



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

MAESTRIA EN DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA
FACULTAD DE DERECHO
DERECHO MERCANTIL

“EL CONTRATO DE AGENCIA EN EL DERECHO MEXICANO Y LA NECESIDAD
DE SU REGULACIÓN”

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA
JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ MORALES

DIRECTOR DE TESIS
DOCTOR VICENTE FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
FACULTAD DE DERECHO

CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MEXICO MARZO 2018



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

DEDICATORIAS

A MI FAMILIA: Con todo mi corazón, este trabajo lo dedico a

- ❖ **DON CARLOS MORALES FRÍAS (†) en el cielo-**
- ❖ **Abuela Carmen, te amo.**
- ❖ **Por todo el apoyo y aguante a Yolanda.**
- ❖ **A mi padre.**
- ❖ **A Zasy Coch.**
- ❖ **A mi inspiración, Ali.**
- ❖ **A Líder por su apoyo incondicional.**
- ❖ **Manuel y Jeime.**

Gracias por ayudarme en mi convalecencia.

AGRADECIMIENTOS

A las Instituciones que me han formado: a la Universidad Nacional Autónoma de México, al Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, la Escuela Libre de Derecho, la London School of Economics and Political Science, Università degli Studi di Perugia, Centro de Estudios Garrigues, John F. Kennedy School of Government de la Universidad de Harvard, y la Universidad de Navarra

A mis maestros (EN ORDEN DE APARICIÓN): A todos los que han construido este camino con su comprensión, esfuerzo y paciencia, en la etapa preliminar, pero especialmente a Marty McLennan, a María Cristina Mondragón y Carlos Salinas por no perder la fe en mí.

En la Licenciatura a mis Enrique Guadarrama, Silvia Rocha, Carlos Ortega (†), Fernando Lorenzo, Ángel Calleja, Heriberto García Peña, Horacio Céspedes, Paulo Ruíz, Iliana Rodríguez, Michael Zander, Fernando Savater, Roberto Cippitani, Sarah Porch, Mauro Bove y Bernardo Sepúlveda Amor.

Tengo que mencionar específicamente a Mario Ignacio Álvarez Ledesma por ser mi primera luz intelectual, a José Ramón Narváez Hernández con su espíritu crítico y combativo, a Beatriz Eugenia Sosa Morato por todo su amor sus enseñanzas, darme su tiempo y dedicación, al mejor abogado que conozco, Arturo Zamora Uriostegui, a mi asesor de tesis y Maestro Vicente Fernández Fernández por seguir en pie de guerra conmigo como maestro y orientador, a Don Ignacio Rey Morales Lechuga, quien podría tener su propio apartado de agradecimientos en esta tesis, A Manuel Munive Páez por su dura crítica(énfasis añadido) y perpetua enseñanza, a Vicente López-Ibor Mayor con todo el amor de un discípulo para su maestro, a Don Javier Hervada por esas horas interminables de filosofía, Alejandro Cárdenas por darle brújula a mi vida adulta, a Gabriel Cavazos Villanueva por tenderme su mano, amistad y enseñanza, al profesor Alberto Donati que me pidió que no desistiera hasta llegar al doctorado (seguimos cumpliendo) y finalmente a Gabriela Aldana Ugarte, quien al final del trayecto de este trabajo le dedicó tanto tiempo y que aunque siempre crítica, está allí para hacerme mejorar.

Agradezco en este proceso de cursar la Maestría a mis profesores y mis guías durante dos años, Rolando Tamayo y Salmorán y Raúl Eduardo López Betancourt, al enorme Rosalío López Durán, la sabiduría de Manuel Ruíz Daza, Roberto Ávila Ornelas por sus sabios consejos, a la amistad cariño y enseñanzas de Leticia Bonifaz Alfonzo y al genial Armando Hernández Cruz.

A la familia que me ayudó a llegar a este punto: Daniela Galván (best researcher), Claudio Vega (superviviente), Karina y Victoria Mendoza, Ariadna Chong (te extraño) Josué Hernández, Javier Ezquerro, Boris Ramírez, Fabricio Mulet, Marisé García, Don Louis Autrique (†), Anya Cherneshyeva, Armando Arbesú Federico Clasing (gracias por tanto socio), Evangelos Merkouris, Rahul Bagaria, Fernando López, Marcelo Hernández (orgullo nacional), Mariana Sánchez, Karen Pérez-Vaudrecourt, “Loco” Morales, Marco Cabañas, Magda Arciniega (y familia), Enrique Aguilar, Trini y Rodrigo Coutiño, Alejandra Hermsillo, Wilson Féu, Adrián Roldán, Diana Patiño, Padre Francisco, Norma Aguilar, Marian García, Álvaro y Sofía Cárdenas y Alejandro hijo, Rodrigo Franco, Jaime Tovar Villegas, Víctor Torres, Andrés González de Castilla, Eduardo Lule (†), Natalia Espinoza, Ana Lu Pasquel, Flore Barrera, Carolina y Rafaella Frederick, Irving Vásquez, Rafael Arellanes, Miguel Ramírez, Pher Acosta, y la Familia Guido.

“Por mi raza hablará el espíritu”

CAPÍTULO PRIMERO

Antecedentes del Contrato de Agencia en México

1.	Antecedentes de la intermediación comercial.	7
1.1.	Antigüedad.	7
1.2.	Roma.	9
1.3.	Europa Medieval.	10
1.4.	El comercio en el México independiente.	18
1.5.	Reseña del derecho del trabajo en México.	20
1.6.	Marco conceptual.	22
1.6.1.	Principios generales de la contratación.	23
1.6.2.	Métodos de análisis de la norma.	24
1.6.3.	Principios generales clásicos de los contratos.	27
1.6.4.	Estado actual del contrato de agencia en México.	30

CAPÍTULO SEGUNDO

Naturaleza Jurídica del Contrato de Agencia.

2.1.	Consideraciones introductorias sobre la clasificación doctrinal del contrato.	42
2.2.	La agencia como contrato mercantil.	42
2.3.	La agencia y la representación.	45
2.4.	La agencia como contrato principal.	51
2.5.	La agencia como contrato preparatorio.	51
2.6.	La agencia como contrato escrito.	55
2.7.	La agencia como contrato bilateral.	57
2.8.	Conmutatividad de la agencia.	60
2.9.	Onerosidad del contrato de agencia.	62
2.10.	Consensualidad en oposición a realidad de la agencia.	65
2.11.	La agencia y su tracto sucesivo o continuado	66
2.12.	Agencia como contrato relacionado a obligaciones de medios y resultados.	67
2.13.	Atipicidad del contrato de agencia.	69
2.14.	Estructura jurídica del contrato de agencia.	75

2.14.1	Sujetos.	75
2.14.2.	Objeto	76
2.14.3.	Agencia.	77
2.14.4.	Obligaciones que debe contener el contrato de agencia.	78
2.14.5.	Independencia del agente.	79
2.14.6.	Perfeccionamiento y forma del contrato.	79
2.14.7.	Objeto y alcance de la agencia.	80
2.14.8.	Personería.	80
2.14.9.	Exclusividad de la agencia.	81
2.14.10.	Derechos y obligaciones del agente.	82
2.14.11.	Obligaciones del proponente.	84
2.14.12.	Duración y terminación del contrato.	85

CAPÍTULO TERCERO

El Contrato de Agencia en Legislaciones Comparadas

3.1.	Directiva Europea 86/653/CEE.	90
3.2.	República de Italia.	92
3.2.1.	Mandato.	93
3.2.2.	Comisión.	95
3.2.3.	Agencia.	96
3.3.	Reino de España.	99
3.3.1.	Mandato.	99
3.3.2.	Comisión.	102
3.3.3.	Agencia.	104
3.4.	Países Anglosajones.	114
3.4.1.	Definición anglosajona de agencia.	115
3.4.2.	Elementos del derecho de agencia anglosajón.	116
3.4.3.	Agencia Comercial.	120
3.4.4	Responsabilidad derivada de la agencia.	121
3.5.	Federación Brasileña.	122
3.5.1.	Mandato.	123
3.5.2.	Comisión.	126

3.5.3.	Agencia.	128
3.6.	Conclusiones preliminares sobre el contrato de agencia en el derecho comparado.	135

CAPÍTULO CUARTO

Discusión de una Propuesta para el Contrato de Agencia en México.

4.1.	Posibilidad de la agencia como contrato asociativo.	139
4.2.	La agencia como especie del contrato de prestación de servicios.	141
4.3.	El contrato de agencia y su distinción del contrato laboral.	142
4.4.	Propuesta de ubicación del contrato de agencia en el derecho mexicano.	144
	Conclusiones.	149
	Propuestas.	152
	Apéndice I Propuesta para regular el Contrato de Agencia.	155
	Apéndice II Modelo de Contrato de Agencia.	162
	Apéndice III Cuadro Comparativo de Figuras Afines.	167
	Fuentes de información.	169
	Hemerografía.	173
	Legisgrafía.	174
	Precedentes y jurisprudencias.	176

INTRODUCCIÓN GENERAL.

Esta tesis sostiene la hipótesis de que es necesario un estudio minucioso del contrato de agencia comercial, y, en consecuencia, asume que es necesario legislarlo de modo independiente respecto de otros contratos mercantiles de representación.

Consideramos que realizar la labor legislativa de separar ambos contratos es imprescindible, ya que, sostener el sistema actual de derecho privado mexicano, en el cual se utiliza como contrato mercantil atípico, resulta ineficaz, puesto que no satisface las necesidades propias de la contratación moderna y entender el contrato de agencia como una figura distinta de otros contratos de representación implica una profundización del conocimiento jurídico en el derecho privado.

La inquietud por investigar este tema originó durante la experiencia del sustentante como abogado consultor en un despacho jurídico, donde se recibió un caso que cuestionaba los alcances y la naturaleza del agente naviero como operador comercial en el sistema legal mexicano. Los argumentos que se plantearon eran si dicho agente gozaba de los beneficios propios de la agencia comercial o de la comisión mercantil. Esto conllevó a realizar un planteamiento de separación de las figuras donde realicé una propuesta manifestando que el contrato de agencia es enteramente distinto a otras instituciones de representación afines y al contrato de trabajo. Lo anterior se advirtió derivado una problemática significativa donde el contrato de agencia se buscaba equiparar al contrato de trabajo para solicitar las ventajas y protecciones de las leyes laborales mexicanas, españolas y brasileñas, y la figura entró en desuso de los estudiosos en México porque tendía a dársele tratamiento de contrato laboral, como se mostrará en el capitulo de la tesis en comentario.

El contrato de agencia es una figura jurídica que se encuentra regulada por diversos tratados y convenciones internacionales a los que México actualmente no se encuentra vinculado, tales como el Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contrato de intermediarios y a la Representación, y la Directiva Europea

86/653/CEE, así como en leyes especiales y códigos de otros países, cuyos contenidos obligacionales le separan de la simple prestación de servicios, la comisión mercantil, el contrato de trabajo o figuras similares de corretaje en materia de comercio; debido a ciertas características especiales que le dotan de un contenido obligacional único, tales como la amplitud de la agencia, la remuneración proporcional y la exclusividad en un área delimitada por el contrato.

La tesis propuesta pretende realizar un estudio exhaustivo del contrato de agencia en su dimensión fáctica, jurídica y axiológica, los elementos que lo componen, sus contenidos a la luz del derecho comparado así como el uso de los principios generales del derecho para la determinación sobre la necesidad de regular esta figura en el derecho positivo mexicano de manera específica, así como qué ventajas, desventajas, problemas fáctico-jurídicos y consecuencias engendraría - de manera contingente- su regulación positiva al dejar de mantener la atipicidad contractual y la autonomía de la voluntad bajo la que opera actualmente.

El acotamiento metodológico del tema se basa en principio, en los métodos inductivo, deductivo, hermenéutico y el método histórico material que atiende a su origen en las necesidades económicas de la intermediación. También, contiene un estudio de la tridimensionalidad contractual, es decir, que se compone de un elemento un elemento fáctico , uno jurídico-legal y uno axiológico.

Esta tesis contiene una utilidad práctica en el campo del Derecho privado, ya que el estudio y análisis del contrato de agencia conlleva a una propuesta de mejora en la legislación mercantil, estableciendo la tipicidad contractual dentro de una figura que de momento no existe de manera individualizada dentro del derecho contractual mexicano. Claramente, su existencia y tipicidad se traduce en una mejora en la seguridad y certeza jurídica de la que los contratantes gozan y, eventualmente, resulta en una mejora respecto de la especulación económica que tienen los agentes, así como una certeza del pago que les debe su deudor.

La estructura de esta tesis explica los antecedentes y marco conceptual de la intermediación comercial en la legislación que antecede a la agencia en México, un segundo capítulo que desarrolla la naturaleza jurídica de la agencia a la luz de

la teoría contractual y los principios generales del derecho, un tercer capítulo destinado al estudio de esta figura en otros países y sistemas legales donde la figura cuenta con gran desarrollo, y donde la legislación aplicable fue traducida por el sustentante para los casos de aquellas naciones que no tenían al español como lengua materna, y finalmente un cuarto capítulo que analiza la problemática para el contrato de agencia en México y algunos aspectos particulares de la discusión tratada en esta tesis.

Es importante recalcar que todos los capítulos están pensados desde las herramientas epistemológicas del tridimensionalismo jurídico, el enfoque sistémico del Derecho, es decir, el derecho como conjunto autorreferencial, el realismo jurídico como filosofía del derecho vivo y la teoría económica del Derecho, que ha sostenido la notoriedad práctica de la economía como motor para el funcionamiento del sistema jurídico, bajo las claves hermenéuticas de la dialéctica y la teleología jurídica.

Finalmente, la propuesta se materializa en dos pequeños anexos que sugieren, primero, la forma y articulado típico que el contrato de agencia pudiese tener en el derecho mexicano, y en segundo lugar un contrato modelo como guía didáctica y de referencia, así como un pequeño cuadro comparativo inspirado en el realizado por el notario Javier Arce Gargollo en su libro Contratos Mercantiles Atípicos en el que se explica de manera somera algunas distinciones de los contratos que se desarrollan en esta propuesta, es decir, el mandato, la comisión, el contrato de trabajo y la agencia, agregando la resolución de los mismos y el proceso jurisdiccional para su resolución, a fin de mostrar claridad en su distinción.

Iesus autem ibat cum illis et cum iam non longe esset a domo misit ad eum centurio amicos dicens domine noli vexari non enim dignus sum ut sub tectum meum intres

Propter quod et me ipsum non sum dignum arbitratus ut venirem ad te sed dic verbo et sanabitur puer meus

Nam et ego homo sum sub potestate constitutus habens sub me milites et dico huic vade et vadit et alio veni et venit et servo meo fac hoc et facit

Quo audito Iesus miratus est et conversus sequentibus se turbis dixit amen dico vobis nec in Israhel tantam fidem inveni

Et reversi qui missi fuerant domum invenerunt servum qui languerat sanum

-Evangelium secundum Lucam-

CAPÍTULO PRIMERO

Antecedentes del Contrato de Agencia en México

Crescit cum commercio civitas.

-Claremont Mckenna College-

Capítulo I. Antecedentes del Contrato de Agencia en México.

1. Antecedentes de la intermediación comercial. 1.1 Antigüedad 7. 1.2. Roma 7. 1.3. Europa Medieval 10. 1.4. El comercio en el México independiente 18. 1.5. Reseña del derecho del trabajo en México 20. 1.6. Marco conceptual 22. 1.6.1. Principios generales de la contratación 23. 1.6.2 Métodos de análisis de la norma 24. 1.6.3. Principios generales clásicos de los contratos 27. 1.6.4. Estado actual del contrato de agencia en México 30.

El Derecho es un sistema de control social de pretensiones autorreferenciales tendientes a la prevención y solución de problemas de una o varias sociedades determinadas¹. En este sentido, sostenemos que el Derecho es un producto conjunto de aquellas personas que participan de la actividad legislativa en sentido amplio, lo que significa que realizan un proceso de creación de normas jurídicas que son comúnmente y/o legítimamente aceptadas por la población y que pueden ser impuestas por la vía coactiva o bien, por la prevalencia social cultural².

Los contenidos del Derecho han sido, a lo largo de la historia del mismo y más propiamente dicho de la denominada ciencia jurídica, comúnmente desplazados hacia un segundo plano a raíz de los movimientos positivistas y exegéticos³, pero consideramos que en una época como el siglo XXI, donde la multidisciplina y la transdisciplina se han vuelto menesteres en el desarrollo humano, el Derecho también debe ser evaluado en cuanto a su fondo, verbigracia, los contenidos

¹ Luhmann, Niklas, *Law as a Social System*, 3 e, Inglaterra, ed. Oxford University Press, 2004. Esta definición la he construido con base en un concepto dialéctico que aprovecha el *enfoque sistémico de Nicklas Luhmann; para mí, el Derecho no goza de una claridad conceptual que le separe de otros órdenes normativos a menos que se fuerce su contenido en una lupa científicista. Así pues, escojo esta noción porque resulta útil en el aparato crítico-conceptual que construye esta tesis.

² Austin, John, *The Province Of Jurisprudence Determined*, Inglaterra, 21 ed. Ed. Oxford University Press. Nos adscribimos a la noción Austiniana y del posterior positivismo de Hart para decir que el derecho necesita como elemento imperante y fundamental el reconocimiento de la población sobre la que se pretende mandar, pues la obediencia al orden jurídico es condición de eficacia y de validez en una visión científica del fenómeno.

³ Ambas posturas rechazan que los contenidos de la norma sean relevantes para el estudio científico del derecho, puesto que la metodología 'pura' de Hans Kelsen y los estudios de autores como Friedrich Karl Von Savigny o incluso Rolando Tamayo y Salmorán desdeñan el contenido de la norma del todo -en las posturas más radicales-, o rechazan la idea de que una norma sea preminentemente moral en su contenido, haciendo hincapié en que la validez y la eficacia del derecho es de carácter formal y su verdadero objeto de estudio.

materiales de la norma, y su carácter instrumental de eficacia -si resuelve el problema- y eficiencia -qué tan bien lo resuelve-⁴.

Tradicionalmente, y desde los romanos, considerados por la comunidad de operadores del sistema legal como los precursores de la ciencia jurídica y su metalenguaje, el Derecho ha cobrado en su estudio pedagógico un carácter dual que se hace patente en los sistemas de derecho estatutario⁵, donde tradicionalmente se separa la *res publica* de la *res privata*, conceptualización que presupone la separación dogmática de aquellos actos y bienes ejecutados por sujetos de derecho “ordinarios” -que no gozan de distinciones especiales por tener un poder o facultamiento mayor al común denominador-, de aquellos que son realizados por el Estado y/o los funcionarios investidos de ciertas facultades y atribuciones por una norma⁶.

La *res privata*, se convierte -en algún sentido- en un derecho común a todas las personas que participan de la vida ordinaria en una sociedad que desarrolla reglas o mandatos imperativos coercitivos dentro de un espacio determinado. Las cosas, por silogismo, conllevan la construcción de relaciones *inter alia*, y éstas se estructuran respecto de los sujetos que participan de las ellas en una comunidad que comparte un marco normativo⁷. En ese entendido, de la *res privata* nacerá el *ius privatvm* o derecho privado, que es el encargado, genéricamente hablando, de regular las relaciones entre particulares y la vida ordinaria entre sujetos.

⁴ Bonifaz Alfonso, Leticia, El problema de la eficacia en el derecho, 2 e., México, ed. Porrúa, 1999, p. 64.

⁵ Michael Zander & Harry Woolf, curso de Derecho Inglés impartido en *la London School of Economics and Political Science*, 7 de julio de 2011. El derecho de casos, conocido comúnmente en el ideario de los abogados mexicanos como *Common Law*, no hace diferencia alguna entre ambas ramas del derecho pues se considera ociosa dicha separación. Profesores como Michael Zander y Lord Woolf sostuvieron en sus cátedras que separar al derecho en público y privado es solamente desvirtuar la participación ciudadana y crear una barrera formal entre el ciudadano y el gobernante y nos adscribimos a dicho criterio por razones de orden práctico.

⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, Introducción analítica al estudio del derecho, México, 2e., ed. Themis, 2011, pp.103-121. Rolando Tamayo y Salmorán separará a la noción de derecho subjetivo y a la facultad en sentido técnico haciendo este sesgo en su libro Introducción Analítica al Derecho como en sus cátedras.

⁷ Hervada, Javier, Introducción Crítica al Estudio del Derecho Natural, 10 e., Navarra, ed. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 2007. Hervada manifiesta que el derecho tiene origen en el reparto de las cosas y la susceptibilidad de las mismas a cambiar de manos en lo que él denomina tráfico jurídico. Nosotros nos separamos de esta acepción parcialmente porque consideramos que dicho tráfico es posterior a la creación de normas jurídicas y no previo.

El derecho privado ha sido didáctica e históricamente separado por los doctrinarios en una vertiente de un derecho estrictamente “civil”, encargado de regular los atributos de las personas, sus relaciones patrimoniales y sus relaciones familiares, así como las generalidades de los acuerdos de voluntad intersubjetivos del derecho, y posteriormente se especializó, con el advenimiento del mercantilismo medieval en un derecho de corte comercial, que tiene como objeto regular aquellas interacciones respecto de los sujetos del comercio y los bienes que ordinariamente se trafican en una sociedad, llamado derecho mercantil.

El derecho mercantil es sin duda uno de los campos más dinámicos del Derecho. Como rama especializada del derecho privado, éste se encarga de la parte total de la ejecución de actos de comercio, la regulación de los comerciantes, así como los bienes y hechos relativos a su actividad. El derecho mercantil a nivel mundial goza de una legislación altamente dinámica y, por lo general, ampliamente adaptable que facilita que los destinatarios de la norma, o de manera específica, los sujetos que participan del comercio, puedan perseguir sin dificultades relevantes sus objetivos, que son por lo general, actividades económicas orientadas a la obtención de lucro o vulgarmente dicho a la persecución de riquezas a través de actividades basadas en el intercambio de bienes y servicios por lo que respecta a la sociedad moderna. Esta flexibilidad se reflejará en los marcos legales de todas las naciones que distinguen o creen en la existencia de un derecho mercantil, siendo ampliamente permisivas en las obligaciones contractuales comerciales por lo antedicho.

Sin embargo, la legislación mercantil de la mayoría de países suele sufrir constantes modificaciones en la inteligencia de que lo que entendemos como subsecuencia de derechos⁸, definida como las transformaciones que el Derecho tiene respecto de los accidentes de tiempo y lugar, provocando el continuo ajuste de ciertos parámetros o estándares normativos para mantener el orden jurídico en condiciones de aplicabilidad, eficacia y eficiencia, puesto que el comercio frecuentemente rebasa al Derecho.

⁸

Op. Cit. pp. 23-25.

Estas modificaciones legales se construyen en torno a la protección de nuevos objetos o actos de comercio derivados de tecnologías emergentes -como es el caso de la contratación electrónica, derechos sobre bienes inmateriales como en el caso de la franquicia, etc.- o bien, de figuras contractuales novedosas que facilitan nuevos esquemas de interrelación que por razones de carácter económico-financiero resulten atractivas o beneficiosas- siendo estas últimas las que nos competen.

Las figuras contractuales son, por antonomasia, construcciones positivas que perduran en el tiempo en tanto son útiles en la vida económica y jurídica diaria, verbigracia, contratos como el de compraventa, instrumento mercantil por excelencia, cuya existencia fáctica data del inicio de los tiempos en su forma originaria de permuta, que no habrá de perder vigencia en el futuro próximo, por lo que se asegura su permanencia en la vida cotidiana y, en consecuencia, en los ordenamientos legales⁹.

Empero, las figuras contractuales, por permanentes que parezcan en nuestra tradición jurídica basada en la tipificación -o la de cualquier otra nación-, necesitan constantes ajustes y cambios debido a que el comercio se rige más por las leyes de la economía que las leyes estrictamente jurídicas, y de ahí que la necesidad de legislar en materia contractual sea crítica para el salvoconducto de la actividad mercantil de la forma que la sociedad – y principalmente el Estado- lo desean.

Ahora bien, no obstante de la proactividad del legislador mexicano, el derecho mercantil mexicano ha sufrido, por razones desconocidas, rezagos sustanciales en las modificaciones pertinentes que le ajusten a los estándares internacionales en determinados actos jurídicos, particularmente respecto de las normas relacionadas a nuevas tecnologías y nuevas formas de contratación, pues la falta de regulación se ha subsanado creando “parches” y “remiendos” atemporales en otros cuerpos normativos especializados que en principios son ajenos a la legislación del

⁹ Watson, Peter, *A History Of Thought And Invention, from Fire to Freud*, 3 e., New York, Harper Perennial, 2006, p. 34.

derecho privado¹⁰. Dichas reformas han llegado de manera retrasada en su aplicación en muchos casos y producen como consecuencia dudas o interpretaciones taciturnas de fenómenos que otros ordenamientos jurídicos ya han dilucidado y desarrollado de manera más afortunada.

En lo personal, criticamos que el Código de Comercio mexicano fue promulgado desde hace más de cien años y sus subsecuentes derogaciones y reformas lo han atomizado de manera crítica, lo que obtuvo como consecuencia la separación de diversas figuras de la materia mercantil en leyes específicas, lo cual debiese preocupar en un campo de operación que se ha transformado tanto como lo es el comercio, puesto que, para una actividad económica exitosa es prioritario perseguir la simpleza en su regulación y no la dispersión de su legislación.

Consideramos que el caso más ejemplificativo de lo anterior es el del contrato de agencia mercantil. Pese a no existir regulación típica de esta figura a nivel nacional, el contrato se ha reconocido en la interpretación judicial mexicana y en algunas normas fiscales sin estar regulado de manera clara en el Código Comercio o en alguna otra ley que delimite los criterios y contenidos obligacionales de la agencia comercial. Por ello, los abogados que en materia contractual redactan y estructuran contratos de agencia se ven forzados en la actualidad a hacer uso de su ingenio jurídico para crear un andamiaje de los derechos y obligaciones que derivan de este contrato, cosa que no necesariamente es mala, pero que en la práctica internacional se contrapone con aquellos países que sí regulan la figura, que son la mayoría de los países que siguen el sistema de derecho continental europeo y que han creado una separación bien definida entre este contrato y otras figuras de representación similares como la comisión mercantil, el mandato y el contrato de trabajo¹¹.

¹⁰ Uno de los casos patentes que se refieren a esto se trata del contrato de franquicia, que fue insertado en la Ley de Derechos de Autor, puesto que no son del todo conceptos vinculados y la franquicia, -a juicio propio-, debiere contenerse en una ley especial o bien en el Código de Comercio.

¹¹ Esta afirmación parte de la experiencia profesional del expositor y las Convenciones de la Haya en la materia. Consultar Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado, Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contrato de intermediarios y a la Representación, La Haya, Holanda.

El presente estudio analiza desde la doctrina nacional, internacional y comparada la naturaleza jurídica del contrato de agencia comercial. En la doctrina jurídica internacional se ha establecido la existencia de diversas figuras contractuales que por su naturaleza han sido desarrolladas a tal punto de especialización en los efectos jurídicos de un contrato, que, si bien por su esencia puede ser muy similar a otro, confieren una variación sustancial en el tratamiento legal para el caso particular que lo separan del todo, como veremos adelante.

Los contratos que recaen sobre la ejecución de actividades por parte de sus obligados, así como aquellos convenios que obligan a la realización de conductas materiales por parte de los sujetos del contrato, pueden tener diversos caracteres, y su tratamiento, según la doctrina judicial mexicana, podrá ser civil, mercantil o laboral.

Aislado pues, el ámbito de aplicación del derecho laboral y del así denominado contrato de trabajo, que pide como elementos para su configuración, la existencia de horarios o jornada de trabajo, salario y relación de supra-subordinación, como estudiaremos más adelante, tenemos el esquema de la contratación privada en el derecho civil y mercantil.

El derecho civil ha establecido diferentes modalidades de contratos con contenidos obligacionales que se destinan a otro sujeto, comúnmente denominadas por los estudiosos obligaciones personales, donde encontramos - entre otros- el contrato de mandato, que es medular en este estudio puesto que aquel es el género próximo respecto de otros contratos de representación, entre los que se incluye al contrato de agencia mercantil.

1. Antecedentes de la intermediación comercial.

1.1. Antigüedad.

Para entender la existencia de un contrato de agencia mercantil se debe ir de la mano con la historia del comercio. Se cree que el comercio es tan antiguo como la propia humanidad en tanto el intercambio de objetos existió. El mismo puede ser entendido -al menos desde un elemento clasificatorio personal- como comercio de corta y larga distancia. El primero, es un intercambio de mercaderías

entre miembros de una comunidad inmediata. A medida que las poblaciones crecieron y mejoraron sus medios de transporte, fue posible que distintas comunidades comerciaran con poblaciones ubicadas a distancias cada vez mayores, lo que dio nacimiento a lo que hoy entenderíamos como comercio a larga distancia.

Autores como Peter Watson consideran que el comercio a larga distancia surgió desde hace al menos 150,000 años¹². Este comercio no habría de florecer en Europa hasta mucho después, ya que evidencias antropológicas como las descubiertas por arqueólogos británicos sitúan el intercambio de bienes más antiguo en la Región de Guinea¹³ en 15,000 A.C., en el que se hizo notorio el intercambio de materiales valiosos como la obsidiana entre sociedades distantes y la primer evidencia de una red comercial bien establecida en Europa Continental y el Mediterráneo hasta 12,000 años A.C.¹⁴.

Con la creciente posibilidad de comerciar a distancia, dicho fenómeno especializó la profesión del comerciante paulatinamente, pues los productores de mercancías debían obtener intermediarios para asistirlos con la compra y venta de mercaderías para ellos en cambio concentrarse en sus objetivos de producción, que se acrecentaban a medida que se tecnificaban los procesos y la población tenía expansión demográfica. Así, nació en la historia de la humanidad la intermediación comercial, donde otros sujetos estarían encargados de la compraventa e intercambio de bienes producidos en regiones distantes estando a cargo del transporte y la comercialización de estos insumos.

El asentamiento de las civilizaciones clásicas, particularmente los helenos y los fenicios, establecieron una red de comercio de materiales y bienes que se consideraban útiles o valiosos cerca del año 3,000 A.C. e incluso construyeron puertos y estaciones de comercio que los helenos llamaron *Emporia* así como la generación de Ciudades-Estado como Atenas, Esparta y Elea que se volvían

¹² Watson, Peter, *A History Of Thought And Invention, From Fire to Freud*, 3 e., New York, Harper Perennial, 2006, p. 42.

¹³ Darvill, Travis, *The Concise Oxford Dictionary of Archaeology*, Oxford, ed. Oxford University Press, p. 250.

¹⁴ Ídem.

consumidores de productos foráneos arribados a través del comercio, con otras naciones que desarrollaban la navegación y el comercio marítimo, produciendo una subsecuente urbanización a las civilizaciones mediterráneas que se vieron en una posición privilegiada para el intercambio de bienes y servicios¹⁵.

1.2. Roma.

El advenimiento del imperio romano haría que el comercio europeo y parte del asiático se llevara a cabo bajo la supervisión de las legiones y los *praetores* romanos. Los romanos, civilización amante de las leyes, tenían el comercio dividido por sujetos con características específicas:

- I. Los *negotiatores*, que eran agentes de crédito encargados del mutuo de recursos para determinadas venturas.
- II. Los *argentari*, o agentes de comercio encargados de la intermediación comercial en la venta de bienes y servicios y;
- III. Los *mercatores*, mercaderes que comerciaban de manera itinerante bienes dentro del imperio.

Los romanos, durante los siglos de clímax y declive de su imperio, habrían de establecer una red de comercio e intermediación definida que sería altamente eficaz y extendida por los tres continentes que abarcaba el imperio durante la *Pax Romana* -27 A.C.—180 A.D.- regulada a través de múltiples leyes de entre las cuales se conoce y resalta la *Lex Rhodia de lactu* en materia de comercio marítimo y navegación, que de alguna forma implicaba la intermediación en el tráfico de mercancías y que se transformarían paulatinamente en la *Lex Mercatoria* de la Edad Media a través del desarrollo histórico de estas figuras.

Roma, por cuanto eran sus instituciones, fue francamente limitada en cuanto al otorgamiento de facultades expresas en ley, pues el derecho de realizar negocios jurídicos con impacto en el *ius civile*, también denominado *commercium*, fue sumamente limitado en receptores y su atomización se dio más de manera natural que paulatina.

¹⁵

Ibidem, p. 257.

Según Guillermo Margadant, la representación jurídica directa o indirecta también fue poco desarrollada, reconociendo la fuente de obligaciones por gestión de negocios y estableciendo la rendición de cuentas de manera general. El propio autor menciona que las *Institutas II.26.10* sientan un antecedente vago del pago en nombre de tercero, aunque no existió una plenitud de un derecho mercante hasta bien entrado el *ius commune*, que era de carácter cuasi medieval¹⁶.

Adicionalmente, el nacimiento del contrato de mandato en Roma, sí generó un antecedente de la intermediación, permitiendo que se obrara por cuenta e interés del tercero, aunque las contraprestaciones de la misma eran limitadas, toda vez que se estimaba un contrato gratuito y de lo contrario, caía en el esquema de la *locatio conductio*¹⁷. En general, el contrato llamado *locatio conductio* era de naturaleza abstracta, pues podía responder al arrendamiento, la prestación de servicios, la obra y otras figuras según la circunstancia de la celebración.

La caída del Imperio Romano en lo sucesivo habría dejado un antecedente jurídico-histórico y rutas de comercio fácilmente reproducibles entre las crecientes monarquías europeas de corte feudal que encontraron un razonable éxito en sus modos de producción y se vieron obligados a retomar el comercio para mejorar y sanear sus condiciones económicas¹⁸.

1.3. Europa Medieval.

En la primera etapa de la Edad media, alrededor del siglo X, aparece el derecho mercantil como lo conocemos, con un antecedente en la llamada *Lex Mercatoria*, que se había fraguado con el antecedente judicial consuetudinario en Roma a lo largo de los siglos. El florecimiento de los reinos feudales conllevó una movilización de mercaderes e intermediarios que ante su crecimiento continuo se agruparon en gremios, corporaciones y consulados que se organizaron para proteger sus intereses económicos, políticos y legales ante los reinos y regiones

¹⁶ Margadant, Guillermo Floris, Derecho Privado Romano, p. 19, 26 e, México, ed. Esfinge, 2010.

¹⁷ No se puede considerar a la *locatio conductio* y al mandato un antecedente directo de la agencia, porque los contenidos obligacionales de la época eran de tal suerte que no existe posibilidad de equiparlos a la comisión o a otras formas de intermediación moderna.

¹⁸ *Ibidem*, p. 312.

donde desempeñaban su comercio habitualmente y que crearon, adicionalmente, tribunales especializados en la materia para la solución de controversias, reduciendo la cantidad de requisitos formales, materiales y solemnidades para realizar contratos y resolverlos, pues los mercaderes e intermediarios de los mismos iniciaron un derecho de corte europeo homogeneizado e independiente de los reinos para darle a esta creciente clase comercial y el desarrollo del mercantilismo un marco legal propio con mayor igualdad, certeza y seguridad jurídica en sus transacciones que el que se hubiera tenido al regirse por usos y costumbres locales.

La expansión del mercantilismo se desató de manera más acentuada cuando ciudades como Amalfi y Venecia, Boloña, Forlí, Pisa, Génova y los principados italianos del siglo X al XIII crearon sistemas de crédito y banca elaborados que exponenciaron el comercio en todos sus niveles al permitir la especulación de los comerciantes a futuro, y que crearon figuras mercantiles como los títulos de crédito en su momento para la agilización del intercambio de valores¹⁹.

Igualmente, los Países Bajos, Brujas, Marsella, Londres y Sevilla gozaron, por su ubicación geográfica y su explosión demográfica, un auge del derecho comercial y por extensión del derecho mercantil y los agentes económicos que participaban de la actividad comercial antedicha²⁰.

En lo particular, España fue privilegiada en cuanto al comercio debido a factores geográficos, culturales e incluso jurídicos de la época. Su multiculturalidad se conformaba con un crisol de árabes, alanos, visigodos, judíos, bereberes y romanos, lo que les empapó de diferentes costumbres cambiarias y tradiciones jurídicas, que fueron llevadas a un floreciente proyecto de imperio después de la unificación de los reinos de la península.

Como consecuencia, las obras jurídicas que España emitiera en materia de Comercio fueron numerosas: textos como Las siete partidas de Alfonso X el Sabio en 1256 tendrían una quinta partida dedicada de manera cuasiexclusiva al

¹⁹ Cervantes Ahumada, Raúl, Derecho Mercantil, 2 e., México, ed. Herrero S.A., 1978, pp. 14-17.

²⁰ Ídem.

comercio, la Nueva y Novísima Recopilación en su libro IX, y especialmente Las Ordenanzas de Bilbao de 1511, que es el texto que más abunda en materia de intermediación comercial y la comisión, serían críticos en el desarrollo legal del comercio en el Imperio Español.

En el Reino de España²¹, la monarquía expidió ordenanzas relevantes a las prácticas comerciales, tales como el ordenamiento de Alcalá en 1348, que regulaba la generalidad de la estructura orgánica y procesal civil y penal del reino, así como y las de Burgos en 1494, relativas a la conquista y manejo de los nativos de las Américas, así como las ordenanzas de Bilbao de 1511, que ya hablaba sobre las responsabilidades y obligaciones del comercio marítimo y el tratamiento de los mercaderes e intermediarios en el Reino, o las de Sevilla en 1554, y un especializado Tribunal consular en 1543, todas con normas mercantiles que de manera directa o indirecta permearían en el Imperio Español y todas sus colonias y territorios, incluyendo, de manera destacada al virreinato de la Nueva España, que se convertiría en los actuales Estados Unidos Mexicanos²².

Lo más importante de mencionar es que las ordenanzas de Bilbao ya reconocen a los corredores, mercaderes, factores y comisarios como intermediarios sujetos a la jurisdicción de la Corona. Los capítulos doce y quince de las ordenanzas de Bilbao tienen una dedicación exclusiva en materia de corretaje y auxilio del comercio que explica cómo debían operar las relaciones comerciales y sorprendentemente hacen una primera mención sobre el contrato de agencia, estableciendo deberes clásicos como el deber de cuidado, la guarda de contabilidad, la rendición de cuentas o la cláusula que impide la venta para sí mismo.

El capítulo doce de las ordenanzas de Bilbao regula el contrato de comisión mercantil de manera detallada, resaltando que las mismas establecen quiénes pueden ser comisionistas en el artículo primero, estableciendo una relación de

²¹ Para efecto de comprensión, resaltaremos principalmente el derecho español, por ser éste nuestro antecedente histórico directo y por otro lado el derecho comercial inglés que vendrá a mezclarse con el derecho mexicano por vía de la legislación comercial internacional y el derecho estadounidense como se verá más adelante.

²² Cruz Barney, Óscar, Historia del Derecho en México, 2 e., México, ed. Oxford University Press, 2012.

representación por cuenta del comitente, un deber de cuidado para procurar el negocio y las mercancías como si fueren propias, ideas que permanecerían en las legislaciones de representación moderna²³.

Por lo que respecta a los bienes afectados a la intermediación, la Ordenanza de Bilbao contiene en el artículo segundo los deberes del comisario de aportar el transporte más conveniente, fuere por tierra o mar, sufragar los gastos del mismo y proveer de las cartas de porte, efectos y provisiones necesarias a los transportistas (arrieros) para la salvaguarda y arribo sin problema de las mercancías que al comisionista le hubieren sido cometidas. Adicionalmente incluye el deber de avisar también la obligación de entregar aviso oportuno a los receptores de dicha mercancía en los términos expresados de los artículos 2 a 8 del capítulo XII²⁴.

Por otra parte, el comisionista asumía el riesgo de vender por cuenta de un dueño, por lo que siglos atrás ya se establecía el deber de asumir las instrucciones del comitente, conduciéndose “como en cosa propia”, a lo que comúnmente se interpreta en un beneficio pecuniario aparente y claro del comitente. Asimismo, el artículo 10 de la Ordenanza fijaba el deber de llevar la contabilidad a través de un libro de facturas, para solventar su obligación de rendición de cuentas frente al comitente. Dicha ley adicionó en lo sucesivo un refrendo en la proactividad en la cobranza de todas las ventas realizadas a crédito y la información oportuna e inmediata de las operaciones celebradas a su comitente bajo su cargo -artículo 14- así como la persecución de todos aquellos a los que se viere obligado a repetir en contra de quien dañare la mercancía o incurriera en mora en el pago. Como

²³

Las Ordenanzas de Bilbao de 1511 CAPÍTULO DOCE. Cfr.

²⁴

Si fueren los géneros ó mercaderías que así se compraren para conducirse por tierra, será de la obligación del comisionado alquilar las cargas que hubiere de enviar, con intervención de uno de los corredores de arrieros que para este efecto están nombrados por esta noble Villa; atendiendo por este medio á que en caso de cometer el arriero conductor algún fraude, quede asegurada la hacienda que se enviare, respecto de las fianzas que tienen dadas los tales corredores para en estos casos.

veremos en lo sucesivo, estas bases se traspolarán al derecho moderno en los contratos de representación modernos²⁵.

Como consideración final al capítulo, la Ordenanza establece que debe fijarse cierto arancel para la forma en que la comisión debe ser pagada si no existiese contrato por escrito. Esto, a medida que se avance en el presente estudio, cobra relevancia puesto que este tipo de disposiciones perseveran en las codificaciones modernas en materia de la intermediación comercial como contraprestaciones a falta de estipulación expresa en el contrato. Por supuesto, la anterior redacción contempla supuestos al no establecer pago mercancías específicas, cuando aquel se realice con títulos de crédito²⁶.

Igualmente, en materia de comercio auxiliar, el capítulo 15 de la Ordenanza de Bilbao cobra suma importancia porque estableció de manera adicional la acotación sobre quien pudiese obrar como corredor de la ciudad, y de qué manera se debiere ejercitar el corretaje. Por ejemplo, el artículo 2 de este capítulo establece la buena fama y reputación de quien haya de ejercer el corretaje, así como su

25

9. Cuando recibieren efectos (sean de estos reinos ó de fuera de ellos) para venderlos por cuenta y riesgo de sus dueños, deberá el comisionario atender en su venta á las órdenes con que se hallare para hacerla, sea al contado, al fiado ó á trueque, según las tuviere de los tales dueños, ejecutándolas y observándolas puntualmente, y procediendo como en cosa propia.

26

16. Para obviar las dudas y diferencias que se han experimentado acerca de los derechos que por razón de semejantes comisiones deben llevarse ; se ordena y manda que por todo género de mercaderías de lana, seda, fierro y otras cosas, sean comestibles, potables ó combustibles que se vendieren y compraren de comisión, así de estos reinos como de fuera de ellos, se carguen y cobren á sus dueños por razón de comisión dos por ciento ademas del corretaje y otros gastos que tuvieren, excepto de los géneros que se siguen, es á saber: Cuando se vendiere fierro que venga por mar ó tierra de ferrerías de este dicho Señorío y provincias comarcanas se llevarán de comisión tres cuartillos de real de vellón por cada quintal macho : por cada saca de lana de las que se embarcaren de cuenta de sus dueños á razón de diez reales de vellón : por cada carga de mercaderías que se recibiere para remitir á las partes de Castilla uno por ciento de su valor : por cada carga de bacallao de las que también se remiten á dichas partes de Castilla siete reales y medio de vellón, incluso los gastos de embalage : del bacallao CECIAL, salmón, tri- go, maiz, haba, y otros granos comestibles que vinieren por mar, respecto del mayor trabajo y embarazo que se considera en su venta y despacho, se llevarán de comisión tres por ciento de su valor; y por cada fanega de castaña que se embarcare á razón de un real de vellón.

profesionalismo y honestidad en la materia²⁷. Veremos que lo anterior se mantiene en diversos requisitos legales modernos como es el caso brasileño, que establece quién puede ser agente de comercio y de qué modo se ejerce el mismo en Brasil.

Por lo que respecta al corretaje, la ley estableció el deber de llevar una bitácora contable respecto de los asuntos que se llevarían a cabo, los términos del mismo y las cantidades pactadas -según el artículo 5- , elemento probatorio circunstancial para garantizar la certeza en las prestaciones de las partes en un contrato de intermediación²⁸.

Del mismo modo, prohibió que todo corredor comprara para sí o por interpósita persona los bienes de su encargo a precios menores de lo común -artículo 78 9 y 10- para que no existiera un engaño al proponente del corretaje, pues ya se entendía que el pago subvaluado de mercancías violaba el espíritu del acuerdo²⁹.

Si bien lo anterior será útil en el desenvolvimiento de la institución, ya había una claridad que el intermediador solamente podía serlo de comercio y no de otras áreas especializadas, como era el aseguramiento de mercancías o el tener propiedad y/o interés en compañías de transporte para salvaguardar la integridad

27

CAPÍTULO QUINCE. De los corredores de mercaderías, cambios, seguros y fletamentos, su número, y lo que deberán ejecutar.

2. Los que hubieren de ser nombrados y admitidos á este ejercicio, han de ser vecinos de esta villa, y naturales de estos reinos, como está prevenido por los Señores del Ayuntamiento de ella; hombres de buena opinión y fama, prudentes, secretos, hábiles é inteligentes en todo género de comercio de mercaderías, cambios, seguros y fletamentos.

28

5. Estarán también obligados á tener cada uno un libro foliado en debida forma, donde asienten diariamente por sí, ó de otra mano, cuantos negocios pasaren por su intervención, señalando espresamente los nombres de los negociantes, según fueren, vendedor y comprador, dador y tomador; con fecha, circunstancias y naturaleza de los negocios; y si fueren de mercaderías, sus calidades, precios, marcas, números, plazos y demás que los negociantes contratantes declaren: y si de letras, su data, términos, personas libradoras y tomadoras, y á cargo de quién y de qué plaza, cambios, endosos y demás circunstancias que contengan; para que en caso de discordia pueda y deba hacer fe su asiento y declaración; rubricando precisamente de su mano todas las partidas asentadas.

29

7. Los tales corredores no deberán, ni podrán hacer por sí, ni para sí mismos, directe ni indirecte, negocio alguno de mercaderías, cambios, letras, endosos, ni tener caja de ningún comerciante sin que primero hayan renunciado su oficio de tales corredores ante el Prior y Cónsules públicamente; pena de veinte ducados de plata vieja por la primera vez- que contravinieren, aplicados á beneficio de la Ria; y por la segunda de privación de oficio.

del corretaje propuesto, y que vendrá a repercutir hasta la actualidad, donde legislaciones como la española prohibirán que los aseguradores tengan el mismo régimen legal que los agentes comerciales³⁰.

Finalmente, dicho capítulo hace una mención expresa de la agencia como un equivalente del corretaje en su artículo 12, estableciendo una forma de pago sujeta a la proporcionalidad de las operaciones celebradas, que como veremos en lo sucesivo será clave como contraprestación de la agencia comercial³¹.

Es por lo anteriormente expuesto que las Ordenanzas de Bilbao son uno de los textos más relevantes para la intermediación comercial pues habrían de sentar un antecedente comercial para México, que perduró aún entrada su independencia de la Corona Española por lo útiles y prácticos que resultaban sus prescripciones.

Paralelamente en Inglaterra, las guildas aparecieron durante el siglo XII, como grupos de artesanos que manejaban el comercio local, decidiendo sobre los precios de los productos, el trabajo y bienestar de los artesanos y el suprimir intermediarios o prácticas nocivas que encarecieran indebidamente su profesión, éstas guildas controlaban los mercados de los pueblos locales y los representaban ante la Corona, por lo que posteriormente evolucionarían en grupos del Estado conocidos como *charters*³².

Sin embargo, el comercio se volvió irregular ante el fracaso de las guildas debido a que las leyes de oferta y demanda eran demasiado veloces para la regulación tradicional inglesa y los grupos más grandes evolucionaron a ser compañías, abandonando la estructura gremial en su totalidad en favor del mercantilismo

³⁰

11. También se prohíbe á los tales corredores introducirse ni meterse á ser aseguradores en manera alguna por mar ni tierra, ni tener interés en navios ni otra embarcación.

³¹

12. Las agencias y corretages de mercaderías se pagarán por mitad entre vendedor y comprador á razón de dos por mil por cada una de las partes, y de las letras en la misma conformidad á uno por mil, á menos de conformarse las mismas partes en pagarla una de ellas el todo.

³²

Watson, Peter, *A History Of Thought And Invention, From Fire To Freud*, 3 e., New York, Harper Perennial, 2006.

corporativo que desembocaría en la revolución económica más dramática de Europa, que sería la Revolución Industrial³³.

De este modo, a los monarcas ingleses poco les ocupó el crear leyes específicas que regularan el comercio y se ocuparon más bien de imponer contribuciones a los mercaderes y regular las ferias que se montaban para vender productos de corte internacional, al grado que Enrique I en 1222 instituyó la Cancillería del Erario, la cual se encargaría de fiscalizar el comercio del Reino -y lo hace a la fecha-. No será hasta 1363, después de la plaga y la gran hambruna europeas, que el Parlamento inglés intentaría crear una ley que regulase precios en la oferta y la demanda con poco -o quizá nulo- éxito según la opinión consensuada de los economistas e historiadores consultados, porque el control económico de la oferta y la demanda resulta aún hoy un problema serio para la rectoría económica del Estado moderno³⁴.

Al mismo tiempo, el fenómeno de la codificación del Derecho, boga posterior a la Revolución Francesa, fue de corte mundial: la tendencia de los juristas y políticos de la época era buscar la reducción y compilación de leyes como parte de un impulso simplificador de la Corona Imperial Francesa que estaba cansada de tener dispersiones en los ordenamientos legales que causaren incertidumbre jurídica. Este impulso tomó forma en el así llamado *Code Napoléon* de 1804 y Código de Comercio francés en 1808, que serían copiados prácticamente por toda Europa, haciendo un especial énfasis en España post napoleónica en 1829 y México en 1854³⁵.

En otro momento, durante la Revolución Industrial, Inglaterra avanzaría a pasos agigantados en materia del comercio, permitiendo que los tribunales mercantiles siguieran sus propias normas y emitiendo estatutos de la Corona para coadyuvar como la *Bill of Sale Act*, *Bill of Exchange Act* y la *Law of Agency Act*, y no sería hasta el siglo XVIII que Lord Blackstone determinara que los comerciantes eran

³³ Ídem.

³⁴ Economistas e historiadores como John Aberth, Michael Anderson y Collin Barron. Videm in pp. 234-260.

³⁵ Cruz Barney, Óscar, Historia del Derecho en México, 2 e., México, ed. Oxford University Press, 2012.

sujetos de manera indistinta a las resoluciones civiles de los tribunales no especializados³⁶.

1.4. El comercio en el México independiente.

México se independizó de la Corona Española oficialmente en 1821. Durante este periodo, el país desarrolló un comercio sólido utilizando los acuerdos y rutas de suministro preexistentes durante la Colonia, aun cuando las condiciones de guerra habían mermado a la economía nacional y muchos terratenientes y explotadores industriales se habían retirado por la inestabilidad regional.

Así pues, igual que su predecesor, el original Imperio Español, la República Independiente de México adoptó y retuvo gran parte del derecho indiano junto con su cultura jurídica e institucional, lo que mantuvo diversas normas en vigencia como las Ordenanzas de Bilbao incluso por decreto expreso en 1841³⁷.

Antonio López de Santa Anna, como presidente Provisional en 1841, habría de crear tribunales mercantiles y enumeraría qué actos deben reputarse como negocios mercantiles³⁸, donde resaltamos que ya se contemplaba a los negocios con factores, dependientes y comisionistas o corredores, pero no emplea mención alguna del término agente.

No sería hasta el 27 de mayo de 1854 que México tendría su propio Código de Comercio y aun así los embates de la Guerra de Reforma y los constantes enfrentamientos entre facciones le dotaron de vigencia intermitente hasta su sustitución por el código de 1884, y su versión definitiva y contemporánea de 1889, vigente hasta nuestros días y que de manera desafortunada solamente reguló como figuras de intermediación a los factores, los dependientes y los comisionistas. Omitiendo incluso exposición de motivos relevante por atribuirse el decreto de 1889 como facultad extraordinaria del ejecutivo³⁹.

³⁶ Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, 3 e., England, ed. The Perfect Library, 1989, p. 534.

³⁷ Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 2 e., México, ed. Porrúa, 2008, pp. 11-50.

³⁸ *Ibídem* p. 21.

³⁹ *Ídem*.

El contrato de agencia comercial en la doctrina legal mexicana va de la mano con la historia del derecho civil y el mercantil. Según Jorge Barrera Graf⁴⁰ el derecho mercantil se separó como rama específica del derecho civil *-ius civile-* que no fue clara sino hasta la Edad Media como respuesta al floreciente comercio y a la relajación de formalidades y esquematizaciones preexistentes en el derecho romano.

Derivado de lo anterior, la comisión y la agencia fueron contratos representación en sentido lato, desde su creación. Bajo este supuesto, se podría argüir *prima facie* que se trata de un tipo de prestación de servicios, pero en esencia, estos contratos se distinguen por el deseo del representado de que otro ejerza la voluntad de éste en determinados actos materiales y jurídicos. No está claro el origen o la unicidad de la figura de la representación en el sentido que la entendemos hoy, lo que sí sabemos es que determinados factores históricos y económicos implicaron la necesidad de crear una figura que facilitara la actuación y ejecución de actos por medio de un tercero, en tanto la mercantilidad fue desarrollándose a través del tiempo.

Resulta entonces pertinente resaltar la relevancia de aumentar y acotar la responsabilidad jurídica respecto de estos representantes fue gradualmente creciendo, toda vez que la protección patrimonial del representado debía de existir para la conclusión exitosa de sus negocios.

Por ello, el llamado *Code Napoléon* de 1804 ya contemplaba estas figuras en su artículo 739 y su prevalencia siguió en la doctrina hasta nuestros días⁴¹.

Como sabemos, dicho código se transcribió a distintos ordenamientos nacionales durante ese periodo, y debido a que se puso de moda la corriente francesa dicha figura quedó inserta en el derecho mexicano en su proyecto Código Civil bajo la forma expresa del mandato y la gestión de negocios, según fuere el caso.

40

Ídem.

41

Artículo 739.- La representación es una ficción de la ley, con el efecto de hacer entrar a los representantes en el lugar, en grado y derechos de los derechos del representado.

1.5. Reseña del derecho del trabajo en México.

Por otro lado México, alimentado por los movimientos revolucionarios de Europa y un constante estado de lucha de poder desde su independencia, fue pionero en establecer el derecho de trabajo con el advenimiento del movimiento revolucionario de 1910, que culminó en una Constitución Política de 1917, que estableció al trabajo como una garantía y que contuvo extensas prestaciones para los trabajadores tales como: jornada de nueve horas, prohibición del trabajo de los menores de nueve años, establecimiento de salarios mínimos, protección del salario y reglamentación del trabajo a destajo, descanso semanal y la oportuna adición del riesgo profesional y una ley federal del trabajo en 1931 que reglamentó lo dispuesto en la Constitución.

Lo anterior es menester en tanto que, debido a este espíritu revolucionario, los funcionarios públicos y jueces mexicanos buscaron darle la máxima amplitud y protección al contrato de trabajo y a partir de ese punto las figuras como factores y dependientes así como muchos tipos de intermediarios fueron absorbidos -para bien y mal del sistema jurídico- en el esquema del contrato individual de trabajo, sepultando de manera casi definitiva figuras tales como las de la agencia comercial considerando que la misma pudiese ocultar una relación de trabajo y/o buscar un fraude a la ley por parte del patrón⁴². Así pues, se emitieron tesis judiciales que limitaban a los agentes comerciales por entenderlo de forma fraudulenta⁴³.

⁴² Entre los esfuerzos más notorios se encuentran los de la Ministra María Cristina Salmorán de Tamayo, quien emitió diversos fallos que a lo largo del trabajo se exponen donde niega prácticamente a la agencia comercial al estimarla un fraude a la ley laboral.

⁴³

Época: Sexta Época, Registro: 812658, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Informes, Informe 1965 Materia(s): Laboral Tesis.

AGENTES DE COMERCIO. CUANDO SON SUJETOS DE DERECHO DEL TRABAJO.

La expedición de la Constitución de 1917, especialmente el artículo 123, inició trascendentales reformas a la legislación vigente fundamentalmente en la legislación civil, en los capítulos relativos al servicio doméstico, al servicio por jornal, al contrato de obras a destajo o precio alzado, al contrato de aprendizaje, que se reafirmaron y ampliaron con la expedición de las leyes del trabajo en las distintas entidades y se consolidaron con la expedición de la Ley Federal del Trabajo de 18 de agosto de 1931. La transformación de

Posteriormente explicaremos porqué es mejor el apartarse de este criterio y sostener que la agencia comercial es un contrato plenamente distinto al contrato de trabajo, siendo el objetivo diferenciar ambos y obtener certeza jurídica para el futuro en la materia comercial y laboral.

los efectos de los contratos regidos por la legislación civil y mercantil fue confirmada por las resoluciones del Pleno y de la Sala del Trabajo de la Suprema Corte, lo mismo que por la opinión de los mejores tratadistas universales del nuevo derecho del trabajo. La legislación y la doctrina extranjeras se encaminan con toda certeza hacia la tesis de que los agentes de comercio pueden ser sujetos de derecho del trabajo. La categoría jurídica agentes de comercio no es incompatible con la idea de relación de trabajo. El derecho del trabajo nació para el trabajador industrial y lentamente se fue extendiendo a otras actividades; el derecho contemporáneo se ha dado cuenta de que los agentes de comercio pueden ser sujetos de relaciones laborales y que cuando las labores de esas personas se desarrollen en relación de subordinación tienen el carácter de trabajadores. Esto es, los auxiliares de los comerciantes pueden o no ser trabajadores, lo cual depende de las condiciones en que se presten los servicios; pueden existir y los hay efectivamente, agentes de ventas autónomos o agentes de seguros independientes, pero, cuando el agente de ventas o de seguros ejerce su profesión de manera exclusiva y constante a favor de uno o más patrones y está sujeto a una remuneración, a comisión, previamente determinada y está obligado a seguir las instrucciones que se le rigen, la relación jurídica es de trabajo. Nuestro Código de Comercio reglamenta tres tipos de prestaciones de servicios: La comisión, los factores y los dependientes. Conviene dejar establecido que no existe oposición entre el carácter de mandatario y el de trabajador, así como también que no existe incompatibilidad entre la función mercantil y el derecho del trabajo. El derecho del trabajo crea una relación entre patrón y trabajador; el derecho mercantil entre el patrón y los terceros; una persona puede ser sujeto de contrato y estar destinada su actividad a la ejecución de actos de comercio en nombre y por cuenta de su patrón; los actos de comercio que ejecute el trabajador crean relaciones entre los terceros y el patrono del trabajador, el derecho del trabajo, forma la relación entre el patrón y el trabajador con ausencia de los terceros. Los comisionistas son personas que ofrecen sus servicios al público y en este aspecto son trabajadores libres en posición semejante a la de los profesionistas liberales. Los comisionistas, como profesionistas liberales, no son trabajadores, pero como éstos, pueden también llegar a serlo. Las ejecutorias pronunciadas por la Cuarta Sala han contemplado diversos casos de agentes de comercio: vendedores de máquinas de coser, agentes de seguros, agentes de publicaciones, agentes viajeros, etcétera, y puede concluirse que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte los agentes de comercio son trabajadores. El contrato de los agente de comercio tienen modalidades especiales. Si consideramos su origen constituye una actividad libre; está encargado de procurar o concluir negocios para una empresa pero no tienen obligación de proporcionar un número determinado de ellos; su remuneración dependerá del volumen de negocios que proponga; no está sujeto a horarios de trabajo y puede trabajar para distintas empresas. Pero esta condición de actividad libre se ha vuelto ilusoria. La vida contemporánea ha ido ligando a los agentes de comercio como los profesionistas han perdido su libre actividad y su independencia económica, índices de que estamos ante una transformación de la institución que nos coloca frente al derecho del trabajo. Por otra parte, los agentes de comercio se han convertido en elementos indispensables para la venta de los productos de la empresa. El Derecho del Trabajo es el derecho común para las prestaciones de servicios. Sus normas alcanzan a proteger a los agentes de comercio que no tienen agencia establecida, ni son empresarios, ni cuentan con capital alguno. En otras palabras 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 (dirección y dependencia) a otra persona o a una empresa

1.6. Marco conceptual.

El contrato de agencia actualmente es un contrato atípico e innominado *sui generis*, que por lo general parece como una subespecie del mandato sin representación en materia mercantil, conocido también como comisión.

Si bien todo el comercio originario presuponía que su realización era inmediata, es decir, sin la participación de negociadores e intermediarios ajenos al productor originario; las necesidades de viaje, desplazamiento, promoción, venta distribución y afines, así como la creación de ficciones jurídicas que vimos en el apartado que antecede, surgieron personas y compañías mercantes que se dedicaron a la intermediación para la venta, distribución y operación de bienes y servicios comúnmente adscritos y regulados bajo la legislación comercial de cada país o bien, con acuerdos comunes a varios estados para homologar el comercio y la intermediación en un mercado común entre todos, por ejemplo en Europa, que con el advenimiento de su Unión comercial homologó los contratos de intermediación comercial a través de la Directiva Europea 86/653/CEE.

Estos sujetos se llamaron en la doctrina mexicana y europea negociadores, factores, dependientes o comisionistas, según fuese la naturaleza y alcance de sus encargos, sin que antes del siglo XX y XXI se hiciera mención o referencia alguna a los conceptos de agente, agencia o a alguna de las obligaciones que consideramos dicho contrato contiene, y cobraron particular aplicación en el siglo XXI, cuando la intermediación se convirtió en una forma de acumulación de riqueza y de operación ordinaria de la vida económica, así como una actividad empresarial explotada de manera considerable en los últimos años a nivel mundial⁴⁴.

La definición exacta de un agente en materia comercial pasa entonces a cobrar singular relevancia, pues se debe de otorgar mucho cuidado en cómo se legislan estas figuras a fin de otorgar certeza jurídica a los usuarios y participantes de las actividades económicas para que tanto el agente como aquel que usa y/o contrata

⁴⁴ Ponemos como ejemplo a compañías tales como *Amazon, Uber, Airbnb, Privalia*, entre otras, que obtienen su riqueza en la intermediación para la celebración de contratos mercantiles diversos sin poseer absolutamente ningún bien de los que trafican.

sus servicios pueda obtener beneficios establecidos por las normas jurídicas a fin empatarlas con un lucro deseado y evitar acciones que puedan dificultar la interpretación de la relación jurídica de mérito.

Determinar si existen conceptos definitorios tanto de la agencia como del agente es clave para la comprensión de este esfuerzo hipotético-científico. Saber qué y quién es un agente, dónde y cuándo existe una agencia y qué los separa de otras figuras auxiliares al comercio y aquellas instituciones, contratos y acuerdos de voluntades análogos basados en la representación, nos pueden brindar un panorama global y extensivo del comercio actual y un conjunto de necesidades, que a juicio de nosotros puede ser satisfecha con una adecuada regulación.

Asimismo, para conseguir el cometido anterior será menester conocer el estado del arte en el que se encuentra la legislación mercantil nacional, internacional y comparada respecto del contrato en cuestión; adicionalmente estudiando el metalenguaje del derecho mercantil y las clasificaciones pedagógicas convencionalmente aceptadas por abogados y comerciantes a efecto de tener una comprensión técnica y científica para auxiliarnos con el fortalecimiento de esta propuesta, basados en el comportamiento sistemático, multidisciplinario y tridimensional que tiene el Derecho en la vida cotidiana y específicamente en las operaciones mercantes.

Conoceremos, dentro de la teoría general del acto jurídico, los principios generales de la contratación como una diferencia específica de otras figuras de generación de normas jurídicas y finalmente la legislación aislada que rodea al contrato de agencia y que puede resultar útil para generar criterios orientadores que confirmen o refuten nuestra hipótesis.

1.6.1. Principios generales de la contratación.

Los actos jurídicos que tradicionalmente obligan a dos sujetos en el ámbito del derecho privado son los acuerdos de la voluntad. Cuando ambas partes se obligan en términos de un acuerdo de voluntad para producir consecuencias de derecho, normalmente se le llama convenio o contrato. Los contratos y los convenios en México han sido separados entendiendo como contratos en sentido

estricto a aquellos que crean y transmiten derechos y obligaciones y como convenios a aquellos que las modifican y extinguen⁴⁵.

Éstos tienen, según Miguel Ángel Zamora y Valencia, una calidad tripartita: primero, como norma jurídica -precisaríamos que individualizada-, después como acto jurídico, como hemos explicado anteriormente y finalmente como documento material para evidenciar la existencia del acto⁴⁶. También tienen principios generales hermenéuticos que los rigen y los interpretan y todos ellos se pueden hallar en el Código Civil Federal, los Códigos locales o bien en la doctrina jurídica nacional.

En primer lugar, por la naturaleza de este proyecto, habrán de estudiarse los principios obligatorios contenidos en la ley positiva, los cuales se enumeran en el Código Civil Federal del artículo 1851 al 1857.

Si se necesita dar vida jurídica a un contrato atípico, es decir, que no existe un desarrollo legal del mismo en el derecho mexicano, los operadores del derecho se ven obligados a utilizar herramientas hermenéuticas contenidas en sus estudios legales, así como un conjunto de reglas contenidas en la legislación civil.

1.6.2. Métodos de análisis de la norma.

Derivado de un estudio en la materia, afirmamos que consideramos al contrato como un tipo de norma jurídica⁴⁷ y que, en consecuencia, los principios comúnmente asidos en la doctrina para la interpretación de toda norma pueden aplicarse a los contratos. Estos principios pueden dividirse en cuatro: los métodos

⁴⁵ No obstante lo anterior, múltiples países, autores y la práctica en la vida cotidiana descartan la definición como útil puesto que los términos, aun en territorio nacional son virtualmente intercambiados todo el tiempo.

Los convenios y los contratos se definen en el Código Civil Federal como:

Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.

⁴⁶ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos Civiles, 12 e., México, ed. Porrúa, 2009, pp. 6-10.

⁴⁷ Incluso Rolando Tamayo en su cátedra y sus textos o el propio Hans Kelsen en su Teoría del Derecho y del Estado asumen que la dependencia entre norma jurídica preexistente en este sentido es un concepto de la estática y la dinámica jurídica, y no le quitan este carácter a toda norma secundaria pues en principio, el sistema legal es interrelacional e interdependiente.

literales, los métodos lógicos, los métodos jurídicos y los métodos transdisciplinarios⁴⁸.

En principio el artículo 1851 sigue un mandato que expresa la obligatoriedad a seguir la literalidad de las cláusulas, lo que presupone que el Código Civil Federal adquiere un criterio formalista de base, aunque acto seguido se desdice y presume un criterio de interpretación voluntarista para subsanar cualquier error material en la redacción de un instrumento⁴⁹.

Las reglas comprendidas en los artículos ulteriores se basan todas en buscar un sentido hermenéutico del contrato de carácter equitativo, puesto que se proponen reforzar que el contrato tenga una interpretación que se adecue a la naturaleza intrínseca del mismo y que por otra parte se busquen los significados más precisos de los términos y condiciones estipulados tanto en el clausulado como en los artículos 1852, 1853 y 1855 del Código Civil Federal⁵⁰.

Adicionalmente a todo esto, existe también una búsqueda de la interpretación armónica del clausulado contractual en el artículo 1854 del multicitado Código, donde trata de elaborar un ajuste hermenéutico holístico de los instrumentos en el quehacer legal ordinario del país. Así establece en su *artículo 1854* que:

[L]as cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

El artículo 1856 el anteriormente mencionado ordenamiento se ocupa de insertar una cláusula de corte antropológico cultural, que le otorga validez a la

⁴⁸ Armando Hernández Cruz, curso de Teoría de la Justicia y los Derechos Humanos impartido en la Universidad Nacional Autónoma de México, 13 de noviembre de 2016.

⁴⁹ Artículo 1851.- Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

⁵⁰ Artículo 1852.- Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar.

Artículo 1853.- Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.

Artículo 1855.- Las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.

interpretación consuetudinaria de algunos términos que consideramos prioritarios para un país tan heterogéneo hablando de costumbres, que adicionalmente sería digna de su propia discusión debido a la polémica teórica que entraña y se utiliza en la coadyuvancia de la resolución de ambigüedades⁵¹.

Es importante resaltar también el artículo 1857 del Código Civil Federal que esclarece lo anterior⁵². Éste opta por decidir que ante el caso de que los métodos literales jurídicos y lógicos resultasen insuficientes para desentrañar el sentido del clausulado de algún contrato, se tendría que aplicar una resolución “equitativa”, para que se resolviera la interpretación aplicando las condiciones menos onerosas para las partes contratantes en ambos casos. Subsecuentemente, existe duda sobre la importancia de la segunda parte del antecitado artículo, pues se manifiesta que la incapacidad de entender la finalidad que las partes tuvieron al contratar conlleva a la nulidad del artículo⁵³.

En el caso de los métodos literales, son aquellos que se basan en la exegética, la semántica y gramática común a la lengua y se interpreta, para el caso de los contratos, con el apego estricto al clausulado⁵⁴.

De manera paralela, los métodos de interpretación llamados lógicos se basan principalmente en las herramientas de esta disciplina para poder interpretar el contrato, entre los que comúnmente se encuentran los silogísticos, los analógicos, los dialécticos y las interpretaciones en contrasentido, los cuales facilitan que, ante

51

Artículo 1856.- El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos.

52

Artículo 1857.- Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo

53

Parece clave acotar que esta regla de interpretación no goza de ni una sola tesis aislada o jurisprudencia en el Semanario Judicial que este sustentante haya logrado encontrar, lo que presupone la inexistencia de casos en los que no se haya podido resolver un contrato con los criterios anteriores.

54

Cabe mencionar que, por consecuencia, cualquier error de redacción ya conlleva una problematización en dicha norma.

la ausencia de un elemento en la norma, ya que ésta puede ser interpretada para buscar el sentido que se pretendía tener en su redacción.

Los métodos llamados jurídicos, son los que por lo general se basan en las herramientas propias de la jurisprudencia, entendiendo esta concepción descrita como un metalenguaje del Derecho, con algunas claves de interpretación como la armónica, la sistemática, la funcional y la teleológica⁵⁵.

Finalmente, los métodos transdisciplinarios interpretan las normas desde la lente de otras disciplinas auxiliares al Derecho, en el caso concreto, haremos profundo hincapié en la interpretación económica del contrato pues resultará fundamental para validar que la figura jurídica sea útil y eficaz en materia de derecho mercantil⁵⁶.

1.6.3. Principios generales clásicos de los contratos.

Habrá que introducir también, debido a su profunda relevancia en el derecho contractual en general, tres de los principios que se considera rigen a los contratos de manera general: el conocido como *pacta sunt servanda*, el principio *res inter alios acta* y el principio *rebus sic stantibus*. Estos mismos son relevantes porque aquellos tratan y procuran reglas generales universales a la contratación en la teoría contractual europea⁵⁷.

El primer principio, conocido como *pacta sunt servanda* -los pactos deben cumplirse- nos habla de respetar los acuerdos hechos entre partes pues el incumplimiento parcial o total de las obligaciones convenidas en un contrato conllevan a la ruptura del mismo y a la posibilidad de la exigencia de una obligación jurídica formalmente dicha.

⁵⁵ Hernández Cruz, *op. cit.*, nota 30.

⁵⁶ Este criterio de utilidad económica ha regido con fuerza en la doctrina de los contratos inglesa. Linda Mulcahy señala en su cátedra que los contratos deben estudiarse por el fondo como:

[U]n beneficio económico, y no ser estrictos en los elementos de forma pues lo que se debe ponderar es la ganancia que las partes involucradas pretendieron obtener.

⁵⁷ Allan Ashworth, *Contractual Procedures in the Construction Industry*, 5 e, ed. Prentice Hall 2005, p. 86.

El segundo principio es una abreviación del aforismo latino *Res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest* -algo hecho entre otros no puede afectar o beneficiar a otros-, lo que implica que ante la celebración de un contrato o convenio las partes deben de restringirse de afectar a un tercero con el mismo. No obstante que, en la práctica, algunos contratos como el de fideicomiso, o algunas especies del contrato de seguro necesariamente están pensados para beneficiar a un tercero, lo que limita a este aforismo, que busca más bien establecer un espíritu de interpretación donde lo que se busca es impedir que otras personas se vean afectadas de manera negativa por un contrato, antesala del derecho de la competencia moderno.

Como último principio se establece el de *rebus sic stantibus* -las cosas estando en pie-, que implica una especie de cláusula de escape o salida, toda vez que si existiere un cambio fundamental en las circunstancias del contrato el mismo es terminable sin responsabilidad para las partes. La doctrina mexicana reconocerá, por ejemplo, el caso fortuito y la fuerza mayor para liberar de la responsabilidad al contratante y recientemente se han creado cláusulas de protección económica para abandonar ciertos contratos sin responsabilidad para las partes. Las circunstancias en el momento que se actualizare este principio deben entenderse objetivamente esenciales para su celebración y el cambio de circunstancia una afectación para su contenido.

Los elementos expuestos serán clave para que el contrato de agencia pueda existir aun cuando no se contenga un clausulado típico en el marco legal nacional.

Dicho lo anterior, procederemos a ver la materia específica de la representación en el derecho mercantil. Es substancial acotar los criterios de mercantilidad que se establecen en la doctrina jurídica mexicana, donde clasificamos tres: el criterio subjetivo, el objetivo y el criterio legal⁵⁸.

El criterio subjetivo del Derecho Mercantil se basa en que los sujetos que realicen acuerdos de voluntades contenidos en el Título Primero del Código de Comercio,

⁵⁸ Esta clasificación se ha tomado de la Cátedra de Títulos y Operaciones de Crédito de Ricardo Neyra Muñoz en la Escuela Libre de Derecho 4 de marzo de 2014.

que establecen y enumeran en sus artículos tercero y cuarto quienes se reputaran comerciantes o bien, estarán sujetos a las leyes mercantiles⁵⁹.

Adicionalmente, el criterio de preferencia por especialidad de la materia hará que en una relación comercial donde participe al menos uno de estos sujetos, preferirá el tratamiento mercantil de la relación jurídica.

El criterio objetivo de la mercantilidad está basado en calificar los actos que se realizan entre personas jurídicas para ver si estos entrañan una especulación de lucro o que la actividad a desarrollar tenga un tinte económico. Tradicionalmente este criterio se adscribe al artículo 75 del Código de Comercio que enumera cuales son los actos que se consideran de comercio⁶⁰.

Este criterio debe analizarse con cautela, porque muchas veces se han agregado actos que no son materialmente destinados a la especulación comercial y que, sin embargo, se insertan en este artículo por propósitos fiscales o para vincularlos con otras materias como es el caso de la fracción XXII del artículo antecitado⁶¹.

Por otra parte, nosotros asumiremos que, aunque la clasificación objetiva resulta en algún sentido arbitraria, dado que se engloba en las fracciones X, XI, XII del artículo 73 de nuestra Carta Magna, efectos de intermediación comercial y de la ejecución de actividades auxiliares a los comerciantes como es la agencia y la comisión.

59

Artículo 3o.- Se reputan en derecho comerciantes:

- I.- Las personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;
- II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;
- III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Cfr.

60

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;

Cfr.

61

Algunos juristas como Manuel Enrique Guadarrama han sostenido en sus cátedras que el criterio de la mercantilidad es netamente legalista pues la voluntad del legislador ha trascendido y se ha impuesto sobre la calificación de qué se reputa acto de comercio o qué no.

Como ya manifestamos, fue ante la necesidad de ejecutar por nombre y cuenta de otro por lo que determinados actos de comercio resultaron en la creación de un tratamiento especializado en el derecho mercantil a esta figura, apareciendo en la legislación nacional un tipo de mandato que entendemos como Comisión Mercantil.

1.6.4. Estado actual del contrato de agencia en México.

El estudio que realizamos en la presente tesis se basa en la omisión parcial o total de las autoridades mexicanas en resolver de manera clara y específica los contenidos, alcances y límites del contrato de agencia respecto de otras figuras afines como la comisión y el contrato individual de trabajo.

El contrato de mandato en materia civil es el precursor de los contratos de agencia y comisión mercantil. Cabe mencionar que legislación mercantil supone solamente una especialización de la materia civil y la mayoría de legislaciones codificadas recogen de mayor o menor manera preceptos contractuales de índole similar, como observaremos más adelante en el capítulo tercero donde estudiamos el tratamiento de la figura fuera de México.

Solamente como sinopsis, habrá que tomar como punto de partida la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico mexicano y sobre ésta reflexionar en sus artículos 5º y 73, en sus fracciones IX y X⁶², que garantizan la existencia

62

Artículo 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

[...]

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

[...]

IX. Para impedir que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones.

X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos,

del comercio y la libertad de profesión para todos los que habitan en el territorio nacional. Ambos artículos reafirman la posibilidad de obligarse con otro a cambio de una contraprestación y a la posibilidad de ejercer el comercio.

Por otro lado, y en materia civil, en México el mandato es definido por el Código Civil Federal en su artículo 2546 como:

[U]n contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.

Esta amplísima definición conlleva a un tratamiento legal extensivo, que establece un acuerdo con características muy particulares en su contenido obligacional puesto que permite un alcance extensivo en los hechos y actos que el mandatario puede realizar o que el mandante puede pedir.

Empero, no obstante de existir en el Código Civil Federal, la necesidad de ejecutar por nombre y cuenta de otra persona determinados actos que eran específicos del comercio, resultó en la creación de un tratamiento especializado en el derecho mercantil a esta figura, apareciendo en la legislación nacional un tipo de mandato que entendemos como comisión mercantil.

De esta figura también se resaltan los artículos 2547, 2549, 2550, 2552, 2555, 2556 y 2557 relativos al mandato, pues consideraremos al contrato objeto del presente estudio un subtipo de la comisión sin representación en materia mercantil, diferente de la comisión en el sentido tradicional por las obligaciones que suponemos que engendra tales como la exclusividad, el área de influencia y la indeterminación de la contraprestación.

A reserva de analizar en el capítulo correspondiente los elementos técnicos del mandato, es menester hacer algunas acotaciones previas relativas a estos artículos que marcan su perfeccionamiento como contrato. El artículo 2547 del Código Civil Federal presume que la simple aceptación del contrato de mandato perfecciona el acuerdo de voluntades⁶³. También resulta importante determinar la

intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123;

onerosidad del mandato por defecto, ya que el legislador estableció *in situ* una voluntad de remunerar el mandato salvo pacto en contrario, así se establece en el artículo 2549 del mismo ordenamiento que enuncia que:

[S]olamente será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente.

y; por antonomasia, la forma escrita⁶⁴ que requiere la legislación, pues, aunque existe la admisibilidad de su verbalidad, todos los supuestos contenidos en los artículos 2550, 2552 y 2555 y 2556 del Código Civil Federal presuponen que el otorgamiento verbal del mandato es inútil y nulo relativo⁶⁵.

Ahora bien, respecto del mandato en el derecho mercantil, el Código de Comercio de México establece a la comisión mercantil como una especie del mandato civil aplicado a la realización de actos de comercio. Así reza el artículo 273, donde se establece que:

El mandato aplicado a actos concretos de comercio, se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil y comisionista el que la desempeña.

Así pues, el capítulo correspondiente a su tratamiento legal le dota de reglas específicas en cuanto a su forma y fondo, advirtiendo la supletoriedad de la materia civil en el contrato. Incluso, los tribunales han reforzado este planteamiento desde mucho atrás⁶⁶.

Artículo 2547.- El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes.

La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato.

⁶⁴ Morales Lechuga ha manifestado que, aunque pareciere que el Código Civil Federal optó por un criterio de admitir la forma verbal de los contratos como la natural, la práctica y el propio se desdican en cada uno de los contratos existentes.

⁶⁵

Artículo 2550.- El mandato puede ser escrito o verbal.

Cfr.

⁶⁶

Época: Quinta Época, Registro: 287042, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo X, Materia(s): Civil, Tesis: Página: 828 Recurso de súplica. Cuevas Jacinto. 24 de abril de 1922. Mayoría de seis votos. Los ministros Enrique Moreno y Alberto M. González no votaron por las razones que constan en el acta del día. Disidentes: Ernesto Garza Pérez, Gustavo A. Vicencio y Agustín Urdapilleta. La publicación no menciona el nombre del ponente. COMISIÓN MERCANTIL.

El contrato de Comisión goza de una naturaleza mercantil, lo que significa que se trata de un contrato regido por las disposiciones afines al Código de Comercio y tiene al menos una persona que en su actividad realiza actos de comercio y la propia ley lo reputa así, asumiendo los criterios subjetivos, objetivos y formales de su naturaleza.

Sin embargo, poco o nada se dice del agente en materia comercial, existiendo una clara falta de desarrollo legislativo de esta figura.

El contrato de agencia no encuentra mención directa en el orden jurídico nacional pero sí encontramos uso de la palabra agente en diversas leyes y códigos, *exempli gratia* en la Constitución Política, donde hace referencia al agente económico en materia de competencia económica así como de los agentes gubernamentales. Estos agentes aparecerán como auxiliares del comercio en la Ley Aduanera, la Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas y la Ley General de Navegación y Comercio Marítimo, así como la Ley Federal de Competencia Económica.

La Constitución, nombra directamente al agente económico derivado del derecho de la competencia en su artículo 28, haciendo concretamente uso de las figuras “agente económico” y “agente económico regulado”, sin que estas incidan de modo directo en una definición de agente comercial⁶⁷.

Del mismo modo, la Ley Aduanera contempla un agente aduanal, y lo define en su artículo 159, refiriéndose a un agente cuyas características no inciden en nuestra definición de agente en materia mercantil⁶⁸.

El mandato aplicado a actos concretos de comercio, se reputa comisión mercantil y el comisionista para desempeñar su cargo, no necesita poder constituido en escritura pública, siéndole suficiente recibirlo por escrito y aun de palabra.

67

Artículo 28

[...] La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos [...]

68

Artículo 159. Agente aduanal es la persona física autorizada por el Servicio de Administración Tributaria, mediante una patente, para promover por cuenta ajena el

Simultáneamente, la Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas define dos tipos de agente, el de seguros y el de fianzas, respectivamente, mismos que son operadores especializados, pero como veremos en el capítulo tercero, la legislación de otros países no los considera agentes comerciales⁶⁹.

La Ley General de Navegación y Comercio Marítimo posee otra categoría de agente, conocido como agente naviero, que tampoco constituye un agente comercial, sino un intermediador administrativo para una materia específica derivada de la lectura de estas disposiciones⁷⁰.

Habría que resaltar la existencia en la Ley Federal de Competencia Económica en su artículo 3 la figura de 'agente económico', concepto que resulta conveniente recalcar porque provoca una multivocidad que pareciera desperdigar por toda la

despacho de las mercancías, en los diferentes regímenes aduaneros previstos en esta Ley. [...]

69

Artículo 91.- Para los efectos de esta Ley, se consideran agentes de seguros a las personas físicas o morales que intervengan en la contratación de seguros mediante el intercambio de propuestas y aceptación de las mismas, comercialización y asesoramiento para celebrarlos, para conservarlos o modificarlos, según la mejor conveniencia de los contratantes. La intermediación de contratos de seguro que no tengan el carácter de contratos de adhesión, está reservada exclusivamente a los agentes de seguros; la intermediación de los que tengan ese carácter también podrá realizarse a través de las personas morales previstas en el artículo 102 de la presente Ley.

Cfr.
70

Artículo 22.- 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 mercantil, actúe en su nombre o representación como:

I.- Agente naviero general, quien tendrá la facultad de representar a su mandante o comitente en los contratos de transporte de mercancías, de arrendamiento y de fletamento; nombrar agente naviero consignatario de buques y realizar los demás actos de comercio que su mandante o comitente le encomienden, así como todo lo que corresponda al contrato de agencia marítima;

II.- Agente naviero consignatario de buques, quien tendrá la facultad de realizar los actos y gestiones administrativas con relación a la embarcación en el puerto de consignación conforme al artículo 24 de esta Ley; y

III.- Agente naviero protector, quien será contratado por el naviero o por el fletador, según sea el caso, para proteger sus intereses y supervisar el trabajo que efectúe el agente naviero consignatario.

El agente naviero protector, antes de ser admitido, deberá garantizar que el interesado pasará por lo que él haga y pagará lo juzgado y sentenciado. La garantía será calificada por la autoridad bajo su responsabilidad y se otorgará por el agente naviero protector, comprometiéndose con el dueño del negocio a pagar los daños, perjuicios y gastos que se le irroguen a éste por su culpa o negligencia.

Todo agente naviero estará legitimado para recibir notificaciones, aún de emplazamiento, en representación del naviero u operador para cuyo caso el Juez otorgará un término de sesenta días hábiles para contestar la demanda.

legislación mexicana la denominación de distintos sujetos como agente, sin que los mismos sean agentes comerciales o que se desarrolle en sitio alguno un contrato de agencia como el pretendido por este estudio⁷¹.

Habría que agregar la existencia de un marco tributario ampliamente desarrollado que grava la actividad de agencia comercial. En México, el tratamiento fiscal de la comisión depende por supuesto del sujeto receptor del ingreso y de quien presta el servicio de corretaje. Como tal, el comitente tendrá como regla general la posibilidad de deducir los gastos de la comisión y la remuneración del comisionista a manera de honorarios, y por otro lado el comisionista pagará el respectivo impuesto sobre la renta. La Ley de Impuesto Sobre la Renta, que de manera genérica se encarga de gravar los ingresos de las personas en territorio nacional, manifiesta claramente la existencia de los agentes comerciales en el artículo 2, definiendo lo que se considera establecimiento permanente en territorio nacional y como los agentes se sujetan también al mismo⁷².

Se resalta del artículo que la intermediación por medio de agentes pareciere como si se tratase de una actividad generalizada en territorio nacional pues todos la agencia pudiere utilizarse para evadir el pago de un impuesto como es el Impuesto sobre la Renta y el Poder Ejecutivo sí se ha encargado de gravar la actividad.

Adicionalmente la Ley de Impuesto sobre la Renta impide la deducción de un agente existente como es el caso del agente aduanal⁷³. Lo anterior resulta

71

Artículo 3. Para los efectos de esta Ley, se entiende por:

I. Agente Económico: Toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica;

72

Artículo 2. Para los efectos de esta Ley, se considera establecimiento permanente cualquier lugar de negocios en el que se desarrollen, parcial o totalmente, actividades empresariales o se presten servicios personales independientes. Se entenderá como establecimiento permanente, entre* otros, las sucursales, agencias, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, minas, canteras o cualquier lugar de exploración, extracción o explotación de recursos naturales.

73

Artículo 28. Para los efectos de este Título, no serán deducibles:

medular para establecer cómo se realiza la contratación de su servicio para efectos fiscales, pues la Ley del Impuesto sobre la Renta también cataloga como ingresos acumulables a los ingresos obtenidos por cualquier tipo de agentes en el artículo 101, fracción VI, dejando entrever que hay una aceptación gubernamental de la figura en el orden jurídico nacional y se le equipara a la de otros representantes⁷⁴.

Manifiesto lo anterior, la mención de los conceptos de 'agente', 'agencia' y 'comisión mercantil' parecieren presuntamente intercambiables en el ordenamiento jurídico mexicano y aparecen indistintamente de forma confusa o imprecisa en diversos cuerpos normativos, de tal guisa que resulta imposible determinar un concepto unívoco de agente o de agencia con la legislación vigente en México.

A partir de una interpretación de las leyes anteriormente mencionadas, el agente aparece como un operador que genéricamente ejecuta actos por cuenta de otro y que por ello se transforma en un intermediario en distintas materias, cuya actuación se encuentra tutelada por la autoridad. Por otro lado, la mención de la noción de agencia es vaga toda vez que no existe un lugar físico claro reputado como agencia o un concepto de agencia, y de manera adicional existe mención indistinta entre agente y comisionista o agencia y comisión, al menos para los efectos de fiscalización que se señalaron en el marco tributario que antecede, lo que deja un vacío técnico y doctrinal sobre lo que los operadores debemos entender por agencia y/o agente.

XXII. Los pagos por servicios aduaneros, distintos de los honorarios de agentes aduanales y de los gastos en que incurran dichos agentes o la persona moral constituida por dichos agentes aduanales en los términos de la Ley Aduanera.

74

Artículo 101. Para los efectos de esta Sección, se consideran ingresos acumulables por la realización de actividades empresariales o por la prestación de servicios profesionales, además de los señalados en el artículo anterior y en otros artículos de esta Ley, los siguientes:

VI. Los obtenidos por agentes de instituciones de crédito, de seguros, de fianzas o de valores, por promotores de valores o de administradoras de fondos para el retiro, por los servicios profesionales prestados a dichas instituciones.

Problematiza aún más que la jurisprudencia histórica en materia de agencia la reputó, de manera tajantemente errónea, equiparable al contrato laboral para evitar fraudes y ocultamientos de una relación laboral⁷⁵.

Incluso, el mismo criterio fue expansivo en su explicación dándole el carácter equívoco de trabajadores a los agentes por estar en boga la relevancia del derecho laboral o del trabajo, aunque tuvo a bien separarlos como un tipo único de contratista⁷⁶.

75

Séptima Época Registro: 815151, Instancia: Cuarta Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Informes, Informe 1982, PARTE II Materia(s): Laboral: III. Tesis 3 Página 6 Época: Séptima Época AGENTE DE COMERCIO Y DE SEGUROS. RELACION LABORAL. Por disposición del artículo 285 de la Ley Federal del Trabajo, los agentes de comercio y seguros son trabajadores de la empresa a la que prestan sus servicios, con las excepciones a que el propio artículo se refiere: que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas, de tal manera que, si se niega la relación laboral cuestionándose que el agente no es trabajador, la defensa sólo será válida si se demuestran la o las excepciones a que el propio artículo se refiere.

76

Época: Sexta Época, Registro: 812658, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Informes, Informe 1965 Materia(s): Laboral Tesis. AGENTES DE COMERCIO. CUANDO SON SUJETOS DE DERECHO DEL TRABAJO. La expedición de la Constitución de 1917, especialmente el artículo 123, inició trascendentales reformas a la legislación vigente fundamentalmente en la legislación civil, en los capítulos relativos al servicio doméstico, al servicio por jornal, al contrato de obras a destajo o precio alzado, al contrato de aprendizaje, que se reafirmaron y ampliaron con la expedición de las leyes del trabajo en las distintas entidades y se consolidaron con la expedición de la Ley Federal del Trabajo de 18 de agosto de 1931. La transformación de los efectos de los contratos regidos por la legislación civil y mercantil fue confirmada por las resoluciones del Pleno y de la Sala del Trabajo de la Suprema Corte, lo mismo que por la opinión de los mejores tratadistas universales del nuevo derecho del trabajo. La legislación y la doctrina extranjeras se encaminan con toda certeza hacia la tesis de que los agentes de comercio pueden ser sujetos de derecho del trabajo. La categoría jurídica agentes de comercio no es incompatible con la idea de relación de trabajo. El derecho del trabajo nació para el trabajador industrial y lentamente se fue extendiendo a otras actividades; el derecho contemporáneo se ha dado cuenta de que los agentes de comercio pueden ser sujetos de relaciones laborales y que cuando las labores de esas personas se desarrollen en relación de subordinación tienen el carácter de trabajadores. Esto es, los auxiliares de los comerciantes pueden o no ser trabajadores, lo cual depende de las condiciones en que se presten los servicios; pueden existir y los hay efectivamente, agentes de ventas autónomos o agentes de seguros independientes, pero, cuando el agente de ventas o de seguros ejerce su profesión de manera exclusiva y constante a favor de uno o más patrones y está sujeto a una remuneración, a comisión, previamente determinada y está obligado a seguir las instrucciones que se le rigen, la relación jurídica es de trabajo. Nuestro Código de Comercio reglamenta tres tipos de prestaciones de servicios: La comisión, los factores y los dependientes. Conviene dejar establecido que no existe oposición entre el carácter de mandatario y el de trabajador, así como también que no existe incompatibilidad entre la

Se puede concluir entonces, que existen elementos históricos y reales que dan indicios de que existe un contrato de agencia separado de manera específica de otros contratos mercantiles y el contrato laboral individual en lo general, ya que en la medida que el comercio se especializó fue posible acercar a otras personas la calidad de auxiliar de comercio.

Lo anterior denota que los auxiliares de comercio cobraron un aspecto en la vida económica internacional cada vez más prominente y resultará imperativo elaborar en cuanto a los elementos generales de los contratos para de ese modo poder aterrizar las ideas anteriores en proponer un contrato de agencia mercantil regulado.

función mercantil y el derecho del trabajo. El derecho del trabajo crea una relación entre patrón y trabajador; el derecho mercantil entre el patrón y los terceros; una persona puede ser sujeto de contrato y estar destinada su actividad a la ejecución de actos de comercio en nombre y por cuenta de su patrón; los actos de comercio que ejecute el trabajador crean relaciones entre los terceros y el patrono del trabajador, el derecho del trabajo, forma la relación entre el patrono y el trabajador con ausencia de los terceros. Los comisionistas son personas que ofrecen sus servicios al público y en este aspecto son trabajadores libres en posición semejante a la de los profesionistas liberales. Los comisionistas, como profesionistas liberales, no son trabajadores, pero como éstos, pueden también llegar a serlo. Las ejecutorias pronunciadas por la Cuarta Sala han contemplado diversos casos de agentes de comercio: vendedores de máquinas de coser, agentes de seguros, agentes de publicaciones, agentes viajeros, etcétera, y puede concluirse que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte los agentes de comercio son trabajadores. El contrato de los agente de comercio tienen modalidades especiales. Si consideramos su origen constituye una actividad libre; está encargado de procurar o concluir negocios para una empresa pero no tienen obligación de proporcionar un número determinado de ellos; su remuneración dependerá del volumen de negocios que proponga; no está sujeto a horarios de trabajo y puede trabajar para distintas empresas. Pero esta condición de actividad libre se ha vuelto ilusoria. La vida contemporánea ha ido ligando a los agentes de comercio como los profesionistas han perdido su libre actividad y su independencia económica, índices de que estamos ante una transformación de la institución que nos coloca frente al derecho del trabajo. Por otra parte, los agentes de comercio se han convertido en elementos indispensables para la venta de los productos de la empresa. El Derecho del Trabajo es el derecho común para las prestaciones de servicios. Sus normas alcanzan a proteger a los agentes de comercio que no tienen agencia establecida, ni son empresarios, ni cuentan con capital alguno. En otras palabras 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 (dirección y dependencia) a otra persona o a una empresa.

CAPÍTULO SEGUNDO

Naturaleza Jurídica

del

Contrato de Agencia

*Entender el derecho civil
como una obra:
Con las personas como
arquitectos,
los bienes como
materiales,
las obligaciones como
estructura
y el contrato como la
perfección del ingenio
humano.
-Ignacio Morales Lechuga-*

Capítulo II. Naturaleza Jurídica del Contrato de Agencia.

2.1. Consideraciones introductorias sobre la clasificación doctrinal del contrato **¡Error! Marcador no definido..** 2.2. La agencia como contrato mercantil **¡Error! Marcador no definido..** 2.3. La agencia y la representación **¡Error! Marcador no definido..** 2.4. La agencia como contrato principal **¡Error! Marcador no definido..** 2.5. La agencia como contrato preparatorio **¡Error! Marcador no definido.** 2.6. Agencia como contrato escrito **¡Error! Marcador no definido.** 2.7. La agencia como contrato bilateral **¡Error! Marcador no definido..** 2.8. Conmutatividad de la agencia **¡Error! Marcador no definido..** 2.9. Onerosidad del contrato de agencia **¡Error! Marcador no definido..** 2.10. Consensualidad en oposición a realidad de la agencia **¡Error! Marcador no definido..** 2.11. La agencia y su tracto sucesivo o continuado **¡Error! Marcador no definido..** 2.12. Agencia como contrato relacionado a obligaciones de medios y resultados **¡Error! Marcador no definido..** 2.13. Atipicidad del contrato de agencia **¡Error! Marcador no definido.** 2.14. Estructura jurídica del contrato de agencia **¡Error! Marcador no definido..** 2.14.1. Sujetos **¡Error! Marcador no definido..** 2.14.2. Objeto **¡Error! Marcador no definido..** 2.14.3. Agencia **¡Error! Marcador no definido..** 2.14.4. Obligaciones que debe contener el contrato de agencia **¡Error! Marcador no definido..** 2.14.5. Independencia del agente. **¡Error! Marcador no definido..** 2.14.6. Perfeccionamiento y forma del contrato. **¡Error! Marcador no definido..** 2.14.7. Objeto y alcance de la agencia. **¡Error! Marcador no definido..** 2.14.8. Personería. **¡Error! Marcador no definido..** 2.14.9. Exclusividad de la agencia. **¡Error! Marcador no definido..** 2.14.10. Derechos y obligaciones del agente. **¡Error! Marcador no definido..** 2.14.11. Obligaciones del proponente. **¡Error! Marcador no definido..** 2.14.12. Duración y terminación del contrato. **¡Error! Marcador no definido..**

En el capítulo anterior establecimos que los contratos mercantiles aparecen en la legislación mexicana como una diferencia específica de la contratación civil ordinaria y que los contenidos de los mismos derivan de la actividad comercial y de los contratos civiles preexistentes aplicados a los comerciantes o a la actividad que desempeñan. También mencionamos que el criterio de mercantilidad es preferente siempre que la actividad descrita recaiga en el artículo 75 del Código de Comercio y que al menos uno de los sujetos del contrato tenga el carácter de comerciante.

Adicionalmente, hemos hablado de los contratos como actos jurídicos que derivan de un acuerdo de voluntades reconocidos por una norma y que los mismos surten consecuencias en el orden jurídico creando, transfiriendo, modificando y

extinguendo derechos y deberes, siempre que éstos cumplan con los elementos de existencia y de validez contenidos en el Código Civil aplicable que legitime el acto a celebrar.

La mayoría de contratos mercantiles en el país tiene la ubicación de su marco normativo general aplicable en el Código de Comercio, pero algunos de estos contratos se encuentran separados en leyes específicas por considerarse de una naturaleza especializada, por ejemplo, crediticio-financiera en el caso del fideicomiso, la apertura de crédito, el contrato de seguro, así como otras figuras que tradicionalmente se adscriben a la materia de operaciones de crédito o mayormente relativas a alguna área específica como los derechos de autor para el contrato de franquicia o los de transporte de mercaderías, que son propios de la legislación comercial internacional. Conocer y comprender los elementos esenciales y naturales de cada uno de estos contratos resulta fundamental para desentrañar el estudio de mérito, porque la agencia es un contrato que no ha sido acotado y solamente el estudio detallado del mismo produce como consecuencia la limitación de lo que es hasta el día de hoy un contrato atípico.

Empero, el presente capítulo propone un desglose minucioso y didáctico de un grupo de clasificaciones doctrinarias necesarias para después catalogar -de suponer su existencia individual- al contrato de agencia mercantil de una manera más precisa. Para poder alcanzar este cometido habrá que recurrir a las categorías tradicionales desarrolladas por los doctrinarios civilistas y, en la medida de lo posible, a un estudio del Derecho desde la teoría económica para poder justificar la aparición de ciertos contratos propios del comercio.

Sería conveniente resaltar también, que la teoría general de los contratos como instrumento didáctico-pedagógico otorga una mayor certeza en el estudio que realizamos, pues permitirá ver los contenidos analógicos de otros convenios con una naturaleza similar para poder juzgar a partir de los mismos el presunto acotamiento de un contrato de agencia y sus elementos, de tal modo que sea perfectamente discernible todo elemento de esta figura en la práctica.

Luego entonces, se mirará a la estructura propuesta del contrato de agencia y los elementos que lo componen para poder asumir una postura afirmativa sobre su distinción y unicidad respecto de otros contratos.

2.1. Consideraciones introductorias sobre la clasificación doctrinal del contrato.

Los contratos y/o convenios -en adelante se usarán de manera intercambiable-⁷⁷ implican una separación doctrinaria y científica que trasciende en lo legal y por supuesto, en la forma en que se deben entender cumplidos sus derechos y obligaciones. El consecuente desarrollo se ocupa de este estudio y lo asocia a la pretensión contractual que buscamos dilucidar, es decir, la del contrato de agencia -si reconocemos su existencia individual-. La clasificación propuesta retoma criterios objetivos y subjetivos útiles seleccionados minuciosamente de la doctrina civil nacional principalmente, y de manera subsidiaria de algunos autores clásicos internacionales del derecho privado, principalmente de Planiol.

2.2. La agencia como contrato mercantil.

La agencia deberá reputarse de manera única y exclusiva como contrato mercantil. Ello es así, porque su naturaleza especializada está dada en sus prestaciones y su repercusión en el comercio de la manera que a continuación explicamos.

La separación entre naturaleza contractual mercantil y la naturaleza civil se basa, como ya se dijo en el capítulo primero, en criterios denominados de mercantilidad. Por ejemplo, si nos encontramos frente a un acuerdo de voluntad celebrado por comerciantes, cuya finalidad sea de lucro y/o se encuentre contemplado y tutelado por una ley mercantil específica como el Código de Comercio y/o la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, estamos frente a un contrato mercantil.

⁷⁷ Morales Lechuga, Ignacio Seminario sobre Principios Generales de la Contratación, impartido en la Escuela Libre de Derecho, 5 de noviembre de 2010. Este criterio es meramente hecho por estilo y costumbre del foro jurídico, puesto que deriva de la práctica y la opinión generalizada de algunos civilistas como Morales Lechuga -misma que compartimos- que hacer esta separación de convenio y contrato es relativamente ociosa al contener en el convenio lato sensu, ambas especies -contrato y convenio-.

En México, existe actualmente una relevancia procesal en esta clasificación para resolver las obligaciones contenidas en el contrato. En tanto un juicio sea civil, se regirá por regla general bajo las leyes y tribunales locales. Pero, si la ley aplicable es la del Código de Comercio, el juzgado -aunque también local usualmente- estará obligado a juzgar conforme a las normas de esta materia -de competencia legislativa federal- y se aplicará supletoriamente el Código Civil Federal en contra del local. La normatividad contenida en los artículos 1049, 1050 y 1051 del Código de Comercio vigente refrendan lo anterior del mismo modo, pues para el Código, subsisten los criterios subjetivo y mixto en términos del artículo 1049⁷⁸ e igualmente, el ya mencionado criterio de preferencia se contiene en el artículo 1050⁷⁹.

Será fundamental distinguir que las acciones civiles y las acciones mercantiles gozan de una tutela procesal diametralmente distinta y este espectro de diferenciación resulta relevante para el derecho mercantil en su aplicación práctica y la judicialización de casos relacionados con esta rama del Derecho.

El juicio mercantil en México, a diferencia del juicio civil, podrá seguir sus propias reglas y plazos⁸⁰, a grado tal que es posible en materia mercantil pactar las propias reglas del procedimiento a manera de arbitraje de conformidad con el artículo 1051 del Código de Comercio⁸¹, cosa que en materia civil se antoja poco

78

Artículo 1049.- Son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que, conforme a los artículos 4o., 75 y 76, se deriven de los actos comerciales.

79

Artículo 1050.- Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles.

80

Consideramos importante resaltar que nosotros rechazamos esta situación, debido a la incapacidad por parte de la doctrina judicial local de reconocer este derecho en muchos litigios.

81

Artículo 1051.- El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante Tribunales o un procedimiento arbitral.

A tal efecto, el tribunal correspondiente hará del conocimiento de las partes la posibilidad de convenir sobre el procedimiento a seguir para solución de controversias, conforme a lo establecido en el párrafo anterior del presente artículo.

probable, cosa que se ha refrendado por los tribunales que se han pronunciado en recientes épocas para determinar la mercantilidad de los asuntos⁸².

Entonces resulta claro que la opinión judicial es de preferencia y de subjetividad refrendada en la ley que opera para separar ambos contratos.

Un hecho generalmente aceptado es que la mercantilidad se adscribe también a un criterio que busca la especulación comercial y una finalidad de lucro en el contrato a celebrar, pero esto en la práctica judicial y notarial no siempre resulta así. Por ejemplo, las enajenaciones inmobiliarias conllevan una ganancia significativa y por lo general las discordias generadas en estos contratos traslativos de dominio devienen en controversias locales del orden civil y no así de juicios ejecutivos mercantiles, adicionalmente que, salvo los desarrolladores

La ilegalidad del pacto o su inobservancia cuando esté ajustado a ley, pueden ser reclamadas en forma incidental y sin suspensión del procedimiento, en cualquier tiempo anterior a que se dicte el laudo o sentencia.

El procedimiento convencional ante tribunales se regirá por lo dispuesto en los artículos 1052 y 1053, y el procedimiento arbitral por las disposiciones del título cuarto de este libro.

82

Época: Novena Época Registro: 174761, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIV, Julio de 2006 Materia(s): Civil Tesis: III.2o.C.118 C Página: 1176 CONTRATOS MERCANTILES. FORMA DE ESTABLECER QUE SE ESTÁ EN PRESENCIA DE OBLIGACIONES DE TAL NATURALEZA.

Para poder definir cuándo un contrato es de naturaleza civil o mercantil, debe tenerse en cuenta que el Código de Comercio define al derecho mercantil desde una concepción objetivista, esto es, lo define a partir de los actos que la propia norma cataloga como comerciales y no necesariamente en función de los sujetos que los desarrollan (comerciantes). El mencionado cuerpo de leyes, en su artículo 75, enumera en veinticuatro fracciones, los actos que considera mercantiles, a los que clasifica como tales ya sea por el objeto, por los sujetos que intervienen o por la finalidad que se persigue con su realización, y, en su fracción XXV, precisa que serán mercantiles cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en ese código, concluyendo que, en caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial. La enumeración que se hace en el artículo 75 del Código de Comercio, comprende una gran variedad de actos cuya naturaleza deriva de distintas razones, por lo cual, no es posible obtener una definición única de acto de comercio, al igual que tampoco puede darse un concepto unitario de contrato mercantil; luego, dado que el único rasgo que identifica a los actos de comercio, es que lo son, por disposición expresa del legislador, para establecer cuándo se está en presencia de obligaciones de esa naturaleza, deberá indagarse si el acto jurídico en cuestión encuadra en aquellos que el legislador catalogó expresamente como actos de comercio. De donde se sigue, que deben calificarse como contratos mercantiles todas las relaciones jurídicas sometidas a la ley comercial; lo que implica, que serán mercantiles los contratos, aun cuando el acto sea comercial sólo para una de las partes, tal como se preceptúa en el artículo 1050 del código en consulta.

inmobiliarios, estas enajenaciones no son ordinarias, persiguen un lucro para el vendedor, pero no son de ningún modo mercantiles.

Otro caso frecuentemente visto en la práctica es que en el caso de contratos tales como los mutuos pueden ser onerosos y mantenerse en la línea de lo civil y no ser de forma alguna, contratos de préstamo mercantil por el destino del recurso a utilizarse, que puede ser netamente civil.

Esta clasificación más adelante nos permitirá definir que el contrato de agencia, por tratarse de un acuerdo que refiere e incide inmediatamente en cuáles son los criterios para definir la mercantilidad, es claramente de naturaleza mercantil en oposición a civil, y que la agencia de crear una controversia será resuelta conforme a las reglas de la mercantilidad⁸³.

2.3. La agencia y la representación.

Otro aspecto fundamental de la agencia es entender el concepto de representación, pues la agencia, al igual que el mandato o la comisión es un contrato de representación. Según Bernardo Pérez Fernández del Castillo, la representación se puede definir como la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre y por cuenta de otra⁸⁴. Para él, el derecho privado es el encargado del estudio de la representación, pero no le es exclusivo, pues la mayoría de ramas prácticas del Derecho se construyen en gran medida con base en la representación⁸⁵, toda vez que el propio Estado moderno fue basado en esta ficción, es válido decir que el Derecho es un sistema derivado de dicha figura. Por

⁸³ En nuestra experiencia, la especulación de lucro es un criterio que termina siendo un arbitrio del juzgador para determinar los contenidos de un contrato caso a caso, tomando en cuenta los criterios de interpretación que se contienen en los códigos civiles y el Código de Comercio.

⁸⁴ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Poder, Representación, Mandato, 13 e., México, ed. Porrúa, 2006, p. 3.

⁸⁵ Esta teoría no es del todo nueva, pues tanto Hans Kelsen como John Austin y el propio Hart definen en diversas obras, como la Teoría Pura del Derecho, y el Concepto de derecho, parten de que el ordenamiento jurídico se construye con una representación legitimada de una sociedad en un órgano artificial que se traduce en el Estado, y el mismo establece normativas de control social conductual teniendo como origen último un acto volitivo de representación. Hart es incluso más acertado en este criterio por adjudicar la representación última a una norma de reconocimiento generalizada.

lo que se dice que la representación, en estricto sentido, debe acotarse respecto de figuras afines como la asistencia, la legitimación, la personalidad y la procura⁸⁶.

En el caso de la llamada asistencia, se trata de una colaboración en la operación fáctica de un sujeto que lo necesita por su naturaleza, como es el caso de la curatela o protecciones en materia de emancipados y otras figuras de protección a incapaces donde requieren la existencia de un mandatario o representante específico que les asista en desarrollo de su personalidad, aun cuando de manera estricta, este representante no recibió un consentimiento calificado y válido para el Derecho por parte de su representado, si no que en la mayoría de ocasiones es legitimado por el Estado debido a una condición de hecho o de derecho.

Cuando se habla de representación como legitimación, según la doctrina, se considera que es una cuestión de derecho procesal que se traduce en un elemento de eficacia contractual. Según el propio Bernardo Pérez Fernández del Castillo, la legitimación es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de la posición que se tiene frente al acto⁸⁷, valdría abundar, que, visto desde la teoría del Derecho, se estaría poniendo con la legitimación un criterio de validez formal y material de la representación. Acotará el autor, que la legitimación fue substituida por el término capacidad legal en el derecho mexicano.

La representación por concepto de personalidad es otro caso estudiado en el mismo rubro. Se dice que el uso indistinto de la palabra 'personalidad' en la redacción de instrumentos notariales y de fedatarios públicos en general creó un uso residual histórico del concepto personería que a la fecha subsiste en la terminología de aquellos que son doctos en el derecho civil y concretamente en el derecho notarial.

Finalmente encontramos que la representación por procura constituye una especie de lo mismo que tiene al procurador como un mandatario estrictamente en materia judicial, encargado de representar ante las autoridades a un cliente y sus intereses o causas dentro de los mismos.

⁸⁶ Ibidem, p 4.

⁸⁷ Ibidem p. 5.

Separando los anteriores criterios, la representación ha sido ampliamente tocada por los tratadistas clásicos del derecho civil y ha resultado en la creación de diversas teorías para justificar la existencia de dicho fenómeno en tanto que no existe un consenso general de su explicación en la doctrina jurídica civil. Por ser necesario adoptar un punto de vista para la construcción de esta figura, debemos realizar un análisis intrínseco de la postura epistemológica con la que desea explicar a la representación, pues de allí surtirá la base causal para desarrollar este contrato.

Según Pérez Fernández del Castillo, existen cuatro posturas fundamentales que explican la representación, estas son: la teoría de la ficción, la teoría de la cooperación, la teoría del nuncio y la teoría de la substitución.

1) **La teoría de la ficción**, es aquella que manifiesta que el Derecho crea la ficción de la representación y le otorga efectos de eficacia y validez en el ordenamiento positivo. Nosotros descartamos esta postura, pues el acto jurídico fundatorio de los estados modernos es la positivización de una representación otorgada a la voluntad política y por lo tanto la representación antecede al Derecho y solamente las ficciones ulteriores al acto fundante podrían ser calificadas de creadas por el Derecho⁸⁸.

2) **La teoría de la cooperación**, donde se establece que el representante y el representado crean una sola voluntad en el ámbito jurídico. Como veremos, esto tampoco es verdadero, porque las legislaciones civiles suelen separar y calificar la validez de las voluntades otorgadas en todo contrato de representación.

3) **La teoría del nuncio**, donde el representante funge como un portavoz de la voluntad del representado en los actos jurídicos en los que participa de manera directa.

⁸⁸ El criterio de norma de reconocimiento de HLA Hart, establece que la obediencia al derecho es de naturaleza contractualista pero que las voluntades de los miembros de una comunidad se entienden entregadas a los constituyentes que ejercen el poder soberano, por ello, consideramos que la representación debe no entenderse exclusivamente como una ficción, sino que también debe acompañarse de una delimitación conceptual adecuada.

4) **La teoría de la substitución**, donde se considera que existe un reemplazamiento real de la voluntad del representado debido a los efectos jurídicos de responsabilidad que engendra el representante con los terceros que contrata.

Para el criterio del sustentante, la más correcta de las teorías que explica a la agencia es la teoría del nuncio, en tanto que dicho contrato expresa una voluntad para el actuar específico del agente en la consecución del objeto del contrato y el agente no puede desviarse de la voluntad emitida en el contrato originario, puesto que de lo contrario enfrentaría la ruptura de la relación contractual o la ejecución de actos ultra vires que no estuvieren en la obligación del proponente en ratificar o pagar.

Ahora bien, doctrinalmente, la representación se ha clasificado como directa, indirecta, voluntaria, legal y orgánica. Existe representación directa cuando una persona actúa en nombre y por cuenta de otra, produciendo una relación directa e inmediata entre el representado y el tercero, como ocurre en el caso del así llamado poder y la tutela⁸⁹. La representación será indirecta, cuando actúa una persona en nombre propio y por cuenta de otra, adquiriendo para sí los derechos y obligaciones del representado frente a los terceros, como existe en el caso del mandato, la prestación de servicios y la asociación en participación.

Se considera voluntaria cuando una persona, en virtud de la autonomía de la voluntad, autoriza a otra para actuar en su nombre y representación, como ocurre en el poder y el contrato de fideicomiso.

Habrà representación legal cuando una persona, por sus capacidades psíquicas o físicas, está impedida para actuar frente a otros y el ordenamiento jurídico valida dicha situación, siendo el caso más representativo el de los incapaces legales en todas sus especies.

Un criterio que vale la pena rescatar es uno que definió por jurisprudencia histórica nuestro órgano máximo creando el concepto de representación indirecta que

⁸⁹

Ibídem, pp. 11-14.

podiere ser rescatable en figuras de intermediación como la comisión y la agencia que no gozan del otorgamiento de facultades expreso contenidos en el “poder” notarial⁹⁰.

Finalmente existe representación orgánica cuando a través de un contrato asociativo que genera una persona moral, necesariamente necesita de representantes para la operación cotidiana de la misma a nivel interno y externo y surgen administradores, representantes legales, directores, presidentes de consejo, *et alteri*.

Ahora bien, para efecto de este estudio es importante definir las diferencias específicas de las figuras que aparecen en estos contratos de representación: en la doctrina legal mexicana encontramos las nociones -a veces utilizadas de manera intercambiable- como si fueren las mismas entre poder y mandato⁹¹.

De este modo, la representación incide en la agencia como un presupuesto operativo de la misma, puesto que habrá lugar a una representación en sentido lato entre el proponente y el agente que participan de la relación contractual objeto de este estudio.

2.4. Poder.

La noción de poder lleva una carga etimológica que vale la pena abordar para entender al contrato de agencia. De acuerdo con la Real Academia Española, poder viene del latín vulgar ‘potēre’, derivado en sí mismo de las nociones de *posis* en griego, que significa esposo o señor. Así pues, el poder tiene varias

90

Época: Quinta Época Registro: 314038 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XXXIII Página: 2588 Materia(s): Civil Tesis: REPRESENTACION INDIRECTA

La representación indirecta es aquella conforme a la cual el representante obra en nombre propio, salvo siempre el contrato que se tenga celebrado con su representado.

91 Al momento de la redacción de esta tesis el único autor en la doctrina nacional que tiene difusión en la materia que muestra una profundidad que excede la de los textos de nivel técnico es Bernardo Pérez Fernández del Castillo, por lo que nos apoyamos mayormente en sus textos para este efecto.

acepciones en el castellano, de las cuales rescatamos la noción de 'Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo tener facilidad, tiempo o lugar de hacer algo, o ser contingente o posible que suceda algo'⁹².

Es de opinión común que el derecho es un instrumento de poder puesto que tiene como fin y utilización la regulación conductual de los individuos que componen una sociedad, y que la palabra poder plaga al lenguaje del derecho con múltiples acepciones. La misma Real Academia española expone las siguientes nociones vinculadas al derecho cuando define poder que a continuación se enlistan:

1. m. Dominio, imperio, facultad y jurisdicción que alguien tiene para mandar o ejecutar algo.
2. m. Gobierno de algunas comunidades políticas.
3. m. Acto o instrumento en que consta la facultad que alguien da a otra persona para que en lugar suyo y representándolo pueda ejecutar algo. U. m. en pl.
4. m. Posesión actual o tenencia de algo. Los autos están en poder del relator.
5. m. Fuerza, vigor, capacidad, posibilidad, poderío.
6. m. Suprema potestad rectora y coactiva del Estado⁹³.

Luego entonces, es la tercera acepción en la que encontramos un estudio fundamental vinculado a la representación.

Según Pérez Fernández del Castillo⁹⁴ el poder es el otorgamiento de facultades que da una persona llamada poderdante a otra llamada apoderado para que actúe en su nombre-representación-. Continúa explicando que esta institución tiene como característica única el que surte efectos frente a terceros, cosa que no ocurre en el mandato, el prestador de servicios y -de acuerdo con el sustentante- tampoco en la comisión o el contrato de agencia por no ser estos actos inscribibles. Surge de una declaración unilateral, pero forzosamente debe estar unido a otra figura jurídica por su propia y especial naturaleza, no obstante que la

⁹² Consultar Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (23.a ed.). Madrid, España: Poder.

⁹³ Ídem.

⁹⁴ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Poder, Representación, Mandato, 13 e., México, ed. Porrúa, 2006, p. 14.

vinculación que mayormente se encuentra en la práctica-como bien acierta- es el mandato.

La multivocidad de la figura del poder debe estudiarse, pues puede referirse a un documento que acredita la representación-poder notarial-, al acto por el que se faculta a la otra persona y a la institución por la cual, se faculta a representar a otra persona, originada del contractualismo y la autonomía de la voluntad y habrá que estudiar si por las actividades realizadas por el agente es menester dotar de “poder” a la relación que ejerce con el proponente.

2.4. La agencia como contrato principal.

Cuando para el nacimiento de un contrato se depende de una obligación previa pactada por las partes, este se clasifica como contrato accesorio.

La agencia comercial, deberá ser considerada siempre un contrato principal, puesto que no es indispensable un precontrato u obligación para que dé lugar a su existencia.

Por exclusión, cuando en un convenio no se dependa de una obligación anterior para su surgimiento serán denominados contratos principales. Los contratos que se utilizan como accesorios suelen recibir el nombre de garantía, y son la prenda, la fianza y la hipoteca.

Solamente acotaremos que el criterio pragmático de la misma será determinar si procede la extinción del contrato con la desaparición del contrato principal o su existencia depende de la ejecución del otro, para efectos de entender la supervivencia de aquellos contratos celebrados con el agente en caso de terminaciones anticipadas y rescisiones, puesto que la acción que se ejercite para demandar las prestaciones del contrato producirá efectos distintos, lo que conlleva la conclusión que el contrato de agencia será siempre principal.

2.5. La agencia como contrato preparatorio.

Una de las principales clasificaciones que encontramos en la doctrina civil mexicana y comparada es el acotar a los contratos como preparatorios o

definitivos. El contrato preparatorio o precontrato es, generalmente hablando, aquel que se realiza con el propósito de celebrar un contrato a futuro cuando se cumplan ciertas condiciones y/o términos en la realidad. Como expondremos, la agencia resulta a todas vistas un contrato preparatorio, pues de ella origina un facultamiento para ejercer un mandato sin representación específico para la promoción de los bienes y servicios que presta un proponente, lo que derivará en principio, la ejecución de hechos y actos de comercio a partir de esta definición, como pudieren ser compraventas, contratos de transporte para la mercancía a vender etc.

Por ello, la doctrina establece una clara separación entre ambos, pensando en el contrato preparatorio como un consentimiento previo -de allí el nombre de precontrato- y el definitivo, frecuentemente tratado como un convenio totalmente nuevo que obliga a las prestaciones de un contrato final, no obstante que algunos teóricos han descartado esta noción con argumentos contundentes⁹⁵ para decir que solamente se está ante “contratos en potencia”, y la celebración “en definitiva” se trata de un mismo contrato en acción, pues la única diferencia entre uno y otro es la reserva del consentimiento para un momento posterior. El acto jurídico que deriva de esta clasificación, según la doctrina legal, si es de existencia unilateral, podrá ser denominado opción⁹⁶, y si es bilateral, promesa.

En México no tenemos dicha separación a nivel legal de manera muy desarrollada, sea en la ley o en la doctrina, ya que nuestros códigos solamente reconocen la existencia de figuras como la promesa -que pudiese ser unilateral- y no regulan a la opción como contrato ni mucho menos sitúan a contratos como el mandato y a los contratos asociativos como contratos preparatorios, siendo evidente que los mismos tienen por defecto la celebración de contratos futuros en los términos que cada tipo contractual establece. Lo escueto que resultan tanto el

⁹⁵ Adame Goddard, Jorge (coord.), Derecho civil y romano Culturas y sistemas jurídicos comparados, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 9-10. Esteve Bosch Capdevila en su texto Precontrato y opción niega que se traten de dos consentimientos distintos porque el contrato originario ya goza de todos los elementos necesarios para que se entienda el segundo como consecución del mismo. Dicha afirmación consideramos, no debe ser asumida como categórica por los argumentos vertidos en el presente proyecto.

⁹⁶ Ibídem, pp. 13-14.

Código Civil Federal como los locales en cuanto a los alcances de la clasificación de definitivo y preparatorio generarán problemas que más adelante se estudian por ser relevantes al contrato de agencia. Incluso la jurisprudencia en distintas ocasiones y épocas es limitada en solo hablar de casos como el del contrato de promesa y su descripción⁹⁷.

Aunado a lo anterior, tampoco se encuentran menciones abundantes a nivel positivo de la así llamada promesa unilateral, hecho que en la práctica se torna sumamente difuso si mantenemos el criterio originario del derecho civil mexicano en materia de nulidades, donde puede existir nulidad de una obligación si se deja de manera potestativa el ejercicio de una opción en ciertos casos, lo cual causaría potencialmente -o causa- confusión en los juzgadores⁹⁸. Nuestro Código Civil

97

Época: Quinta Época Registro: 357896 Instancia: Tercera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo LI Materia(

s): Civil Tesis: Página: 80 Amparo civil directo 364/36. Kondo Isuke. 7 de enero de 1937. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Alfonso Pérez Gasga. La publicación no menciona el nombre del ponente. COMPRAVENTA Y PROMESA DE VENTA, DIFERENCIA ENTRE LAS.

De acuerdo con la ley, existen radicales diferencias entre la promesa de venta y el contrato de compraventa, toda vez que mientras que en ésta existe una obligación de dar, en aquél no hay más que una obligación de hacer, consistente en la verificación del contrato, y aun cuando en ambos debe determinarse la cosa y el precio, sobre que recaen la obligación y el consentimiento de las partes, debe observarse que en el contrato de promesa de venta, el vendedor no está obligado a transmitir el dominio de la cosa, ni el comprador a entregar el precio, sino que sólo se obligan a celebrar el contrato de compraventa, el cual sí da origen a dichas obligaciones; en la compraventa, el consentimiento de las partes recae sobre la entrega de la cosa y el pago del precio, en tanto que en el contrato de promesa de venta que es un contrato preparatorio de aquél, el consentimiento de las partes recae únicamente sobre la acción que nace y que debe ejercitarse para lograr la celebración del contrato correspondiente, o sea: en el contrato de compraventa se consigna una obligación de dar, y en el de promesa de venta, una obligación de hacer.

⁹⁸ Ibidem, p. 11, Busch Capdevila encuentra paralelismos entre el contrato preparativo y el contrato sujeto a condición suspensiva potestativa, precisando un fino tratamiento de ambas distinciones, principalmente negando la retroactividad de los contratos preparatorios y su definida autonomía del contrato definitivo. Consideramos que en la práctica el criterio de un juzgador pudiere tender a anular la obligación por mezclarse la misma con la potestatividad y por ello advertimos que puede representar un problema en la deducción de las prestaciones derivadas de estos contratos unilaterales.

Federal regula la promesa en sus artículos 2243 y 2244 con las características que anteriormente se explicaron⁹⁹.

Expuesto lo anterior, vale la pena estudiar qué acontece cuando en la práctica existe la imposibilidad parcial de celebrar un contrato definitivo originado de un contrato de promesa -o cualquier otro contrato preparatorio como el que es objeto de esta tesis- en la doctrina procesal mexicana, puesto que es discutible el alcance de esta clasificación en el orden práctico o su eventual trascendencia si se asume la autonomía entre un contrato definitivo de uno preparatorio.

En el caso de que no se pudiere celebrar un contrato definitivo como resultado de un litigio derivado de la exigencia de cumplimiento forzoso de un contrato preparatorio: Esto implica que el contrato no goza de la plena certeza en el orden práctico de que el contrato definitivo reclamado sea celebrado puesto que, aunque queda clara su separación doctrinal, así como la autonomía entre ambos, no garantiza el resultado pretendido de quien demanda el cumplimiento de la promesa.

La resolución del procedimiento judicial que se llevaría a cabo es ilustrativa en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 517 que se transcribe para la resolución de las condenas relativas a las obligaciones de hacer¹⁰⁰.

99

Artículo 2243.- Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro.

100

Artículo 517.- Si la sentencia condena a hacer alguna cosa, el juez señalará al que fue condenado a un plazo prudente para el cumplimiento, atendidas las circunstancias del hecho y de las personas. Si pasado el plazo el obligado no cumpliere, se observarán las reglas siguientes:

I. Si el hecho fuere personal del obligado y no pudiere prestarse por otro, se le compelerá empleando los medios de apremio más eficaces, sin perjuicio del derecho para exigirle la responsabilidad civil;

II. Si el hecho pudiere prestarse por otro, el juez nombrará persona que lo ejecute a costa del obligado en el término que le fije;

III. Si el hecho consiste en el otorgamiento de algún instrumento o la celebración de un acto jurídico, el juez lo ejecutará por el obligado, expresándose en el documento que se otorgó en rebeldía. Si el documento consiste en una escritura pública el juez previamente pondrá los autos a disposición del notario que designe la parte en cuyo favor se dictó la sentencia. Al devolver el notario el expediente haciendo saber que se encuentra preparada

Abundando en lo anterior, existe de suyo un problema para resolver, los contratos llamados preparatorios de manera “satisfactoria” -otorgamiento de los contratos y/o obligaciones de hacer futuras- y por ello coloca tres posibilidades antes de recurrir al efecto indemnizatorio.

Es causa de lo anterior considerar a la clasificación dual de este rubro como problemática en su eficacia, puesto que, si el propósito de un contrato preparatorio es la celebración de uno definitivo, y el cumplimiento forzoso por vía de la acción jurisdiccional puede no siempre cumplirse, aun cuando prosperase la acción para el otorgamiento de un contrato definitivo, se pone en duda de la utilidad de determinar si un contrato es preparatorio.

De cualquier forma, resulta relevante entender que esta categoría puede mostrarse práctica para determinar el fondo y efectos del contrato de agencia que, tendiente a la celebración de otros contratos mercantiles por su propia naturaleza, pudiese considerarse que existen ciertos derechos de opción personal a ejercer por los contratantes cuando llegue el momento de tomar ciertas decisiones de negocios y/u operativas que pudieren ser trascendentales en la vida ordinaria, pero habría que analizar los casos concretos en la práctica para determinar si dichas decisiones constituyen un derecho de opción por parte del agente comercial o no son formal y/o materialmente relevantes para una propuesta regulatoria en un contrato de agencia.

2.6. La agencia como contrato escrito.

Afirmamos que el contrato de agencia deberá ser indispensablemente un contrato escrito que en principio no requiriese de inscripción pública, salvo que el mismo estableciere montos elevados u otorgamiento de facultades, y basta con que se conste en papel simple y no en protocolo de fedatario.

la escritura para su otorgamiento, el juez fijará el plazo en que deberá comparecer el obligado a firmarla, apercibido que de no hacerlo el propio juez la firmará según lo antes dispuesto. En el caso que el arrendatario, en la contestación de la demanda, confiese o se allane a la misma, siempre y cuando esté y se mantenga al corriente en el pago de las rentas, el juez concederá un plazo de seis meses para la desocupación del inmueble. Cuando la demanda se funde exclusivamente en el pago de rentas este beneficio será de seis meses, siempre y cuando exhiba las rentas adeudadas y se mantenga al corriente en el pago de las mismas.

Existen dentro de los doctrinarios civilistas franceses como Colin et Capitant, Planiol, y otros, consenso generalizado sobre una clasificación que comúnmente se denomina verbal o consensual en oposición a formal y a la que se le adiciona la categoría de los contratos solemnes como una variante de los contratos formales. Tradicionalmente, esta categoría explora la idea de que la voluntad entre los contratantes debe ser expresada siempre por un método contemplado por la ley, sea la misma exteriorizada por una forma oral o escrita.

Es nuestro deseo apartarnos de esa clasificación en función del siguiente ejercicio reflexivo: la solemnidad ha sido entendida como una categoría de existencia de ciertos actos jurídicos que se ha acarreado desde el estudio de la doctrina romana, en la que seguir una forma determinada en ciertos actos no condicionaba solamente su validez, sino la propia existencia del mismo. Esta supra forma, por llamarle de alguna manera, se le dio el corte de solemne y se sigue enseñando en la academia como un antecedente histórico valioso. La ceremonialidad de los procesos institucionales del derecho romano es objeto de profundo estudio y admiración de los que disfrutaban de esta rama del Derecho.

En el sistema legal mexicano, debido a la evolución del mismo, es imposible encontrar actos solemnes en materia civil o mercantil -y presumimos que en cualquier otra materia-, pues la falta de forma tradicionalmente conlleva a la nulidad relativa o convalidable de los actos celebrados. Por esa razón, en el presente trabajo se ignora y se desconoce la relevancia y utilidad de utilizar la solemnidad en lo sucesivo.

Terminada la reflexión respecto a lo anterior, decimos que el consentimiento puede o no expresarse con una forma específica en la que identificamos tres maneras: primero, una verbal basada en la comunicación del consentimiento oral, en segundo lugar, aquella que se realiza siguiendo determinadas formas escritas simples y finalmente un acto publicitado ante un fedatario público que por su naturaleza es susceptible a la inscripción en un registro público para dotar al mismo del elemento de oponibilidad. Esta clasificación consuetudinariamente ha sido llamada formal pública, notarizada y similares. En este sentido, nosotros

sugerimos apartarnos también de dicha clasificación porque causa una confusión a nivel pedagógico conceptual con las categorías de contratos consensuales y reales -que también se estudian-, por lo que sugerimos el uso del término “contrato escrito” en oposición a verbal y no así el hablar de contratos “consensuales y formales”.

Aunque el Código Civil local expresa que el consentimiento puede por excelencia otorgarse verbalmente sin necesidad de contrato o instrumento público de fedatario, veremos que en la práctica todos los contratos terminan teniendo que constar por escrito, ya sea por su ejecución práctica o bien porque el código lo establece.

Es el caso que, si bien pudiésemos alegar que la compraventa sería una excepción, puesto que es el contrato más común celebrado por la población mexicana en el día a día, a continuación, nos daríamos cuenta de que todas las compraventas de inmueble deben constar en escritura pública; y que muchas compraventas implican efectos registrales similares tratándose de bienes no fungibles como aquellas que se basan en la compra de patentes, acciones bursátiles y similares.

Otro caso de contratos escritos sería el de contratos como la promesa y la donación exigen el otorgamiento por escrito en determinadas condiciones para su perfeccionamiento, y lo mismo los arrendamientos de inmuebles, el mutuo por su regulación tributaria, el perfeccionamiento del mandato, el contrato de hospedaje por su desarrollo en otros cuerpos legislativos, todo contrato de hipoteca por tener ésta que ser inscribible, *et sit caetera*. Podemos concluir fácilmente que la forma de los contratos es, por lo general, sea por ley o por práctica, escrita.

El caso del derecho mercantil comporta una característica similar, donde la mayoría de sus contratos establecen en principio la consensualidad, pero las excepciones y la práctica cunden la forma escrita en la mayoría de los contratos mercantiles por una u otra razón.

Toda vez que dicho contrato comporta principalmente obligaciones de hacer, por analizando en paralelo la interpretación en el criterio del legislador y los abogados respecto de la forma que revisten el mandato y la comisión -escrita también- así como la manera en que este contrato se celebra, porque el mismo debe dar certeza a las prestaciones estipuladas por los contratantes y de no existir constancia tangible no sería demostrable que existiere un contrato de agencia en tanto que se podría presumir una gestión de negocios o una comisión mercantil regular o cualquier otra figura, y recaería a la probanza forense procesal el éxito de demostrar el contrato celebrado.

2.7. La agencia como contrato bilateral.

Consideramos al contrato de agencia como un contrato bilateral, en tanto que el proponente o empresario pagará para que el agente comercial desarrolle su actividad en los términos del contrato y el agente, de manera recíproca, no podrá obligarse -como veremos más adelante- a su deber de promoción si no es retribuido por dicha actividad o reembolsado por sus gastos salvo pacto en contrario.

Según la doctrina civil, los contratos pueden ser clasificados como unilaterales y bilaterales, en donde se suele referir como contrato unilateral a aquel que genera sólo derechos para una parte y obligaciones para la otra, y se estará frente a un contrato bilateral cuando éste contenga derechos y obligaciones para ambas partes. En el estudio actual, criticamos esta endeble clasificación por ser excesivamente difusa en cuanto a la delimitación del concepto y a la confusión conceptual que la misma genera¹⁰¹.

¹⁰¹ La realidad es que, en su estructura ontológica, las relaciones jurídicas siempre, sin excepción son correlativas para que puedan ser eficaces -*condición sine qua non* del derecho-. A todo deber corresponde un derecho y por lo general en todo contrato concurre una relación principal de deudor-acreedor, donde los contenidos del mismo, derivadas de sus cláusulas naturales y accidentales, generan derechos y deberes correlativos, para el caso de obligaciones ambulatorias, derechos y deberes de cuidado en bienes, et sit caetera.

Ya desde épocas anteriores los jueces han tratado de explicar la diferencia entre contratos que se prestan a sostener o encuadrarse en este criterio, como se observa en algunas tesis¹⁰².

Los doctrinarios han buscado separar con relativa claridad a los actos jurídicos unilaterales de los actos jurídicos llamados monosubjetivos¹⁰³, entendidos como aquellos donde existe la intervención de una única voluntad en su creación, con la unilateralidad propiamente dicha y la bilateralidad con la plurisubjetividad. La unilateralidad o la bilateralidad analizan el momento de celebración del contrato, lo que hace que al nacimiento o perfeccionamiento del mismo se engendren obligaciones a una sola de las partes y para la otra solamente derechos, en cuyo caso se está ante la unilateralidad o la sinalagma imperfecta.

La importancia práctica de esta distinción se da por diversas causas, siendo que procesalmente ante un contrato bilateral rescindido o terminado anticipadamente se puede oponer la excepción de contrato no cumplido -*non adimpleti contractus*- al contratante que ha faltado a su obligación de cumplir, en caso de que el primero demande; a esto se le conoce como pacto comisorio tácito, que se explica como una facultad implícita de resolver las obligaciones recíprocas, para el caso de que uno de los contratantes incumpliese, pudiendo exigir entre el cumplimiento

102

Época: Quinta Época Registro: 347580 Instancia: Tercera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XC Materia(s): Civil Tesis: Página: 2443 Amparo civil directo 3684/44. Chami Amado. 5 de diciembre de 1946. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Emilio Pardo Aspe. Ponente: Carlos I. Meléndez. PROMESA DE VENTA, COMO CONTRATO BILATERAL. La promesa de venta tiene las características de un contrato bilateral, cuando no se trata de una mera proposición de una de las partes no aceptada por la otra, de una simple policitud, ni de una proposición en la que, aunque haya sido aceptada, solamente una de las partes se obliga a vender o comprar, teniendo la otra únicamente el derecho de exigir que se lleve a cabo la venta o la compra, sino de una proposición en la que una parte se obliga a vender y la otra a cubrir y pagar el precio, en la que la persona que tiene derecho de exigir la venta, adquiere también la obligación de cubrir el precio, pues entonces resulta indudable que hay reciprocidad de obligaciones y derechos y se está en presencia de un contrato bilateral. Esto lo confirma el artículo 2244 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, que establece que la promesa de contrato, o sea, el contrato preliminar de otro, puede ser unilateral o bilateral.

¹⁰³ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos Civiles, 12 e., México, ed. Porrúa, pp. 57-59, 2009.

específico del contrato o el pago de daños y perjuicios. El propio artículo 1949 del Código Civil Federal establece la facultad de resolver obligaciones¹⁰⁴.

Cabe mencionar, que Miguel Ángel Zamora y Valencia propone de manera atinada que el riesgo jurídico solamente opera en las obligaciones bilaterales porque éstas son recíprocas, y, por el contrario, de existir unilateralidad en un contrato no se requiere el consentimiento mutuo de las partes para utilizar figuras tales como la cesión de derechos, mientras que en los contratos bilaterales será siempre necesario notificar esta cesión para que se otorgue el consentimiento de la cesión dicha y su perfeccionamiento, derivando de una interpretación armónica de los artículos 2030 y 2051 del Código Civil con relación a la cesión de derechos y deudas¹⁰⁵.

Esta observación implica, de manera subsecuente, que el criterio de unilateralidad y bilateralidad sea empleado como una herramienta de distinción para la aplicación de figuras relevantes y generales para toda la contratación civil, y se traduzcan en la posibilidad de substituirse como acreedor o deudor en una relación jurídica civil cualquiera.

Habrà de verse más adelante que en algunos casos la agencia podría suponer un contrato *intuitu personae* tanto para el proponente o empresario como el acreedor, por lo que esta clasificación resulta vertebral en el estudio de este contrato.

104

Artículo 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

105

Artículo 2030.- El acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya convenido no hacerla o no le permita la naturaleza del derecho. El deudor no puede alegar contra el tercero que el derecho no podía cederse porque así se había convenido, cuando ese convenio se conste en el título constitutivo del derecho.

2.8. Conmutatividad de la agencia.

En la agencia comercial, por ser sus prestaciones objeto de contención en la doctrina y la práctica¹⁰⁶ es menester detallar los contenidos obligacionales o proponer una regulación del clausulado de este contrato innominado que atienda a las necesidades que imperan para separar a la agencia comercial de la ya establecida comisión mercantil o el contrato de trabajo y buscar el menor margen de interpretación en las prestaciones de este contrato, cuestión que pudiere originar en principio, problemas graves para los contratantes en la delimitación de las responsabilidades, sea por medio del clausulado o por una propuesta regulatoria en el derecho positivo nacional.

Una especie o subtipo de la categoría de los contratos onerosos es la compuesta por los llamados contratos conmutativos y aleatorios.

De acuerdo con este criterio, se propone que ciertos contratos tienen las ganancias o las prestaciones a realizar como “ciertas” desde el momento de su celebración por estar las mismas pactadas en el instrumento celebrado o bien responder a la propia y especial naturaleza del contrato que se celebra.

En contraste, si existe una incertidumbre en las prestaciones o provechos que inicialmente existen en los mismos, sea por indeterminaciones en el objeto indirecto del contrato o en el contenido obligacional genérico, se determina que existe aleatoriedad en las prestaciones.

Para este caso el contrato de agencia como subespecie de la comisión deberá, de manera forzosa, tener el carácter de conmutativo, ya que si lo que se busca perseguir es la seguridad y certeza jurídica de los contratantes, será medular la aproximación al contrato bajo el esquema de la conmutatividad. Es de resaltar que más adelante ofreceremos diversas definiciones del contrato de agencia donde se coincide que hay derecho a una retribución, misma que puede ser determinada o determinable, empero, no consideramos que dicha modalidad afecte al contrato

¹⁰⁶ Principalmente entre la naturaleza de agencia vs. comisión o agencia vs contrato laboral.

principal o que el mismo esté sujeto a una resolución incierta que devenga en una posible pérdida de las partes.

Consideramos que puede haber confusión conceptual en esta categoría, pues queda claro que la obtención indefinida de un lucro pudiere llevar a algunos abogados a asumir que el contrato de agencia comercial, en tanto es incierto el monto de la contraprestación, es un contrato aleatorio, por ello manifestamos por qué no consideramos a este contrato con este carácter. Ramón Sánchez Medal opina que los contratos aleatorios tienen como característica triple su forzosa onerosidad, su incertidumbre en las prestaciones y, como elemento clave, que la ganancia de una de las partes resulta en la pérdida pactada de la otra.

Este último criterio consideramos que es indispensable para entender la naturaleza de la aleatoriedad en contra de la conmutatividad. Saber que en un contrato determinado el acuerdo de voluntades deviene en una potencial pérdida es clave para dilucidar las contraprestaciones y contenidos de estos contratos y cuántos y cuáles son. La pérdida económica es un elemento vinculado a las leyes de la probabilidad y los grandes números, elementos que el derecho encuentra y regula en diversas materias, pero que tradicionalmente existen en el derecho civil y mercantil.

Debido al limitado reconocimiento de los contratos aleatorios en la legislación mercantil, y que los mismos tienen prácticamente ocurrencia dentro del campo del derecho civil, los contratos mercantiles son por defecto conmutativos, la excepción será el caso de aquellos como el contrato de seguro, que sujeta a su resolución el acontecimiento de una eventualidad que “activa” o resuelve las consecuencias jurídicas para la cual el mismo ha sido contratado.

Otro caso interesante de analizar que es recurrente en el comercio es el estudio de algunos de los contratos derivados de la banca y los servicios financieros y bursátiles, pues los mismos tienen incidencia en la categoría de conmutativos y aleatorios, según sea el caso, porque en ellos las ganancias y pérdidas que se lleguen a suscitar están acotadas y contempladas en los instrumentos que celebran estas operaciones, teniendo por ejemplo la cobertura financiera o alguna

meta económica incierta que deviene de una pérdida de la contraparte. Aun cuando se aduce que estos contratos tienen una regulación administrativa adicional detallada respecto de otros contratos mercantiles y diversos sistemas que contemplan la resolución de éstos en caso de pérdidas o eventos económicos que les sobrevengan, se debe entender que los mismos son contratos aleatorios¹⁰⁷. Así, incluso los contratos de coberturas financieras presentan claramente el elemento aleatoriedad pues, aunque los mismos siempre encuentran resolución detallada y establecida en la contratación de productos de esta naturaleza, será siempre la ejecución de la opción de los mismos que conlleva como desenlace un resultado sobre una ganancia indeterminada o una posible pérdida, según la ejecución.

Es entonces que ratificamos la conmutatividad del contrato, en tanto existe certeza de los actos, derechos y obligaciones que se han de prestar entre las partes.

2.9. Onerosidad del contrato de agencia.

Un criterio relativo a este contrato es el de los llamados contratos onerosos y gratuitos. Si bien este criterio, como veremos es una clasificación de orden económico, ha encontrado su raíz en el derecho civil casi de manera dogmática por encontrarse útil en la separación de ciertos contratos y, en el caso de la práctica legal mexicana, los alcances fiscales del mismo.

Ya en épocas de la Corte anteriores, se advierte que este criterio goza de perfecta división en los términos que se desarrollan en lo sucesivo, pues está claro que siempre que hay contraprestaciones de orden económico, se trata de un contrato oneroso¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Habrá que distinguir que la aleatoriedad es una característica de la clasificación vinculada a los contenidos obligacionales, lo cual hace que pueda confundirse en algunas ocasiones con la determinabilidad del objeto. Esto, por supuesto, es una confusión frecuente en aquellos abogados que no ejercen la materia civil y mercantil y por ello es importante aclarar y separar -a manera de nota- la distinción de ambos conceptos.

¹⁰⁸

Si bien el contrato de agencia no presupone dificultad mayor pues, al considerar de manera presuntiva la mercantilidad de este contrato, es entonces una actividad onerosa y se debe de dar este tratamiento fiscal, hacer dicha separación pudiere tener consecuencias en materia de figuras afines como el mandato civil liso y llano o las gestiones de negocios en materia civil.

Los contratos onerosos son aquellos que generan, de manera recíproca, lucros o provechos, así como gravámenes. Este punto de vista está basado principalmente en una categoría económica trasladada a la teoría del derecho, que presupone que ambas partes al celebrar dicho contrato se podrán beneficiar del mismo, sin perjuicio de que esto en la práctica no suceda así¹⁰⁹.

La onerosidad se presenta como uno de los criterios determinantes en la contratación mercantil, pues todos los contratos que encontramos en el marco legal mexicano derivados de esta materia suponen la generación de riqueza para los contratantes y no existe mención alguna de contrato mercantil que sea gratuito, de serlo así se pasaría al campo del derecho civil. Incluso, teorizamos que aún si no fuese remunerada una comisión, remarcamos que se estaría frente a una simple gestión de negocios o un contrato de mandato sin representación en materia civil.

1944. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos I. Meléndez. Ponente: Hilario Medina. DEPOSITO MERCANTIL, COMO CONTRATO DE CARACTER ONEROSO. Según lo dispuesto por el artículo 2547 del Código Civil del Distrito Federal de mil ochocientos ochenta y cuatro, el depósito es gratuito por su naturaleza, aun cuando pueda el depositario estipular alguna gratificación; lo que significa que sólo cuando hay pacto expreso en contrario, resulta oneroso el contrato. El Código de Comercio invierte el sentido de aquella disposición, al establecer que, salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho a ser retribuido, y por lo mismo, no porque deje de estipularse en el contrato alguna retribución, debe reputarse gratuito el depósito. Lo único que varía es la manera de calcular dicha retribución, pues cuando hay arreglo, las partes deben ajustarse a los términos del mismo y cuando no lo hay, el monto de la retribución debe conformarse a los usos de la plaza. Ahora bien, si el depósito fue constituido en poder de una sociedad mercantil, esto es, de un comerciante, el contrato debe reputarse mercantil, y si no consta que los contratantes hayan celebrado pacto alguno en contrario, debe concluirse que en dicho contrato no se hallaba ausente un fin de lucro mercantil.

¹⁰⁹ De nuevo, se critica lo endeble de la categoría pues muchas veces un contrato puede tener tratamiento de oneroso por la simple imposición de cargas como es el caso de la donación sub causa y no por ello constituye sin excepción un beneficio directo a ambas partes.

Como se menciona en el párrafo anterior, en el derecho civil, contrario a lo previsto en materia mercantil, sí es posible encontrar diversos contratos que contienen la imposición de gravámenes o cargas a una sola de las partes como sucede con la donación lisa y llana por excelencia. La regulación de la gratuidad se da en función de que se requería regular y distinguir a las donaciones sub causa y, en un segundo término, proteger a aquellas personas que pudieran verse desprovistas de patrimonio por no contemplar las consecuencias de los actos gratuitos, sin olvidar, por supuesto, a la regulación tributaria que persigue a las donaciones¹¹⁰.

Cabe mencionar que esta separación tiene un orden práctico procesal importante, pues diversas acciones, particularmente las derivadas en fraude de acreedores, solían hacerse de manera histórica -y aún por algunas personas que ignoran estos contenidos-, con la finalidad de conseguir la evasión del cumplimiento de derechos y obligaciones contra terceros, lo que se vinculó directamente con el fraude en perjuicio de acreedores, como explicará el propio Código Civil Federal en sus artículos 2164 y 2165, en los cuales establece los criterios, que hacen relativamente “fácil”, declarar nulo un acto basado en su onerosidad o su gratuidad¹¹¹.

La agencia tendrá, por la mercantilidad aparente de la misma, el carácter de oneroso, por ser el agente sujeto a una retribución, que será analizada posteriormente en cuanto a sus alcances y mediciones.

2.10. Consensualidad en oposición a realidad de la agencia.

Del mismo modo que la comisión, el contrato de agencia como subespecie del mandato es un contrato cuyas obligaciones principales son de hacer, ya que

¹¹⁰ La misma, por lo general, grava de manera más fuerte a las donaciones por la ratio de ser -ganancias inmerecidas- y solamente permite que algunas personas morales puedan beneficiarse de forma plena de las donaciones sin reportar altos impuestos.

¹¹¹

Artículo 2164.- Si el acto fuere oneroso, la nulidad sólo podrá tener lugar en el caso y términos que expresa el artículo anterior, cuando haya mala fe, tanto por parte del deudor, como del tercero que contrató con él.

busca la ejecución de actos de comercio por cuenta de un empresario y como veremos en el capítulo sucesivo, luego entonces es un contrato consensual.

Ello es así pues de acuerdo con los teóricos del derecho privado, el nacimiento de los derechos y obligaciones pueden ocurrir cuando los contratantes consienten celebrar el contrato en cuestión, así como cuando se hace la entrega de un bien determinado, creando la distinción entre un contrato consensual en oposición a un contrato real.

En México según la legislación, la entrega del bien no es constitutiva o generadora de contrato alguno si no es por la del contrato y derecho real de prenda, definido en el artículo 2856 del Código Civil Federal¹¹².

Todos los contratos se reputan por ley perfeccionados por el simple consentimiento, y más aún, en materia mercantil existe una modalidad de prenda sin transmisión de la posesión, como podemos observar que se desprende de la lectura del artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito¹¹³.

De esta manera reafirmamos que todo contrato mercantil es y debe ser en esencia consensual para poder determinar a partir de qué momento nacen los deberes y derechos que cada contrato contendrá.

Cabe mencionar que anteriormente contratos como el de depósito y secuestro contenían la misma característica, pero el legislador abandonó este criterio en favor del consentimiento. Esto incluso genera debate pues si bien el contrato de depósito puede perfeccionarse consensualmente, solamente la entrega de los bienes en resguardo podría hacer reclamable las prestaciones a las que el

112

Artículo 2856.- La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

113

Artículo 346.- La prenda sin transmisión de posesión constituye un derecho real sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión de tales bienes, salvo en su caso, lo previsto en el artículo 363 de esta Ley.

La prenda sin transmisión de posesión se regirá por lo dispuesto por esta sección y, en lo no previsto o en lo que no se oponga a ésta, por la sección sexta anterior.

En cualquier caso, el proceso de ejecución de la garantía se sujetará a lo establecido por el Libro Quinto Título Tercero Bis del Código de Comercio.

depositario es acreedor porque de otro modo el contrato sería imposible de ejecutar, aun cuando la ley reputa el criterio consensual antereferido.

2.11. La agencia y su tracto sucesivo o continuado

Para el caso que nos atañe, el tracto sucesivo, que implica el cumplimiento de una obligación de manera continua o escalonada, es el idóneo en materia de contratos como el mandato o la comisión mercantil y, por consecuencia, del contrato de agencia, pues los mismos son contratos que reconocen y constituyen un mandato sin representación donde un proponente o empresario otorga a un agente, una calidad de mandato sin representación que trascenderá en el futuro por un plazo determinado, en el cual como veremos y exploraremos a detalle, implica la celebración de actos de comercio y operaciones mercantiles por un tiempo a cambio de una retribución proporcional.

Hay que distinguir que la creación del contrato es un momento que en la realidad ocurre en tres tiempos, antes de su celebración, durante la celebración y después de la misma. Esto importa debido a que incide en muchas jurisdicciones, en tanto que las anglosajonas, por ejemplo, validan las negociaciones anteriores a la celebración de un contrato definitivo, porque en ellas se puede encontrarse el espíritu de la voluntad de los contratantes. De tal suerte que, aunque el orden jurídico nacional solamente se ocupa del momento celebratorio y posterior al contrato, en la doctrina encontramos que el cumplimiento del mismo crea una separación por la situación de accidente temporal que implica el cumplimiento. A esto se le llama, según sea el caso, de cumplimiento instantáneo o de tracto.

Como es natural, algunos contratos en la simple celebración surten y cumplen todas y cada una de sus consecuencias jurídicas, como sería la compraventa simple y llana de bienes muebles, donde pagado el precio pactado y entregado el bien se tiene por concluido y agotado para las partes el contrato.

Por otro lado, los contratos que se van cumpliendo de manera periódica en la realidad se catalogan como de tracto sucesivo, y éstos tienen una periodicidad específica que repercute en la esfera de los contratantes al paso del tiempo.

Los contratos de tracto sucesivo resultan una excepción muy estudiada en el Derecho, toda vez que los mismos implican que los derechos y deberes que las partes se atribuyen ocupan una distancia en el tiempo reconocido por la norma jurídica. Todo contrato pensado a surtir efectos en el futuro se puede denominar de tracto sucesivo, ya que no se agota de manera inmediata, si no que el plazo de tiempo concedido empieza a transformar el patrimonio de los contratantes si el contrato está siendo cumplido cabalmente.

Fausto Rico Álvarez, estableció en sus cátedras que los contratos deben ser observados no solamente respecto de sus contenidos obligacionales, si no siempre desde los derechos engendrados y de las contraprestaciones que los mismos conllevan. Esto repercute en el análisis de un contrato puesto que puede resultar que, para una de las partes, la obligación se cumpla en tracto sucesivo mientras que para la otra está dada por la ejecución periódica del contrato, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento el arrendador otorga, en tracto sucesivo el uso y goce de un bien al arrendatario, que tiene como contraprestación un cumplimiento periódico de la obligación de pago contraída.

2.12. Agencia como contrato relacionado a obligaciones de medios y resultados.

Los contratos de agencia son mandatos especializados para la promoción y distribución de actos comerciales y mercaderías, por lo que las obligaciones contenidas en las mismas deberán recaer principalmente en la categoría de contrato de medios, puesto que el resultado, que sería la obtención del lucro, está sujeto a las leyes económicas y comerciales por lo que su impredecibilidad causaría inseguridad jurídica a los contratantes de considerarse un contrato sujeto a resultados, siendo que, como veremos, el principal protegido en este contrato es el agente comercial en la doctrina jurídica internacional y el pacto de pago a resultados aparece de manera secundaria en el clausulado accidental de algunos derechos comparados que más adelante estudiaremos.

Las obligaciones contractuales tienen siempre una causa o motivo determinante-si se asume el criterio causalista, que persigue una finalidad específica. Por ser los

contratos sujetos a la interpretación, judicial y de las partes, es frecuente que el objeto directo o indirecto del mismo esté sometido a entenderse como contenidos obligacionales de “medios” o de “resultados”. Cuando un contrato contiene un grupo de prestaciones tendientes a la obtención de un resultado, pero el mismo es contingente para el perfeccionamiento de un acuerdo de voluntades cualquiera, entonces se está frente a una obligación de medios, mientras que, si la consecución o ejecución exitosa del objeto del contrato es necesaria para el cumplimiento y agotamiento del contrato, se está ante una obligación de resultados.

Para hacer explícito lo anterior, merece la pena ejemplificarlo a través de un ejercicio práctico: los contratos de prestación de servicios son siempre tendientes a las obligaciones de medios, sobre todo cuando se contrata o se pacta con prestadores servicios profesionales. Esto es porque el prestador de servicios profesionales suele tener obligaciones de hacer, y las variables fácticas que lo circundan, tales como el derecho, la economía y las finanzas. dependen de tomar decisiones basadas en la experiencia y estudio profesional, así como realizar interacciones con terceros para obtener un resultado contingente. No siempre es posible asegurar que se cumplirá la finalidad que se pretende, este resultado tiene una probabilidad variable de llevarse a cabo en los términos expresados, sobre todo en materia de litigios y/o ejercicios jurisdiccionales y es por defecto que los mismos se pactan a resultados en la vida práctica.

En general, el abogado suele prestar en el litigio un servicio de medios, es decir, que aunque la intención de un cliente es la obtención de un resultado que le beneficie, el abogado solamente en la mayoría de veces pactará que está obligado a prestar su mejor desempeño por cuanto le es legal y posiblemente permitido, mientras que en un contrato de una naturaleza de resultados, se condiciona el agotamiento perfecto del mismo instrumento solamente si se establece la necesidad de obtener el resultado para hacer exigible el pago de las contraprestaciones a las que se esté obligado.

2.13. Atipicidad del contrato de agencia.

Observamos que el contrato de agencia, al tener la mención en distintos cuerpos normativos, pero no establecer contenidos, empata en el supuesto de ser un contrato mercantil atípico.

En el derecho mexicano, es de explorada opinión que existe un criterio contractualista libertario, cuyas limitaciones a los contratos solo están basadas en la licitud y posibilidad del objeto y el facultamiento o bien, el reconocimiento de una persona para contratar. A este fenómeno le corresponde el extensivo estudio de la libertad para contratar, y es la base del conocimiento del derecho privado en materia de contratos.

Ahora bien, aunque en teoría es posible contratar bajo este criterio, existen un conjunto de contratos preestablecidos en el orden jurídico nacional que, al ser de corte francés, toma como base la idea originaria de Planiol¹¹⁴ sobre que no existen números ilimitados de contrato, sino que solamente existen combinaciones de contratos básicos. Como vimos en el primer capítulo, en la legislación civil se permite interpretar los contratos que no estén nombrados o regulados de manera extensiva conforme con sus figuras más afines. Por ello, algunos doctrinarios se han abocado al estudio de los contratos en sus contenidos regulatorios, creando la clasificación de contratos típicos y atípicos.

Uno de los criterios claves para este estudio es el de los contratos típicos y atípicos. Javier Arce Gargollo ha definido la atipicidad como aquellos contratos

[C]uyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación, respecto a la relación de derecho privado entre los particulares que contratan¹¹⁵.

La tipicidad se ha definido como una descripción material legislativa que se incluye para la delimitación “típica” de un convenio, haciendo descripción de la percepción social de las cláusulas que debe contener el mismo.

¹¹⁴ Planiol M, y Ripert G., *Traité pratique de droit civil français, t. XI, Contrats civils, 2e, Francia, Revue internationale de droit comparé*, 1955. p. 878. Es importante señalar que Planiol no niega la existencia de ambas categorías, solamente no considera que sean infinitos los contratos.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 149.

La atipicidad es común en la interpretación comercial y en el ejercicio empresarial, sea de manera tácita o expresa, toda vez que como se comenta, el derecho mercantil es por su nacimiento consuetudinario y las prácticas comerciales cambian sin perjuicio del marco legal aplicable, puesto que su operador principal suele no ser perito en derecho, lejos de ello, en la mayoría de ocasiones encuentra los requisitos legales como obstáculo de trámite en la consecución de su objetivo y necesitan desarrollar acuerdos de voluntad a un ritmo cada vez más vertiginoso para satisfacer a los mercados que constantemente se expanden y requieren de nuevas necesidades y por ello nuevos acuerdos¹¹⁶.

De este modo, la atipicidad surge como un reconocimiento del derecho positivo secundario, derivado de la calificación de los acuerdos de voluntades *inter alia*, evaluando que la figura no afecte a las normas positivas contractuales, sea accidentalmente alejándose de ellas o buscando directamente separarse de la misma.¹¹⁷ Esto es así porque si bien los códigos de derecho privado contemplan algunas figuras comunes a la vida cotidiana de una sociedad mercantilista, las mismas, por lo general resultan insuficientes para la satisfacción de los problemas que se suscitan en los casos particulares o bien no se empatan con la persecución del fin específico que los contratantes buscan y se necesita ampliar el clausulado natural de los convenios como se establecen en la legislación.

La tipicidad o la atipicidad se basan principalmente en un criterio sencillo, hablamos de tipicidad cuando estamos frente a un contrato con un desarrollo legislativo que se preocupó por subsanar o reforzar deficiencias comunes en las cosas no expresas en un contrato y nos referiremos a la atipicidad cuando este desarrollo no existe y por el contrario, solamente se cuentan con los requisitos de

¹¹⁶ Autores como Paulo da Silva Pinto llegan a afirmar que los contratos atípicos tienen este carácter por ser menos relevantes en la vida económica. Nosotros discrepamos de esto, porque si el derecho es estudiado desde la economía, nos daremos cuenta de que los fenómenos económicos anteceden al proceso legislativo y no al revés. Esta afirmación es por tanto inválida y sujeta a fuerte crítica en este trabajo.

¹¹⁷ Adame Goddard, Jorge (coord.), Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 212-213. Pedro Alfonso Lavarega Villanueva considera incluso, que en la mayoría de los casos se actualiza este supuesto de forma accidental y comenta, prevalece el aforismo que “está puesto por la naturaleza que haya más negocios que palabras.”

validez que el Código Civil local establece, concretamente los artículos 1796 1832 y 1858 del Código Civil Federal que en el primer capítulo fueron explicados. Valdría la pena reconocer que incluso los contratos en México suelen ser regulados en la ausencia de tipicidad con el tipo de contrato análogo más parecido en el Código Civil o el Código de Comercio según la materia, por lo que la atipicidad queda como una situación última y profundamente limitada.

La distinción reiteramos es profundamente relativa, dado que no existirán contratos perfectamente típicos o bien absolutamente atípicos en sistema jurídico legislado alguno¹¹⁸. La decisión de hacer este tratamiento en todo caso valdrá la pena hacerse si un contrato no se ajusta a tipo legal predeterminado alguno o en el caso que nos atañe, aquél que no obstante de recibir un nombre en la ley, carece de una normativa individualizada, del atípico impuro o mixto, conformado por una amalgama de elementos pertenecientes a dos o más contratos típicos¹¹⁹.

Asimismo, algunos autores como el propio Arce establecerán un conjunto de causas de la existencia de la atipicidad contractual que por su relevancia reproducimos y sintetizamos aquí¹²⁰.

- a) Nuevos objetos de contratación, como bienes inmateriales, nuevos conocimientos técnicos o nuevos servicios.
- b) La actividad programática empresarial donde los contratos de prestación de servicios típicos no resuelven los problemas económicos actuales.
- c) El desplazamiento del derecho mercantil a una centralización anglosajona del mercado y la necesidad de empatar las figuras jurídicas locales a las de los sistemas ingleses y estadounidenses
- d) La importancia de los sectores de servicios en las economías desarrolladas como los servicios financieros, informáticos, o de telecomunicaciones.

Ahora bien, el mismo autor establece ciertos criterios de interpretación que consideramos relevantes de reproducir a la luz del presente estudio, donde dice que la hermenéutica propia de los contratos atípicos es distinta de la tradicional, estableciendo cuatro criterios, el de la teoría de la absorción u observación, el de la combinación, la teoría de la analogía y la del interés dominante.

¹¹⁸ Ibídem, p. 217.

¹¹⁹ Nos adscribimos a esta definición clasificatoria de Pedro Alfonso Lavarega Villanueva, no obstante que consideramos que al menos en México no hemos encontramos la atipicidad mixta en los casos prácticos que conocemos.

¹²⁰ Ibídem, p 167.

La primera, denominada teoría de la absorción, se debe estudiar cual es la prestación preponderante del contrato y de ese modo tratarlo con base en la figura típica afín más próxima e incluso considerarle como parte o especie de la misma. Esta postura se critica en tanto que los contratos atípicos pueden contener elementos de diversos contratos típicos y por ello no es posible determinar con claridad que reglas supletorias aplicar por no existir una prestación preponderante.

La segunda, denominada teoría de la combinación sostiene que la mezcla de diversos contratos típicos combina de manera simultánea las prestaciones de ambas. Esto por supuesto, es criticado tanto por el autor como el sustentante pues la mezcla de elementos es un ejercicio dialéctico que sintetiza y busca construir una identidad propia de un contrato, incluso, si quisiéramos atender diferentes prestaciones tradicionalmente se incluyen varios capítulos contractuales en un instrumento y no se revuelven como se propone de acuerdo con esta teoría.

La tercera teoría se denomina teoría de la analogía. Esta tesis es la que acoge la legislación nacional en el artículo 1858 del Código Civil Federal, pero no implica que esta sea la adecuada. Ello es así porque la analogía conlleva a un ejercicio lógico de donde se desprende una laguna basada en la ausencia de premisas contractuales y que por consecuencia se trata de la misma forma a un contrato u otro, aunque no necesariamente fueren análogas o afines, y ultimadamente el criterio se basa en una determinabilidad subjetiva y no a un criterio objetivo que revise la causa motivo o fin que se persigue al buscar un contrato atípico concreto.

Finalmente, Arce Gargollo¹²¹ manifiesta que existe una teoría del interés dominante, que dice que lo que determina la interpretación de un contrato atípico se basa en un principio finalista, que atiende a la consecución del objetivo de los contratantes en la celebración y es discrecional en aplicar las reglas del mismo.

Nosotros sugerimos un criterio de interpretación adicional, que es un criterio de corte económico al que denominaremos interpretación económica causalista. El criterio de interpretación económica causalista reconoce que la aparición de un

¹²¹

Ibídem pp. 133-134.

contrato atípico se vincula a la ausencia de un contrato típico que satisfaga las necesidades de seguridad económica de un contratante al momento de celebrar el instrumento. Aquí, lo único que se calificaría sería la licitud del clausulado y se determinaría que el tratamiento, por su potencial conflicto jurisdiccional, deberá basarse en las reglas del contrato análogo que más se le parezca, aunque fuese deseable el reconocimiento de otra interpretación. De hecho, creemos que de facto y de iure la interpretación que se hace es de corte legalista, aunque esto no signifique si este criterio es beneficioso o no para el estado, las partes o los procuradores judiciales, pero ultimadamente se debería atender al beneficio económico que reconocer estos contratos potencialmente o activamente genera.

La jurisprudencia reconoce ampliamente la validez de los contratos atípicos, y en épocas recientes se ha definido por contratos como el de suministro y el patrocinio deportivo. Casos que son relevantes porque refrendan el criterio económico anterior¹²²¹²³.

122

Época: Novena Época Registro: 163851 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXII, Septiembre de 2010 Materia(s): Civil Tesis: I.4o.C.269 C Página: 1219 CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 6/2010. Imágenes y Muebles Urbanos, S.A. de C.V. 8 de abril de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco J. Sandoval López. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo. CONTRATO DE PATROCINIO PUBLICITARIO O ESPONSORIZACIÓN. NATURALEZA. El de patrocinio publicitario es un contrato atípico e innominado en la legislación vigente en México, ya que las leyes y reglamentos que regulan la publicidad, y la legislación civil y mercantil, carecen de especificación y de denominación del contrato. En la doctrina, se le ha llamado contrato de esponsorización o sponsoring, dado su origen anglosajón. También recibe el nombre de contrato de patrocinio publicitario. La esponsorización es un fenómeno de inversión publicitaria de los patrocinadores a fin de lograr que sus logotipos, emblemas o marcas sean mostrados en el evento patrocinado, obteniendo así una publicidad indirecta. Esa caracterización está presente al conceptuarse el contrato de patrocinio publicitario como aquel en el cual el patrocinado a cambio de una ayuda económica que ha de percibir para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar con la publicidad del patrocinador. En esta modalidad contractual el elemento característico es la voluntad benefactora del patrocinador o patrocinadores respecto a la actividad del patrocinado. La finalidad de ese contrato es la mejora de la imagen del patrocinador o el retorno de publicidad positiva que se consigue mediante la colaboración del patrocinado, y existe una preparación para alcanzarla, en que la colaboración del esponsorizado o patrocinado en la publicidad del patrocinador, cuya imagen pretende éste mejorar, retornar publicitaria y positivamente, es determinante para que se concrete el patrocinio, y por ello tienen relevancia tanto los tratos en fase precontractual, como las estipulaciones mismas del contrato y la ejecución de éste, en que está presente un principio de buena fe, de juego limpio. No se trata de garantizar la obtención del resultado vinculado con la imagen del espónsor, pero sí de que el esponsorizado ponga todos los medios a su alcance para lograr el mejor resultado, incluyendo la abstención de conductas que causen un retorno publicitario negativo, habida cuenta que recibe ayuda económica a cambio de colaborar en la publicidad, y ayuda y colaboración son los deberes esenciales del contrato.

123

Época: Décima Época Registro: 2009844 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 21, Agosto de 2015, Tomo III Materia(s): Civil Tesis: II.2o.C.16 C (10a.) Página: 2164 SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 272/2015. Héctor González Hernández. 4 de junio de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Carlos Ortega Castro. Secretario: Miguel Isaí Martínez Campuzano. Esta tesis se publicó el viernes 28 de agosto de 2015 a las 10:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación. CONTRATO DE SUMINISTRO. CONCEPTO, CLASIFICACIÓN Y DIFERENCIAS CON EL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. El contrato de suministro es aquel por virtud del cual el suministrante se obliga con el suministrado a proporcionarle una determinada o determinable cantidad de artículos, objetos, insumos, bienes o servicios

Lo que sustenta y refrenda la existencia de la agencia comercial en la actualidad como contrato atípico.

2.14. Estructura jurídica del contrato de agencia.

2.14.1 Sujetos.

a) El proponente.

Consideramos que la parte que contrata al agente debe denominarse proponente. Si bien el término empresario aparece en cuerpos legislativos como el español, lo cierto es que no existe una necesidad implícita de llamar empresario a alguien que de suyo estaría contemplado como comerciante para efectos de un contrato regulado en el derecho mexicano. El proponente, es aquella persona que en aras de expandir su clientela se vale de un intermediario llamado agente, facultando al mismo para que por cuenta de él contrate con aquellas personas que utilicen los bienes o servicios que se encuentren en su patrimonio, debiendo retribuir al agente en proporción a la consecución de los contratos realizados por éste.

b) El agente.

El Derecho es sin duda un fenómeno *inter alia*, y como tal, requiere la convergencia de más de una persona para que cobre relevancia jurídica. En el caso del contrato de agencia, el sujeto primordial para que la misma exista debe ser el agente. El agente como ya dijimos, deberá ser un auxiliar de comercio

durante un lapso o periodo de tiempo, a cambio de un precio cierto y en dinero. El suministro se clasifica como un contrato atípico, innominado, consensual por oposición a real, bilateral, conmutativo, sinalagmático, de tracto sucesivo y que contiene obligaciones complejas de dar, hacer y no hacer. Por tanto, aun cuando las obligaciones son complejas, las de mayor relevancia son de dar, ya que el suministrante tiene que entregar los bienes materia del contrato, aunque excepcionalmente, si se trata de prestar servicios, puede ser una obligación de hacer, y el suministrado pagar el precio acordado en el contrato por los bienes o por la realización de los servicios acordados. De tal suerte, si bien el contrato de suministro también puede tener por objeto la prestación de algún servicio, no por ello adquiere la connotación de este último, pues la característica esencial del contrato de prestación de servicios es que debe ser siempre *intuitu personae*, es decir, el obligado debe cumplir las obligaciones que contraiga en forma personal, pues se toma en cuenta la calidad de la persona a quien se le encargó el trabajo profesional, lo que no ocurre con el contrato de suministro.

independiente y autónomo para no configurar una relación de mandato o laboral¹²⁴, y que el mismo tenga, la capacidad genérica para contratar establecida en la legislación nacional, es decir, que sea mayor de dieciocho años, no se encuentre impedido para realizar actos de comercio, y, en la línea de ideas, sugerir que el mismo no se encuentre condenado por sentencia firme de delito patrimonial o económico alguno, respetando también que el mismo no se encuentre inhabilitado para ejercer la agencia por un contrato previo en algún ramo del que haya participado contratando con clientes en zona determinada.

Después de un estudio minucioso, consideramos entonces que la definición adecuada para la legislación del agente sería la siguiente:

‘Denominamos agente a ‘la persona física o moral, que, siendo profesional del comercio, de manera autónoma e independiente, ejecuta diversos actos por cuenta de un proponente, para la conclusión de contratos en una zona determinada a cambio de una remuneración proporcional al servicio prestado.’

Esta definición implica que no solamente una persona pueda ser agente, sino también una compañía, que haga del comercio su actividad habitual, que la misma siempre sea remunerada, implique la promoción y conclusión de actos de comercio, y la actividad se realice por cuenta del proponente en una zona determinada.

2.14.2. Objeto

El objeto en la relación jurídica tiene un carácter directo e indirecto, respecto del objeto directo de la agencia, el mismo se traduce en obligaciones de dar, hacer y no hacer para ambas partes del contrato. Ello se supone así, porque creemos que el proponente debe estar obligado a dar aquellos gastos necesarios para la ejecución de la agencia, salvo pacto en contrario, así como los bienes necesarios para la consecución de la misma, teniendo como obligación adicional el no entorpecer de modo alguno el desempeño del agente. Por otra parte, al agente le

¹²⁴ Esto se refrenda porque incluso en México existen diversos criterios de la Corte respecto de las determinaciones para distinguir al comisionista de un trabajador.

corresponden obligaciones de hacer, entre las que mencionamos de manera enunciativa y no limitativa:

- 1) El deber de promover el negocio de su proponente.
- 2) La rendición de cuentas periódicas.
- 3) La consecución de contratos en zona determinada.
- 4) A seguir las instrucciones expresas del proponente, de haberlas.
- 5) Informar de las condiciones de mercado y de las situaciones que pudieren afectar al negocio encargado.
- 6) Conseguir las mejores condiciones de utilidad para el proponente.

De manera colateral, el objeto indirecto de la comisión es sencillamente los bienes o servicios en los que recae el contrato de agencia a celebrar, siendo estos únicamente limitados por su posibilidad física y jurídica, su licitud y, para el caso de los bienes, que aquellos sean apropiables se encuentren dentro del comercio de acuerdo con la legislación nacional.

Lo anterior engloba lo que llamamos entonces agencia, y tiene lugar en un lugar y tiempo determinados y es lo que estudiaremos adelante.

2.14.3. Agencia.

A criterio de este estudio la agencia debiere definirse como:

‘Aquel contrato por virtud del cual, una persona pacta con un agente para que éste, de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, se obligue a promover y concluir actos de comercio por cuenta ajena, como intermediario independiente en una zona determinada.’

Esta definición toma en cuenta los elementos que se estiman preponderantes en la agencia, es decir, la independencia y autonomía del agente, el deber de promoción, la contratación por cuenta del proponente y el carácter oneroso de la relación en un periodo y lugar determinado en un tracto sucesivo. La misma se basa en todas las legislaciones estudiadas y al criterio de utilidad que en el juicio

de este sustentante implica realizar una separación clara de la definición existente de la comisión¹²⁵ y el mandato¹²⁶.

Como vemos la agencia pudiere perfectamente existir con una definición propia en la legislación mexicana por lo anteriormente descrito, creando una nueva especie de contrato.

2.14.4. Obligaciones que debe contener el contrato de agencia.

El contrato de agencia deberá contener un cúmulo de obligaciones especiales para que el mismo tenga una tipicidad plena en la legislación comercial nacional, ello es así porque no basta con que se defina en contrato, sino que debe contener los derechos y obligaciones de las partes, las causas de terminación y extinción del contrato, así como las características que rigen al mismo.

Sucesivamente a la definición del contrato, se propone que se establezca quienes puedan participar de la agencia, manifestando lo siguiente:

- 1) Debería ser proponente cualquier persona que tenga capacidad genérica para contratar.
- 2) Por otro lado, consideramos exclusivo, como se mencionó anteriormente que sea agente aquel que sea mayor de edad, haga del comercio su ocupación habitual y no medie sentencia ejecutoriada que le condene por delitos patrimoniales o económicos o por el incumplimiento de un mandato, comisión o agencia, y tampoco pueda ejercer la agencia, si se sujetó a un pacto de no competencia en los términos que más adelante se explican.
- 3) Asimismo, sería idóneo refrendar que los agentes administrativos, o aquellos intermediarios denominados agentes cuyas facultades emanen de la ley no gozarán de los derechos a que este contrato se refiere.

125

Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos.
Artículo 273.- El mandato aplicado a actos concretos de comercio, se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil y comisionista el que la desempeña.

126

Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos.
Artículo 2546.- El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.

2.14.5. Independencia del agente.

De acuerdo con nuestro estudio, la independencia y autonomía del agente es un presupuesto necesario para la existencia del contrato. Por ello, de legislarse se deberá establecer que el agente es independiente del proponente por lo que, de manera expresa, no podrá ostentarse con carácter de trabajador. Consideramos que para que esta figura no se tergiverse deberá establecerse que la remuneración del agente no será fija si no proporcional, no dependerá de un horario y lugar de ejecución del mandato, ni presumirá una relación de supra-subordinación, sin perjuicio de que el proponente pueda girar instrucciones para un negocio en concreto.

2.14.6. Perfeccionamiento y forma del contrato.

Como es natural, se deberá establecer la forma y la manera en que este contrato se perfeccionaría. Creemos que se trata de un contrato consensual, donde basta el acuerdo de voluntades para que se actualice su perfeccionamiento. No debiere ser de otra forma porque el contrato de agencia puede basarse en la promoción de servicios, por lo que no habría entrega alguna que presumiera que el contrato es real en oposición a consensual.

Por lo que respecta a la forma del contrato. que la agencia deba siempre constar por escrito, y que las partes puedan exigir como derecho subjetivo la formalización del mismo, o de lo contrario liberarse sin responsabilidad de la parte que incumpla en el otorgamiento, quedando aquellos derechos de la parte que exigiere la formalización a salvo para hacerlos valer en la vía y forma que estime pertinente.

Adicionalmente consideramos que en aquellos contratos que sean de una cuantía numerosa deberá ser obligatoria su inscripción en el Registro de Comercio correspondiente, ello es así para que el contrato surta publicidad y certeza, del mismo modo que hacen otros contratos como el de sociedad o los poderes y que el mismo tenga un efecto declarativo ante terceros. Incluso, aunque no fuere el objeto de este estudio, podría resultar ventajoso para la fiscalización de estas operaciones el incluir este aspecto registral en los términos que se describe,

facilitando el cumplimiento de las obligaciones tributarias preestablecidas en leyes como la del Impuesto sobre la Renta, que grava la agencia comercial.

2.14.7. Objeto y alcance de la agencia.

El objeto de la agencia deberá delimitarse claramente, estableciendo que el agente deberá realizar, por sí mismo o por medio de subordinados, la promoción y eventual, la conclusión de los actos u operaciones de comercio bajo su encargo, debiendo establecer la facultad expresa de sustituirse en la agencia con responsabilidad para el agente, salvo pacto en contrario, y debiendo hacer sabedor al agente de esta situación. Esto garantiza que el proponente siempre tenga control de quien es la persona que desarrolla su negocio. No sostenemos que este contrato debiere ser personalísimo, porque ello desvirtuaría la practicidad de los contratos mercantiles y debe establecerse siempre la posibilidad más genérica en el clausulado legal de un contrato.

2.14.8. Personería.

Como dato importante, presuponemos que la conclusión del contrato puede o no llevarse a cabo por el agente, debiendo firmar el contrato aquella persona facultada para tal efecto, por ello, estimamos oportuno que el agente solamente pueda concluir negocios cuando tenga la facultad expresa para ello, misma que, por tratarse de una facultad propia del mandato, deberá obligar a la elevación del contrato a escritura pública o el otorgamiento de “poder” notarial.

Esto es interesante al efecto, pues la jurisprudencia histórica nacional estudia dichos efectos por lo que respecta al análogo contrato de comisión y del mismo modo al así llamado contrato de mediación -que no habla de mediación en el sentido procesal o de medios alternativos si no que refiere de manera contundente a la mediación comercial, como vemos a continuación con los siguientes criterios históricos que trastabillan en el tratamiento de la relación jurídica, que bajo la lupa de este trabajo, se trataba de una agencia comercial, empero, la falta de

regulación creó estas entelequias jurídicas que no acaban de definir en un lenguaje jurídico preciso el alcance y naturaleza de la agencia comercial^{127 128}.

Lo anterior clarifica que se necesita determinar una tipicidad que separe a la tradicional comisión mercantil de la agencia, y que es menester establecer si la conclusión contractual es o no una facultad del agente, y consideramos, como ya hemos dicho, que el actuar para esta consecución basta para acreditar el carácter si bien el mismo no se encuentre posibilitado para concluir y otorgar el acuerdo de voluntades entre las partes.

4.14.9. Exclusividad de la agencia.

La exclusividad del agente supone que la misma esté limitada primero, por la cantidad de sujetos con los que pueda contratar, la cual en principio consideramos debe ser ilimitada, siempre que estos sujetos no encarguen al agente desarrollar actividades dentro del mismo ramo o ramos relacionados donde pudiera generarse un conflicto de interés por la naturaleza análoga o similar de ambas actividades.

127

Época: Sexta Época Registro: 271154 Instancia: Tercera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen XLIII, Cuarta Parte Página: 48 Materia(s): Civil Tesis COMISION Y MEDIACION. SU DIFERENCIA. Son diferentes jurídicamente la comisión y la mediación, pues desde luego se advierte que en esta última no se ejercita ninguna representación y el contrato se realiza directamente entre las partes, en tanto que aquélla se realiza en nombre del comitente, o por cuenta de él. La mediación se cumple cuando coinciden las voluntades de las partes interesadas, puestas en contacto por el mediador y el contrato queda concertado, pues con ello, la finalidad perseguida se ha conseguido y la misión del mediador termina con su celebración.

128

Época: Séptima Época Registro: 243424 Instancia: Cuarta Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen 97-102, Quinta Parte Página: 13 Materia(s): Civil, Laboral Tesis COMISION MERCANTIL, CONTRATO INEXISTENTE DE. Si en un contrato de comisión mercantil al actor se le designó comisionista, pero nunca actuó como tal, ya que sus facultades consistían únicamente en buscar clientes y obtener solicitudes de éstos para los productos de la propia empresa y una vez logradas, quien decidía en cuanto a la aceptación de la operación mercantil era la empresa, es obvio que el mencionado actor no estaba autorizado para concluir la citada operación, que en sí es el acto de comercio; por tanto, no puede considerársele comisionista puesto que en ningún momento dejó de estar subordinado directamente a la empresa.

El agente, para el caso de que comercie con bienes muebles o detente en su posesión valores del proponente, deberá siempre entregarlos en secuestro judicial cuando presuma o considere que hay un incumplimiento, debiendo hacer lo posible para notificar al cliente a la brevedad la causa de su actuar. Negamos rotundamente que deba conferirse la facultad de vender bienes para satisfacer su remuneración, porque aquello constituye una traslación de dominio ilícita que tendría consecuencias penales en muchos casos.

La exclusividad por territorio deberá establecer que esta tiene una zona geográfica delimitada donde el agente ejerce un área de influencia, y que todo negocio concluido en esta zona, aún por el proponente genera una comisión para el agente, salvo pacto en contrario.

2.14.10. Derechos y obligaciones del agente.

El agente deberá estar obligado, como ya dijimos, a diversos supuestos para con el proponente que derivan de su naturaleza análoga al comisionista y al mandatario, lo cual implica que se le trate como las figuras anteriores para el caso de que no exista representación, manteniendo obligaciones genéricas como la rendición de cuentas, la obediencia de instrucciones y el deber de cuidado en el desarrollo de su encargo, frecuentemente llamado del buen comerciante o del buen padre de familia. Este sustentante considera que deben existir las siguientes obligaciones para el agente en la legislación nacional:

- 1) La diligencia ordenada de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado.
- 2) Obedecer las instrucciones que el proponente haga en los negocios que estime pertinentes, y de no hacerlo considerarlo responsable de los daños y perjuicios que de ese incumplimiento emanen.
- 3) Aconsejar e informar al proponente, de acuerdo con su experiencia, de las condiciones del mercado asignado al agente para la consecución benéfica del encargo.

- 4) Guardar un deber de cuidado respecto de los bienes y servicios bajo su encargo, respondiendo de los daños y perjuicios, así como de la responsabilidad objetiva que de su impericia o negligencia emanen.
- 5) Llevar en una bitácora cuenta de todo asunto concluido.
- 6) Responder al proponente de todos los contratos que por su promoción se hayan concluido.
- 7) Indemnizar al agente por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a su cargo.

Por otro lado, el agente, de acuerdo con nuestro estudio y opinión, deberá tener diversos derechos, siendo menester que el mismo se vea beneficiado de manera patente de la expansión del negocio del proponente a manos de su encargo. De ese modo, se satisface la finalidad económica se crea equidad en la relación jurídica.

En ejercicio propositivo, se considera que el agente debería tener los siguientes derechos:

- 1) Que se le pague la remuneración pactada por los actos concluidos, así como la parte proporcional por aquellos que no fueren concluidos por causa imputable al proponente.
- 2) Recibir remuneración por los asuntos concluidos por el proponente o por cualquier persona bajo órdenes del mismo en su zona de influencia, salvo pacto en contrario.
- 3) Si no se especifica remuneración, la misma se rija por el uso y costumbre del lugar.
- 4) Que el proponente pague los gastos necesarios para la ejecución de su encargo, salvo pacto en contrario.
- 5) Se le provea de toda aquella información, documentos o datos técnicos y comerciales necesarios para la ejecución de su agencia.
- 6) Solicitar del proponente la contabilidad relativa a su encargo para la determinación de su contraprestación en caso de duda en el monto o alcance de la misma.

2.14.11. Obligaciones del proponente.

Por otra parte, pensamos que las obligaciones del proponente son por su naturaleza similares a las del mandante y/o el comitente. Ello es así porque lo que simplemente se busca es que alguien sustituya su voluntad y le represente por una conveniencia de orden legal, material o económico. Si estudiamos el capitulado anterior, se desprende que el proponente tiene menos obligaciones que el agente, sin que ello implique que estas sean menos relevantes para el contrato. De acuerdo con lo dicho, sugerimos que el proponente por su parte deberá:

- 1) Guardar fidelidad con los agentes que contrate por el plazo que exija el contrato
- 2) Poner a disposición del agente, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional.
- 3) Procurar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia y, en particular, advertirle, desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar.
- 4) Respetar el área de influencia del agente y no designar agentes adicionales para el mismo efecto o negocio en dicha zona, salvo provisión expresa.
- 5) Satisfacer la remuneración pactada.¹²⁹
- 6) Comunicar, al tener noticia de la conclusión de un contrato, la aceptación o rechazo justificado del mismo al agente tan breve como le sea posible, con un plazo máximo de diez días hábiles.
- 7) No interferir o entorpecer la ejecución de la agencia.
- 8) Responder por vicios ocultos y reclamaciones derivadas de los que el agente no hubiere tenido conocimiento.
- 9) Pagar al agente de toda promoción concluida que hubiere iniciado antes de la extinción del contrato de agencia, siempre que el agente hubiera tenido

¹²⁹

Éstas se reproducen de la legislación española originaria por ser sumamente claras en el contenido.

derecho a percibir remuneración de haberse concluido el acto u operación de comercio durante la vigencia del contrato.

- 10) Indemnizar al agente por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a su cargo.

2.14.12. Duración y terminación del contrato.

Por lo que respecta a su duración, nosotros consideramos que el contrato de agencia debe ser siempre por tiempo determinado, siendo posible que el mismo se termine mediante aviso previo, otorgando plazo suficiente para la terminación en paz y a salvo del contrato para ambas partes.

Desde hace ya tiempo, contratos afines como la comisión se han sostenido como revocables en cualquier momento basados en el espíritu del *non adimpleti contractus*, donde se estableció que basta la pérdida del ánimo de confianza en cualquiera de las partes en una relación de representación basta para denunciar la revocación de la comisión y por extensión y analogía, la agencia y el mandato, al efecto, la jurisprudencia histórica señaló que la comisión es revocable¹³⁰.

130

Época: Séptima Época Registro: 387701 Instancia: Tercera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Informes Informe 1979, Parte II Página: 14 Materia(s): Civil Tesis: 15. COMISION CONTRATO DE. PUEDE SER REVOCADO UNILATERALMENTE POR EL COMITENTE AUNQUE SE HUBIERE FIJADO UN TERMINO DE DURACION DEL MISMO. El otorgamiento de la comisión, al igual que el del mandato, descansa preferentemente en la confianza que el comisionista o mandatario inspira al otorgante de que ejecutará con fidelidad el encargo, así, la desaparición de esta confianza en el ánimo del comitente o mandante, hará posible la subsistencia de la comisión, aún cuando el interés de aquél siguiera reclamando su cumplimiento y aún cuando no concluyera su término de duración. Por otra parte, el hecho de que se hubiese fijado u término de duración del contrato, ciertamente que demuestra la voluntad de las partes de que el mismo rigiera durante ese tiempo, pero la cláusula que contiene tal manifestación de voluntad, técnicamente no podría considerarse como cláusula que marque la pauta para afirmar la irrevocabilidad del contrato sino que; por el contrario, si bien es cierto que se fijó un término de duración del contrato, también lo que se pactó, además, que el comitente podría dar por terminado el contrato si el comisionista incurría en un incumplimiento del mismo (cláusula decimosexta). esta cláusula con independencia de que por su naturaleza la comisión es revocable, y solamente por excepciones terminantes de la ley es irrevocable, reafirma que el contrato motivo de ese conflicto es de carácter revocable sin que ello sea perjudicado con la circunstancia de que se hubiese señalado en el mismo, el término de diez años de duración. A mayor abundamiento, esta Sala estima que aun cuando no se hubiese pactado la citada cláusula decimosexta en el contrato, si se interpreta en estricto sentido el contenido del artículo 307 del Código de Comercio, se llega al conocimiento de que la

De lo anterior se desprende que es medular establecer una temporalidad para este contrato análogo, teniendo el cuerpo legislado el deber de contemplar la finalización de todo contrato que se estuviere pendiente, el deber de remunerar al agente de toda operación donde participó y, a contrario sensu, la posibilidad de reclamar al agente la terminación por incumplimiento imputable a él. Posterior al estudio comparado y a la lógica jurídica, sugerimos deben ser incumplimientos:

- 1) La cesión injustificada de la agencia o la substitución de la misma sin que sea comunicada, salvo caso fortuito o fuerza mayor.
- 2) Que el agente se conduzca con falsedad en sus credenciales o experiencia para beneficiarse de la agencia.
- 3) Cuando, concluido su encargo, el agente contrate o induzca a la contratación de la clientela que anteriormente hubiera tenido a su cargo cuando el contrato así lo exprese.
- 4) El daño o menoscabo por negligencia, dolo o impericia de los bienes a cargo del agente.

La agencia estimamos debiese darse por terminada:

- 1) Por el paso del tiempo.
- 2) Por muerte de alguna de las partes.
- 3) Por aviso de alguna de las partes, debiendo estar sujetos a las reglas de indemnización.
- 4) Por incumplimiento de alguna de las partes.
- 5) Porque sobrevenga la imposibilidad física o jurídica de continuar el contrato.

Agregamos que, para todo aquello que no se especificare debiese tener arreglo en lo dispuesto por la comisión mercantil y al mandato, en ese orden.

facultad que el mismo otorga al comitente, no es arbitraria sino que la constriñe a responder por todas las gestiones que ya hubiese realizado el comisionista de manera que, si se revoca la comisión unilateralmente, como en el caso, eso no le podría causar un perjuicio irreversible al comisionista supuesto que contaría con acción para exigir al comitente una indemnización correspondiente a las gestiones que, con motivo del contrato, realizó, como lo serían los gastos efectuados para el desempeño de la comisión y las comisiones ya devengadas.

Habiendo concluido lo anterior, es menester resaltar la importancia de tener un esquema típico bien determinado del contrato de agencia, para que el mismo no siga empatándose con la comisión o el contrato de trabajo, puesto que ninguno de los dos engloba las necesidades específicas por las cuales se busca sustituir una agencia.

CAPÍTULO TERCERO

El Contrato de Agencia

en

Legislaciones Comparadas

The Rule of Law is a concept meant to embody whatever the author's political views are, more often than not, it just means a justification to homologate trade among countries.

-David Kennedy-

Capítulo III. El Contrato de Agencia en Legislaciones Comparadas

3.1. Directiva Europea 86/653/CEE. 91. 3.2. República de Italia. 93. 3.2.1. Mandato. 94. 3.2.2. Comisión. 96. 3.2.3. Agencia. 97. 3.3. Reino de España. 100. 3.3.1. Mandato. 100. 3.3.2. Comisión. 103. 3.3.3. Agencia. 105. 3.4. Países Anglosajones. 115. 3.4.1. Definición anglosajona de agencia. 116. 3.4.2. Elementos del derecho de agencia anglosajón. 117. 3.4.3. Agencia Comercial. 121. 3.4.4. Responsabilidad derivada de la agencia. 122. 3.5. Federación Brasileña. 123. 3.5.1. Mandato. 124. 3.5.2. Comisión. 127. 3.5.3. Agencia. 129. 3.6. Conclusiones preliminares sobre el contrato de agencia en el derecho comparado. 136.

Como se ha establecido a lo largo del capitulo anterior, el contrato de agencia no es un contrato atípico en otras jurisdicciones. Ello es así porque las mismas han estimado que su contenido obligacional y estructura la hacen una especie única del contrato de comisión mercantil con reglas especiales que deben de tenerse en ley por ser las mismas adecuadas en la protección y seguridad de las partes.

El contrato de agencia es claramente un contrato recurrente en varios otros países y el abordaje legislativo y doctrinal que le dan los mismos al contrato es de importancia medular para el desarrollo de una propuesta nacional para regular el contrato de agencia. El mismo ha tenido tipificación diversa en otros países desde al menos el siglo XIX¹³¹.

También mencionamos que el contrato de comisión es el acuerdo de voluntades contenido en la legislación nacional más aproximado al contrato de agencia, ya goza de múltiples peculiaridades en la legislación mexicana, que le separan de otras jurisdicciones y sistemas jurídicos por sus contenidos obligacionales, así como de los derechos y obligaciones que engendra. Si nuestra pretensión es crear una propuesta regulatoria detallada del contrato de agencia y sus elementos esenciales naturales y accidentales, para separarlo de la comisión o el mandato simple, conviene realizar una aproximación metódica de otros estados que regulan cada una de las figuras -mandato, comisión y agencia- detalladamente.

¹³¹ Camacho López, María Elisa, El Contrato de Agencia Comercial. Colombia, Revista Mercatoria, Vol. VII, No 2, 2008.

El presente capítulo estudia algunas de las posturas que han adoptado diferentes legisladores, jueces y doctrinarios respecto de la misma figura en el mundo. Primero se analiza al derecho italiano por considerar que el mismo es el más explícito en la separación de las figuras. Luego elaboramos un comparativo del derecho español por ser el sistema jurídico análogo europeo más similar. Posteriormente, se estudia el acercamiento inglés en el derecho consuetudinario, el derecho brasileño por su carácter comparativo latinoamericano para generar un comparativo consensuado de las características relevantes de los contratos de representación relevantes -mandato, comisión y agencia- en cada uno de estos países¹³².

Cabe resaltar que dos de los países analizados, son miembros de la Unión Europea y tienen como base normativa la directiva 86/653/CEE en la materia, que los obligó a homologar estos conceptos con base en los lineamientos establecidos en ella.

3.1. Directiva Europea 86/653/CEE.

La base de la legislación en materia de agencia en el derecho europeo es la Directiva del Consejo Europeo del 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (86/653/CEE). Las directivas opera como una especie marco legal de referencia para los países miembros en la Unión Europea.

Derivado del objeto de libre comercio y prestación de servicios de la Unión Europea se creó un marco legal general para todos los países miembros que delimitaran el contrato de agencia comercial. De acuerdo con la exposición de motivos, dicha directiva consideró que:

[L]as diferencias entre las legislaciones nacionales sobre representación comercial afectan sensiblemente dentro de la Comunidad las condiciones de competencia y al ejercicio de la profesión y afectan también al nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus

¹³² Se aclara que todos los artículos relativos han sido traducidos por el sustentante para facilitar su lectura.

poderdantes, así como a la seguridad de las operaciones comerciales; que, por otra parte, estas diferencias pueden perjudicar sensiblemente el establecimiento y el funcionamiento de los contratos de representación comercial entre un comerciante y un agente comercial establecidos en diferentes Estados miembros.

Del mismo modo, la exposición de motivos abunda sobre la importancia de homologar el derecho mercantil en un mercado único, naciendo la necesidad de unificar la representación comercial¹³³.

El contrato de agencia comercial debe, según la directiva, esclarecer la naturaleza de independencia para negociar por cuenta de otra persona que ejerza una relación de control o de fortaleza fáctica o jurídica respecto del otro, así como contratos laborales y relaciones de agencia establecidas por mandato de ley¹³⁴.

Asimismo, establece los derechos y obligaciones -artículo 3- del agente comercial entre los que se resaltan el deber de lealtad, la conclusión de contratos por cuenta del empresario, mantener informes y seguir instrucciones específicas, estableciendo en contra el deber del empresario de ser recíproco en el pago de prestaciones como el deber de fidelidad, la disposición documental y responder a las propuestas que le hace el empresario -artículo 4-.

Asimismo, la directiva establece que se debe pactar, a modo de la *lex Mercatoria*, una remuneración siempre de acuerdo con los usos locales, hablando de una comisión en sentido económico.-artículo 6-, y el

133

Considerando que los intercambios de mercancías entre Estados miembros deben llevarse a cabo en condiciones análogas a las de un mercado único, lo que impone la aproximación de los sistemas jurídicos de los Estados miembros en la medida que sea necesaria para el buen funcionamiento de este mercado común; que, a este respecto, las normas de conflicto entre leyes, incluso unificadas, no eliminan, en el ámbito de la representación comercial, los inconvenientes anteriormente citados y no eximen, por tanto, de la armonización propuesta;

Cfr.
134

2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el «empresario», la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.

establecimiento de un conjunto de criterios para acreditar cuando la remuneración es debida estableciendo principalmente que siempre que intervenga el agente en la conclusión, cosa que aparecerá en todas las demás legislaciones estudiadas en el presente trabajo y contrario sensu, cuando no haya participado no reciba dicha remuneración¹³⁵.

Por otro lado, la forma que la directiva establecerá para el contrato será la escrita, -artículo 13- de duración ilimitada -artículo 14-, las indemnizaciones del contrato, y la no competencia del agente en el ramo de comercio a la conclusión de su encargo -artículo 20-.

Todo lo anterior será plasmado y desarrollado con detalle por los países miembros de la Unión Europea en sus legislaciones locales respetando este marco conceptual general en la materia establecida por la Directiva en comento.

3.2. República de Italia.

El “*Codice Civile italiano*”, es el texto fundamental o básico en el orden jurídico privado italiano. En la misma vena que nuestra propia legislación, los italianos tienen un sistema constitucional legislado donde su codificación separó de manera perfecta al mandato de la comisión y esta a su vez del contrato de agencia, teniendo como antecedente, además de la directiva 86/653/CEE¹³⁶. Estableciendo los siguientes criterios.

¹³⁵

Artículo 7

1. El agente comercial, tendrá derecho a la comisión por una operación que se haya concluido mientras dure el contrato de agencia:

- a) cuando la operación se haya concluido gracias a su intervención, o
- b) cuando la operación se haya concluido con un tercero, cuya clientela haya obtenido anteriormente para operaciones del mismo tipo.

¹³⁶

Diversos autores italianos negaron que la agencia clásica y el nuevo contrato de agencia se trataran de una misma figura por estimar una categoría etimológica de *agency* y de *agire* siendo distintos. Este criterio nos parece ridículo y de ignorancia manifiesta, porque de estudiarse el origen y contenidos de la institución anglosajona *agency*, encontrarán que tiene exactamente el mismo origen institucional y etimológico en el derecho romano y el latín, siendo la única diferencia, la preponderancia de la teoría del intercambio inglés que considera ocioso la creación de tantas categorías en una institución que en el fondo es relevante su practicidad, criterio con el que comulgamos.

3.2.1. Mandato.

El código italiano contempla al mandato como contrato en su artículo 1703 como:

[E]l contrato con el cual una parte se obliga a cumplir uno o más actos jurídicos por cuenta de la otra¹³⁷.

Esto debe interpretarse en su literalidad, entendiendo al mandato como un contrato de representación conmutativo, oneroso¹³⁸ y preparatorio para el encargo de actos jurídicos.

Luego entonces, en su artículo 1705 define que el mandato tiene la opción de ser con representación o sin la misma, dejando a salvo los derechos de los terceros que contrataren con el mandatario, y los derechos de exigibilidad del mandante para con el propio mandatario en los casos que los mismos fueren reclamables por un incumplimiento *inter alia* o relacionado con terceros¹³⁹.

Para el legislador italiano, no existirá diferencia substancial entre los actos *stricto sensu* del mandato, si no que reputará todo acto tendiente a la consecución del mismo en su artículo 1708, entendiendo que todos los actos que dan lugar a los actos contenidos en el mandato siguen la suerte de lo principal¹⁴⁰.

En materia de responsabilidades el mandato funge como un encargo diligente del cual se debe proveer lo que en el derecho civil internacional se denomina deber de

¹³⁷ Artículo 1703 Código Civil Italiano.

¹³⁸ Artículo 1709 Presunción de onerosidad El mandato se presume oneroso. La medida de la compensación (2761), si no fue establecida por las partes, está determinada con base en las tarifas profesionales o a los usos; a falta de ellas será determinada por un juez.

¹³⁹ Artículo 1705 Mandato sin representación El mandatario que hace en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas de los actos hechos con terceros, también si estos tenían conocimiento del mandato Los terceros no tienen relación con el mandante. Todavía el mandante, sustituyendo al mandatario, puede ejercitar el derecho de crédito derivado de la ejecución del mandato, salvo que esto pueda perjudicar a los derechos atribuibles al mandatario de las disposiciones de los artículos que siguen.

¹⁴⁰ Artículo 1708 Contenidos del mandato El mandato comprende no solo los actos por los cuales este ha sido conferido, si no también aquellos que son necesarios para su cumplimiento El mandato general no comprende los actos que exceden la administración ordinaria si no son indicados expresamente.

cuidado, que es básicamente cuidar no causar daños y perjuicios al mandante o a terceros en el ejercicio del encargo¹⁴¹, sea de manera activa o negligente¹⁴². Asimismo, y como se muestra similar a nuestra legislación, se contempla de manera clara la extralimitación del mandato y la contingencia en su ratificación por parte del mandante cuando este ha sido en forma alguna excedido en el artículo 1711 y asimismo establece en el deber de comunicar las decisiones que pudiesen entorpecer o modificar el encargo a la brevedad¹⁴³, y rendir cuentas del mismo de conformidad con lo establecido en él¹⁴⁴.

En materia de gastos, en la ejecución del mandato siempre se presume, salvo pacto en contrario, que el mandatario debe recibir del mandante aquellos medios que sean necesarios para poder cumplir con el cometido para el cual el mandato fue otorgado y no conforme con esto establece la posibilidad de cobrar el interés legal y la compensación esperada, recordando que el mandato se presume oneroso de no especificarse otra cosa, contrario al caso mexicano. Veremos más

141

Artículo 1715 Responsabilidad por las obligaciones de terceros A falta de pacto en contrario, el mandatario que actúa en nombre propio y no responde contra el mandante del cumplimiento de las obligaciones asumidas con las personas con las cuales ha contratado, excepto en el caso de que fuese o debiese haber tenido conocimiento de la insolvencia de estas al acto de la conclusión del contrato.

142

Artículo 1710 Diligencia del mandatario El mandatario debe llevar a cabo el mandato (2392-1, 2407-1) con la diligencia del buen padre de familia (1176); pero si el mandato es gratuito, la responsabilidad por culpa será valorada con menor rigor. El mandatario deberá rendir cuentas al mandante de las circunstancias sobrevenidas que pudiesen determinar la revocación o modificación del mandato.

143

Artículo 1711 Límites del mandato El mandatario no puede exceder los límites fijados en el mandato. El acto que exorbita del mandato queda a cargo del mandatario si el mandante no lo ratifica. El mandatario puede variar las instrucciones recibidas si las circunstancias son desconocidas al mandante, tales que no puedan serles comunicadas en tiempo, harán razonablemente consideraciones a las que el mismo mandante hubiese dado su aprobación.

144

Artículo 1713 Obligación de rendir cuentas El mandatario debe rendir al mandante las cuentas de sus operaciones y retornar todo aquello que ha recibido a causa del mandato (Cód. Proc. Civ. 263 y sucesivos). La dispensa preventiva de las obligaciones de rendir cuentas no tiene efecto en los casos en que el mandatario debe responder por dolo o culpa grave (1229).

adelante que los gastos de operación son claves en el contrato de agencia, y por ello se busca hacer hincapié en este articulado¹⁴⁵.

Finalmente, la legislación italiana coincide con la mexicana en que el mandato se agota por su propia naturaleza, revocación renuncia o muerte de las partes, pero deja a salvo que en el caso de mandatos irrevocables se responda del daño que dicha revocación cause de manera expresa en su artículo 1723, la posibilidad de una revocación tácita en el 1724 y sucesivamente detalla las posibilidades de actuar sin conocer la revocación para liberar de responsabilidad al mandatario¹⁴⁶.

Luego entonces se concluye que la base útil de usar el mandato italiano para efecto de la exposición del contrato de agencia cobrará claridad por el detalle legislativo que la autoridad italiana ha colocado respecto de esta figura. Por ello se estudia a continuación el mandato especializado en materia mercantil conocido como comisión.

3.2.2. Comisión.

En materia de comisión mercantil, los italianos lo reputan como una especie de mandato limitado a la compraventa de bienes, a cambio de una remuneración pactada o determinable por los usos del lugar donde fue ejecutada y solamente hace la mención variable y específica de que el comisionista puede comprar con

¹⁴⁵

Artículo 1719 medios necesarios para la ejecución del mandato El mandante, salvo pacto en contrario, está obligado a suministrarle al mandatario los medios necesarios para la ejecución del mandato y el cumplimiento de las obligaciones que a tal fin el mandatario ha contratado en nombre propio.

¹⁴⁶

Artículo 1722 Causas de extinción

El mandato se extingue:

- 1) por la conclusión del término o por el cumplimiento por parte del mandatario de los asuntos por los cuales fue conferido;
- 2) por revocación de parte del mandante;
- 3) por renuncia del mandatario;
- 4) por la muerte, interdicción o inhabilitación (414 y sucesivos) del mandante o del mandatario. Todavía l mandato que tiene por objeto el cumplimiento de actos relativos al ejercicio de una empresa no se extingue, si el ejercicio de una empresa es continuado, salvo los derechos de receso de las partes o de los herederos, (artículo 184).

este contrato títulos, valores y divisas, refrendando la equivalencia de la mercantilidad en esta jurisdicción¹⁴⁷.

Observamos lo escueto de la comisión en el articulado posterior, se asume que en las reglas donde es omiso, operará el contrato de mandato. Ahora, se verá finalmente el contrato de agencia en el derecho italiano, a fin de desarrollar una comparativa en esta legislación que nos permita esclarecer las definiciones adecuada.

3.2.3. Agencia.

El contrato de agencia se regula en el Código Civil italiano en el artículo 1742, siendo esta una definición sumamente práctica para entender la propuesta de esta tesis. Según este artículo:

Con el contrato de agencia una parte asume el encargo estable de promover, por cuenta de otra, mediando retribución, la celebración de contratos en una zona determinada.

Esta definición contiene elementos notorios que deben exponerse y enumerarse para generar claridad en lo que esta definición explica:

1. La estabilidad, entendida como la continuidad -tracto sucesivo- de la relación jurídica.
2. El deber de promover, entendido como una promoción en el mercado.
3. Que el contrato es por cuenta -en oposición a 'por nombre'-.
4. Que en el contrato siempre media retribución, señalando su onerosidad.
5. Que el motivo es la celebración de contratos, todos aquellos que se incluyan para el cumplimiento del contrato principal, teniendo la característica de preparatorio en oposición a definitivo.
6. Que el contrato delimita en el espacio los beneficios a los que es acreedor el agente.

¹⁴⁷

Artículo 1731 Definición El contrato de comisión es un mandato (1703 y sucesivos) que tiene por objeto la compra o la venta de bienes por cuenta del comitente en nombre del comisionista.

Cfr.

Adicionalmente, establece de manera muy interesante un precepto de 'exclusividad' que ambas partes, proponente y agente, solamente pueden hacer una denominación única de un agente y viceversa, puesto que considera que debe haber un deber de lealtad que pudiere ser violado si existiera multiplicidad en el objeto a desempeñar por los contratantes. Dicho precepto se contiene en el artículo 1743 del código¹⁴⁸.

El agente, se denomina responsable en la preservación de los intereses del proponente y que el mismo responde de los contratos que celebre con terceros. Su obligación de rendición de cuentas, cuidado del interés del proponente y el seguimiento de las instrucciones, comunicando al proponente el estado que guardan los mercados de acuerdo con los artículos 1745 y 1746¹⁴⁹.

En la misma vena, el agente tendrá derecho a una retribución por todos los asuntos que concluya exitosamente pero también de aquellos que tengan ejecución parcial, y también le permite beneficiarse de los contratos que el proponente celebre, siempre que estén celebrados en su área de influencia salvo pacto en contrario. El propio artículo 1748 permite esta retribución aún concluido el asunto siempre que se acredite que fue gracias al agente que se celebró el negocio. Incluye el mismo artículo la posibilidad de que la información contable de la empresa esté disponible para ambas partes para así definir el alcance y extensión de su retribución, y finalmente se hace notar que no tiene derecho el

148

Artículo 1743 Derecho de exclusividad. El proponente no puede valerse al mismo tiempo de más agentes en la misma zona y por actividad del mismo ramo, ni el agente puede asumir encargo de tratar en la misma zona por el mismo ramo los asuntos de más empresas en concurrencia con los otros (1567 y sucesivos).

149

Artículo 1745 Representación del agente Las declaraciones que resguardan la ejecución del contrato concluso por el trámite del agente y los reclamos relativos a los incumplimientos contractuales son válidamente imputables al agente El agente puede requerir providencias cautelares (Cód. Proc. Civ. 670 y sucesivos) en los intereses del proponente y presentar los reclamos que sean necesarios para la conservación de los derechos esperados por esto último.

agente a ser pagado de los gastos de agencia, cosa que es de llamar la atención pues como se verá otras legislaciones es pactable¹⁵⁰.

Respecto de su duración, el contrato de agencia en el derecho italiano contempla una especie tácita reconducción contemplada en el artículo 1750, cuando el contrato continúa no obstante de su terminación o la falta de continuidad específica¹⁵¹.

Para el caso de la terminación anticipada, el proponente debe cuidar que no se cumplan ciertos supuestos¹⁵². Para el caso de esta terminación, el agente debe hacer constar por escrito la conclusión y el resguardo de la clientela de la empresa para evitar el bloqueo o sustracción de clientes después del encargo consignado¹⁵³.

150

Artículo 1748 Derechos del agente y obligaciones del proponente El agente tiene derecho a la comisión (2751 n. 6) solo por los asuntos que tienen ejecución completa. Si el asunto tuvo ejecución parcial, la comisión esperada para el agente se dará en proporción de la parte cumplida. La comisión también se deberá por los asuntos concluidos directamente por el proponente, que deben tener ejecución en la zona reservada al agente, salvo pacto expreso en contra. El agente tiene derecho a la comisión sobre asuntos concluidos aún después de disuelto el contrato si la conclusión fue por efecto de la actividad que éste desarrolló El agente no tiene derecho al reembolso de los gastos de agencia.

Cfr.
151

Artículo 1750 Duración del contrato o interrupción El contrato de agencia por tiempo determinado que continua a ser realizado por las partes sucesivamente en el transcurso del tiempo se transforma en contrato por tiempo indeterminado. Si el contrato de agencia es por tiempo determinado, cualquiera de las partes puede interrumpir el mismo contrato dando aviso previo a la otra dentro de término establecido.

Cfr.
152

Artículo 1751 indemnización en caso de cesación de la relación Al acto de la cesación de la relación el proponente está obligado a corresponder al agente con una indemnización si concurre al menos una de las siguientes condiciones: El agente había procurado nuevos clientes al proponente o había sensiblemente desarrollado los asuntos con los clientes existentes y el proponente recibió ganancia sustancial derivado de dichos asuntos con tales clientes;

Cfr.
153

Artículo 1751 bis Pacto de no concurrencia El pacto que limita la concurrencia de parte del agente después de la conclusión del contrato debe hacerse por escrito. Este deberá resguardar la zona, clientela, y generar los bienes y servicios por los cuales fue concluido el contrato de agencia y su duración no podrá exceder dos años sucesivos a la extinción del contrato.

Como nota, el código contempla que puedan tener representación de ser necesarios en el artículo 1752, y que el tratamiento de los agentes de seguros será el mismo de la agencia en tanto sean compatibles con la legislación específica¹⁵⁴.

Concluimos entonces que en Italia las características de este contrato lo hacen mercantil, oneroso, conmutativo, preparatorio, principal, consensual y escrito, cuyas limitaciones se comparan a continuación con la legislación vigente de España, cuya historia común legal con México hace relevante el estudio de la figura.

3.3. Reino de España.

España es otro país del que podemos distinguir la existencia de los contratos de mandato, agencia y comisión. De derecho legislado, España contiene provisiones relevantes en los tres contratos en tres cuerpos normativos distintos, implicando que las misma tiene un tratamiento especializado de los tres contratos.

3.3.1. Mandato.

Para España, el mandato se regula bajo el artículo 1709 y define de manera escueta al contrato de mandato, como un contrato de prestación de servicios o realizar alguna cosa por cuenta y cargo de otra. Si bien es una definición vaga o que estimamos de poca profundidad, revela la amplitud del contrato a la luz del derecho de dicho reino¹⁵⁵.

En cuanto a su forma, es también abierto en que el mismo puede ser otorgado de manera expresa o tácita, de palabra o con fedatario público por lo que no requiere forma especial alguna de su otorgamiento, ni en su aceptación. Asimismo,

Cfr.
154

Artículo 1752 Agente con representación Las disposiciones del presente capítulo se aplican también en la hipótesis en la cual el agente es conferido de representación por el proponente para la conclusión del contrato. (1387 y sucesivos).

Cfr.
155

Artículo 1709. Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.

Cfr.

presume la gratuidad del contrato, y la presunción de retribución, es decir, onerosidad para el caso de servicios especializados como se muestra en los artículos 1710 y 1711¹⁵⁶.

España distingue la amplitud del mandato, en su forma general o especial, y le otorga alcances de actos de administración, y de actos de dominio, requiriendo que el mismo sea expreso según las características del mandato que se otorgue¹⁵⁷.

A diferencia de la legislación italiana, el límite del mandato no contiene una limitación específica en España, sino general. El mandato no puede ser cumplido de modo libre, puesto que los artículos 1714 y 1715 ponen como única salvedad que se demuestre la ventaja de hacerlo excedido para el mandante¹⁵⁸.

Como última limitación el Código Civil Español refrenda que no tiene el mandante derecho de acción contra el mandatario y con quien contrata siempre que el mandatario obre a nombre propio¹⁵⁹.

El Código ahonda en la figura y el mandatario se ve obligado a responder de daños y perjuicios por omisiones o por la falta de ejecución del mismo, según el artículo 1718, el deber de cuidado del buen padre de familia, el someterse a las instrucciones expresas del mandante, a responder para el caso de la sustitución y a la rendición de cuentas en términos del Código que se transcribe a continuación.

156

Artículo 1710. El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra. La aceptación puede ser también expresa o tácita, deducida esta última de los actos del mandatario.

157

Artículo 1712. El mandato es general o especial. El primero comprende todos los negocios del mandante. El segundo, uno o más negocios determinados.

158

Artículo 1714. El mandatario no puede traspasar los límites del mandato.

159

Artículo 1717. Cuando el mandatario obra en su propio nombre el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.

Se limita al mandatario en el artículo 1725, para que pueda liberarse de responsabilidad con el contratante si expresa que actúa bajo mandato, salvo pacto en contrario o cuando omite o excede las facultades del mismo. Para indemnizar se permite que se evalúe el dolo o culpa del mandatario en el desempeño de su encargo¹⁶⁰.

Ahora bien, el mandante está obligado a cumplir todas las obligaciones a las que se sujetó por virtud del contrato, cuando el mandatario se hubiere excedido, es posible que el acto sea ratificado. Como diferencia relevante se resalta que el mandatario tiene derecho al pago de gastos para la ejecución de su mandato, a responder de los daños y perjuicios y a la posibilidad de que el mandatario retenga en prenda los bienes del mandante que estén en su posesión a efecto de ser reembolsado de los mismos¹⁶¹.

Según la legislación española, el mandato concluye en términos del artículo 1732, de manera muy similar a lo dispuesto en la legislación italiana, contemplando la revocación, la renuncia, la incapacitación, la insolvencia y la muerte, así como las posibles responsabilidades derivadas de todos y cada uno de estos casos¹⁶².

¹⁶⁰

Artículo 1718. El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante. Debe también acabar el negocio que ya estuviese comenzado al morir el mandante, si hubiere peligro en la tardanza.

Cfr.

¹⁶¹

Artículo 1727. El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato. En lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente.

Cfr.

¹⁶²

Artículo 1732. El mandato se acaba:

1.º Por su revocación.

2.º Por renuncia o incapacitación del mandatario.

3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.

El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.

Cfr.

Expuesto lo anterior, procedemos al análisis del Código de Comercio español que regula la figura de la comisión mercantil en dicho país.

3.3.2. Comisión.

El tratamiento de la legislación española respecto de la comisión mercantil establece en el artículo 244 del Código de Comercio Español que dicha figura se tratará como comisión en el caso de "...el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista." En este sentido, se advierte que el contrato de comisión se encuentra limitado a un criterio subjetivo donde el comitente o el comisionista sean comerciantes o agentes mediadores en su actividad ordinaria. Este contrato se aparta de la legislación mexicana y de la italiana en cuanto a dicha necesidad subjetiva¹⁶³.

Acto siguiente, el Código desarrolla las formas en que se puede ejecutar la comisión, permitiendo contratar por nombre o por cuenta, siempre que se haga manifiesto de manera escrita o verbal para hacer saber al tercero de esta condición, y estará obligado el comisionista personalmente en caso de no hacerlo¹⁶⁴.

Por otro lado, el propio código faculta al comisionista a rehusar un encargo siempre y cuando lo comunique de manera oportuna, y a no aceptarla si la misma requiere la provisión de fondos y gastos siempre que le fueran negados y de ellos dependiere la ejecución del contrato. Del mismo modo, reitera que el comisionista que siga instrucciones debidamente queda liberado de responsabilidad alguna y a guardar un deber de cuidado cuando obre por libre arbitrio de no entorpecer o dañar el patrimonio del comitente¹⁶⁵.

¹⁶³

Artículo 244. Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.

¹⁶⁴

Artículo 245. El comisionista podrá desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente.

¹⁶⁵

A diferencia del mandato, en la comisión existen mayores limitaciones de actuar, mismas que están basadas en que se respeten las condiciones expresas y agrava el que el comisionista actúe con malicia o abandono de su encargo, incluso asignándoles los riesgos contables que deriven del encargo. La comisión en España incluso contempla que si se tiene regulación específica en la negociación el comisionista deberá conocerla, y es tan severa que prohíbe la substitución del comisionista. Los artículos sucesivos al 256 del Código de Comercio establecen una lista de deberes que incluyen:

- La rendición de cuentas.
- La salvaguarda de los bienes.
- La adecuada contabilidad de la gestión.
- La responsabilidad en la sustitución.
- La prohibición del comisionista de vender para sí.
- La prohibición de venta a plazos salvo pacto en contrario.
- Exclusividad en la venta de bienes de la misma especie respecto de otros comitentes, es decir, solo podrá vender el mismo tipo de bienes por cuenta de un comitente exclusivo.
- Contratar seguros.
- Destinar los recursos a su propósito.

De la literatura que se transcribe notamos que en España la figura de la comisión aparece quizá sobre regulada con respecto a otros países, estableciendo

Artículo 248. En el caso de rehusar un comisionista el encargo que se le hiciere, estará obligado a comunicarlo al comitente por el medio más rápido posible, debiendo confirmarlo, en todo caso, por el correo más próximo al día en que recibió la comisión. Lo estará, asimismo, a prestar la debida diligencia en la custodia y conservación de los efectos que el comitente le haya remitido, hasta que éste designe nuevo comisionista, en vista de su negativa, o hasta que, sin esperar nueva designación, el Juez o Tribunal se haya hecho cargo de los efectos, a solicitud del comisionista.

La falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en los dos párrafos anteriores constituye al comisionista en la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios que por ello sobrevengan al comitente.

Cfr.

muchísimas limitaciones legales expresas al comisionista que se transcriben en el texto por ser estas necesarias para el posterior uso comparativo¹⁶⁶.

Ahora bien, el Código procede a enumerar las obligaciones del comisionista, donde principalmente se encuentra la remuneración y reembolso de gastos por el encargo, y un pago de honorarios a título de premio y no hace pronunciamiento mayor en caso de la muerte del comitente en caso de su muerte o que decida hacer revocación de la comisión, actitud francamente antagónica de la que tomó el legislador italiano de quien, como apreciamos, se concentró en apoyar diversos supuestos en las tres figuras para proteger al mandatario, comisionista, y/o agente¹⁶⁷.

Como último dato curioso se observa que se le da tratamiento similar a gerentes, dependientes y mancebos, pero no se hace transcripción de estos artículos del Código de Comercio español por considerar que se desvían del estudio principal que pretende realizar esta tesis.

3.3.3. Agencia.

España también tiene una ley específica en materia de Agencia. La así llamada agencia comercial se regula en la ley 12/1992, que España promulga como resultado de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, puesto que existía una necesidad clara de regular esta figura dentro del espacio común europeo para todos los países miembros de la Unión Europea y lo hace patente en su exposición de motivos donde, como nosotros en

¹⁶⁶

Artículo 256. En ningún caso podrá el comisionista proceder contra disposición expresa del comitente, quedando responsable de todos los daños y perjuicios que por hacerlo le ocasionare.

Igual responsabilidad pesará sobre el comisionista en los casos de malicia o de abandono.

Cfr.

¹⁶⁷

Artículo 277. El comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de comisión, salvo pacto en contrario.

Faltando pacto expresivo de la cuota, se fijará ésta con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliere la comisión.

Cfr.

México, se advirtió que no existe legislación consolidada de la figura en el reino de España¹⁶⁸.

La misma exposición de motivos de la Ley es profundamente valiosa para esta tesis, explicando la definición de agente por la que optaron basados en la independencia y autonomía de éstos respecto de otros representantes del comercio análogos con base en la Directiva Europea¹⁶⁹.

De lo anterior se infiere, que como elementos comunes para el desarrollo de la agencia se contemplan los siguientes elementos:

1. La independencia o autonomía del agente respecto del proponente del contrato, es decir, que su relación no es de carácter laboral, jerárquica o de forma alguna subsumida más allá de lo que el contrato expresa.
2. Que el agente tiene el así llamado deber de promoción, que consiste la obtención de contratos y la búsqueda de la conclusión de los mismos por diversos medios, y no es limitativa de la venta de mercancías por cuenta de otro, si no que puede contener obligaciones de hacer, concretamente prestaciones de servicios.
3. Que, para España, el contrato de agencia no tiene como característica definitiva la exclusividad del agente, pero la misma puede ser contingente a la naturaleza de su encargo.

168

1. La opción entre la reforma del Código de Comercio y la aprobación de una ley especial debe partir necesariamente del dato de que el contrato de agencia carece de tipificación legal, aunque existan regulaciones parciales de algunas agencias especiales. Al igual que los Códigos de su generación, el español de 1885 no regula más contrato de colaboración que el de comisión, configurado como mandato mercantil. Sin embargo, del tronco común de la comisión han ido surgiendo otros muchos contratos de colaboración, impulsados por nuevas necesidades económicas y sociales resultantes de las transformaciones del sistema de distribución de bienes y servicios. De este modo, los nuevos contratos mercantiles han ido perfilándose en la realidad social bajo variados y, con frecuencia, imprecisos nombres, correspondiendo a los Tribunales la delicada tarea de precisar los límites tipológicos y el contenido normativo.

169

El capítulo I contiene las disposiciones generales, la primera de las cuales se ocupa de delimitar el objeto de la regulación. La referencia obligada ha sido, como es lógico, la Directiva 86/653/CEE y a fin de conservar cierta continuidad de terminología, por lo demás muy expresiva, la normativa en vigor sobre representantes de comercio.

4. Que es un contrato que se cumple en el tiempo para las partes, es decir, e tracto sucesivo.
5. Que el agente es forzosamente retribuido de la actividad económica que realiza, por lo que el contrato es oneroso en cuanto a su contenido, y posiblemente conmutativo en oposición a aleatorio si se tiene la certidumbre de las prestaciones a realizar y la actualización de las hipótesis contractuales.

Después la exposición de motivos explica los criterios para la elección del contenido típico del contrato, mismos que se transcriben por su importancia en el mismo sentido¹⁷⁰.

Queda claro segundo capítulo entonces será medular para el estudio de la figura, pues en él se contiene la visión del contrato de agencia *in faciendo*, lo que se explicará más adelante. A continuación, la exposición de motivos explica como el contrato debe ser concluido, que como en todas las jurisdicciones prácticamente, lo decreta por la terminación por voluntad de una de las partes, la conclusión del plazo pactado para ejercer la denuncia, y las indemnizaciones correspondientes derivadas de la rescisión o la terminación del propio contrato¹⁷¹.

A continuación, realizamos un estudio de los artículos que consideramos relevantes para esta tesis amén de realizar el estudio comparativo que es el propósito final del contrato. Al artículo 1 define al contrato de agencia como sucede¹⁷².

170

El capítulo II, relativo al contenido del contrato, se divide en cinco Secciones. La primera trata de la actuación del agente; la segunda regula las obligaciones de las partes; la tercera se ocupa específicamente de la remuneración; la cuarta presta atención al pacto accidental sobre limitación de la competencia del agente una vez finalizado el contrato; y la quinta trata de la documentación del contrato.

171

El Capítulo III se ocupa de la extinción del contrato, distinguiendo los casos en que se hubiera pactado por tiempo determinado o por tiempo indefinido. En el primer caso, se dispone que el contrato se extinguirá por el vencimiento del término. Los contratos de duración determinada que se ejecuten por las partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto quedan transformados en contratos de duración indefinida.

172

Artículo 1. Contrato de agencia.

España especifica que el agente puede ser persona física o moral, donde existe una obligación de tracto sucesivo a cambio de una remuneración, es decir, una contraprestación onerosa, a la promoción de actos u operaciones de comercio y su conclusión por cuenta y nombre ajeno, sin riesgo para el agente¹⁷³.

Como ya observamos y rescataremos más adelante, la búsqueda de eliminar un vínculo laboral entre el agente y el proponente es tajante en el artículo segundo. Esto es relevante, toda vez que para México esta distinción ha dado lugar a algunos problemas en la jurisprudencia que expondremos en capítulos anteriores. España no considera agente a quien labora y por exclusión considera agente a quien actúa de manera fáctica independiente.

El artículo 3 de la ley establece un ámbito de aplicación muy claro de la agencia comercial, refrendando que, en los mercados regulados, los agentes secundarios como corredores de bolsa tendrán una legislación bursátil específica, o por ejemplo los de seguros, que asimismo en todo lo demás dicha ley especializada tiene primacía sobre otras¹⁷⁴.

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

173

Artículo 2. Independencia del agente.

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

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

174

Artículo 3. Ámbito de aplicación de la Ley y carácter imperativo de sus normas.

1. En defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa.

2. La presente Ley no será de aplicación a los agentes que actúen en mercados secundarios oficiales o reglamentados de valores.

El artículo 5 refrenda que el agente realiza por sí o por dependientes el deber de promoción que es requerido¹⁷⁵, pero alerta de que aquellos quienes utilicen subagentes deberán recibir autorización por considerarse un contrato de *intuitu personae*, y que de no hacerlo se responde de la gestión de dichos agentes ante el empresario.

El artículo 6 limita el “poder” que tiene el agente para la conclusión de contratos cuando los mismos sean en nombre del empresario, para lo que requiere y establece un deber de tener esta facultad de manera expresa¹⁷⁶.

De la lectura del artículo 8 se desprende una facultad del agente que le permite depositar judicialmente los bienes y para la entrega y reconocimiento de los mismos siempre que se entiendan dentro de la comisión, elemento que resulta indispensable para la ejecución del mismo si en ella se integran los bienes cometidos a dicho contrato¹⁷⁷.

Dentro de los deberes del agente, la legislación española establece principalmente el deber de cuidado en los intereses económicos y jurídicos del agente, esto siendo así basados en la diligencia en la promoción y celebración de contratos, la

175

Artículo 5. Ejercicio de la agencia.

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

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

176

Artículo 6. Conclusión de actos y operaciones de comercio en nombre del empresario.

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

177

Artículo 7. Actuación por cuenta de varios empresarios.

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

Artículo 8. Reconocimiento y depósito de los bienes vendidos.

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

obligación de proveer al empresario de la información substancial relativa a las operaciones pendientes y concluidas, el seguimiento a las instrucciones del empresario en tanto las mismas no comprometan su independencia, a recibir reclamaciones sobre los bienes y servicios prestados dentro de su encargo y el deber de llevar una contabilidad independiente para efectos de transparencia con su contratante¹⁷⁸. Luego, se estudian las obligaciones del empresario que son las que contiene el artículo 10¹⁷⁹.

La lectura anterior puede resumirse en que el empresario desarrolla obligaciones de medios al contratar pues estos deben de facilitar la operación del agente durante su encargo, entregando los instrumentos necesarios para poder operar, dar las instrucciones e informaciones relativas a los volúmenes e inventarios y a

178

Artículo 9. Obligaciones del agente.

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

2. En particular, el agente deberá:

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

179

Artículo 10. Obligaciones del empresario.

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

2. En particular, el empresario deberá:

- a) Poner a disposición del agente, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional.
- b) Procurar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia y, en particular, advertirle, desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar.
- c) Satisfacer la remuneración pactada.

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

pagar la retribución de la misma. El empresario tendrá la facultad de aceptar o rechazar las operaciones realizadas, articulado que nos genera alguna duda sobre la potestatividad del empresario en el reconocimiento de la comisión y como la misma opera en los tribunales españoles, elemento que por estricta técnica no se puede incluir en el presente estudio.

Uno de los elementos claves comunes en todas las jurisdicciones relacionadas con el contrato de agencia es la forzosa retribución del agente. Estos son denominados en España como “comisiones”, término que encontramos desafortunado por su similitud verbal con el término comisión y la probable confusión conceptual que puede engendrar en el laico o en aquellos cuya técnica jurídica es reducida. El artículo 11 de la ley prevé el pago de una cantidad fija, una comisión o una combinación de ambas como contraprestación. Por otro lado, según el propio artículo la falta de pago se realizará conforme al uso del lugar, y el pago de las comisiones se basará en el volumen proporcional de operaciones realizadas y establece como han de remunerarse aquellos contratos hechos dentro de la comisión y aquellos que fueron ejecutados fuera de la misma por sobrevenir la conclusión del plazo. En principio dicho articulado busca que el empresario no evada sus obligaciones de pago y el respeto al derecho de exclusividad de lo realizado en la zona geográfica demarcada para un agente¹⁸⁰.

180

Artículo 11. Sistemas de remuneración.

1. La remuneración del agente consistirá en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de los dos sistemas anteriores. En defecto de pacto, la retribución se fijará de acuerdo con los usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad. Si éstos no existieran, percibirá el agente la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación.

2. Se reputa comisión cualquier elemento de la remuneración que sea variable según el volumen o el valor de los actos u operaciones promovidos, y, en su caso, concluidos por el agente.

3. Cuando el agente sea retribuido total o parcialmente mediante comisión, se observará lo establecido en los artículos siguientes de esta sección.

Artículo 12. Comisión por actos u operaciones concluidos durante la vigencia del contrato de agencia.

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

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

El artículo 14 es claro en que la comisión es ejecutada o deba ser ejecutada por el empresario, a fin de que el agente pueda siempre recibir el pago correspondiente. Después de esclarecer las obligaciones de pago, la ley prosigue con derechos de información entre el agente y el empresario. Como se puede apreciar, el empresario está obligado a informar de los resultados obtenidos por el agente, y el agente a exigir la información contable para saber cuál es la retribución que le corresponde¹⁸¹.

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

2. Cuando el agente tuviera la exclusiva para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, tendrá derecho a la comisión, siempre que el acto u operación de comercio se concluyan durante la vigencia del contrato de agencia con persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el acto u operación no hayan sido promovidos ni concluidos por el agente.

Artículo 13. Comisión por actos u operaciones concluidos con posterioridad a la extinción del contrato de agencia.

1. Por los actos u operaciones de comercio que se hayan concluido después de la terminación del contrato de agencia, el agente tendrá derecho a la comisión cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el acto u operación se deban principalmente a la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato, siempre que se hubieran concluido dentro de los tres meses siguientes a partir de la extinción de dicho contrato.

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

2. El agente no tendrá derecho a la comisión por los actos u operaciones concluidos durante la vigencia del contrato de agencia, si dicha comisión correspondiera a un agente anterior, salvo que, en atención a las circunstancias concurrentes, fuese equitativo distribuir la comisión entre ambos agentes.

Artículo 14. Devengo de la comisión.

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

181

Artículo 15. Derecho de información del agente.

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

2. El agente tendrá derecho a exigir la exhibición de la contabilidad del empresario en los particulares necesarios para verificar todo lo relativo a las comisiones que le correspondan y en la forma prevenida en el Código de Comercio. Igualmente, tendrá derecho a que se le proporcionen las informaciones de que disponga el empresario y que sean necesarias para verificar su cuantía.

España contempla en su artículo 17 la posibilidad de perder la comisión, siempre que se demuestre por parte del empresario que las operaciones concluidas no han sido ejecutadas por circunstancias no imputables al mismo. En caso de que la misma fuera pagada con anticipación se prevé la devolución de la misma¹⁸².

Por otra parte, existe también una previsión con respecto a los gastos incurridos en el desempeño de la comisión estipulada en el artículo 18, donde simplemente se manifiesta que este derecho no existe para el agente, salvo pacto en contrario¹⁸³.

Las operaciones de la agencia, como se ha dicho, se presumen sin responsabilidad o riesgo y ventura del agente, salvo pacto en contrario, y es en la propia ley que dicho pacto puede asumirse, pero debe pactarse la comisión y que el mismo esté por escrito para que surta efectos plenos¹⁸⁴.

En una vena única a todas las legislaciones anteriormente estudiadas, España establece una limitación de competencia del agente en su artículo 20¹⁸⁵.

182

Artículo 17. Pérdida del derecho a la comisión.

El agente perderá el derecho a la comisión si el empresario prueba que el acto u operaciones concluidas por intermediación de aquél entre éste y el tercero no han sido ejecutados por circunstancias no imputables al empresario. En tal caso, la comisión que hubiera percibido el agente a cuenta del acto u operación pendiente de ejecución deberá ser restituida inmediatamente al empresario.

183

Artículo 18. Reembolso de gastos.

Salvo pacto en contrario, el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional.

184

Artículo 19. Garantía de las operaciones a cargo del agente.

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

185

Artículo 20. Limitaciones contractuales de la competencia.

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

2. El pacto de limitación de la competencia no podrá tener una duración superior a dos años a contar desde la extinción del contrato de agencia. Si el contrato de agencia se hubiere pactado por un tiempo menor, el pacto de limitación de la competencia no podrá tener una duración superior a un año.

Artículo 21. Requisitos de validez del pacto de limitación de la competencia.

El artículo 21 es importante de explicar, pues dicha limitación se basa pensando en la posibilidad de que el agente compita deslealmente al empresario después de haber ejercido el cargo de agente y conocer a la clientela del empresario en una zona determinada. Éste se topa a un año y resultaría significativo saber la factibilidad de anexar una cláusula así en el derecho mexicano. El numeral sucesivo establece que este pacto debe forzosamente contar por escrito y ser limitativo al área geográfica de influencia o a la clientela del agente bajo la autoridad efectiva del agente, la misma es expresa que el agente podrá ejercer otras agencias siempre que las mismas sean de naturaleza diversa a la concluida con el empresario.

Las partes, en el artículo 22, gozan del derecho de solicitar la formalización por escrito del contrato, incluyendo las modificaciones que estimen pertinentes¹⁸⁶. De acuerdo con la propia legislación española, el contrato de agencia puede ser determinado o indefinido, según se pacte e indefinido si no hay provisión expresa¹⁸⁷.

Esta ley establece requisitos importantes relacionados con la extinción del contrato de agencia, previendo diversos casos como el agotamiento del término, el reclamo y preaviso de la terminación, la muerte de alguna de las partes o la declaración de concurso¹⁸⁸.

El pacto de limitación de la competencia, que deberá formalizarse por escrito para su validez, sólo podrá extenderse a la zona geográfica o a ésta y al grupo de personas confiados al agente y sólo podrá afectar a la clase de bienes o de servicios objeto de los actos u operaciones promovidos o concluidos por el agente.

186

Artículo 22. Derecho a la formalización por escrito.

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

187

Artículo 23. Duración del contrato.

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

188

Artículo 24. Extinción del contrato por tiempo determinado.

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

Los artículos 28, 29 y 30 establecen el procedimiento indemnizatorio para las partes. Primero establece una indemnización al agente si la clientela obtenida siguiera creando lucro en lo sucesivo para el empresario, sobre todo cuando se pactó limitaciones al ejercicio de la agencia por caso de competencia, estableciendo que el mismo incluso subsiste por muerte del agente y que dicho importe esta topado a la media anual de las remuneraciones de los últimos cinco años o bien, el periodo de duración del contrato y el pago de daños y perjuicios adicional a lo expuesto por este capítulo¹⁸⁹.

Podemos concluir que la legislación española ofrece una visión profundizada del contrato respecto de otras, y que la misma es ilustrativa y notoriamente útil para este proyecto en tanto cubre muchísimas áreas y supuestos que pudieren incluirse en la legislación o bien, en/ un contrato modelo de la agencia en nuestro país. A continuación, se explora la doctrina sobre el contrato de agencia en otros países que son de derecho basado en casos, comúnmente -y erróneamente- denominados *common law* en los países de derecho legislado.

3.4. Países Anglosajones.

A diferencia de los países de derecho estatutario, en el derecho casuístico anglosajón¹⁹⁰, existen un grupo de principios generales extraídos de sus

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

Cfr.
189

Artículo 28. Indemnización por clientela.

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

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

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

Cfr.

190

Esta clasificación se encuentra explicada en el primer capítulo.

precedentes judiciales y, en el caso del Reino Unido, su colaboración temporal con la Unión Europea implicó que se adquiriesen tintes comunes al marco jurídico de los Estados miembros de la Unión. En este sentido, trataremos de desarrollar estos principios de la manera más práctica posible para el objeto de este estudio, enfatizando que estos principios son comunes para el derecho de los Estados Unidos de América y el Derecho Inglés¹⁹¹.

En estos países, el poder se define como la capacidad de influenciar los actos de otros por medio de dominio o control subordinado, o la capacidad legal de actuar o dejar de actuar, alterando por medio de la voluntad, los derechos responsabilidad y obligaciones de una persona distinta de sí mismos. De esta noción, deriva el derecho de agencia. La presencia de este tipo de poderes se encuentra la capacidad de aceptar o revocar contratos derechos y obligaciones del poderdante, el poder de comprar o vender y el poder de terminación¹⁹².

3.4.1. Definición anglosajona de agencia.

Según Mfalme Davis la agencia se refiere como:

[U]na persona con autoridad implícita o expresa que actúa en nombre de otra persona, llamada principal, para vincular a esta persona en una relación legal con terceros. La relación entre el principal y el agente se llama agencia, y se da incluso entre socios con relación a una empresa¹⁹³.

Sin duda alguna, algunos expertos en derecho anglosajón¹⁹⁴ han reputado a la agencia comercial como 'la forma más simple de asociación', puesto que la misma puede declararse terminada sin mayor procedimiento formal en la práctica.

Por otro lado, el diccionario de Black contiene como definición que la agencia en el derecho anglosajón constituye:

[U]na relación fiduciaria creada de manera expresa o implícita, de facto o de iure donde una parte se puede obligar por otra en acción y palabra.

¹⁹¹ Se refiere al derecho de Inglaterra y Gales, que comparte una tradición jurídica y se encuentra separado del derecho escocés.

¹⁹² Davis, Mfalme, Elements of The Law of Agency, Estados Unidos, Kindle, 2016, pp. 2145.

¹⁹³ Ibídem, p. 28.

¹⁹⁴ Espinoza Andrade, Natalia Consideraciones y apuntes sobre el contrato de agencia, en el Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, 1 de junio de 2017.

Adicionalmente, se considera un factor finalista, donde se establece que la teoría de la agencia permite que una persona incremente sus actividades contratando a otras¹⁹⁵.

El concepto de agencia en el derecho de los Estados Unidos de América presupone una voluntad de actuar a través de otra persona, estableciendo que en principio existe la posibilidad que cualquier persona con capacidad de contratar sea representada por un agente para contratar con un tercero, considerando que el vínculo se dio por cuenta de principal que autorizó esta relación y el agente tiene carácter de intermediario, veremos por supuesto, que existen diversos supuestos que dan origen a la agencia y que existen distintos tipos de agentes operando las mismas.

De lo anterior se aprecia que el concepto de agencia anglosajón incide propiamente con el concepto continental europeo de la representación. Pues se dice que para que exista agencia, deberá haber una voluntad plena del principal para que este pueda ser representado pues si su voluntad se encuentra disminuida, luego entonces se encuentra uno frente a una representación de corte tutelar y no a una agencia propiamente dicha, agregando que se presume como un pacto remuneratorio¹⁹⁶.

3.4.2. Elementos del derecho de agencia anglosajón.

Al otorgante de un mandato o agencia se le denomina principal¹⁹⁷. Este, tiene como obligación originaria estar facultado para designar un agente. El mismo, puede manifestarse para con los terceros de manera aparente o expresa, donde, si se acredita que el agente actúa por su cuenta es liberado de responsabilidad jurídica para los terceros con los que contrata.

Por otra parte, existe como miembro de la relación un agente. El agente se considera la parte con mayor carga obligacional en el contrato. Definido como un

¹⁹⁵ Gill, et al. *The Law of Agency and Partnership*, 2 e, Estados Unidos de América, Oxford, 1990, p. 68.

¹⁹⁶ Davis pp. 35-36.

¹⁹⁷ *Blacks Law Dictionary*, 9.e, Estados Unidos de América, West, p 1312.

representante o *commissionaire* -en los circuitos acadianos de Estados Unidos y Canadá-, el agente es quien se encarga, según la extensión del mandato, a representar al así llamado principal de la relación. Existen diversos tipos de agentes en el derecho anglosajón, los cuales, de manera general, se dividen en los siguientes:

1. Agentes universales, que son aquellos que tienen autoridad irrestricta para contratar en nombre de su principal¹⁹⁸.
2. Agentes generales, que tienen la autoridad para actuar por su principal en toda materia relacionada en algún comercio o negocio, o en actos propios del oficio, profesión o negocio como agente, o en nombre de su principal. Esta clase de agente toma la forma de los llamados factores, los intermediarios *-brokers-* y, curiosamente también entre socios.
3. Agentes especiales, que son aquellos con autoridad de realizar un acto particular, o representar a su principal en una transacción particular sin perjuicio de cuantos actos celebrare para la conclusión de ese único negocio.
4. Agentes *del credere*, que son aquellos que, por una remuneración, asume el riesgo para indemnizar a los terceros con los que contrata por cuenta de su principal. El agente *del credere* recibe la posesión de los bienes del principal con objeto de venderlos, y se considera que esta postura hace que la indemnización y remuneración a este agente se considere la más elevada, derivado del riesgo implícito de la misma de responder por la solvencia del principal¹⁹⁹.

La agencia, al igual que otros modelos de representación, se puede dar de manera confidencial, donde el agente no esté obligado a manifestar que tiene esta calidad o a quien representa, sin que esto implique la imposibilidad de repetir en contra de ambos para el caso que así se desee. También es posible, generar la calidad de agente primario, siendo aquel que puede contratar a un subagente o

¹⁹⁸ Cabe mencionar que esta ocurrencia en la práctica es nula, contrario a los poderes ilimitados que detentan muchos representantes en el derecho continental civil.

¹⁹⁹ *Ibídem*, p. 32.

subagentes para realizar un contrato de agencia. Así pues, el equivalente al mandante, llamado principal tiene tres formas de establecerse en el derecho de agencia estadounidense:

1. Principal revelado, que ocurre cuando un tercero tiene pleno conocimiento de que está contratando con un agente que actúa en nombre de un principal conocido.
2. Principal no revelado, que ocurre cuando un tercero desconoce que existe dicho principal y asume que el agente es con quien contrata.
3. Principal parcialmente revelado, que acontece cuando el tercero sabe que contrata con un agente, pero desconoce la identidad del principal.

Es importante resaltar que en este derecho el concepto de 'autoridad' fija de manera importante el contenido de la agencia, pues se cree que debe existir una autoridad implícita o expresa para realizar cualquier acto de representación, y que ésta siempre está limitada a la ejecución prudente de la misma. En algún sentido, la agencia en el derecho anglosajón contiene de manera implícita el así llamado deber de cuidado o del buen padre, para entender que está prohibido exorbitar el mandato. La autoridad debe entenderse como que el agente tiene conocimiento del facultamiento y se presenta en tres clases:

1. Autoridad Actual: es aquella que existe de manera explícita y comunicada a un agente sobre las tareas e instrucciones razonables le fueron encomendadas por el principal.
2. Autoridad Incidental: Se trata de la autoridad para hacer o implementar los pasos que son ordinariamente establecidos en conexión para facilitar un acto autorizado por el principal, *exempli gratia*: la renta de un local para la exhibición de los insumos que fueron encomendados para una venta.
3. Autoridad Aparente: aquella cuando un tercero contrata con credibilidad razonable asumiendo que el principal ha autorizado al agente a realizar algún acto, aunque no necesariamente sea así. Este concepto existe como prevención de fraude o daño para terceros que contratan bajo la impresión

de estar frente a un agente o representante y crear un deber de resarcimiento en caso de daño en caso de un agravio *-tort-*.

4. Autoridad Inherente: también llamada poder inherente, refiriéndose a cuando sucede que existe una consecuencia en la que el agente exorbitó de alguna forma el mandato y se le debe responsabilizar por ello, protegiendo así a los terceros, verbigracia; en *Gallant v. Issac*, n agente de seguros manifiesta a una mujer que su seguro la cubre el fin de semana aunque no realizara los trámites con la aseguradora necesarios para que así fuese, entonces queda obligado a responder de este acto por principio de su autoridad inherente.

Por ejemplo, el caso *Jenson Farms Co v. Cargill*²⁰⁰, tuvo como cuestionamiento legal si Warren era un agente de Cargill, dicho caso resolvió que toda relación de agencia puede ser probada a través e evidencia circunstancial a través de las negociaciones que ambas partes tuvieron siempre que el tercer con carácter de agente pueda ser acreditado como tal por medio de los elementos que configuran a la agencia, enumerando el control que Cargill ejercía, las instrucciones dadas, por lo que se reconoce que toda actuación fáctica bajo mandato aparente constituye una relación de agencia.

Existen según esta doctrina judicial cuatro elementos que constituyen deberes substanciales en el contrato de agencia en los Estados Unidos:

1. Deber fiduciario básico, que otorga poder legal sobre la propiedad en posesión del fiduciario y que debe ser utilizada en el mejor interés del principal.
2. Deber de lealtad, donde el agente debe conducirse en beneficio del principal en toda materia que sea conexas a la agencia.
3. Deber de cuidado, donde un agente no puede utilizar o comunicar información confidencial o sensible provista por el principal para su beneficio propio o un tercero, denominada también actuar en buena fe.

²⁰⁰ *Supreme Court of Minnesota A. Gay Jenson Farms Co. v. Cargill, Inc.* 309 N.W. 2d 295 (1981).

4. Deber de obediencia, que implica obedecer toda instrucción orden y documento relacionado con la agencia.
5. Deber fiduciario en sentido estricto, donde un fiduciario no puede tener interés personal respecto de su operación de una fiducia, aunque la fiducia se beneficiara del mismo. El fiduciario solo puede actuar bajo las órdenes establecidas en dicha relación.

3.4.3. Agencia Comercial.

En el contrato de agencia anglosajón, el carácter de agente independiente existe de manera expresa y permite que las personas que cuentan con esta calidad ejerciten su juicio personal y solo respondan de los resultados con el principal, teniendo libertad operativa de cómo llevar a cabo la vida de su contrato. A este en ocasiones también se le llama agente administrador.

La judicialización de estos sistemas jurídicos, provocan que el carácter de agente pueda originarse de varias formas y la agencia puede darse por mandato explícito de una persona, o con consentimiento voluntario, o que se determine que se dé por ministerio de ley, estableciendo donde se pueda concluir que esta representación de facto es existente para que trascienda de iure. En estos casos surge, por ejemplo, la figura del agente en necesidad, que es equiparable a la gestión de negocios -incluso mantienen la locución '*negotiorvm gesto*'- del derecho continental, donde simplemente existe una circunstancia que por su apremio o peligro en su demora pueda provocar pérdidas patrimoniales de la persona a la que se representa y de esa forma se asume una representación no ratificada para la salvaguarda del patrimonio de quien se gestiona.

El mismo sistema comprende también la agencia con exclusividad, la que implica que el agente sea la única persona con capacidad de vender el patrimonio del principal en una zona determinada de mercado, exceptuando al propio agente. Esta, que es la más similar a la agencia que estudiamos, se llama también agencia exclusiva para vender, franquicia exclusiva, o franquicia de venta única. En esta se considera que existen tres especies de esta variedad:

1. Donde el contrato no impide al principal el realizar ventas directas, pero niega la designación de nuevos agentes,
2. Donde el agente es el único con derecho de vender y
3. Donde la agencia exclusiva se acompaña con un derecho estipulado de recibir comisión sea el negocio hecho por el agente o no²⁰¹.

La agencia comercial, se considera una modalidad especializada de este supuesto., es aquella que se crea al emplear un agente exclusivamente en la venta de mercancías y bienes por cuenta del principal.

3.4.4. Responsabilidad derivada de la agencia.

La responsabilidad en materia de agencia es similar a cualquier otra del derecho anglosajón. El equivalente a los daños y la responsabilidad se engloba en el campo de agravios-*torts*- que es amplísimo en la consecución de resarcimientos judiciales. Parte de la base que usualmente, en un mundo corporativo, los principales tienen mayor poder económico que las personas que son dañadas por estos actos. La responsabilidad emanada de la agencia surte para con los agentes del principal y para con terceros. En Estados Unidos, Factores de riesgo corporativo como el trabajo, la capacitación dada a un agente, los enseres y avíos que utiliza para el desarrollo de su contrato determinan si el mismo es un empleado cualquiera o es un contratista independiente-agente-, según sea el caso. La independencia de un agente puede acreditarse si:

1. Se trata de un operador especializado.
2. Tiene habilidades superiores a los demás trabajadores por experiencia propia fuera del empleo conferido.
3. Usa sus propios enseres para su actividad.
4. Su contratación es de duración corta.
5. Es pagado por operación y no por tiempo.
6. Lo que las partes consideran respecto de su relación.
7. La sujeción al control jerárquico de la persona que contrató.

201

Ibídem, p. 71

A contrario sensu, se delimita que existe una relación de empleado cuando:

1. No es un especialista.
2. Pago por tiempo-consuetudinariamente la hora-.
3. Trabaja con enseres provistos por el empleador.

Esto no limita la responsabilidad que ambas partes tienen contra terceros, siendo de manera exclusiva las demanda por contrato responsabilidad del principal.

La terminación de la agencia puede darse por cualquiera de las partes en un momento dado igual que en los países con derecho estatutario, y al igual que en estos casos se responde de la obligación extracontractual que de dicha revocación se derivan.

Como nota relevante, en algunas jurisdicciones se cree que cuando existe intermediación en traslaciones de dominio como la compraventa, puede existir una representación dual a la parte compradora y a la vendedora, siendo el ejemplo más común el agente inmobiliario en la compraventa de un inmueble.

Así pues, concluimos que, aunque la agencia no tiene un desarrollo legislado estatutario como otros países, engloba de manera adecuada la noción de que un agente es un intermediario comercial que de alguna manera, opera de la misma forma que en el derecho continental europeo. Como cierre del estudio comparado, se estudia el derecho de la Federación Brasileña, que resulta relevante a efecto de dicha investigación al contener características únicas respecto de otros ordenamientos jurídicos.

3.5. Federación Brasileña.

Como un último ejemplo, desarrollamos el estudio de las figuras del mandato, la comisión y la agencia en el derecho brasileño, quien análogo a España, cuenta con una ley específica relativa al contrato de agencia que analizaremos en el presente. Elegimos el derecho de la Federación Brasileña por considerarlo un país con un volumen y panorama económico similar al de México.

El derecho brasileño tiene una particularidad que resultó sumamente importante para el desarrollo de este trabajo porque, aunado al hecho de contar con los tres contratos -mandato, comisión, agencia- tiene un órgano regulador para los intermediarios comerciales independientes que será estudiado a profundidad en los incisos sucesivos, y que seguramente asistirá en el ensamblado final de la presente propuesta.

3.5.1. Mandato.

Al igual que en nuestra jurisdicción y las jurisdicciones europeas de derecho legislado, en Brasil existe un desarrollo completo del contrato de mandato en el Código Civil de ese país. El mismo es claro en su alcance y limitaciones y nos permite refrendar la correlación entre dicho contrato y el contrato de agencia, siendo todo el capitulado de los brasileños dedicado a estas figuras por su similitud. La ley lo define en el artículo 653 del Código Civil como a continuación se expresa

Opera el mandato cuando alguien recibe de otro, poderes para en su nombre practicar actos o administrar intereses. La procuración es el instrumento del mandato.

De la anterior lectura anterior se entiende el otorgamiento de facultades-poderes-para realizar actos, mismos que no especifica si jurídicos o no, y la administración, llamando al documento instrumental del mandato procuración, así como en México y España se le denomina consuetudinariamente 'poder'. De acuerdo con el artículo ulterior, cualquiera puede otorgar el mismo siempre que goce de capacidad y bastará con la firma del instrumento para que surta sus efectos.

Adicionalmente, el artículo 654 establece que el instrumento donde conste este otorgamiento deberá tener la mención del lugar donde fue otorgado, la calificación de las partes, la fecha de otorgamiento y la causa y motivo de la extensión, dejando incluso a salvo que el tercero que contrate con mandatario pueda solicitar el reconocimiento de la firma del otorgante²⁰².

202

Uno de los elementos más notables del mandato en Brasil será que el mismo puede otorgarse por instrumento público y coexistir con un mandato particular, estableciendo las formas de expreso o tácito, verbal o escrito en la forma de otorgarse, pero en lo general establece una forma escrita toda vez que los actos que así lo necesiten tendrán este requisito material de constancia²⁰³.

En cuanto a su carga económica, a diferencia de su comisión mercantil y la agencia, Brasil presume en su Código el mandato como gratuito salvo pacto en contrario, dejando a salvo que el mandato fuere otorgado por causa de oficio o profesión, siendo el caso más asequible el del mandato judicial-.

Incluso se establece un párrafo adicional que determina la forma de retribución en la forma de ley o por virtud del contrato celebrado, manifestando que la carga del mismo estará determinada por los usos del lugar o por arbitrio heterocompositivo²⁰⁴.

Para la aceptación, la legislación brasileña acepta del mismo modo que la misma sea tácita si otorgado se aprecian indicios del inicio de la ejecución del mismo, y también establece la posibilidad de ser el mismo general y especial, estableciendo que para ciertos actos específicos como el de gravar, enajenar o transigir-actos de dominio-, será necesario que se le otorgue la facultad expresa al mandatario de celebrar estos actos. De lo contrario, la legislación brasileña considera nulos relativos a los mismos, otorgando la facultad del reconocimiento expreso posterior

Artículo 654. Todas las personas capaces son aptas para dar procuración mediante instrumento particular, que valdrá desde que tenga la firma del otorgante.

§ 1o El instrumento particular debe contener la indicación del lugar donde fue pasado, la calificación del otorgante y el otorgado, la fecha y el objetivo del otorgamiento con la designación y la extensión de los poderes conferidos.

§ 2o El tercero, con quien el mandatario trata puede exigir que la procuración traiga la firma reconocida.

203

Artículo 655. Aun cuando se otorgue mandato por instrumento público, puede subestablecerse mediante mandato particular.

Cfr.
204

Artículo 658. El mandato se presume gratuito cuando no haya sido estipulada retribución, excepto si su objetivo corresponde a los que el mandatario trata por oficio o profesión lucrativa.

en caso de que así se celebraren, siendo retroactiva la misma, o en su defecto, se hace que el mandatario se obligara en nombre propio²⁰⁵.

En otra nota, el código brasileño faculta el derecho de retención de bienes dentro de la posesión del mandante para garantizar el pago de su contraprestación y la consideración de excederse del mandato que conlleva la pérdida de esta calidad a menos que fuere ratificado, en línea y sintonía con otras jurisdicciones legisladas²⁰⁶.

Posterior a las generalidades del mandato, se establecen las obligaciones comunes a todos los mandatarios para que los mismos operen de acuerdo con ellas y son, como podremos apreciar de su lectura, similares a todas las jurisdicciones que hemos estudiado. Entre lo descrito y reproducido se encuentra el deber de cuidado o del buen padre de familia, la de indemnizar los perjuicios por culpa o substitución indebida, a responder de los gastos indebidos que erogara con las ganancias hechas para el mandante, la rendición de cuentas, y la subsistencia del mandato con su muerte habiendo peligro en la demora de la conclusión del mismo. Todo este cúmulo de obligaciones aprecia que en Brasil hay una gama extendida de supuestos que los mandatarios deben observar y que se transcriben por efecto del estudio comparado²⁰⁷.

205

Artículo 659. La aceptación del mandato puede ser tácita, y resulta del comienzo de la ejecución.

Artículo 660. El mandato puede ser especial a uno o más negocios determinadamente, o general a todos los del mandante.

Cfr.

206

Artículo 664. El mandatario tiene el derecho de retener, del objeto de la operación que fue cometida, cuanto baste para el pago de todo lo que le es debido en consecuencia del mandato.

Cfr.

207

Artículo 667. El mandatario está obligación a aplicar toda su diligencia habitual en la ejecución del mandato, y a indemnizar cualquier perjuicio causado por su culpa o de aquellos a quien substituye, sin autorización poderes que deba ejercer personalmente.

§ 1o Si, no obstante, la prohibición del mandante, el mandatario se hiciere substituir en la ejecución del mandato, responderá a su constituyente por los perjuicios ocurridos sobre la gestión del substituto, incluso proveniente de caso fortuito, salvo que se demuestre que el caso hubiere sobrevenido, aunque no se hubiese realizado substitución.

En paralelo, el mandante debiere erogar todos los gastos y obligaciones que contraiga para su mandatario, pagar las mismas con independencia de la consecución del mandato, resarcir las pérdidas que resulten del cumplimiento adecuado del mandato²⁰⁸.

Para que el mandato se extinga, la legislación brasileña prevé las mismas situaciones de hecho y derecho que otros países, contando las mismas causas que en jurisdicciones anteriores y las previsiones relativas a la indemnización derivada de la extinción, así como las conductas del mandatario para el caso de fallecimiento²⁰⁹.

Con ello, procedemos a estudiar a la comisión en los cánones legislativos de Brasil para entender mejor la diferencia específica entre ambas figuras y poder esclarecer como estas se desarrollan en dicho país.

3.5.2. Comisión.

Para Brasil la comisión se define como un mandato sin representación para actuar exclusivamente en la compraventa de bienes por parte del comisario. Las obligaciones engendradas por el comisario derivadas de este contrato le hacen

§ 2o Habiendo poderes de substituir, solo serán imputables al mandatario los daños causados por el substituto si hubiera actuado con culpa en la elección de este o en las instrucciones dadas a él.

§ 3o Si la prohibición de substituir consta de procuración, los actos practicados por el substituto no obligan al mandante, salvo ratificación expresa, que retrotraerá a la fecha de lacto.

§ 4o Siendo omisa la procuración en cuanto a la substitución, el procurador será responsable si el substituto procede culposamente.

Cfr.
208

Artículo 675. El mandante está obligado a satisfacer todas las obligaciones contraídas por el mandatario, de conformidad con el mandato conferido, y adelantar el importe de las dispensas necesarias de la ejecución del mismo, cuando el mandatario lo pida.

Cfr.
209

Artículo 682. Cesa el mandato:

I – por la revocación o la renuncia;

II – por la muerte o interdicción de alguna de las partes;

III – por el cambio de estado que inhabilite al mandante el mandante a conferir los poderes, o al mandatario para ejercerlos;

IV – por el término de plazo o por la conclusión del negocio.

Cfr.

responder de manera directa con sus contratantes, de forma similar a como lo hacen los demás países, estableciendo el deber de recibir y obedecer instrucciones para el comisario, con la particularidad que basta con que acredite el beneficio para el comitente para que pueda desobedecer las mismas²¹⁰.

Como particularidad, también se prevé el deber de cuidado propio para su encargo, tanto en la preservación de los intereses del comitente, así como la obtención razonable de lucro. Resulta curioso ver que esto pretende proteger las ganancias esperadas por el comitente. En el mismo sentido se faculta para diferir el cobro de en los contratos que celebre y la posibilidad de prohibir dicho caso, según se considere en el instrumento²¹¹.

Este contrato se presume oneroso, y para falta expresa de contraprestación se atiende como es propio de la materia mercantil el pago según los usos del lugar. En la misma vena, se establece que dicha remuneración es debida parcialmente incluso con la muerte del comisario²¹².

Llama la atención que, aunque tiene ubicación en el Código Civil, se usa la terminología de “despido” del comisario, y de la remuneración por trabajos prestados, lo que advierte o bien una imprecisión legislativa, o bien que se advierte una similitud con un contrato de trabajo en dicho ordenamiento jurídico²¹³.

210

Artículo 693. El contrato de comisión tiene por objeto la adquisición o la venta de bienes por el comisario, en su propio nombre, por cuenta del comitente.

Cfr.

211

Artículo 696. En desempeño de sus incumbencias el comisario está obligado a actuar con cuidado y diligencia, no solo para evitar que cualquier perjuicio al comitente, sino también para proporcionarle el lucro que razonablemente pudiese esperar del negocio.

Cfr.

212

Artículo 701. No estipulada la remuneración debida al comisario, será esta arbitrada según los usos corrientes del lugar.

213

Aparentemente y de las leyes estudiadas sucesivamente no es así, pero no deja de ser relevante para este estudio que aún en jurisdicciones acabadas con desarrollo de las figuras de representación existan confusiones conceptuales o simplemente la técnica legislativa que les da lugar sea laxa en la utilización de sus vocablos.

Como acotaciones finales, se estiman puntos que son similares a lo descrito anteriormente, pues se establece la obligación recíproca a cobrar intereses por el incumplimiento, el derecho preferente sobre las mercancías para el cobro en caso de fallo o insolvencia del comitente y la supletoriedad del mandato en la materia²¹⁴.

A continuación, analizamos el contrato de agencia propiamente dicho, para dilucidar sobre sus alcances dentro de la Federación Brasileña:

3.5.3. Agencia.

El contrato de agencia tiene un desarrollo único en Brasil. No solamente se le trata como una figura autónoma, sino que tiene una ley específica que crea un registro de agentes para tal efecto, lo que otorga un aspecto registral contra terceros únicos en esta legislación. A continuación, se estudia en primer lugar el capitulado propio de su Código Civil y luego la Ley N.º 4.886, de 9 de diciembre de 1965, que regula las actividades de los representantes comerciales autónomos.

En principio, el código civil separa de inmediato al agente del contrato de trabajo, para establecer una obligación onerosa en una zona geográfica determinada, y llamándole contrato de distribución a cuando un agente tiene posesión de la cosa a ser negociada. Asimismo, se establece que para que se pueda representar al proponente del contrato de agencia se establece una cláusula expresa dentro del contrato²¹⁵.

214

Artículo 705. Si el comisario fuere despedido sin justa causa, tendrá derecho a ser remunerado por los trabajos prestados, así como a ser resarcido por las pérdidas y daños resultantes de su dispensa.

Cfr.
215

Artículo 710. Por el contrato de agencia, una persona asume, en carácter no eventual y sin vínculo de dependencia, la obligación de promover, por cuenta de otra, mediante retribución, la realización de ciertos negocios, en zona determinada, caracterizándose la distribución cuando el agente tuviera a su disposición la cosa a ser negociada.
Párrafo único. El proponente puede conferir poderes al agente para que este lo represente en la conclusión de los contratos.

Existe con base en esta definición algunos problemas para separar el contrato de agencia del de distribución en el artículo señalado, pero, por efecto práctico, no ahondaremos con la noción de contrato de distribución en este país²¹⁶.

En esta legislación, se contempla el deber de respetar la zona geográfica o área de influencia de un agente dándole derecho a remuneración por negocios concluidos en la zona sin intervención, el actuar con diligencia y deber cuidado, obedeciendo instrucciones del proponente, el pago de gastos por parte del agente, a ser indemnizado si el proponente actúa de forma que dejare de ser redituable el contrato o entorpezca la conclusión de un negocio y a la protección de la ejecución parcial del agente en un negocio, así como a la conclusión del mismo si fuere indeterminado por declaratoria de alguna de las partes y la remisión a la ley especial²¹⁷.

La ley especial en comento es aquella que nos compete con mayor énfasis en este estudio, pues estableció un registro único para el país de los intermediarios comerciales. Según la misma la distribución y la agencia son formas de representación comercial autónoma. La misma en su primer artículo desvirtúa el carácter laboral de estos contratos y la amplitud para cualquier acto celebrado para este efecto, dejando a salvo la supletoriedad en la materia por parte de la legislación civil y mercantil²¹⁸.

²¹⁶ De Melo Borges, Luiz Guilherme, Contratos de Agencia, Distribución y Representación Comercial, ed. PUC, Brasil, pp. 3-5, 2009. Autores como Luiz de Melo y Humberto Theodoro Jr., en Brasil hacen manifiesta esta duda. Nosotros abandonamos el contrato de distribución por no estimarlo relevante para las tres figuras que acotamos en el aparato crítico de la presente tesis.

²¹⁷

Artículo 711. Salvo ajuste, el proponente no puede constituir, al mismo tiempo, más de un agente en la misma zona, con idéntica incumbencia, ni puede el agente asumir el encargo de en ella tratar de negocios del mismo género, por cuenta de otros proponentes.

Cfr.

²¹⁸

Artículo 1º Ejerce la representación comercial autónoma la persona jurídica o la persona física, sin relación de empleo, que desempeñan, en carácter no eventual por cuenta de una o más personas, la mediación para la realización de negocios mercantiles, agenciando propuestas o pedidos para transmitirlos a los representados, practicado o no actos relacionados con la ejecución de los negocios.

La anterior ley es tan estricta que no permitirá que nadie que ejerza estas actividades pueda ser remunerado por los negocios ejecutados si no cuenta con el registro correspondiente en los términos de dicha ley, y derivado de su carácter especial se advierte inamovible²¹⁹.

Para que este registro surta efectos, se requieren ciertos documentos a presentar, ante los así llamados Consejos regionales, creados ex profeso para regular la materia, requiriendo distintos documentos de acreditación para personas físicas y morales, según sea el caso²²⁰.

Se advierten prohibiciones estrictas a ser parte de este registro para diversas personas que por su condición legal, mala fama pública o conflicto de interés no pueden participar de dichas actividades, refrendando que no se permite cobrar como mediador de negocios al que cuente con este registro²²¹.

Párrafo único. Cuando la representación comercial incluye poderes relacionados al mandato mercantil, serán aplicables, cuanto al ejercicio de este, los preceptos propios de la legislación comercial.

219

Artículo 2º Es obligatorio el registro de los que ejerzan la representación comercial autónoma en los Consejos Regionales creador por el artículo 6º de esta ley.

Párrafo único. Las personas que, en la fecha de publicación de la presente ley, estuvieren en ejercicio de la actividad, deberán registrarse en los Consejos Regionales, en el plazo de 90 días a partir de la fecha que estos fueren instalados.

220

Artículo 3º El candidato a registro como representante comercial deberá presentar:

- a) prueba de identidad;
- b) prueba de cumplimiento con el servicio militar, cuando a él lo obligue;
- c) prueba de estar al día con las exigencias de la legislación electoral;
- d) hoja corrida de antecedentes, expedida por los registros criminales de las comarcas en que el registrado hubiere sido domiciliado en los últimos diez años;
- e) cumplimiento con el impuesto sindical.

§ 1º El extranjero esta desobligado de la presentación de los documentos constantes en los incisos b), e) y c) de este artículo.

§ 2 En los casos de transferencia o de ejercicio simultáneo de la profesión, en más de una región, serán hechas las debidas anotaciones en la cartera profesional del interesado, por los respectivos Consejos Regionales.

§ 3º Las personas jurídicas deberán hacer prueba de su existencia legal.

221

Artículo 4º No puede ser representante comercial:

- a) el que no puede ser comerciante;
- b) el quebrado no rehabilitado;
- c) el que haya sido condenado por infracción penal de naturaliza infamante, tales como falsedad, estelionato, apropiación indebida, contrabando, robo, hurto, lenocinio, o crímenes también punidos con la pérdida de cargo público;
- d) lo que estuviere con su registro comercial cancelado como penalización.

Dentro del propio documento, se crea un Consejo Federal para regular la materia, así como Consejos Regionales que regulan esta profesión dentro del territorio brasileño. Se establece que el Consejo Federal tendrá primacía sobre los regionales, podrá elaborar el Código de Ética propio de la institución y del ramo y establecer las contribuciones a los que es acreedor por parte de los representantes comerciales registrados²²².

Por otra parte, la misma ley establece que son los Consejos regionales encargados de la fiscalización de los representantes, el cobro de los emolumentos necesarios, la aplicación de multas y también el registro de los contratos de representación comercial relativos a su zona, así como la resolución preliminar de controversias relacionadas en la materia²²³.

Estas facultades son extensivas en la aplicación de penas e infracciones, el artículo 18 de la ley especial, enumera multas que van de una simple amonestación hasta la pérdida del registro y la aprehensión de la cartera profesional a cargo del intermediario, sin perjuicio de las acciones penales y

222

Artículo 5º Solamente será debida la remuneración como mediador de negocios comerciales, al representante comercial debidamente registrado.

Artículo 6º Son creados el Consejo Federal y los Consejos Regionales de los Representantes Comerciales, a los cuales incumbirá la fiscalización del ejercicio de la profesión en la forma de esta ley.

Párrafo único. Ésta prohibido a los consejos federal y regionales desenvolver cualesquier actividades no comprendidas en sus finalidades previstas en esta ley, incluyendo las de carácter político y partidarias.

Cfr.
223

Artículo 17. Compete a los Consejos Regionales:

- a) Elaborar su reglamento interno, sometiéndolo a la apreciación del Consejo Federal;
- b) Decidir sobre las solicitudes de registro de representantes comerciales personas físicas o jurídicas, de conformidad con esta Ley;
- c) mantener el catastro profesional;
- d) Expedir las cartas profesionales y anotarlas cuando sea necesario;
- e) Imponer las sanciones disciplinarias previstas en esta Ley, mediante la acción de proceso adecuado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18;
- f) Recolectar, cobrar y ejecutar las anualidades y emolumentos debidos por los representantes comerciales, personas físicas y jurídicas, registrados, sirviendo como título ejecutivo extrajudicial el certificado relativo a sus créditos.

civiles, estableciendo la posibilidad de queja en contra de las determinaciones del Consejo Regional²²⁴.

Para que estas penas sean aplicadas, la ley contempla un grupo de supuestos contenidos en el artículo 19 de la misma²²⁵.

El propio Consejo Regional debe tener registrados todos los contratos de intermediación comercial a cargo de estos representantes. Según el artículo 27 se deberá dar aviso de diversos datos del contrato entre los que se enumeran

- a) condiciones y requisitos generales de la representación;
- b) indicación genérica o específica de los productos o artículos objeto de la representación;
- c) plazo cierto o indeterminado de la representación
- d) indicación de la zona o zonas en que será ejercida la representación;
- e) garantía o no, parcial o total, o por cierto plazo, de la exclusividad de zona o sector de zona;
- f) retribución y época de pago, por el ejercicio de la representación, dependiente de la efectiva realización de los negocios, e recibimiento, o no, por el representado, de los valores respectivos;

224

Artículo 18. Compete a los Consejos Regionales aplicar, al representante comercial faltoso, las siguientes penas disciplinarias:

- a) advertencia, siempre sin publicidad;
- b) multa hasta el importe equivalente al mayor salario mínimo vigente en el País;
- c) suspensión del ejercicio profesional, hasta un año;
- d) Cancelación del registro, con aprehensión de la cartera profesional.

§ 1º En caso de reincidencia o de falta manifiestamente grave, el representante comercial podrá ser suspendido del ejercicio de su actividad o tener cancelado su registro.

§ 2º Las penas disciplinarias serán aplicadas después de proceso regular, sin perjuicio, cuando sea conducente, de la responsabilidad civil o criminal.

§ 3º El acusado deberá ser citado, inicialmente, dándose conocimiento entero de la denuncia o queja, siéndole asegurado siempre, el amplio derecho de defensa por si él o por procurador legalmente constituido.

§ 6º Contra la decisión de los Consejos Regionales, cabrá recurso voluntario, con efecto suspensivo, para el Consejo Federal.

225

Artículo 19. Constituyen faltas en el ejercicio de la profesión de representante comercial:

- a) perjudicar, por dolo o culpa, los intereses confiados a sus cuidados;
- b) auxiliar o facilitar, por cualquier medio, el ejercicio de la profesión a los que estuvieren prohibidos, impedidos o no habilitados a ejercerla;
- c) promover o facilitar negocios ilícitos, sea como cualesquiera transacciones que perjudiquen intereses de la Hacienda Pública;
- d) violar el secreto profesional;
- e) negar al representado las competentes prestaciones de cuentas, recibos de cantidades o documentos que le hubieran sido entregadas, para cualquier fin;
- f) recusar la presentación de la cartera profesional, cuando solicitada por quien tenga derecho.

- g) los casos en que se justifique la restricción de zona concedida con exclusividad;
- h) obligaciones y responsabilidades de las partes contratantes;
- i) ejercicio exclusivo o no de la representación a favor del representado;
- j) indemnización debida al representante por la rescisión del contrato fuera de los casos previstos en el artículo 35, cuyo monto no podrá ser inferior a un doceavo del total de la retribución obtenida durante el tiempo en que ejerció la representación.

Refrendando le legislación civil, se dice que el representante debe informar con detalle el estado que guarda su representación y actuar conforme a las instrucciones exactas del proponente dentro del contrato²²⁶.

La ley considera que par que el intermediario represente al proponente en juicio deberá gozar de mandato expreso, estableciendo la solución de controversias derivadas como parte del fuero común en un juicio expreso según los artículos 31 y 39, respectivamente²²⁷.

Respecto de la exclusividad de las zonas geográficas de influencia, se manifiesta que la misma debe ser expresa. En cuanto a la exclusividad del agente, el mismo podrá actuar, salvo pacto en contrario, representando a otras empresas y también a contratar con otros intermediarios. Artículo 31. Previendo el contrato de representación la exclusividad de zona o zonas, o cuando este fuere omiso, hará título el representante a la comisión por los negocios allí realizados, sea directamente por el representado o por intermedio de terceros.

²²⁶

Artículo 28. El representante comercial queda obligado a proveer al representado, según las disposiciones de contrato o siendo este omiso, cuando le fuere solicitado, información detallada sobre el estado de los negocios a su cargo, debiendo dedicarse a la representación de modo que expanda los negocios del representado y promueva sus productos.

Cfr.
²²⁷

Artículo 30. Para que el representante pueda ejercer la representación en Juicio, en nombre del representado, se requiere mandato expreso. Le incumbirá, sin embargo, tomar conocimiento de las reclamaciones relacionadas a los negocios, transmitiéndolas al representado y sugiriendo las providencias cautelares en interés de este. Párrafo único. La representante en cuanto a los actos que practica responde según las normas del contrato y, siendo este omiso, de conformidad con el derecho común.

Con respecto al pago, esta ley es profundamente detallada en cuanto a cuando el mismo es debido, la proporción, plazo, cumplimiento de obligaciones fiscales, el cálculo de las mismas, los pagos generados por la rescisión del contrato y los plazos en los artículos 32 y 33. Adicionalmente se faculta a cobrar por encargos adicionales al representante según el artículo 38²²⁸.

De acuerdo con la Ley la terminación de los contratos indeterminados, y las causas de rescisión se deben de dar, según el orden de ideas, en el caso del primero otorgando garantía para evitar daños y perjuicios, y estableciendo como causas de rescisión justificada las contenidas en los artículos 35 y 36, estableciendo el derecho de retención del agente cumpliendo cualquiera de estas hipótesis en el artículos 37, y la imposibilidad de declarar terminado el mismo por virtud de dolencia o enfermedad justificada del representante²²⁹.

Para el caso de quiebras, se establece en Brasil la provisión de que el agente tiene la prelación de un crédito laboral²³⁰.

228

Artículo 32. El representante comercial adquiere el derecho a las comisiones cuando se da el pago de los pedidos o propuestas.

§ 1° El pago de las comisiones deberá ser efectuado hasta el día 15 del mes subsecuente a la liquidación de la factura, acompañada de las respectivas copias de las notas fiscales.

§ 2° Las comisiones pagadas fuera de plazo previsto en el párrafo anterior deberán ser corregidas monetariamente.

§ 3° Está facultado el representante comercial para emitir títulos de crédito para el cobro de comisiones.

§ 4° Las comisiones deberán ser calculadas por el valor total de las mercaderías.

§ 5° En caso de rescisión injusta del contrato por parte del representado, la eventual retribución pendiente, generada por perdidos en cartera o en fase de ejecución y recibimiento, tendrá vencimiento en la fecha de rescisión.

§ 7° Quedan prohibidas en la representación comercial alteraciones que impliquen, directa o indirectamente, la disminución de la media de los resultados obtenidos por el representante en los últimos seis meses de vigencia.

Cfr.
229

Artículo 34. La denuncia por cualquiera de las partes sin causa justificada, del contrato de representación, ajustado por tiempo indeterminado y que haya durado más de seis meses, obliga al denunciante, salvo otra garantía prevista en el contrato, a la concesión de preaviso, con antelación mínima de treinta días, o al pago de importancia igual a un tercio de las comisiones obtenidas por el representante en los tres meses anteriores.

Cfr.
230

Artículo 44. En caso de quiebra del representado los importes por el debidos al representante comercial, relacionadas con la representación, inclusive comisiones

Concluimos que esta regulación otorga una visión muy detallada y de corte patriarcal en la política pública regulatoria de la intermediación comercial. Esto provee de un corte mucho menos liberal de la contratación, pero vislumbra que se le da prevalencia a la seguridad jurídica de los participantes de la relación jurídica.

3.6. Conclusiones preliminares sobre el contrato de agencia en el derecho comparado.

Para efecto de da cierre a este capítulo haremos un resumen brevísimo de los elementos comunes encontrados en las legislaciones estudiadas.

Podemos establecer que todas las legislaciones de corte estatutario advierten que el contrato de agencia es un contrato único, independiente de la comisión y del mandato, tratándose de una forma del mandato sin representación que observa deberes de cuidado y el seguimiento de instrucciones. Se define de manera clara en todas y cada una de las jurisdicciones estudiadas que este contrato es oneroso por tratarse de materia mercantil y que la remuneración es fundamental para el agente. Se observa también que el tratamiento de los gastos es diverso y que en general se establecen derechos de exclusividad del agente y deberes de promoción del mismo, así como reglas generales de las operaciones que fortalecen el desarrollo fáctico de la relación, a efecto de que el agente asegure su remuneración y el proponente la adecuada persecución del incremento de su ganancia a través de su o sus agentes comerciales.

Es de notar que, salvo el caso italiano, todos los cuerpos legislativos tuvieron que hacer adecuaciones de la figura con leyes y estatutos especiales, por considerar el contrato de agencia como un tipo único de representación que requería de mayor cuidado por su creciente prominencia.

Finalmente, habiendo concluido lo anterior, procedemos al capítulo final de este estudio, donde dando cuenta de los elementos anteriores, se realiza una propuesta para el derecho mexicano.

vencidas y por vencer, indemnización y aviso previo, serán considerados créditos de la misma naturaleza que los créditos laborales.

Párrafo único. Prescribe en cinco años la acción del representante comercial para pelear la retribución que le es debida y los demás derechos que le son garantizados por esta ley.

CAPÍTULO CUARTO

Discusión de una Propuesta

para el

Contrato de Agencia en México

Orbis Non Sufficit.
-Decimus Iulius Juvenalis-

Capítulo IV Discusión de una Propuesta para el Contrato de Agencia en México.

4.1. Posibilidad de la agencia como contrato asociativo. 141. 4.2. La agencia como especie del contrato de prestación de servicios. 143. 4.3. El contrato de agencia y su distinción del contrato laboral. 144. 4.4. Propuesta de ubicación del contrato de agencia en el derecho mexicano. 146.

Después de haber realizado un estudio general de cómo se origina la necesidad de la intermediación comercial, la estructura doctrinal de los contratos y cómo otros países han tratado legalmente el tema de la agencia comercial, es momento que nosotros realicemos una propuesta para regular el contrato de agencia. Ello es viable en un contexto de la tridimensionalidad del Derecho porque se ha podido establecer que, como hecho, la intermediación comercial se manifiesta de muchas formas en prácticamente todo el mundo neoliberal, en una economía de mercado que tiene como motor principal el intercambio de bienes y servicios.

Como ya manifestamos, en la medida que el comercio tiende a acrecentar sus distancias es fundamental que en él intervengan mayor número de personas, sea para el transporte, para la compra y venta e incluso para llevar a cabo los trámites legales -a menudo múltiples y diversos- que son menesteres para el éxito de una ventura.

Por otra parte, como norma, los contenidos de la representación son extensivos y a partir de su forma más básica en el derecho civil, esto es, el contrato de mandato, surgen diferentes subespecies del mismo. También en la legislación comercial encontramos al menos dos contratos que se encuentran separados por la normatividad internacional que son el mandato y la comisión, existiendo otras figuras como la distribución. Del mismo modo, y aunque no se considere un elemento medular para este estudio el aspecto laboral, existe frecuentemente en los cuerpos legislativos la necesidad de deslindar contratos “sin

representación” como la agencia del contrato laboral, llegando al extremo brasileño de crear un registro calificado de agentes comerciales.

En México, la falta de tipicidad ha provocado una subsunción histórica del contrato de agencia al del trabajo o al de la mera comisión, lo que fortalece nuestra afirmación sobre la necesidad de regular con las jurisprudencias históricas del capítulo primero, así como los criterios con relación a la comisión mercantil²³¹. Además, la obsesión de la SCJN de subsumir esta relación al derecho de trabajo dificultó el desarrollo amplio de la figura en la vida real.

Su propia dimensión doctrinaria hace que la agencia comercial se trate de un contrato único, con las características -por lo general- de ser un contrato bilateral, conmutativo, consensual, escrito, principal, preparativo, oneroso, de obligaciones de medios y resultados -según sea- y de tracto sucesivo para ambas partes. Con ello, afirmamos que existe una categoría doctrinal propia para este contrato y que el mismo, aunque similar a la comisión, contiene en otras legislaciones elementos distintivos entre los que se enumeran:

- 1) La exclusividad del agente en una zona geográfica determinada.
- 2) El deber de “promoción” del agente.
- 3) La temporalidad prolongada del contrato.
- 4) La obligatoriedad de que el agente siempre reciba honorarios o comisión proporcional -no pagos fijos- por las ventas y servicios prestados.
- 5) La autonomía del agente respecto del empresario/proponente de la agencia comercial.

231

Época: Séptima Época Registro: 243346 Instancia: Cuarta Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen 109-114, Quinta Parte Página: 15 Materia(s): Laboral Tesis: COMISION, NATURALEZA DE LOS CONTRATOS A.

Para fijar la verdadera naturaleza de un contrato celebrado por una empresa mercantil con uno de sus empleados, deben tenerse en cuenta sus términos y condiciones, ya que son éstas las que conducen a una exacta interpretación de la intención de los contratantes, sin que baste el hecho de emplearse en ellas el término "comisionista" para estimar que realmente se trate de un contrato de comisión mercantil, cuando del examen de dichas estipulaciones se llega indudablemente a la conclusión de que se trata de verdaderos contratos de trabajo.

Con lo anterior afirmamos que el último aspecto de la comisión es uno axiológico o moral. Este sustentante afirma que, en un contexto sociocultural globalizado, es una práctica formal que cuando alguien auxilia en el desarrollo y expansión de un negocio, éste debe ser remunerado de manera proporcional a su aportación. Por ello se estima que la regulación del contrato de agencia en un país como México resulta buena y equitativa para dar certeza en doble vía a sus contratantes. Al agente, porque esto garantiza que podrá reclamar sus prestaciones del proponente/empresario; y en lo que se refiere al proponente/empresario, éste tentativamente podría sujetar a obligaciones más detalladas al agente, suprimir el “riesgo laboral” de que se repunte al agente como su trabajador y garantizar la fidelidad del mismo para el desarrollo del negocio en tanto se cumpla con las remuneraciones a las que el agente es acreedor.

Aseveramos *a priori* que es necesario e imprescindible que este contrato se encuentre regulado en el derecho mexicano, o que al menos logre alcanzar un nivel de estudio doctrinal para que los abogados que lidian con transacciones comerciales puedan discernir entre este contrato y sus figuras afines, para efecto de no menoscabar las pretensiones económicas de los involucrados o incurrir en un acto que, aunque de suyo fuere legal, tuviese a todas vistas el calificativo de “abusivo” o “inmoral”.

El siguiente numeral se estructura buscando una ubicación del contrato de agencia dentro del derecho mexicano, su definición a criterio del sustentante, los elementos de la relación jurídica que implica, su contenido obligacional, limitaciones y prohibiciones y la sugerencia de un articulado o modelo propuesto para que este contrato tenga vida autónoma en el derecho mexicano -a detallar en apéndice de este proyecto-. Con él, se engloba el último elemento del estudio que hemos desarrollado a fin de arribar a una conclusión propia con todo lo anteriormente expuesto.

4.1. Posibilidad de la agencia como contrato asociativo.

Pese a que no tenemos un desarrollo del contrato de agencia comercial en México, estudiar la clasificación de contrato asociativo podría llegar a ser útil,

porque de afirmarse que contratos como la asociación en participación constituye un acuerdo de esta índole, perfectamente se puede acotar que el contrato de agencia, que tiene como objeto una retribución basada en las ganancias obtenidas, pueda ser introducido, después de un minucioso estudio de la figura, como un contrato asociativo.

Se ha creado una clasificación de los contratos “asociativos” que resulta interesante para los efectos de la presente tesis. Tradicionalmente, a los contratos asociativos se les asignaba una nueva personalidad jurídica, con todos los atributos y personería necesaria para actuar como una ficción jurídica en la forma de los tipos societarios populares en el país, que son la sociedad civil, anónima, de responsabilidad limitada y la asociación civil²³². Esto implicaba el otorgamiento de un patrimonio y responsabilidad jurídica propias a dichas sociedades, así como un frente común para operar con terceros.

Tiempo después, estas sociedades sufrieron cambios y ajustes que dieron lugar a subtipos especializados de las mismas, como fue el caso las instituciones de banca múltiple, las sociedades de inversión, las sociedades bursátiles y asociaciones como las instituciones de asistencia privada, que por lo general cuentan con un tratamiento fiscal especializado para gravar ciertas actividades reservadas a sus tipos societarios, pero que en el fondo siguen la misma esencia que otros contratos de asociación “clásicos”, en el sentido de que retienen el patrimonio y personalidad jurídica diversa de sus constituyentes, salvo los casos específicos donde se anula la separación de la personalidad en materia de responsabilidad legal. El caso interesante es en los contratos como el fideicomiso, o, la así llamada, asociación en participación como ejemplo específico de contratos asociativos relevantes para el estudio del contrato de agencia.

En el caso concreto, la asociación en participación existe como una modalidad especial de los contratos asociativos en donde al menos una las partes contribuye con patrimonio y recursos específicos al desarrollo de una actividad comercial definida, y la otra ejecuta la gestoría administrativa de dicho proyecto. Basta con

²³²

Existen muchos más, pero abreviamos a los más populares.

que ésta se inscriba en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y, a la luz de la normativa fiscal en materia de lavado de dinero, puede resultar fundamental la protocolización o al menos el aviso a las autoridades competentes respecto del contrato por seguridad jurídica en las aportaciones hechas o el objeto de dicha asociación.

4.2. La agencia como especie del contrato de prestación de servicios.

Los contratos de prestación de servicios constituyen un tipo contractual similar a los contratos de representación por ser el contenido obligacional traducido en obligaciones de hacer. La diferencia pudiere radicar en que la prestación de servicios implica un conocimiento tecnificado en la actividad que se realiza como causa del contrato, y que el mandato tiene como fin la celebración de actos jurídicos, sin importancia del criterio previo.

En ellos, un prestador de servicios profesionales que tradicionalmente se denomina profesor o profesionista, proporciona conocimientos técnicos, científicos, artísticos o cualesquiera que requieran pericia a otro sujeto denominado cliente.

El contrato de agencia puede llegar a ser, sin duda alguna, una especie de contrato de prestación de servicios porque, como veremos más adelante, las obligaciones que se pactan son actos de promoción y venta de un determinado servicio o insumo lo cual no deja interpretación alguna sobre el insertar este convenio en la presente clasificación.

En este apartado resulta fundamental especificar que, de existir como un tipo contractual propio para la agencia comercial, la prestación de servicios podría ser una figura análoga a la agencia siempre y cuando las actividades contenidas pudieren implicar realizar actos de comercio que requiriesen una pericia o conocimiento especializado en la gestoría y promoción del negocio para el que se contrata al agente. Incluso, algunos agentes en el marco legal mexicano tienen, por definición, la necesidad de tener conocimientos especializados en la actividad que desarrollan, como el caso del agente de seguros, al que calificaremos como

contingente en su inclusión en tanto aún no realizamos el estudio directo de los contenidos obligacionales de la agencia.

4.3. El contrato de agencia y su distinción del contrato laboral.

Aunque el contrato laboral no sea del estudio del campo del derecho privado en la doctrina jurídica nacional, es importante, como hemos visto, determinar cuál es el alcance que tiene respecto del contrato de agencia, pues como ya se ha dicho, existen múltiples interpretaciones judiciales que en el pasado les equipararon, y diversos países que niegan la identidad de esta relación.

En México, el trabajo es un derecho y una garantía constitucional, y goza, derivado de la revolución mexicana, un conjunto de protecciones únicas que, si bien se antojan atractivas para los empleados, en la práctica actual provocan muchas molestias a las compañías y empleadores por su alcance y permisividad, mayor a la de otras naciones y con mecanismos de resolución de controversias únicos.

La agencia, como se exploró brevemente en el capítulo anterior, con frecuencia se determinó como contrato laboral porque se decía que se trataba de impedir los beneficios a los que un trabajador es titular. Nosotros consideramos que este criterio es errado, puesto que la agencia comercial en el mundo moderno sigue un espíritu de independencia, especialización y diferencia en la contraprestación al contrato laboral que no puede dejar ser pasada por alto y que el espíritu revolucionario ha perdido vigencia, existiendo prioridades neoliberales en la agenda económica del sector privado y no existiendo una defensa sindical activa que denote la mejora de condiciones laborales.

Resulta curioso que notorios abogados en materia del trabajo, incluyendo a Mario de la Cueva y María Cristina Salmorán de Tamayo, reputan o desdeñan en sus textos a la actividad de la intermediación, el primero reputándola como:

[U]na de las actividades más innobles de la historia²³³.

Y subsumiéndola a la relación laboral y la segunda emitiendo fallos que eclipsaron a los contratos de intermediación. Como el multicitado criterio *AGENTES DE COMERCIO. CUANDO SON SUJETOS DE DERECHO DEL TRABAJO*.

Tradicionalmente, dicha relación contempla los siguientes elementos para acreditarse en el marco legal vigente que son:

- 1) Un salario.
- 2) Un lugar de trabajo. -sólo para efectos probatorios-.
- 3) Una jornada fija de trabajo.
- 4) Una relación de supra-subordinación entre las partes.

A partir de los elementos anteriores podemos afirmar con toda certeza, que ni el comisionista ni el agente son trabajadores por lo que refiere a su independencia operativa, que no requiere por lo general instrucciones específicas, un lugar exclusivo donde se preste el trabajo o bien, a la proporcionalidad de la contraprestación en la comisión y la agencia, que dependen del volumen de operación o el éxito de estas venturas, mientras que en el contrato de trabajo estas prestaciones no son proporcionales sino fijas.

Los efectos prácticos son diversos, y representan ventajas para el agente y el empresario, toda vez que, por ejemplo, en caso de evitar la relación laboral el empresario no está obligado a pagar seguridad social del agente, retener sus impuestos, otorgar prestaciones fijas o sujetarse a indemnizaciones por despido. Del mismo modo el agente podría aducir que no está obligado a seguir cierto tipo de órdenes del empresario o bien tendría garantizado su derecho a la comisión a que es acreedor con un contrato tipo o una regulación expresa de esta figura, sin necesidad de prestar un servicio que se volvería exclusivo al deber cumplir determinadas horas de trabajo si fuese una relación laboral.

Por lo anterior concluimos que es menester apartarnos de estos criterios, puesto que los mismos son dañinos para la teoría jurídica del derecho civil y para la

²³³

De la Cueva, Mario. El nuevo derecho mexicano del trabajo. 2005, p. 160, 20 ed. Porrúa.

practicidad operativa del agente, para entender a la agencia comercial como un contrato del dominio del derecho mercantil que no puede continuar en el marco regulatorio actual.

4.4. Propuesta de ubicación del contrato de agencia en el derecho mexicano.

El contrato de agencia comercial es un contrato sui generis que es muy similar al de comisión mercantil, se debe suponer entonces, que su ubicación dentro del derecho mexicano tiene que tener un fundamento federal, por considerar al comercio una facultad del primer nivel de gobierno. Ello entraña suponer, que las atribuciones para ejercer la agencia comercial están dadas como derecho para los contratantes según el artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de donde se presume que es posible realizar la actividad de agencia comercial²³⁴.

Aquí vale la pena preguntarse la licitud o lo deseable de que al agente se le establezca un derecho de exclusividad y de fidelidad, así como la limitación que algunas legislaciones vistas ponen para que el agente contrate con los anteriores clientes que tuvo en el ramo dedicado a la agencia. En el criterio del sustentante, una interpretación económica de la Constitución sin corte libertario permitiría que se establezca prohibición de que el agente desempeñe su profesión en ciertos términos, como que, por ejemplo, no la desempeñe en la misma zona y en detrimento de su representado por un periodo limitado, incluso atendiendo al párrafo posterior que refiere la prohibición de renuncia temporal o permanente a ejercitar determinada profesión industria o comercio.

De nuevo, valdría la pena establecer el alcance de este párrafo en la limitación - principalmente al agente- que existe en este contrato, pues de un estudio que no fuere garantista, se puede colegir que la limitación tentativa de que un agente

234

Artículo 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. La ley determinará en cada entidad federativa, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

opere en la misma zona por un tiempo limitado o bien, quede impedido de contratar con aquellos que por cuenta del proponente de la agencia pactó anteriormente, se antoja válida porque no constituye el impedimento de que el agente siga ejerciendo la agencia, incluso en el mismo ramo, solamente respetando temporalmente los negocios ejecutados por cuenta de su empresario o proponente.

Nosotros consideramos que no es necesario crear un registro único de agentes como el caso de Brasil porque el mismo se antoja burocrático y retardante de la economía. Empero, consideramos que el Registro Público de Comercio de cada entidad debiere permitir la inscripción de aquellos contratos de agencia que por su relevancia económica pudieren considerar deseable el contar con fecha cierta de la contratación y el alcance y contenido de este contrato, facultad que debiere estar adscrita a un fedatario público para que pueda cuidarse tanto la forma como las consecuencias y alcances legales derivadas de las mismas²³⁵.

Ahora bien, aunque la facultad de regular en materia de comercio es exclusiva del congreso según la fracción X del artículo 73²³⁶, también es cierto que el Presidente de la República tradicionalmente es quien promulga y ejecuta las leyes que expida el Congreso²³⁷, y que, luego entonces, el contrato de agencia puede contenerse, o bien en una Ley especial para regularlo, o bien integrarse al Código de Comercio.

²³⁵ No es nuestra intención hacer un estudio económico porque desvirtuaría el propósito del contrato, pero la cuantía del contrato de agencia debiere estimarse haciendo un criterio de relevancia, por ejemplo, que las ganancias brutas del proponente por medio de la agencia supongan un ingreso superior a “x” cantidad de pesos en moneda nacional.

²³⁶

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123;

²³⁷

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.

Nosotros decidimos proponer que debe tener cabida en el Código de Comercio el Contrato de agencia porque se trata del cuerpo medular de derecho mercantil, y allí ya se contiene el contrato de comisión en el artículo 273 y sucesivos, así como las similares figuras denominadas factores y dependientes que responden a una forma casi en desuso en la práctica del comercio mexicano, por ser estos frecuentemente substituidos por los comisionistas, para el caso del mandato sin representación, y del apoderado simple que goza de instrumento notarial otorgando facultades para contratar por nombre y cuenta.

Explícito lo anterior, procedemos a analizar los sujetos, objetos, vínculo y finalidad que persigue la comisión mercantil.

Conclusiones y Propuestas

El nivel más alto del conocimiento
demanda no solamente criticar o
describir,
sino crear y proponer.
-Leticia Bonifaz Alfonso-

Conclusiones

Habiendo finalizado la presente tesis, afirmamos que a partir de la hipótesis originalmente planteada, donde se dijo que existe la necesidad de un estudio minucioso del contrato de agencia comercial y en consecuencia legislarlo de modo independiente respecto de otros contratos mercantiles de representación existentes en el país, este trabajo arriba a las siguientes conclusiones derivadas de la problemática que se estudió:

- I. El capítulo primero estableció que la intermediación comercial es un fenómeno económico expansivo histórico de carácter global, donde los comerciantes aumentaron la necesidad de tener intermediarios en la medida que les fue posible ingresar a nuevos mercados y llevar sus bienes y servicios a los mismos.
- II. Con el comercio surgen nuevas formas de contratación constantemente. Estas nuevas formas a menudo requieren la modificación de las leyes preexistentes, siendo ejemplo de ello el comercio electrónico, los contratos de propiedad industrial, los nuevos esquemas de contratación en materia de energías renovables, y la propia agencia comercial, entre otros. Los intermediarios de comercio siguen esta misma evolución, pasando de ser meros corredores o factores y dependientes a ser más complejos, desarrollándose figuras como la representación y en consecuencia el mandatario, el comisionista el distribuidor y en especial el agente comercial.
- III. Según el estudio realizado en el capítulo primero, en México se truncó la evolución de la figura del agente comercial porque la legislación, en aras de expandir el derecho del trabajo procedió a limitar a la agencia comercial en favor del contrato laboral para evitar simulaciones durante la totalidad del siglo XX.
- IV. No existiendo el contrato de agencia comercial, los abogados han realizado un contrato de agencia basado en la comisión mercantil simple y los usos y costumbres de las empresas para cubrir dicha deficiencia.

- V. El capítulo dos estudió la naturaleza del contrato de agencia mercantil, el cual por sus características es: mercantil, bilateral, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo, consensual, escrito preparatorio y principal.
- VI. La agencia es un contrato mercantil porque su naturaleza subjetiva y objetiva tienen este carácter, lo que implica que la legislación aplicable es la federal y la vía de resolución es, en principio, la ordinaria mercantil.
- VII. La agencia es un contrato oneroso y conmutativo porque tiene como fin la especulación comercial y se tiene siempre certero el contenido de las prestaciones a realizar.
- VIII. La agencia es consensual en oposición a real y debe constar por escrito para asegurar su carácter conmutativo y oneroso de manera detallada, diferenciarlo de la comisión y establecer obligaciones que de momento no existen como cláusulas naturales del contrato.
- IX. La agencia es un contrato preparatorio porque de ella devienen la celebración de diversos contratos, usualmente de compraventa pero no de manera exclusiva, puesto que en principio la promoción implica realizar múltiples acuerdos de voluntades.
- X. La agencia sirve como contratación alternativa en materia de intermediación, pues es más amplia que la comisión y más libre en el campo de operación del agente respecto del comisionista, teniendo deberes y derechos con mayor tutela en la mayoría de las legislaciones analizadas.
- XI. La agencia aparece como un campo indistinto equiparable a la representación en los derechos de corte anglosajón casuístico, con elementos similares que buscan estudiar el alcance, la naturaleza de la representación y características de los agentes.
- XII. Pareciere que países que tienen intercambios comerciales y legislativos con México, tales como España Italia y Brasil tienen claramente separada la noción de agencia como subespecie de la comisión, siendo indiciario de una necesidad globalizada de separar las figuras en distintas jurisdicciones y mercados.

- XIII. Resalta que existe un cuidado del extensivo del contrato de agencia en países como Brasil, implica tener incluso un registro nacional de agentes, y en el caso de Italia, la obligación del agente de contar con un seguro con amplitud de cobertura sobre las mercancías que se encuentran en su esfera de control, y posturas que asumen tanto mayores deberes para el agente - Italia- a posturas proteccionistas como -el caso de España-.
- XIV. El capítulo tres y cuatro establecen que México carece actualmente de un contrato típico que ofrezca la flexibilidad que tiene el contrato de agencia comercial en materia de intermediación, por lo que se refrenda la hipótesis.
- XV. El capítulo cuarto confirma la suposición que la omisión legislativa y los fallos judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación provocaron una confusión histórica del juzgador mexicano entre la agencia y la relación laboral o el mandato.

Propuestas

A partir de las conclusiones a las que se arribó, es menester realizar un apartado propositivo que refleje los elementos estudiados en la tesis.

Derivado del primer capítulo, creemos que actualizar la materia comercial es fundamental para que exista el Estado de Derecho. Los modelos exitosos del derecho comercial nos parecen reflejo de una sociedad económicamente sana y en consecuencia, con mejora en el nivel de vida de su población.

Como ya se manifestó, el contrato de agencia en México es un contrato atípico que tiene la oportunidad de ser legislado y ubicado dentro de la legislación federal comercial, toda vez que del estudio hecho es perfectamente viable crear un parámetro federal en la materia, rescatando los éxitos de los países que estudiamos en el análisis comparativo del capítulo tercero, y cuyos contenidos definitivos despejarían las dudas existentes planteadas en el capítulo cuarto respecto de su comparación con figuras como el contrato de trabajo y la comisión.

Mientras tanto, ubicar al contrato dentro de la clasificación realizada se antoja útil para la que en tanto no exista esta legislación, exista un marco de referencia asequible para los operadores jurídicos que asesoran a las personas con necesidad de obtener esta forma de representación indirecta en el territorio nacional.

Por todo lo anteriormente estudiado, donde advertimos y confirmamos la hipótesis planteada se propone lo siguiente:

- I. Se necesita regular y tipificar el contrato de agencia comercial en México, puesto que no bastan las menciones del contrato en meras leyes fiscales como la Ley del Impuesto sobre la Renta si no se tiene una certeza en las prestaciones que contiene el mismo.
- II. México debe homologar sus leyes comerciales con otros países con los que comercia, como se vio según la Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado y su Convenio sobre la Ley Aplicable a la Agencia y el

caso de la Directiva Europea 86/653/CEE relativas a este contrato, impidiendo dejar al arbitrio de los jueces y contratantes las prestaciones y contenidos de un contrato de agencia comercial que pareciere ya tener una opinión internacional casi uniforme sobre sus elementos.

- III. Es menester que exista esta legislación típica sobre la agencia mercantil para terminar con la incertidumbre actual, porque la generación de controversias deviene en litigios de naturaleza laboral que son profundamente asimétricos para las partes o litigios que homologan a la agencia con el mandato y la comisión y en consecuencia no respetan las prestaciones pretendidas tanto por el agente como por el proponente.
- IV. La agencia debe tener un marco legal que cubra todas las obligaciones exclusivas de esta modalidad de contratación, tales como el pacto de no competencia, la exclusividad del agente y el deber de promoción, amén de que exista certeza y seguridad jurídica para las partes.
- V. A pesar de que pudiere admitirse una opinión diversa a la de esta tesis y dejar el contrato al arbitrio de las partes bajo la liberalidad del derecho privado, refrendamos que para que esta modalidad operase de manera adecuada en el comercio, sería idóneo estudiar los deberes que se engendran de esta figura en otros países donde tiene regulación explorada.
- VI. Creemos que es importante abrir un debate a nivel científico y práctico para atender el cambio de paradigma y el reconocimiento de esta figura por parte de los operadores para que exista un criterio uniforme distinto al que expusimos que se tiene actualmente.

Apéndices

Apéndice I Propuesta para regular el Contrato de Agencia

Considerando que las diferencias entre las legislaciones nacionales sobre representación comercial afectan sensiblemente dentro de México las condiciones de competencia, el ejercicio de la profesión y el nivel de protección de los agentes comerciales en las relaciones con sus poderdantes, así como a la seguridad de las operaciones comerciales; éstas diferencias pueden perjudicar de igual manera el establecimiento y el funcionamiento de los contratos de representación comercial entre un comerciante y un agente comercial.

Partiendo de que de que el contrato de agencia carece de tipificación legal, aunque existan regulaciones parciales de algunas agencias especiales. El Código de Comercio y el Código Civil Federal no regulan más contrato de colaboración que el de comisión, configurado como mandato mercantil. Sin embargo, del tronco común de la comisión han ido surgiendo otros muchos contratos de colaboración, impulsados por nuevas necesidades económicas y sociales resultantes de las transformaciones del sistema de distribución de bienes y servicios. De este modo, los nuevos contratos mercantiles han ido perfilándose en la realidad social bajo variados y, con frecuencia, imprecisos nombres, correspondiendo a los Tribunales la delicada tarea de precisar los límites tipológicos y el contenido normativo.

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

Resulta menester explicar una definición de agente por la que diversos países optaron basados en la independencia y autonomía de éstos respecto de otros representantes del comercio análogos o el trabajador Siendo la independencia o autonomía el carácter fundamental del mismo. El agente, sea persona natural o jurídica, debe ser independiente respecto de la persona por cuenta de la cual

actúa, a la que, a fin de evitar confusión con otras modalidades de colaboración, se evita denominarla comitente. El agente puede ser un mero negociador, es decir, una persona dedicada a promover actos y operaciones de comercio o asumir también la función de concluir los promovidos por él.

El agente comercial no actúa por cuenta propia, sino ajena, ya sea por cuenta de uno o de varios empresarios: no se incluye la exclusiva como rasgo definidor, y cuando concluye actos y operaciones de comercio debe hacerlo en nombre del principal. No entra la Ley, sin embargo, en la consideración de la fuente del actuar representativo para la conclusión de los actos y operaciones de comercio promovidos por el agente, materia que queda confiada a los principios generales en materia de representación. El contrato de agencia exige permanencia o estabilidad: es un contrato de duración.

El último elemento de la definición es el carácter retribuido del agente. La definición ofrecida por la Directiva no contiene una referencia precisa a este extremo, pero se deduce expresamente de ella al excluir de su ámbito a los agentes no remunerados. La ausencia de estipulación expresa en el contrato sobre este punto no significa que sea gratuito, sino que la remuneración tiene que fijarse conforme a los usos.

El régimen jurídico del contrato de agencia se configura bajo el principio general de la imperatividad de los preceptos de la Ley, salvo expresa previsión en contrario.

De lo anterior se infiere que como elementos comunes para el desarrollo de la agencia se contemplan los siguientes elementos:

1. La independencia o autonomía del agente respecto del proponente del contrato, es decir, que su relación no es de carácter laboral, jerárquica o de forma alguna subsumida más allá de lo que el contrato expresa.
2. El agente tiene, el así llamado, deber de promoción, que consiste en la obtención de contratos y la búsqueda de la conclusión de los mismos por diversos medios, y no es limitativa de la venta de mercancías por cuenta de

otro, si no que puede contener obligaciones de hacer, concretamente prestaciones de servicios.

3. La exclusividad del agente puede ser contingente a la naturaleza de su encargo.

4. Es un contrato que se cumple en el tiempo para las partes, es decir, es un contrato sucesivo.

5. Que el agente es forzosamente retribuido de la actividad económica que realiza, por lo que el contrato es oneroso en cuanto a su contenido, y posiblemente conmutativo en oposición a aleatorio si se tiene la certidumbre de las prestaciones a realizar y la actualización de las hipótesis contractuales.

Por lo anterior se expiden los siguientes artículos:

- 1) Existe agencia cuando una persona pacta con un *agente* para que éste, de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, se obligue a promover y concluir actos de comercio por cuenta ajena como intermediario independiente en una zona determinada.
- 2) Cualquier persona podrá proponer la agencia en los términos de este capítulo.
- 3) Se denomina agente a la persona física o moral, que, siendo profesional del comercio, de manera autónoma e independiente, ejecuta diversos actos por cuenta de un proponente, para la celebración de contratos en una zona determinada a cambio de una remuneración proporcional al servicio prestado.
- 4) No se considerará de manera alguna como trabajador al agente ni viceversa, ante la duda, el juez observará de oficio los elementos que acrediten o desvirtúen este carácter, según sea el caso.
- 5) Tampoco se considerarán agentes comerciales quienes, por investidura de ley específica o cargo administrativo, auxilien o estén facultados para asistir en actividades comerciales.

- 6) No podrá ser agente:
 - a. El que no pueda ser comerciante;
 - b. El que goce del carácter de trabajador del proponente.
 - c. Quien haya sido declarado en quiebra, concurso mercantil, o acto de naturaleza similar por el que se pueda presumir su insolvencia.
 - d. El que se encuentre condenado por sentencia firme de delito patrimonial o económico alguno que afecte a su fama pública o sentencia que acredite el incumplimiento de mandato, comisión o agencia anterior.
 - e. Quien por convenio válido esté temporalmente impedido para ejercer la agencia en algún ramo del comercio del que haya participado contratando con clientes en una misma zona determinada con un cliente anterior.
- 7) El agente deberá contar con facultades expresas para concluir contratos, de lo contrario, se presume que esta facultad queda reservada para el proponente, en los términos de este capítulo.
- 8) La forma del contrato de agencia será por escrito, quedando la facultad de solicitar este otorgamiento de la otra a cualquiera de las partes.
- 9) El contrato de agencia deberá siempre establecer un plazo determinado en el encargo y no generará tácita reconducción, siendo la carga de la renovación imputable al agente.
- 10) Son obligaciones del proponente:
 - a. Guardar fidelidad con los agentes que contrate por el plazo que exija el contrato.
 - b. Poner a disposición del agente, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional.
 - c. Procurar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia y, en particular, advertirle, desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos

u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar.

- d. Respetar el área de influencia del agente y no designar agentes adicionales para el mismo efecto o negocio en dicha zona, salvo provisión expresa.
- e. Satisfacer la remuneración pactada.
- f. Comunicar, al tener noticia de la conclusión de un contrato, la aceptación o rechazo justificado del mismo al agente tan breve como le sea posible, con un plazo máximo de diez días hábiles.
- g. No interferir o entorpecer la ejecución de la agencia.
- h. Responder por vicios ocultos y reclamaciones derivadas de los que el agente no hubiere tenido conocimiento.
- i. Pagar al agente de toda promoción concluida que hubiere iniciado antes de la extinción del contrato de agencia, siempre que el agente hubiera tenido derecho a percibir remuneración de haberse concluido el acto u operación de comercio durante la vigencia del contrato.
- j. Indemnizar al agente por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a su cargo.

11) Son obligaciones del agente:

- a. El deber de promover el negocio de su proponente.
- b. La diligencia ordenada de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado.
- c. La rendición de cuentas al proponente cuando menos una vez por trimestre.
- d. La consecución de contratos en zona determinada.
- e. Seguir las instrucciones expresas del proponente, de haberlas establecido.
- f. Informar de las condiciones de mercado y de las situaciones que pudieren afectar al negocio encargado.

- g. Aconsejar e informar al proponente, de acuerdo con su experiencia, de las condiciones del mercado asignado al agente para la consecución benéfica del encargo.
- h. Obedecer las instrucciones que el proponente haga en los negocios que estime pertinentes, y de no hacerlo considerarlo responsable de los daños y perjuicios que de ese incumplimiento emanen.
- i. Llevar en una bitácora cuenta de todo asunto concluido.
- j. Guardar un deber de cuidado respecto de los bienes y servicios bajo su encargo, respondiendo de los daños y perjuicios, así como de la responsabilidad objetiva que de su impericia o negligencia emanen.
- k. Responder al proponente de todos los contratos que por su promoción se hayan concluido.
- l. Indemnizar al agente por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a su cargo.

12) Tiene el derecho el agente a:

- a. Que se le pague la remuneración pactada por los actos concluidos, así como la parte proporcional por aquellos que no fueren concluidos por causa imputable al proponente.
- b. Recibir remuneración por los asuntos concluidos por el proponente o por cualquier persona bajo órdenes del mismo en su zona de influencia, salvo pacto en contrario.
- c. Si no se especifica el monto de la remuneración, la misma se rija por el uso y costumbre del lugar.
- d. Que el proponente pague los gastos necesarios para la ejecución de su encargo, salvo pacto en contrario.
- e. Se le provea de toda aquella información, documentos o datos técnicos y comerciales necesarios para la ejecución de su agencia.
- f. Solicitar del proponente la contabilidad relativa a su encargo para la determinación de su contraprestación en caso de duda en el monto o alcance de la misma.

13) Podrá rescindirse la agencia comercial si:

- a. El agente cede injustificadamente la agencia.
- b. El agente realiza sustitución de la agencia sin comunicarlo al proponente, salvo que por caso fortuito o fuerza mayor fuere necesario y se reasumiera el cargo, o bien se comunique al proponente.
- c. Que el agente se conduzca con falsedad en sus credenciales o experiencia para beneficiarse de la agencia.
- d. Cuando, concluido su encargo, el agente contrate o induzca a la contratación de la clientela que anteriormente hubiera tenido a su cargo cuando el contrato así lo exprese.
- e. El daño o menoscabo del patrimonio del proponente por negligencia, dolo o impericia en el encargo del agente.

14) El contrato de agencia termina por:

- a. Por el paso del tiempo.
- b. Por muerte o incapacidad legal de alguna de las partes.
- c. Por aviso justificado de alguna de las partes, debiendo estar sujetos a las reglas de indemnización de este capítulo.
- d. Por incumplimiento del contrato.

15) Para todo aquello que no se encuentre previsto, se estará a lo dispuesto por el contrato de comisión y el mandato, respectivamente.

Apéndice II Modelo de Contrato de Agencia

CONTRATO PRIVADO DE AGENCIA QUE CELEBRAN xxxx DENOMINADA EN LO SUCESIVO “LA PROPONENTE”, REPRESENTADA EN ESTE ACTO POR EL SEÑOR xxx y xxx, DENOMINADO “EL AGENTE” AL TENOR DE LAS SIGUIENTES DECLARACIONES Y CLÁUSULAS.

DECLARACIONES

I. Declara la PROPONENTE por medio de su representante bajo protesta de decir verdad que:

- a)** Es una persona moral constituida bajo las leyes mexicanas, de conformidad con el testimonio de la escritura 1xx otorgada ante la fe del Lic. xxxx, Notario x de xxx.
- b)** Que su representante cuenta con las facultades suficientes para obligarse en los términos de este contrato y sus facultades no han sido suspendidas, modificadas o de forma alguna revocadas.
- c)** Que goza de la capacidad económica para sujetarse a los términos de este contrato y el origen de los recursos económicos con que sufragará las obligaciones contraídas en el presente Contrato, es lícito.
- d)** Es su deseo obligarse en los términos de este contrato y que en su celebración no ha mediado error dolo violencia lesión o mala fe.
- e)** Que puede ser localizado en el domicilio ubicado en xxxx.

II. Declara EL AGENTE bajo protesta de decir verdad que:

- a)** Está legalmente facultado para la celebración de este contrato y obligarse en sus términos.
- b)** Tiene la capacidad, experiencia y pericia para fungir como agente del laboratorio en el ramo de venta de insumos farmacéuticos.
- c)** Que niega cualquier relación de carácter laboral pasada o presente con EL PROPONENTE, siendo independiente y autónomo del mismo, y de haberla, renuncia a la misma.

- d) Es su deseo obligarse en los términos de este contrato y que en su celebración no ha mediado error dolo violencia lesión o mala fe.
- e) Que puede ser localizado en el domicilio ubicado en calle xxxx.

Expuesto lo anterior ambas partes se obligan de conformidad con las siguientes:

CLÁUSULAS

PRIMERA (OBJETO).- .xxx, propone **AGENCIA COMERCIAL** a xxxx, quien la acepta de plena conformidad, para que realice la promoción y venta de todos los insumos farmacéuticos que **LA PROPONENTE** produce.

SEGUNDA (ÁREA DE INFLUENCIA).- La agencia propuesta será limitada al territorio y límites jurisdiccionales **DEL ESTADO DE xxx, EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SIENDO ESTA ZONA DE OPERACIÓN EXCLUSIVA DE EL AGENTE.**

TERCERA (REMUNERACIÓN).- **LA PROPONENTE**, pagará a **EL AGENTE**, el 10% (diez por ciento) del volumen de facturación mensual, más el respectivo Impuesto al Valor Agregado (IVA) que se obtengan bajo su área de influencia, con independencia de la participación de **EL AGENTE**, en dicha negociación.

CUARTA (MODO DE PAGO).- El pago referido en la cláusula anterior será depositado a la cuenta del banco **xxxx identificada con CLABE BANCARIA xxx,** **los primeros 5(cinco) días de cada mes.**

QUINTA (DURACION).- La presente agencia tendrá una duración de tres años, a partir de la firma de este contrato.

SEXTA (GASTOS).- Los gastos de operación necesarios para la ejecución de la agencia, correrán por cuenta de **LA PROPONENTE**, los primeros tres meses de la duración de este contrato. Posteriormente serán cubiertos en su totalidad por **EL AGENTE.**

SEPTIMA CATÁLOGOS Y PRECIOS).- Los precios de venta que **EL AGENTE** deberá respetar, serán basados en el catálogo de productos que la empresa

entrega a la firma de este contrato, debiendo el **AGENTE** respetar el valor mínimo establecido para ofrecer dichos bienes.

OCTAVA(CONCLUSIONES DE CONTRATOS).- **EL AGENTE** podrá celebrar contratos de venta de mercancía hasta por valor de **xxxxx, cero centavos, moneda nacional**. Cualquier monto superior, deberá comunicarlo a **EL PROPONENTE**, para que este envíe un representante con facultades expresas para la celebración de este contrato en un plazo no mayor a cinco días hábiles.

NOVENA (OBLIGACIONES DEL AGENTE).- **EL AGENTE** estará obligado a:

- a) Prestar diligencia ordenada de la promoción y de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado.
- b) Obedecer las instrucciones que el proponente haga en los negocios que estime pertinentes, y responder de los daños y perjuicios que de este incumplimiento emanen.
- c) Aconsejar e informar al proponente, de acuerdo con su experiencia, de las condiciones del mercado asignado al agente para la consecución benéfica del encargo.
- d) Guardar un deber de cuidado respecto de los bienes y servicios bajo su encargo, respondiendo de los daños y perjuicios, así como de la responsabilidad objetiva que de su impericia o negligencia emanen.
- e) Llevar en una bitácora cuenta de todo asunto concluido.
- f) Responder al proponente de todos los contratos que por su promoción se hayan concluido.
- g) Indemnizar al agente por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a su cargo.

Para el caso de incumplimiento total o parcial de lo anterior, queda **EL PROPONENTE** facultado para terminar el contrato anticipadamente.

DECIMA (TERMINACIÓN DEL CONTRATO).-Podrá darse por terminado el contrato si:

- a. EL AGENTE cede de manera total o parcial la agencia o cuando substituya la misma sin que sea comunicado al PROPONENTE, salvo caso fortuito o fuerza mayor, debiendo hacer de conocimiento los hechos a la brevedad posible.
- b. Que el agente se conduzca con falsedad en sus credenciales o experiencia para beneficiarse de la agencia.
- c. Si el AGENTE daña o menoscabo por negligencia, dolo o impericia los bienes a su cargo de tal modo que sea irreparable o impida la continuación del contrato.
- d. Si el PROPONENTE incumple con el pago en los términos pactados.
- e. Si el proponente no provee de los materiales y gastos necesarios para cumplir el contrato.
- f. Si el proponente impide de manera total o parcial la ejecución del objeto de la agencia.
- g. Si el proponente viola el deber de fidelidad con el agente sin causa justificada.
- h. Por el paso del tiempo.
- i. Por muerte de alguna de las partes.
- j. Por aviso de alguna de las partes, debiendo estar sujetos a las reglas de indemnización.
- k. Por incumplimiento de alguna de las partes.
- l. Porque sobrevenga la imposibilidad física o jurídica de continuar el contrato.

DECIMA PRIMERA (EXCLUSIVIDAD DEL AGENTE).- EL AGENTE queda obligado a no celebrar contrato de agencia diverso en el sector farmacéutico, siendo **EL PROPONENTE** el tenedor de la exclusividad de los servicios del agente en este ramo.

DECIMA SEGUNDA (VICIOS OCULTOS).- EL PROPONENTE responderá por todos los vicios ocultos existentes en la mercancía, liberando a **EL AGENTE DE TODA RESPONSABILIDAD** con terceros.

DECIMA TERCERA (ENCABEZADOS).- Los encabezados de este contrato son meramente enumerativos y no afectan al contenido del clausulado del mismo. Para el caso de la declaratoria de nulidad de alguna de las cláusulas, las demás subsisten como válidas para ambas partes.

DÉCIMA CUARTA (JURISDICCIÓN).- Las partes se someten expresamente a la jurisdicción y competencia de las leyes y tribunales locales de la Ciudad de México, para todo lo relativo a la interpretación y cumplimiento del contenido de este contrato, renunciando al efecto a cualquier fuero de domicilio presente o futuro que por cualquier razón pudieren invocar.

EXPUESTO LO ANTERIOR, LAS PARTES MANIFIESTAN SU CONSENTIMIENTO Y FIRMAN AL MARGEN DE CADA HOJA Y AL CALCE EN ESTA CIUDAD DE MÉXICO EL DÍA 30 DEL MES DE MARZO DE 2017, ANEXANDO IDENTIFICACIONES CORRESPONDIENTES.

EL PROPONENTE

XXXX

POR

XXXX

EL AGENTE

XXXX

Apéndice III Cuadro Comparativo de Figuras Afines

	ACTOS QUE DERIVAN DEL CONTRATO	ACTOS POR SU AMPLITUD	DURACIÓN DEL CONTRATO	REVOCABILIDAD	EXCLUSIVIDAD	RESOLUCIÓN DE CONFLICTO
MANDATO	Actos materiales y jurídicos	Concretos o generales	Corto	Libremente revocable	No	Juzgado Civil
COMISIÓN	Actos jurídicos	Concretos	Corto	Libremente revocable	No	Juzgado Civil
<u>AGENCIA</u>	<u>Actos materiales y jurídicos</u>	<u>Generales</u>	<u>Largo</u>	<u>Bajo causa</u>	<u>Sí (sujeto y territorio)</u>	<u>Juzgado Civil</u>
CONTRATO LABORAL	Actos materiales	Generales	Largo	Despido o renuncia	Contingente	Juntas de Conciliación y Arbitraje

Fuentes de Información

- Adame Goddard, Jorge (coordinador), *Derecho civil y romano Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006.
- Adame Goddard, Jorge (coordinador), *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005.
- Alonso García, Ricardo, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2 e., México, ed. S.L. Civitas Ediciones, 2010.
- Ashworth, Allan, *Contractual Procedures in the Construction Industry*, 5 e., Estados Unidos, ed. Prentice Hall 2005.
- Álvarez Ledesma, Mario Ignacio, *Introducción al Derecho*, 2 e., México, ed. McGraw-Hill, 2010.
- Arce Gargollo, Javier, *Contratos Mercantiles Atípicos (Consideraciones para el Derecho Mexicano)*, 16 e., México, ed. Porrúa, 2015.
- Arce y Cervantes, José, *De los bienes*, 7 e., México, ed. Porrúa, 2008.
- Austin, John, *The province of jurisprudence determined*, Inglaterra, 21 ed. Ed. Oxford University Press. 2010.
- Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 2 e., México, ed. Porrúa, 2008.
- Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, 3 e. England, ed. The Perfect Library, 1989.
- Bonifaz Alfonso, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho*, 2 e., México, ed. Porrúa, 1999.
- Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 21 e., México, ed. Porrúa, 2009.
- Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho Mercantil*, 2 e., México, ed. Herrero S.A., 1978.

- Cruz Barney, Óscar, *Historia del Derecho en México*, 2 e., México, ed. Oxford University Press, 2012.
- Da Silva Pinto, Paulo J. *Dos Contratos Atípicos México*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005.
- Davis, Mfalme, *Elements of The Law of Agency*, Estados Unidos, Kindle, 2016.
- De Coulanges, Fustel, *La ciudad antigua, estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*, 15 e., México, ed. Porrúa, 2007, Colección: "Sepan cuantos...".
- De la Cueva, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 20 ed., México, Porrúa. 2005.
- De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Bienes y derechos reales*, 3 e., México, ed. Porrúa, 2009.
- De Pina Vara, Rafael, *Derecho mercantil mexicano*, 20 e., México, ed. Porrúa, 2014.
- Donati, Alberto, *Diritto Naturale e Globalizzazione*, Perugia, ed. Aracne Editrice, 2007.
- Fernández Fernández, Vicente, *Derecho Procesal Mercantil*, 3 e., ed. Porrúa, México, 2010.
- Galindo Garfias, Ignacio, *Nuevos Estudios de Derecho Civil*, México, ed. Porrúa, 2004.
- Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, 9 e., United States of America, ed. West, 2009.
- Gill, et al. *The Law of Agency and partnership*, 2 e, Estados Unidos de America, Oxford, 1990.
- Guadarrama López, Enrique, *Contratos de adhesión y cláusulas abusivas*, México, ed. Porrúa, 2013.
- Hernández Cruz, Armando curso de Teoría de la Justicia y los Derechos Humanos impartido en la Universidad Nacional Autónoma de México, 13 de noviembre de 2016.

- Hervada, Javier, *Cuatro Lecciones de Derecho Natural, Parte Especial*, 4 e., Navarra, ed. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1998.
- Hervada, Javier, *Introducción Crítica al Estudio del Derecho Natural*, 10 e., Navarra, ed. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 2007.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2 e., trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 2008.
- Kelsen, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, 16 e., trad. de Roberto J. Vernengo, México, ed. Porrúa, 2015.
- Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 3 ed., trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 2014.
- Krois-Linder, Amy, *International Legal English*, 2 e., Cambridge, ed. Cambridge University Press, 2011.
- Luhmann, Niklas, *Law as a Social System*, 3 e., Inglaterra, ed. Oxford University Press, 2004.
- Malleson, Kate and Moules, Richard, *The Legal System*, 4 e., New York, ed. Oxford University Press, 2010, Collection: Core Text Series.
- Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, 29 e., México, ed. Porrúa, 2008.
- Margadant, Guillermo Floris, *Derecho Privado Romano*, 26 e., México, ed. Esfinge, 2010.
- Morales Lechuga, Ignacio *Seminario sobre Principios Generales de la Contratación*, impartido en la Escuela Libre de Derecho, 5 de noviembre de 2010.
- Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *Derecho romano*, 4 e., México, ed. Oxford University Press, 2001.
- Morineau Iduarte, Marta, *Diccionario de Derecho romano*, 2 e., México, ed. Oxford University Press, 2006.
- Mulcahy, Linda, *Contract Law in Perspective*, 5 e., London, ed. Routledge-Cavendish, 2008.

- Narváez, José Ramón, *Cultura jurídica, ideas e imágenes*, México, ed. Porrúa, 2010.
- Neyra Muñoz, Ricardo *Curso impartido en la Escuela Libre de Derecho*, 4 de marzo de 2014.
- Ortega Carreón, Carlos, *Curso de Derecho Fiscal impartido en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Ciudad de México*, 6 de septiembre de 2012.
- Palazzo, Antonio e Sassi, Andrea, *Diritto Privato del Mercato*, Perugia, ed. Istituto per gli Studi Economici e Giuridici "Giacchino Scaduto", 2007.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo y Munive Páez, Manuel Alexandro (coord.), *Títulos y Operaciones de Crédito, Las acciones de la sociedad anónima como títulos de crédito*, México, ed. Porrúa, 2013.
- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Poder, Representación, Mandato*, 13 e., México, ed. Porrúa, 2006.
- Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del Derecho. Lógica jurídica*, 3 e., México, ed. Porrúa, 2013.
- Rico Álvarez, Fausto, *Teoría General de las Obligaciones*, 4 e., México, ed. Porrúa, 2009.
- Rico Álvarez, Fausto, *Curso impartido en el Colegio de Notarios del Distrito Federal*, 23 febrero de 2011.
- Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, 44 e., México, ed. Porrúa, 2011.
- Sánchez Medal, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 24 e., México, ed. Porrúa, 2010.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Costumbre o eficacia. Condición necesaria y suficiente de existencia del derecho (Con especial referencia al acto constituyente)*, México, ed. Fontamara, 2015.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción analítica al estudio del derecho*, México, 2 e., ed. Themis, 2011.

- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Juris Prudentia: More Geometrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, México, ed. Fontamara, 2013.
- Vásquez del Mercado, Óscar, *Contratos Mercantiles Internacionales*, México, ed. Porrúa, 2009.
- Watson, Peter, *A history of thought and invention, from Fire to Freud*, 3 e., New York, Harper Perennial, 2006.
- Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 12 e., México, ed. Porrúa, 2009.
- Zander, Michael, *Cases and Materials on the English Legal System*, 10 e., Cambridge, ed. Cambridge University Press, 2007.

Hemerografía

- Camacho López, Maria Elisa, *El Contrato de Agencia Comercial*. Colombia, Revista Mercatoria, Vol. VII, No. 2, 2008.
- Carvalho de Lima, Robson, *Institutos da Agência, Distribuição e Representação Comercial*, Revista del Consejo Federal de Representantes Comerciales, Brasil, Edición de septiembre de 2015.
- De Melo Borges, Luiz Guilherme, *Contratos de Agencia, Distribución y Representación Comercial*, ed. PUC, Brasil, 2009.
- Fix Zamudio, Héctor, *Anuario Jurídico 2-1975*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México 1977.
- Planiol M, y Ripert G., *Traité pratique de droit civil français, t. XI, Contrats civils*, 2 e, Francia, Revue internationale de droit comparé, 1955.

Legisgrafía

- Asamblea Legislativa del Distrito Federal, *Código Civil para el Distrito Federal*.
- Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, *Código Civil Federal*, México, Distrito Federal.
- Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, *Código de Comercio*, México, Distrito Federal.
- Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, *Ley Aduanera*, México, Distrito Federal.
- Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, *Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas*, México, Distrito Federal.
- Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, *Ley de Navegación y Comercio Marítimo*, México, Distrito Federal.
- Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado, *Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contrato de intermediarios y a la Representación*, La Haya, Holanda.
- Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado, *Convenio sobre la Ley Aplicable a la Agencia*, La Haya, Holanda.
- Congreso Constituyente, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Querétaro de Arteaga.
- Corona Imperial Francesa, *Code Civil des Français*, París, Francia.
- El Consejo de las Comunidades Europeas, *Directiva Europea 86/653/CEE*, Bruselas, Bélgica.
- *Legislatura del Regno d'Italia, Codice Civile Italiano*, Perugia, Italia,.
- Ministerio de gracia y justicia, *Código de Comercio Español*, Madrid Capital, España.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio*, París, Francia, última reforma 22 de julio de 2010.

- *Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, LEI Nº 4.886, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1965. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos, Brasília, Brasil.*
- *Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos, LEI 10.406/2002 (LEI ORDINÁRIA) 10/01/2002, Código Civil, Brasília, Brasil.*
- *Président de la République, Code de Commerce Français, Paris, Francia.*
- *Rey de España Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M.N. y M. L. Villa de Bilbao, Bilbao.*
- *Rey de España. Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, Madrid.*
- *Senado Federal, Código Civil Brasileiro, Brasília, Brasil.*

Precedentes y Jurisprudencias

- *Arkansas Court of Appeals, White v. Thomas* 1991 Lexis 109 (Ark. App. 1991).
- *Indiana Court of Appeals, Gallant Ins. Co. v. Isaac* 732 N.E.2d 1262 (Ind. App. 2000).
- Jurisprudencia: 815151 Informe 1982, PARTE II de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Tesis 3, Página 6.
- *Supreme Court of Minnesota, A. Gay Jenson Farms Co. v. Cargill, Inc.* 309 N.W.2d 295 (1981).
- Tesis Aislada 287042. Semanario Judicial de la Federación 24 de abril de 1922 tomo X. p 828.
- Tesis Aislada 812658, Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Tesis Aislada 314038 Semanario Judicial de la Federación Tomo XXXIII Página: 2588. 25 de noviembre de 1931.
- Tesis Aislada 387701 Informe 1979, Parte II, Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Tesis Aislada 174761, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Julio de 2006 Tomo XXIV, Página: 1176.
- Tesis Aislada 271154 Semanario Judicial de la Federación Volumen XLIII, Cuarta Parte Página: 48 no consta fecha.
- Tesis aislada Semanario Judicial de la Federación 5 dic 1946 Tomo XC.
- Tesis Aislada 349727 Semanario Judicial de la Federación 16 de octubre de 1944 Tomo LXXXII Página: 1285.
- Tesis Aislada 357896 Semanario Judicial de la Federación 7 de enero de 1937, Tomo LI Página: 80.
- Tesis Aislada 2012467 Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 34, septiembre de 2016, Tomo IV 6.

- Tesis Aislada 243346 Semanario Judicial de la Federación Volumen 109-114, Quinta Parte Página: 15.
- Tesis: Aislada 163851 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXII, septiembre de 2010 Página: 1219 8 de abril de 2010.
- Tesis aislada Registro 243424 I Semanario Judicial de la Federación Volumen 97-102, Quinta Parte, Página: 13. No consta fecha.
- Tesis Aislada 2009844 Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 21 Tomo III Página: 2164 Agosto de 2015.