. ¿Desde cuándo? Desde hace 5 años
7. ¿Qué relación tiene con la empresa Avón?
Soy vendedora
8. ¿Celebró algún contrato con la empresa o firmó algún documento por dicha actividad?
Si, firme un contrato con la empresa
9. ¿De qué tipo?
Para vender cosméticos
10. ¿Qué requisitos le pidieron para celebrar el contrato o iniciar la relación?
Comprar mi equipo de vendedora, que cuesta como 80 pesos
11. ¿Qué requisitos le piden para la venta de los productos?
Comprar mis catálogos de los productos para las campañas de venta
12. ¿Sabe cuáles son las funciones de un agente de ventas?
Promocionar y vender los productos de la empresa
13. ¿Cuánto tiempo le dedica a la venta de los productos?
De 4 a 5 horas al día
14. ¿Cómo realiza la venta de los mismos (qué actos)?
Le llevo muestras y catálogos a mis clientas; les hablo de las características de los productos o se los enseño en las muestras, y si se interesan en algún producto, levanto el pedido con mi coordinadora de zona, y una cuando hago el depósito bancario de la campaña anterior, me mandan los productos con un mensajero; y cuando ya me los entregan se los llevo a las clientas para que me paguen.
15. ¿Recibe algún tipo de ayuda?

Sí, el de mi coordinadora de zona, ella me ayuda con los pedidos o con la entrega de mercancía cuando existe algún problema

16. ¿Recibe capacitación para esa actividad?

No, solo nos dan conferencias de unas tres o cuatro horas en cada campaña que dura de 15 a 20 días

17. ¿En qué lugares realiza la venta de los productos?

En casa de mis clientas principalmente, cerca de mi domicilio, con vecinos, familiares o conocidos

18. ¿Le dan indicaciones para la venta de los mismos?

No, nada más los precios vienen en los catálogos de los productos

19. ¿Tiene alguna limitación o le prohíben realizar algo en la venta?

No, no ninguna

20. ¿Es la única empresa para la que realiza éste tipo de actividad?

No, también vendo Fuller, pero a través de mi cuñada, es decir, ella es la vendedora de Fuller, pero si yo vendo ella me da mi comisión

21. ¿Cómo obtiene los productos motivo de la venta?

Le hago el pedido a mi coordinadora, y ella me los envían con un mensajero, cuando le exhibo la ficha de depósito bancario de la campaña anterior, de la mercancía que me dejaron a crédito, entonces me entrega los productos; en caso de que no exhiba el pago, los productos se los llevan de regreso a “bodega” y sólo que pague en los cinco días siguientes me los entregan; en caso contrario no puedo hacer mas pedidos hasta liquidar mi crédito

22. ¿Cómo le tienen que pagar los productos los consumidores?

En efectivo y al momento de la entrega, aunque a veces se los dejo a pagos con tal que me compren

23. ¿Qué pasa en caso de que no le paguen los productos que entregó al consumidor final?

Pues yo los tengo que pagar

24. ¿Qué pasa en caso de que se pierdan los productos que le entregó la empresa?

De todas formas me los cobran

25. ¿Qué pasa en caso de que se roben los productos que le entregó la empresa?

- También me los cobran, de hecho a un compañero hasta le dieron un balazo cuando iba a depositar el dinero, y pues solo le dijeron que después les pagara
26. ¿Qué pasa en caso de que estén en mal estado los productos que le entregó la empresa?
Me los cambian, claro después de que se los pague
27. ¿Qué pasa en caso de que no venda los productos cuando ya se los entregó la empresa?
Me los quedo yo, o se los vendo a alguien mas
28. ¿Qué recibe a cambio de la venta de los productos?
Una comisión
29. ¿Cuánto obtiene en promedio al mes por la venta de los productos?
De \$1,500 a \$1,800 por campaña en promedio
30. ¿Cómo se fijan sus ganancias?
El 25% en venta de cosméticos y 15% en productos del hogar
31. ¿Tiene un mínimo de ventas?
No, aunque a veces nos dan ciertos productos a vender a fuerzas, y si no pues nosotros los pagamos
32. ¿Le dan algún premio o incentivo cuando supera su promedio de ventas?
Sí, una dos veces al año, me dan un regalo de aproximadamente \$ 300, que puede ser una plancha o una licuadora por lo regular, y por febrero si juntamos una “estrella” nos dan otro regalo; cada estrella es por \$15000 de venta al año y si vendo mas pues el regalo es mas grande
33. ¿Sufre algún castigo o penalización si no vende el promedio de ventas?
No
34. ¿Qué obligaciones tiene con la empresa?
Pagarle el crédito de la campaña anterior
35. ¿Qué derechos le da la empresa?
Los premios, cuando vendo mucho
36. ¿Sabe usted si alguna ley protege sus derechos?
No
37. ¿Qué le parece que se protegieran esos derechos mediante una ley?

Pues eso estaría bien, que nos dieran un carro o regalos más grandes

38. ¿Qué le gustaría ser, un agente o un trabajador?

Un trabajador, para que me dieran un carro

Entrevista No. 3

1. Nombre: Saúl Jiménez Ávila
2. Edad: 47
3. Ocupación: Agente de Seguros
4. ¿Puede describir brevemente las funciones que desempeña para la empresa?
Vendo seguros de vida, de accidentes, personales, de casa, de autos, de grupo
5. ¿Por qué realiza ésta actividad para la empresa? Porque me ayuda a obtener ingresos económicos
6. ¿Desde cuándo? Desde hace 12 años
7. ¿Qué relación tiene con la empresa Comercial América Seguros?
Soy agente de seguros
8. ¿Celebró algún contrato con la empresa o firmó algún documento por dicha actividad?
Si, firme un contrato con Comercial América, para vender seguros
9. ¿De qué tipo?
Como agente "A" de seguros
10. ¿Qué requisitos le pidieron para celebrar el contrato o iniciar la relación?
-Tomar capacitación para la venta de seguros
-Sacar mi cédula de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas
11. ¿Qué requisitos le piden para la venta de los seguros?
-Dar una garantía de fidelidad por concepto de las primas que voy a cobrar
-Tener la cédula de la categoría de seguros que voy a vender "A"
12. ¿Sabe cuáles son las funciones de un agente de seguros?
-Buscar clientes
-Explicarles cómo funciona el seguro

-Analizar y seleccionar el riesgo

-Vender el seguro

-Llenar los formatos

13. ¿Cuánto tiempo le dedica a la venta de los productos?

En promedio 8 horas diarias de lunes a sábado

14. ¿Cómo realiza la venta de los mismos (qué actos)?

Busco a los clientes, les ofrezco y explico en qué consiste el seguro y cuáles son los beneficios que les trae su contratación; si lo contratan, analizo el riesgo correspondiente, hago la selección correcta, lleno los formatos de la aseguradora conforme a la capacitación que me dieron y cobro la prima

15. ¿Recibe algún tipo de ayuda?

No, yo lo hago solo

16. ¿Recibe capacitación para esa actividad?

Sí, nos dan cursos de capacitación de 4 horas al año

17. ¿En qué lugares realiza la venta de los productos?

En cualquier lugar, en escuelas, empresas, plazas

18. ¿Le dan indicaciones para la venta de los mismos?

Si, en los cursos de capacitación, sobre todo en cuanto al análisis del riesgo

19. ¿Tiene alguna limitación o le prohíben realizar algo en la venta?

No, ninguna

20. ¿Es la única empresa para la que realiza éste tipo de actividad?

No, también vendo seguros de Inbursa

21. ¿Cómo obtiene los seguros?

Una vez que lleno los formatos los ingreso a la aseguradora, ellos revisan su correcto llenado y el pago de la prima

22. ¿Cómo le tienen que pagar los seguros a las aseguradoras?

Nos recomiendan que de preferencia en efectivo y en una sola exhibición, y en algunos casos la prima puede venir en parcialidades

23. ¿Qué pasa en caso de que no le paguen la prima del seguro que entregó al asegurado?

El seguro se cancela y ya no recibo la prima que me tocaba

24. ¿Qué recibe a cambio de la venta de los seguros?
Una comisión
25. ¿Cuánto obtiene en promedio al mes por la venta de los productos?
De \$4,000 a \$5,000 por mes, sin descontar los gastos que hago
26. ¿Cómo se fijan sus ganancias?
El 20% de la prima de las pólizas que celebro
27. ¿Tiene un mínimo de ventas?
No
28. ¿Le dan algún premio o incentivo cuando supera su promedio de ventas?
Si, un bono de productividad
29. ¿Sufre algún castigo o penalización si no vende el promedio de ventas?
Sólo que no me dan el bono de productividad
30. ¿Qué obligaciones tiene con la empresa?
-Analizar y seleccionar el riesgo
-Vender el seguro
-Llenar los formatos
-Hacer propaganda
-Actuar con ética
-Dar una fianza
-Renovar mi cédula
31. ¿Qué derechos le da la empresa?
A cobrar las primas, y mi bono de productividad, cuando vendo arriba del promedio
32. ¿Sabe usted si alguna ley protege sus derechos?
Si, la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas
El Reglamento de Agentes de Seguros
La ley sobre el contrato de seguro
33. ¿Qué le parece que se protegieran esos derechos mediante una ley?
Estaría bien, que no dieran una pensión y vacaciones o un coche para transportarme

34. ¿Qué le gustaría ser, un agente o un trabajador?

Me ser trabajador, para tener vacaciones, aguinaldo, jubilación

Entrevista No. 4

1. Nombre: Silvia Martínez Chávez

2. Edad: 42

3. Ocupación: Agente de Seguros

4. ¿Puede describir brevemente las funciones que desempeña para la empresa?

Vendo seguros de vida, de accidentes, personales, de casa, de autos, de grupo

5. ¿Por qué realiza ésta actividad para la empresa? Porque me ayuda a obtener ingresos económicos

6. ¿Desde cuándo? Desde hace 12 años

7. ¿Qué relación tiene con la empresa Comercial América Seguros?

Soy agente de seguros

8. ¿Celebró algún contrato con la empresa o firmó algún documento por dicha actividad?

Si, firme un contrato con Comercial América, para vender seguros

9. ¿De qué tipo?

Como agente "A" de seguros

10. ¿Qué requisitos le pidieron para celebrar el contrato o iniciar la relación?

-Tomar capacitación para la venta de seguros

-Sacar mi cédula de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas

11. ¿Qué requisitos le piden para la venta de los seguros?

-Dar una garantía de fidelidad por concepto de las primas que voy a cobrar

-Tener la cédula de la categoría de seguros que voy a vender "A"

12. ¿Sabe cuáles son las funciones de un agente de seguros?

-Buscar clientes

-Explicarles cómo funciona el seguro

-Analizar y seleccionar el riesgo

-Vender el seguro

-Llenar los formatos

13. ¿Cuánto tiempo le dedica a la venta de los productos?

En promedio 8 horas diarias de lunes a sábado

14. ¿Cómo realiza la venta de los mismos (qué actos)?

Busco a los clientes, les ofrezco y explico en qué consiste el seguro y cuáles son los beneficios que les trae su contratación; si lo contratan, analizo el riesgo correspondiente, hago la selección correcta, lleno los formatos de la aseguradora conforme a la capacitación que me dieron y cobro la prima

15. ¿Recibe algún tipo de ayuda?

No, yo lo hago solo

16. ¿Recibe capacitación para esa actividad?

Sí, nos dan cursos de capacitación de 4 horas al año

17. ¿En qué lugares realiza la venta de los productos?

En cualquier lugar, en escuelas, empresas, plazas

18. ¿Le dan indicaciones para la venta de los mismos?

Si, en los cursos de capacitación, sobre todo en cuanto al análisis del riesgo

19. ¿Tiene alguna limitación o le prohíben realizar algo en la venta?

No, ninguna

20. ¿Es la única empresa para la que realiza éste tipo de actividad?

No, también vendo seguros de Inbursa

21. ¿Cómo obtiene los seguros?

Una vez que lleno los formatos los ingresos a la aseguradora, ellos revisan su correcto llenado y el pago de la prima

22. ¿Cómo le tienen que pagar los seguros a las aseguradoras?

Nos recomiendan que de preferencia en efectivo y en una sola exhibición, y en algunos casos la prima puede venir en parcialidades

23. ¿Qué pasa en caso de que no le paguen la prima del seguro que entregó al asegurado?

El seguro se cancela y ya no recibo la prima que me tocaba

24. ¿Qué recibe a cambio de la venta de los seguros?

Una comisión

25. ¿Cuánto obtiene en promedio al mes por la venta de los productos?

De \$4,000 a \$5,000 por mes, sin descontar los gastos que hago

26. ¿Cómo se fijan sus ganancias?

El 20% de la prima de las pólizas que celebro

27. ¿Tiene un mínimo de ventas?

No

28. ¿Le dan algún premio o incentivo cuando supera su promedio de ventas?

Si, un bono de productividad

29. ¿Sufre algún castigo o penalización si no vende el promedio de ventas?

Sólo que no me dan el bono de productividad

30. ¿Qué obligaciones tiene con la empresa?

-Analizar y seleccionar el riesgo

-Vender el seguro

-Llenar los formatos

-Hacer propaganda

-Actuar con ética

-Dar una fianza

-Renovar mi cédula

31. ¿Qué derechos le da la empresa?

A cobrar las primas, y mi bono de productividad, cuando vendo arriba del promedio

32. ¿Sabe usted si alguna ley protege sus derechos?

Si, la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas

El Reglamento de Agentes de Seguros

La ley sobre el contrato de seguro

33. ¿Qué le parece que se protegieran esos derechos mediante una ley?

Estaría bien, que no dieran una pensión y vacaciones o un coche para transportarme

34. ¿Qué le gustaría ser, un agente o un trabajador?

Me ser trabajador, para tener vacaciones, aguinaldo, jubilación.

Luego de haber analizado las anteriores encuestas podemos enumerar los principales elementos que delinear la agencia comercial en nuestro país; que en inicio de cuentas, nos encontramos en presencia de un contrato que se celebra por los principales con objeto de llevar a cabo sus actividades comerciales sin necesidad de contratar trabajadores o responder con elementos propios que incrementarían los costos de producción, es decir, los agentes comerciales son contratados por éstos con la intención de reducir costos y llegar a mercados más extensos sin invertir una gran cantidad de recursos, valiéndose de las habilidades de los agentes, además de su conocimiento del mercado en el cual realizan sus actividades; que muchas veces es desconocido por el principal.

Otra ventaja para el principal, es que al no existir relación de trabajo queda eximido de las obligaciones patronales que consigna la ley federal del trabajo, además de las consiguientes obligaciones fiscales; pero que en particular esto es en detrimento de los agentes, ya que, al no tener un contrato viven en una constante incertidumbre sobre su actividad; y que sobre todo, en casos de terminación de la relación contractual no reciben ningún tipo de ayuda o indemnización a cambio de todos los esfuerzos y beneficios que han realizado a nombre del principal; además de que muchos de ellos no cuentan con recursos para el momento de terminar con su vida laboral para poder subsistir; y que el principal o empresario no guarda ningún tipo de obligación hacia éste, puesto que al no existir medio de prueba de la relación contractual, aunado al hecho de la falta de regulación que consigne obligaciones del principal sobre sus agentes; conlleva al desentendimiento de empresario de cualquier tipo de obligaciones que lo ligen al agente.

Concluyendo que, la regulación de la relación contractual entre el agente y el principal, no sólo es necesaria, sino indispensable para que los agentes puedan dedicarse a este tipo de actividades a sabiendas que la ley les protege, dándoles un mínimo de derechos, pero sobre todo brindándoles una certeza sobre cuáles derechos guardan frente al principal; ya que, el primer obstáculo que éstos tienen, es que ni siquiera están seguros de que tipo de relación los une con el principal, situación que éste aprovecha para mal informarlos y aún engañarlos para sacarles

el mayor provecho posible de ellos, abandonándoles a su suerte una vez que ya no los necesita, o bien, que encuentra en otros una mejor oportunidad de desarrollo; o en otros casos deshaciéndose de ellos sólo como medida preventiva, a fin de evitar el nacimiento de otros derechos u obligaciones como los laborales.

Por lo cual, podemos observar, que la ausencia de regulación ha venido en detrimento de sólo una las partes contractuales, la más débil como siempre; situación ante la cual, la ley debe sacar la cara y responder por este grupo de personas que necesitan de su protección; y que es el objeto mismo de la propia ley.