

Contratos de representación respecto de los sistemas de intermediación comercial

*Luis Alfredo Brodermann Ferrer**

El presente ensayo se encuentra encaminado a dar a conocer de manera genérica cómo se da la representación jurídica respecto de los intereses comerciales. En el mundo moderno, los intereses comerciales se integran a través de los sistemas de intermediación y/o distribución comercial. Actualmente la distribución de productos alcanza una proporción extraordinaria promoviendo un cambio radical en los tipos de asistencia a través de la creación de colaboración estable, continua y coordinada que responda a las nuevas necesidades. Hoy en día podemos reconocer las figuras de representantes, comisionistas, agentes, distribuidores, concesionarios y franquiciatarios como medios de la intermediación comercial.

This essay aims to expose in a generic way how the juridic representation in commercial interests is structured. In the modern world, commercial interests are integrated through intermediation and/or commercial distribution systems. Nowadays, product distribution has reached an extraordinary proportion by promoting a radical change in the types of assistance by creating a stable, continuous and coordinated collaboration that responds to the new necessities. Today we can recognize the figures of representatives, commission agents, distributors and license holders, among others, as trade intermediation -ways.

Sumario: Introducción. / 1. Representación conforme al Derecho Mexicano. / 1.1 Representantes legales en sociedades mercantiles. / 1.2 Representación voluntaria. / 1.2.1 Contrato de mandato. / 1.2.2 Contrato de comisión mercantil (comisionistas) / 2. Sistemas de intermediación comercial. / 3. Recomendaciones comunes a la estructura de los contratos de agencia y distribución. / 3.1 Personalidad. / 3.2 Objeto. / 3.3 Representación. / 3.3.1 Legalización y apostilla, Convención de la Haya (octubre 5, 1961). / 3.4 Adquisición de los productos; precio y contraprestación. / 3.5 Garantía de los productos y responsabilidad frente a terceros. / 3.6 Organizaciones del negocio (información contable y financiera; venta y publicidad). / 3.7 No relación laboral. / 3.8 No cesión de contrato. / 3.9 Términos a vigencia. / 3.10 Confidencialidad. / 3.11 Exclusividad y territorialidad. / 3.12 Marcas, nombres y avisos comerciales. / 3.12.1 Marco legal. / 3.12.2 Protección o registro de marcas y avisos comerciales. / 3.12.3 Clausuras del contrato. / 3.14 Terminación anticipada. / 3.14.1 Terminación por causas diversas. / 3.15 Procedimientos para el caso de controversias. / 3.15.1 Arbitraje. / 3.15.2 Tribunales jurisdiccionales. / Abreviaturas.

Introducción

El presente ensayo se encuentra encaminado a dar a conocer de manera genérica como se da la representación jurídica respecto de los intereses comerciales.

En el mundo moderno, los intereses comerciales se integran a través de los sistemas de intermediación y/o distribución comercial.

El origen de los sistemas actuales de distribución, debe buscarse juntamente con el nacimiento de las primeras actividades de comercio según el moderno

palabra, como modo de adquisición de una ganancia pecuniaria por el intercambio de bienes desarrollado en forma continua y con la intervención de intermediarios.

Actualmente la distribución de productos alcanza una proporción extraordinaria, como resultado de la cual se ha operado un cambio radical en los tipos de asistencia que son necesarios para la venta de los mismos, a través de la creación de una colaboración estable, continua y coordinada que responda a las nuevas necesidades.

El intermediario es generalmente una persona independiente, puesto que sus actividades son

* Profesor titular de la materia Teoría General del Proceso de la carrera de Derecho de la UAM-Azcapotzalco.

A tal evento, podemos hoy en día reconocer las figuras de representantes, comisionistas, agentes, distribuidores, concesionarios y franquiciatarios como medios de la intermediación comercial.

1 • Representación conforme al derecho mexicano

La representación en sentido general, es un fenómeno jurídico que implica la actuación en nombre de otro en el campo jurídico.

La representación supone que una persona que no es a quien corresponden los intereses jurídicos directos, ponga su propia actividad al servicio de tales intereses ajenos, realizando un acto jurídico a nombre de la persona a quien pertenecen.

La representación es la principal figura jurídica para producir efectos en el patrimonio ajeno, obrando en nombre e interés del representado, lo cual posiciona a la institución que se comenta como uno de los principales pilares jurídicos del mundo moderno.

En razón de su finalidad la representación se divide en dos clases: legal y voluntaria.

Por otro lado, la representación voluntaria existe cuando mediante una declaración de voluntad se faculta a otro a actuar en nombre y por cuenta propia.

La representación legal como su nombre lo indica emana de la ley, o sea es forzosa. En el caso de las personas físicas es por incapacidad y, en tratándose de personas morales o ficticias necesariamente se da este supuesto a través de sus administradores o gerentes.

Esta declaración puede ser unilateral del representado, mediante un poder o procuración que usualmente se

le conceptúa dentro de la figura del contrato de mandato (a. 2546 del CC.). También puede constituirse representación mediante contrato de comisión mercantil (aa. 273- 308 CCo.).

1.1 Representantes legales en sociedades mercantiles

Por cuanto a la representación de toda sociedad mercantil, la misma corresponderá forzosamente a su administrador o administradores (a. 10 LGSM).

Ahora bien, entre las más comunes y usuales de las sociedades mercantiles tenemos a la Sociedad de Responsabilidad Limitada (S. de R.L.) cuya administración estará a cargo de uno o más gerentes que podrán ser socios o personas extrañas a la sociedad (a.74 LGSM).

Respecto de la administración de la Sociedad Anónima (S.A.) la misma puede recaer sobre una sola persona (administrador único) o cuando los administradores sean dos o más en un consejo de administración (aa. 142 y 143 LGSM).

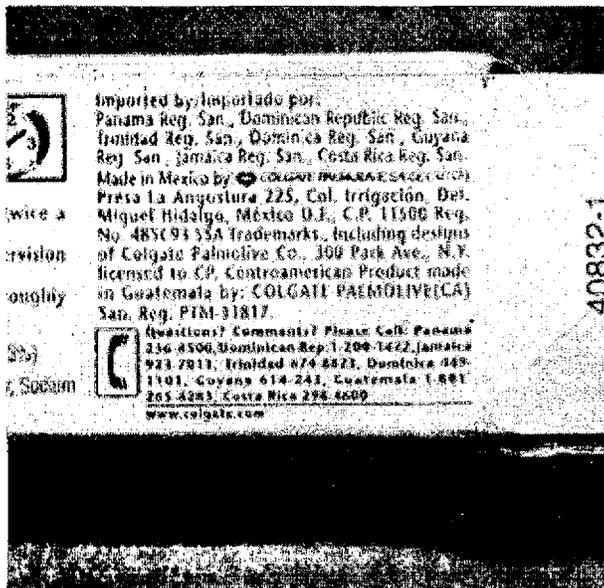
En su caso las sociedades mercantiles referidas a través de sus administradores o gerentes, y dentro de sus respectivas facultades pueden otorgar poderes generales y especiales (a. 149 LGSM).

Dichos nombramientos tanto de representantes legales como de mandatarios, deberán ser inscritos por cuanto a sus facultades y poderes ante el Registro Público de Comercio correspondiente, (a. 21 - VII CCo.).

En tal orden de ideas, si no se realiza el registro correspondiente, los documentos referidos sólo podrán producir efectos entre quienes lo otorguen pero no podrá producir efecto contra terceros, quienes los podrán aprovechar en lo que les favorezca (a. 26 CCo.).

Al efecto, se transcribe la siguiente jurisprudencia obligatoria del Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, volumen V, página 708:

"PODERES OTORGADOS POR SOCIEDADES MERCANTILES, REGISTRO DE LOS.-La inscripción de los poderes en el Registro Público de Comercio, sólo es necesaria tratándose de los poderes generales, otorgados por una sociedad mercantil, entendiéndose por éstos aquellos mandatos en los que se confieren facultades amplísimas, es decir, tanto para la administración de bienes como para la ejecución de actos de comercio, pero no es necesario el registro de los poderes conferidos para efectos exclusivamente jurídicos, entre los que se encuentran los poderes generales para pleitos y cobranzas, dado que sólo facultan al apoderado para promover v



ción de actos de comercio; además esta clase de poderes no se rige por . las disposiciones del Código de Comercio, sino por las correspondientes del Código Civil, sin que este ordenamiento establezca para su eficacia el requisito del registro".

1,2 Representación voluntaria

Ahora bien, las personas morales, como las que hemos comentado, a través de sus representantes ya sean administradores o gerentes, pueden conferir representaciones o mandatos en nombre de la Sociedad, lo cual por acuerdo de voluntades constituye propiamente hablando una representación voluntaria.

Al efecto el derecho mexicano regula varias formas de mandato, entendido como se dijo como forma voluntaria de representación:

- el mandato conferido mediante contrato (aa. 2546- 2604 CC),
- la representación para otorgar o suscribir títulos de crédito (a. 9 LGTOC),
- el endoso en procuración o al cobro (a. 35 LGTOC) y,
- el contrato de comisión mercantil (aa. 273- 308 CCo.).

1.2.1 Contrato de mandato

El mandato nace por el acuerdo de las voluntades del mandante y mandatario y puede celebrarse con representación, caso por el cual el mandatario deberá actuar en nombre del mandante y por su cuenta, o puede celebrarse sin representación, y en ese supuesto, el mandatario deberá obrar a nombre propio aunque por cuenta del mandante (aa. 2560 y 2561 CC).

El mandato puede ser general o especial para pleitos y cobranzas, para actos de administración y para actos de dominio, pudiéndose limitar las facultades (a. 2554 CC), requiriendo en su caso de la inscripción en el Registro Público de Comercio correspondiente en tratándose del supuesto indicado en el punto 1.1. anterior.

1.2.2 Contrato de comisión mercantil (comisionistas)

El mandato (como medio de representación) aplicado a actos concretos de comercio se reputa como una comisión mercantil entre comitente y comisionista (a. 273 CCo.).

El contrato de comisión puede ser representativo o no representativo, es decir, el comisionista puede obrar en nombre del comitente o en el propio (a. 283 CCo.).

Cuando el comisionista obra en su propio nombre, estamos en presencia de lo que la Suprema Corte de Justicia llama *representación indirecta*, por lo tanto los efectos de los actos jurídicos que el comisionista gestiona por su propio nombre pero por cuenta del comitente, recaen en su esfera patrimonial y mediante un acto posterior debe transmitir dichas relaciones hacia el comitente (a. 284 CCo. en relación con a. 2561 CC).

Cuando el comisionista obra por cuenta y a nombre del comitente estamos frente a la comisión con representación en la que el comisionista no contrae obligaciones propias que afecten a su patrimonio (a. 285 CCo.).

Por no involucrar un poder general sino uno especial de actuación externa no subordinada, sobre actos concretos de comercio (comisionistas), la comisión no precisa para surtir efectos contra terceros de su inscripción ante el Registro Público de Comercio correspondiente (aa. 21 - VII y 22 CCo.).

Para evitar caer en una relación laboral, debe distinguirse la comisión mercantil mediante los elementos que se precisan en la siguiente ejecutoria visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, volumen IV, página 381:

"CONTRATO DE COMISIÓN MERCANTIL, REQUISITOS QUE SE NECESITAN PARA ACREDITARLA EXISTENCIA DEL, Y DIFERENCIAS CON EL CONTRATO LABORAL.- Para la existencia de una relación derivada de un contrato de comisión mercantil, deben acreditarse los siguientes elementos: a).- Que los actos realizados fueron transitorios, aislados y que sólo accidentalmente crearon dependencia entre el comisionista y el comitente; b).- Que la duración del contrato estuvo limitada al tiempo que era necesario emplear para la ejecución de los actos; c).- Que los actos verificados eran precisamente de comercio; y d).- En caso de no haber sucedido así, que las actividades, contratadas no se hubieran realizado por quien alega ser trabajador, sino por medio de otras personas contratadas independientemente por el comisionista".

I. Obligaciones del comisionista:

A) *Ejecutar el encargo.* El comisionista de manera personalísima está obligado a ejecutar la comisión en interés del comitente, y por lo tanto no puede delegar su encargo sin autorización del comitente aunque si puede usar dependientes bajo su responsabilidad, obligándose a la rendición de cuentas (a. 280 CCo.).

En los principios de UNIDROIT se hace esta distinción "(1) *En la medida en que la obligación de una de*

las partes implique el deber de alcanzar un resultado específico, dicha parte estará obligada a obtener dicho resultado. (2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique el deber de desplegar los medios apropiados en la ejecución de una actividad, dicha parte estará obligada a desplegar tales medios, tal como lo haría una persona razonable de la misma condición colocada en las mismas circunstancias".

B) *Respeto a las instrucciones del comitente.* El comisionista se sujetará a las instrucciones recibidas por el comitente (a. 286 CCo.). A este efecto podemos establecer como criterio de instrucción tres clases: (i) la imperativa, con instrucciones completas, precisas y minuciosas; (ii) la indicativa, en la que se dan instrucciones parciales y se deja el resto al arbitrio del comisionista; y, (iii) facultativa, en donde se formula el encargo y se dejan al comisionista las circunstancias y condiciones de la ejecución. En todo caso el comisionista debe actuar observando las leyes y reglamentos que correspondan (a. 291 CCo.).

C) *Deber de informar y rendir cuentas.* Periódicamente el comisionista debe informar al comitente de los hechos y circunstancias que interesen al negocio ejecutando el encargo materia de la comisión y rindiendo las cuentas correspondientes (aa. 290 y 298 CCo.).

D) *La preservación de los derechos del mandante y la custodia de los efectos recibidos.* En todo momento y mientras se ejecutan los encargos correspondientes, él comisionista responderá a el comitente de los efectos y mercaderías que reciba (a. 294 CCo.).

II. Prohibiciones para el comisionista:

A) *No puede alterar las marcas.* Respecto de los efectos vendidos o comprados por cuenta ajena (a. 300 CCo.). La prohibición aludida tiene importancia actual por su posible aplicación a contratos afines como los de agencia, distribución y franquicia.

B) *No puede dar crédito.* El comisionista sin autorización expresa del comitente no puede prestar ni vender al fiado o a plazos (aa. 301 y 302 CCo.).

C) *La prohibición de autocontratación.* Ningún comisionista comprará ni para sí ni para otro lo que se le haya mandado a vender, ni venderá lo que se le haya mandado comprar, sin consentimiento expreso del comitente para evitar en el caso concreto un conflicto de intereses (a. 299 CCo.).

III. Obligaciones del comitente:

A) *Proveer de fondos.* El comitente está obligado a sufragar los gastos del comisionista en relación al

negocio encargado, y por lo tanto en su caso debe de proveer de fondos. Esta regla no se aplica en los casos en que el comisionista se obligó a anticipar los fondos que después deben ser reembolsados por el comitente (aa. 281 y 282 CCo.).

B) *Pagar la remuneración.* Para determinar en un caso concreto si el comisionista tiene derecho o no a la retribución, analizando las cláusulas del contrato, las mismas pueden sujetarse a la obligación del resultado o en su caso a la obligación de medios, en este último supuesto se refiere al deber de desplegar los medios apropiados en la ejecución de una actividad, pudiendo inclusive considerar ambas situaciones mediante una contraprestación fija por la obligación de medios y una comisión adicional cuando se dé el resultado de la encomienda.

Inclusive, como una modalidad al contrato podría pactarse adicionalmente un premio o comisión de garantía que no sigue la suerte de las anteriores que son remuneraciones principales del contrato, únicamente para el supuesto de que el comisionista aceptara con el comitente el compromiso de responder total o parcialmente el cumplimiento de las obligaciones asumidas con el tercero con quien contrató en virtud de la comisión mercantil.

IV. Terminación del contrato de comisión mercantil.

Al efecto podemos mencionar las causas de extinción comunes a todos los contratos como son entre otras: (i) el cumplimiento del encargo total en los términos del contrato; (ii) el vencimiento del plazo' del contrato; (iii) la resolución del contrato por mutuo acuerdo de las partes; y, (iv) la rescisión del contrato por incumplimiento de las partes.

A su vez de manera especial el Código de Comercio menciona como causas de extinción amén de las comunes enunciadas, las siguientes: (i) la muerte o inhabilitación del comisionista (a. 308 CCo.); (ii) la revocación que haga el comitente en cualquier tiempo sujeto en su caso al pago de daños y perjuicios si fue sin justificación (a. 397 CCo.); y (iii) la renuncia del comisionista, siendo que para este caso si la misma no tiene causa justificada, deberá el comisionista responder por los daños y perjuicios causados al comitente (a. 378 CCo.).

2 • Sistemas de intermediación comercial

Conforme al desarrollo de las actividades de comercio y en específico a la distribución de productos, se ha hecho imperiosa la creación de una colaboración estable, con

tinua y coordinada que responda a las nuevas necesidades.

De este modo surgen en la economía moderna las figuras de corretaje o mediación; de agencia, distribución y franquicia, como elementos de lo que podemos reconocer hoy en día como una intermediación comercial.

En tal orden de ideas, todos estos institutos tienen una base legal y principios comunes que establecen un nuevo campo hacia el derecho de la distribución comercial refiriéndose a la misma, como el intermediario que coopera con el productor en la concreción y desarrollo de una red de distribución.

A este efecto, se han realizado esfuerzos para adoptar una ley uniforme o por lo menos una homologación de los sistemas nacionales que rigen tales figuras a través de convenciones y tratados internacionales, promovidos especialmente por la Comunidad Económica Europea (CEE), entre los cuales, pueden destacar: (i) *la Convención de Jurisdicción y Ejecución de Sentencias Extranjeras (Bruselas, 27/9/68, ampliada por la Convención de Lugano)*; (ii) *la Convención de Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma, 19/6/80)*; y (iii) *la Directiva del Consejo sobre la Coordinación de las Leyes de los Estados Miembros de la CEE en relación con los Agentes Comerciales (18/12/86 bajo el expediente 86/653/ CEE)*.

Por lo anterior, y respecto de América Latina, recomendamos adecuarse a las leyes aplicables del sistema nacional con el debido cuidado de la normatividad internacional.

En tal orden de ideas, procederemos a realizar un examen de las instituciones referidas, con el propósito de tener un conocimiento general que nos auxilie en la comprensión de su distinción y aplicación para la realización de la intermediación comercial.

2.1 Corretaje o mediación

Desde sus inicios el contrato de corretaje o mediación tuvo como función facilitar la aproximación entre compradores y vendedores.

El contrato de mediación es aquel por el que una persona se obliga a abonar a otra, llamada mediador o corredor, una remuneración por indicarle la oportunidad de concluir un negocio con un tercero o por servirle de intermediario en esa conclusión.

La mediación puede tener por objeto cualquier negocio siempre que sea lícito.

El corredor o mediador se compromete a facilitar la concreción de un contrato o negocio y sin comprometer se a lograr determinado resultado.

(y no el mediador) celebren el negocio. En tal sentido, nos remitimos a la Tesis visible en el *Seminario Judicial de la Federación*, sexta época, tercera sala, volumen XLIII, página 48:

"COMISIÓN Y MEDIACIÓN. 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

Por lo tanto, el corredor o mediador es independiente de las partes que realizan el negocio, siendo meramente un colaborador ocasional, *no estable*, a quien se contrata para actos concretos, no generales, como en el caso del comisionista (ver comisionista mercantil, punto 1.2.2).

La remuneración o premio del corredor dependerá de la naturaleza del contrato y usualmente está ligada al resultado.

Como no existe prohibición expresa, como en el caso de comisión mercantil (a. 299 CCo.), el corredor o mediador puede ser contratado por una o las dos partes interesadas.

2.2 Contrato de agencia

La agencia es un contrato por medio del cual una parte denominada comitente encarga a otra llamada agente, la promoción de negocios por su cuenta y orden.

La agencia es un medio idóneo para que el fabricante comercialice su producción a través de un tercero, quien no sólo promueve la venta de bienes, sino también la de servicios.

El agente responde a una necesidad económica imperiosa y clara de distinguir, la cual, no es más que la de representar con independencia, los intereses de un fabricante o comerciante en un cierto territorio, permitiendo al principal intentar sin riesgo la penetración en territorios donde no estaban presentes y donde una organización de ventas a través de empleados directos sería demasiado costosa.

El contrato de agencia mercantil no está regulado como tal en el derecho mexicano, y por lo tanto es un contrato atípico que se rige por las disposiciones especiales de la comisión mercantil y disposiciones comunes supletorias aplicables a tal efecto, así como los principios generales del derecho.

- *La relación jurídica.* Por su naturaleza, el contrato de agencia es un contrato mercantil en los casos en que el agente es una empresa, o las partes que en el intervienen tienen la categoría de comerciantes (a. 75-X CCo.). En tal virtud, es importante que rijan la independencia entre las partes y, de tal suerte, se deslinde la subordinación jurídica con el comitente para el efecto de que no se establezca una relación laboral (a. 285 LFT). En este sentido, nos remitimos a la tesis de comisión mercantil prevista en el apartado 1.2.2.

- *Agente-Representante.* En virtud del contrato con el principal, el agente asume de manera estable el encargo de promover, por cuenta de la otra parte, la conclusión de contratos en una zona determinada mediante una remuneración proporcional a la importancia de los negocios llevados a término, autorizado en su caso, para concluir los contratos a nombre del proponente con los efectos de la representación ordinaria.

Empero, puede existir representación indirecta dado que el contrato de agencia puede ser, como el de comisión o de mandato, representativo o no representativo, inclusive en este último caso, puede estar actuando el agente como un intermediario mercantil en los términos ya explicados.

Para el derecho mexicano cuando el contrato de agencia es representativo requiere que el agente tenga la facultad expresa de representar al mandante mediante los poderes necesarios para actos de administración. Reiteramos que, aunque se trate de compraventa de bienes, no se requiere apoderamiento para actos de dominio, en virtud de que no se están vendiendo los activos fijos del fabricante o comerciante, sino que se trata de productos de la operación ordinaria del negocio considerados activos circulantes.

La amplitud del apoderamiento rigiéndonos por las normas del mandato pueden ser: (i) general para toda clase de operaciones del principal; (ii) general limitado a cierta clase de operaciones en una zona determinada o con determinado tipo de clientes o, (iii) especial para una o varias operaciones concretas.

- *Agencia-distribución.* En algunos contratos de agencia, el agente tiene derecho a adquirir del empresario las mercancías objeto de contrato, bajo el concepto del descuento con independencia del porcentaje de comisión que como agente tiene derecho a percibir. En este caso y motivo de la reventa el agente se convierte en un distribuidor del empresario y por ende, sería necesario imponer como más adelante se tratará (en el contrato de distribución) condiciones de reventa de las mercancías o productos con sus modalidades sin que por ello pierda su

- *Agente-consignatario.* También podemos encontrar la modalidad de que el agente pueda ser un consignatario de la mercancía o productos del empresario y por lo tanto, se debe de contener en el contrato previsiones relativas al contrato estimatorio o de consignación como son entre otras, el que el agente se vuelva custodio de las mercancías almacenadas propiedad del empresario, quien puede reivindicarlas a su voluntad, así como que el agente tendrá el derecho de devolver las mercancías que durante cierto plazo no enajene.

- *Modalidades del contrato de agencia.* Por cuanto a las obligaciones de las partes y prohibiciones del agente nos remitimos a lo expuesto sobre el contrato de comisión mercantil (apartado 1.2.2).

2.3 Contrato de distribución

El contrato de distribución es aquel por el cual el productor o fabricante, conviene en la venta de productos determinados al distribuidor, quien lo adquiere para proceder a su colocación masiva, por medio de su propia organización, en una zona determinada. A cambio de ello, el distribuidor recibe del productor un porcentaje (que puede ser un descuento) sobre el precio de venta del producto, sin perjuicio de las condiciones relativas a pedidos previos y formas de pago.

El distribuidor adquiere la propiedad de los bienes cuando los obtiene por compra, con la consiguiente aplicación de la doctrina de los riesgos, por lo que el fabricante queda siempre desvinculado de las sucesivas reventas que el intermediario realice/

- *La relación jurídica.* En el derecho mexicano no está regulado legislativamente el contrato de distribución, por lo que se trata de un contrato llamado de los atípicos de naturaleza mercantil. Por su contenido, no infiere dependencia alguna de las partes, más que la colaboración en los términos del contrato. De tal suerte, al no existir subordinación jurídica, puede deslindarse toda relación laboral al respecto.

- *Figuras afines:*

- (i) *Con el suministro.* En el suministro el suministrado adquiere los bienes objeto del negocio para utilizarlo generalmente, en un proceso de transformación, fabricación o manufactura, siendo que, en el contrato de distribución el adquirente no transforma los bienes, sino que los adquiere para revenderlos a consumidores en el mismo estado en que los recibe. En tal orden de ideas, se puede afirmar que el contra-

to de suministro es para la industria y el de distribución para el comercio.

(ii) *Con la compraventa.* Si bien la distribución implica una compraventa, se debe entender que no se trata de una suma de compraventas independientes, sino de una relación estable a través de todas ellas aún sin precio determinado, el que resulta de las alternativas de la comercialización en el mercado y, por lo tanto, habrá coligación entre la distribución-compraventa, rigiéndose en lo principal por el primer concepto (distribución), dado que si bien hay una efectiva transferencia del dominio, no es esta la finalidad tenida en cuenta al formalizar el acuerdo de voluntades, sino que, el objeto principal de la distribución, desde una perspectiva económica, es justamente la intermediación llevada a cabo para vender (reventa) los productos.

(iii) *Con la agencia.* En el contrato de agencia el agente actúa por cuenta del empresario y puede hacerlo a nombre de éste cuando se le concede la representación. En el contrato de distribución no hay representación, o sea, el distribuidor actúa por su cuenta y por su propio nombre, y por lo tanto, se le considera un contrato traslativo de dominio dada la reventa que realiza el distribuidor al consumidor bajo las condiciones que le impone el empresario.

(iv) *Con la concesión.* El distribuidor eventualmente, se puede volver concesionario cuando al determinar la distribución sobre un territorio determinado y por un tiempo limitado, bajo la vigilancia del concedente y condiciones impuestas, se le ha concedido el monopolio de reventa.

• *Características del contrato de distribución:*

(i) El distribuidor es un comerciante independiente y con identidad distinta del empresario.

(ii) El distribuidor adquiere los productos del fabricante y los comercializa y revende por cuenta y nombre propios. Por lo tanto, no tiene una representación directa a este efecto.

(iii) El fabricante impone al distribuidor los términos y condiciones para comercialización y reventa de los productos.

(iv) El fabricante tiene generalmente algunas facultades para marcar directrices y supervisar la labor del distribuidor.

(v) El contrato de distribución puede contener el pacto de exclusividad en favor del distribuidor, del fabricante o de ambos, como un elemento



Poner el producto al alcance del consumidor.

• *Modalidades del contrato de distribución.* Tomando en cuenta las características ya enunciadas que lo distinguen y, al no ser propiamente hablando el distribuidor un representante sujeto a comisión mercantil, las obligaciones, derechos y responsabilidades del distribuidor así como las del fabricante se deberán de regir alrededor de dichas características.

En razón de la similitud con el contrato de agencia, aunque este último se considere en un estadio primario o de inicio frente al de distribución, en tanto crece la organización de una relación de permanencia, en muchas ocasiones se han considerado aplicables a la distribución ciertas normas relativas a la agencia.

• *Antecedentes comparados en Centroamérica.* Dado su origen reciente, los sistemas legales no lo han recepcionado aún y casi no existe legislación específica, como en el caso del derecho mexicano.

En Centroamérica nos encontramos que el contrato de distribución juntamente con los de agencia y de comisión mercantil en específico, han sido regulados por una legislación de tipo proteccionista, dado que, aunque las legislaciones difieren entre sí en varios aspectos, básica

mente coinciden en establecer causas legales justas para dar por terminado o negarse a renovar un contrato de agencia, distribución o representación, en el entendido de que, de no existir tales causas legales justas, el principal deberá de otorgar a la contraparte una indemnización fijada por la ley, y mientras ella no se pague, los productos (si son extranjeros) no se podrán importar ni podrá el principal nombrar otro agente o distribuidor.

La primera legislación de protección a los agentes, distribuidores y representantes, entró en vigor en Panamá, siguiendo Honduras, Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Nicaragua, bajo los siguientes ordenamientos:

(i) Panamá. La materia está regida por el decreto de Gabinete N° 344 del 31 de octubre de 1969, juntamente con el decreto ejecutivo N° 9 del 7 de febrero de 1970.

(ii) Honduras. La ley de representantes y distribuidores de casas comerciales, contenida en el decreto N°50 del 13 de octubre de 1950.

(iii) Costa Rica. La ley N° 4684 del 30 de noviembre de 1970.

(iv) El Salvador. El decreto del poder legislativo N° 247 del 16 de enero de 1973, que sustituyó la sección B del Capítulo III, del Título III del Código de Comercio.

(v) Guatemala. Por decreto N° 178 del Congreso de la República de Guatemala del 29 de septiembre de 1971.

(vi) Nicaragua. Por ley N° 287 del 2 de febrero de 1972. **2.4 Contrato de Franquicia**

Al respecto del derecho mexicano, el artículo 142 de la LPI determina claramente las características del contrato de franquicia:

"Habrá franquicia cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica para que la persona a quien se le concede pueda producir, o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos, establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue

El reglamento 4087/88 de la Comisión de la CEE señala como clases de franquicias: (i) la *franquicia industrial* que se refiere a la fabricación de productos; (ii) la *franquicia de distribución* que se refiere a la venta de productos; y, (iii) la *franquicia de servicios*.

Al efecto dichas clases de franquicias se pueden desarrollar a través de dos contratos:

(i) *Product trade mark franchising* (franquicia de producto y marca) que se encuentra íntimamente relacionado con la distribución, ya que abarca una relación de ventas entre un proveedor y un distribuidor (comerciante) el cuál adquiere cierta identidad de su proveedor como son entre otros ejemplos, los distribuidores de automóviles y de embotelladoras de refrescos.

(ii) *Bussiness format franchising* (franquicia para crear y explotar una negociación), que es un contrato de empresa, por el que se transfiere un método para administrar y manejar un negocio territorialmente respecto de productos o servicios identificado con una marca comercial del otorgante y sujeto a su estricto control y asistencia técnica en forma continua.

- *Naturaleza jurídica.* Al igual que con los diversos contratos afines que hemos venido analizando, como son los de distribución comercial y agencia, no existe relación laboral alguna, dado que no hay subordinación en la relación que es estrictamente contractual y de naturaleza comercial, por lo que se le considera un contrato atípico mercantil.

- *Comisión o representación.* La compleja relación contractual de la franquicia no es un contrato de comisión mercantil o de representación. Los franquiciatarios no son representantes del franquiciante, pues no obran por cuenta del franquiciante ni en nombre de éste, sino que el franquiciatario obra por su propia cuenta y en su propio nombre.

- *Características del contrato:*

a) El que se otorgue una licencia para el uso de marca (de servicios o productos) y eventualmente la de nombres y avisos comerciales.

b) La exclusividad referida a un territorio.

c) El franquiciatario se obliga a cumplir con el control de calidad del servicio y productos.

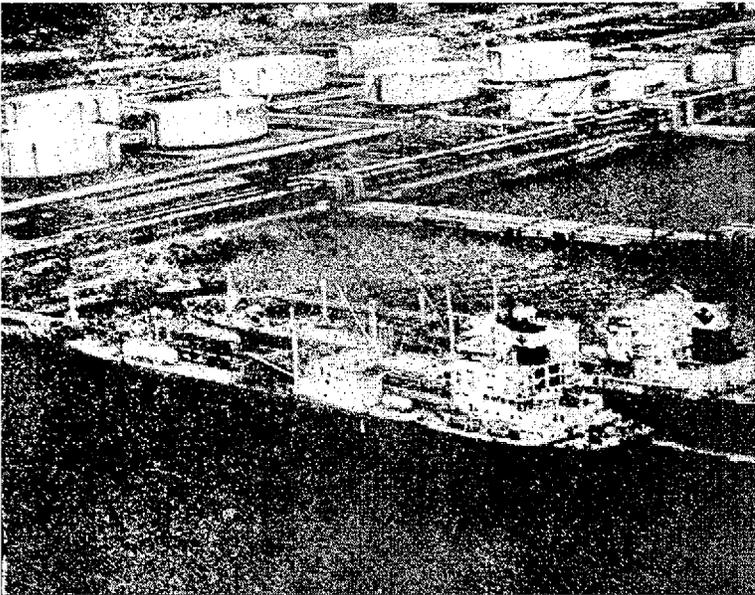
d) La transmisión de conocimientos o tecnología.

e) La contraprestación a base de regalías.

f) La confidencialidad sobre todo en tratándose de tecnología (aa. 84 LPI y 65-XIRLPI).

3 • Recomendaciones comunes a la estructura de los contratos de agencia y distribución

En razón a la similitud que encontramos en los contratos de agencia y distribución por su relación de permanen-



Importación y exportación entre los intereses comerciales.

cia, nos permitimos señalar las siguientes recomendaciones para la estructura de estos contratos, *con la salvedad ya expuesta de que en el contrato de distribución no existe representación ya que el distribuidor actúa por su cuenta y por su propio nombre.*

3.1 Personalidad

En tratándose de la personalidad de las partes, para los efectos de la celebración de los contratos comunes de intermediación comercial como son los de agencia y de distribución a celebrarse entre comerciantes-empresarios, se deben tomar en cuenta los señalamientos vertidos en los puntos 1.1; 1.2. y 1.2.1 del apartado 1 del presente trabajo.

Al efecto, nuestra recomendación es en el sentido de que se analicen las facultades o poderes de los representantes que suscriban el contrato, siendo en específico necesario las facultades para actos de administración, dado que como ya se ha venido comentando, los productos que van a ser comercializados a través de dichos contratos son activos circulantes de las empresas productoras.

Igualmente, respecto de los poderes generales de las empresas mexicanas, para que los mismos surtan efectos frente a terceros, (con los cuales se celebrarán los contratos), deben de estar registrados ante el registro público correspondiente (véase 1.1.).

Asimismo, el poder notarial en su caso de la persona moral extranjera que firme el contrato debe de venir debidamente legalizado o apostillado (véase punto 3.3.1) para que pueda surtir efectos en territorio extranjero y además, dicho poder debe de ser

3.2 Objeto

En el presente trabajo se han desarrollado la naturaleza y el objeto de los contratos de agencia y distribución (véase 2.2 y 2.3).

Nuestra recomendación es en el sentido de que siempre se señale en un anexo del propio contrato la lista de productos con sus especificaciones, los cuales serán materia de la comercialización correspondiente.

Para el caso de desarrollo de nuevos productos posterior a la celebración del contrato, recomendamos que se

determine una cláusula donde se establezca la oportunidad de las partes para analizar si los mismos

3.3 Representación

Si bien, como se ha hecho la salvedad, la distribución no implica representación del fabricante o productor, empero, el contrato de agencia si puede tener esa modalidad (véase 2.2).

Al efecto, recomendamos que se establezca la representación mediante la cláusula correspondiente en el contrato de agencia (siguiendo en su caso, las reglas de la comisión mercantil) y por separado del mismo se le otorgue al agente rigiéndonos por las normas del mandato (véase 1.1; 1.2 y 1.2.1), el poder notarial necesario para su actuación, el cual puede ser otorgado en territorio mexicano, bajo las leyes mexicanas y debidamente legalizado o apostillado para que pueda surtir efectos en territorio extranjero.

Es preciso aclarar, que puede existir una disposición similar a la establecida en la Ley del Notariado para el Distrito Federal (a. 92 LNDP), en el sentido de que los poderes otorgados fuera de la República Mexicana, una vez legalizados o apostillados, deberán de protocolizarse ante Notario Público para que surtan sus efectos conforme a la ley.

A este respecto, como se ha venido sosteniendo, aunque se trate de una compraventa de bienes (productos), los mismos por ser productos de la operación ordinaria del negocio se consideran activo circulante y por lo cual es suficiente otorgar la facultad para actos de administración en representación del empresario principal, mandante o representado, para que se lleve a cabo la comercialización correspondiente.

También recomendamos que se incluya en el poder notarial respectivo, la facultad para pleitos y cobranzas por la necesidad de la posible eventualidad de conflictos que pueda llegar a tener el agente en la

Como se ha comentado en el punto 2.2., el poder notarial respectivo puede ser general; general limitado o especial según sea el caso y, si es general requiere de su inscripción en el Registro Público correspondiente en México (ver 1.1.).

3.3.1 Legalización y apostilla, Convención de la Haya

La legalización diplomática o consular, es el trámite al cual deben ser sujetos los documentos oficiales expedidos por el gobierno de un estado (estado origen), a fin de que los mismos tengan plena validez en un estado extranjero (estado depositario). El trámite de legalización se realiza presentando los documentos que se desean validar ante el consulado del estado depositario en el estado origen, a efecto de que éste los reconozca y legalice a fin de que los mismos puedan surtir sus efectos legales en el estado depositario.

El inconveniente que presenta la legalización radica en que un consulado sólo puede validar los documentos que le sean presentados para tener validez dentro de los límites territoriales del país del cual depende, por lo que si el interesado desea presentar dichos documentos en diversos países, deberá presentar dichos documentos a todas y cada de las representaciones diplomáticas de los países a donde vaya a destinar los documentos.

Ante el inconveniente que representa lo anterior, y con el deseo de suprimir la exigencia de legalización diplomática ó consular para los documentos públicos extranjeros, el 5 de octubre de 1961 en La Haya, Países Bajos, se firmó el "CONVENIO POR EL QUE SE SUPRIME EL REQUISITO DE LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS PUBLICOS EXTRANJEROS".

De conformidad con el artículo segundo y quinto del citado, la apostilla, en el sentido de la presente convención, sólo cubrirá la formalidad por la que los agentes diplomáticos del país en cuyo territorio el documento deba surtir sus efectos, certifiquen la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y la identidad del sello que ostente.

Un documento que contenga la apostilla es válido en todos y cada uno de los países signantes, sin necesidad de requisitos adicionales a la apostilla misma.

En la actualidad son miembros de la convención de la Haya; entre otros: Argentina, Bahamas, Barbados, El Salvador, Estados Unidos, Puerto Rico, Panamá y México.

se recomienda pactar las cláusulas correspondientes respecto de la adquisición de los productos (pedidos y entregas), precios y contraprestación, en el siguiente sentido:

(i) En tratándose de compraventa (pudiendo establecer se cuotas de compra), pagando el agente-distribuidor el precio correspondiente y sujetándose a las condiciones para la reventa.

(ii) En tratándose de consignación, recibiendo el agente las mercancías o productos del empresario para ser almacenadas, donde se debe de incluir reglas al respecto, sobre las condiciones de venta de las mercancías: (i) precio estimado; (ii) el plazo o plazos periódicos en que quedarán bajo consignación las mercancías; (iii) la retribución del agente consignatario; y (iv) los cargos de almacenaje y seguro.

3.5 Garantía de los productos

y responsabilidad frente a terceros

Como el empresario por ley debe garantizar al agente-distribuidor la calidad y cantidad de la mercancía objeto de distribución (a. 383 CCo. y aa. 2142-2149 CC.), sugerírnosle estipule la cláusula conducente.

Igualmente recomendamos establecer la cláusula respectiva a la responsabilidad frente a los terceros adquirir-erites, que en su caso, podrán tener acciones de re- clamó ante el agente-distribuidor o ante el fabricante (aa. 92 y 93 LPC).

3.6 Organización del negocio (información contable y financiera; ventas y publicidad)

Recomendamos que en el contrato respectivo se pacten las cláusulas correspondientes si se trata de agente-distri- buidor, a lo relativo a la organización del negocio a través de una serie de imposiciones o cargas, donde el empresario pueda ejercer cierto control respecto a la venta de sus productos para mantener el prestigio de la marca que ampara los mismos, como son entre otros:

(i) Aceptar el agente-distribuidor, los sistemas administrativos, contables y financieros establecidos por el concedente.

(ii) Imponer al agente-distribuidor la obligación de enviar la información contable y financiera al concedente pudiendo este último realizar las inspecciones que considere.

(iii) Respecto de la organización de ventas, determinar las cláusulas conducentes que impongan entre otras cuestiones, el régimen de las instalaciones o áreas de venta, o la exhibición de los productos y

en su caso, la reparación y mantenimiento de los mismos; servicios de post venta; y, la regulación de las políticas de publicidad de los productos.

3.7 No relación laboral

Recomendamos tomando en cuenta lo expuesto en los puntos 1.2.2.; 2.2; y 2.3, que se establezca la cláusula correspondiente a la no relación laboral entre el empresario y el agente o distribuidor en su caso, cumplimentándolas con la responsabilidad que tiene el agente o distribuidor para con el personal que estos mismos contraten para el ejercicio del contrato que nos ocupa.

3.8 No cesión del contrato

Por ser un contrato personalismo y confidencial pudiendo tener la modalidad de exclusividad, recomendamos que siempre se pacte la cláusula de no cesión del contrato.

A este respecto y para el caso de que el agente o distribuidor sea persona moral (sociedad mercantil), se debe de analizar la mecánica para que se establezca en la estructura de dichas sociedades, limitaciones con el evento de no caer en manos de un competidor, pudiendo a tal efecto acordar entre las partes, causas de rescisión del contrato, si la estructura accionaria o en su caso la administración cambiara en perjuicio del concedente.

3.9 Término o vigencia

Dependiendo de la relación de las partes, y tomando en cuenta la inversión que en su caso realice el agente o distribuidor para el establecimiento de su organización, se deberán de acordar por las partes, el plazo del contrato y en su caso la prórroga del mismo dada su naturaleza de tracto sucesivo.

Por ende, recomendamos que se establezca un plazo definido, así como las bases para su prórroga.

Por otro lado, si no se establece en el contrato un plazo de terminación donde obviamente no opere la prórroga, el contrato se torna indeterminado y por lo tanto, a este efecto, se recomienda establecer las bases del preaviso para que cualquiera de las partes pueda darlo por terminado unilateralmente.

Al efecto, los principios de UNIDROIT respecto de contratos indeterminados señalan que: *"cualquiera de las partes podrá dar por terminado un contrato de tiempo indefinido, comunicándoselo a la otra con una anticipación razonable"*.

Empero, consideramos que no se debe dejar a discusión el término *"anticipación razonable"*, por lo que recomendamos que se señalen los plazos del preaviso.

3.10 Confidencialidad

Es importante incluir esta cláusula en los contratos, ya que de antemano las partes establecen la manera en que se comunicarán y/o transmitirán la información confidencial de una a la otra.

La información confidencial dependiendo del objeto del contrato, se podría entender respecto de las marcas mediante las cuales se comercializarán los productos; secretos industriales, información del negocio, incluyendo información financiera; empresarial o estrategia de comercialización, planes, desarrollo de productos, información al cliente; sistemas, maquinaria, aparatos, programas de computadoras; software, hojas de trabajo, listas de precios; listas de proveedores; listas de clientes; datos o información que se relacione en cualquier aspecto al negocio o negocios del propietario.

Mediante esta cláusula las partes convienen en garantizar por medio de sus funcionarios, directores, accionistas, empleados, subordinados, asesores, agentes o representantes la recepción y el mantenimiento de toda la información dada por escrito, durante la vigencia del contrato e inclusive posterior al término del mismo.

Ahora bien, las consecuencias del uso impropio o negligente, o divulgación indebida de la información confidencial por parte del receptor, daría pauta al propietario - empresario, de rescindir el contrato o exigir el cumplimiento del mismo y el pago de daños y perjuicios causados por el incumplimiento indicado, amén de las sanciones penales correspondientes.

3.11 Exclusividad y territorialidad

En este pacto es esencial la obligación de no realizar ciertas prestaciones, o de no concluir determinados contratos, sino únicamente con las personas a quienes se les reconoce la exclusiva.

La exclusividad se pacta generalmente en un contrato de ejecución continuada o diferida, o sea que produce entre las partes una relación duradera, como los que nos ocupan de agencia y distribución.

El pacto de exclusividad debe de tener dos requisitos básicos: a) el área geográfica puede ser muy amplia y siempre se debe detallar en un anexo; b) debe estar sujeto a cierto tiempo.

Es importante determinar a qué prestaciones, productos o mercancías se aplica la exclusividad.

Las clases de exclusividad pueden ser: i) simple o de doble signo (área geográfica y tiempo); ii) unilateral o iii) bilateral, es decir, el contrato puede contener el pacto de exclusiva a favor de una parte por ejemplo del agente, a favor del empresario, o de ambas.

dor, no puede trabajar en una zona para otros empresarios u otros competidores (pacto de no competir).

Ahora bien, cuando el obligado por la exclusiva es el empresario, éste no puede designar a otros agentes o distribuidores en la zona o productos concedidos al beneficiario de la exclusiva.

En atención al efecto del pacto de exclusiva respecto del territorio, este puede ser (i) de territorialidad simple; (ii) de territorialidad reforzada; o, (iii) de territorialidad absoluta.

Por ejemplo, en la territorialidad simple el concedente reconoce mediante la misma al concesionario el privilegio de aprovisionarle en exclusiva para determinada zona y de que el concesionario venda exclusivamente en ella, pero no se obliga a protegerle contra la posible concurrencia de los demás concesionarios de otras zonas que puedan invadir la suya.

En la territorialidad reforzada, los concesionarios adquieren el compromiso de respetar el monopolio territorial de otros, de modo que ninguno de ellos puede adquirir un cliente domiciliado en su territorio sin afectar una de las obligaciones del contrato donde está acordada la exclusiva y, por lo tanto, el concedente se obliga a imponer el respeto de la zona geográfica de eficacia de la concesión a los demás concesionarios. Su efecto, es por tanto, impedir la concurrencia interna dentro de la red de concesión mercantil.

En la territorialidad absoluta, los concesionarios exclusivos se comprometen respecto del concedente no sólo a revender a clientes que no están domiciliados en sus sectores, sino igualmente a imponer a sus clientes la obligación de no vender la mercadería fuera del sector donde ella ha sido comercializada. En esta clase de exclusiva el concesionario a su vez impone al cliente el territorio concesionado.

El efecto general que el pacto de exclusiva, produce entre las partes es una obligación de no hacer y más específicamente de no contratar, siendo que esta obligación sólo se produce entre las partes que intervienen en el pacto de exclusiva.

De este modo, si una parte incumple el pacto de exclusiva y contrata o recibe prestaciones de un tercero, esta nueva relación con el tercero es válida y el beneficiario de la exclusiva no puede exigir la nulidad o invalidar el nuevo acto, pues el tercero con quien se contrató no estaba obligado por el pacto de exclusiva, por lo tanto el contrato celebrado entre el obligado por el pacto de exclusiva y el tercero es

de agencia o distribución, el incumplimiento del pacto sea causa de terminación general de todo el contrato.

Para el resarcimiento de daños y perjuicios pueden las partes plantear contractualmente varias soluciones: (i) si el fabricante viola el pacto de exclusiva y vende directamente o a través de un tercero en el territorio asignado, puede verse obligado a pagar la comisión al agente exclusivo o el margen del distribuidor exclusivo al considerarse que la venta se hizo por su conducto; y (ii) puede establecerse contractualmente una remuneración equivalente como una fracción o porcentaje de la comisión o margen que restituyan al beneficiario de la exclusiva

3.12 Marcas, nombres y avisos comerciales

El aspecto de *Propiedad Industrial*, es una acepción amplia que comprende no sólo la industria y el comercio, sino también para las llamadas industrias agrícolas y extractivas y respecto de todo tipo de productos fabricados o naturales.

En tal orden de ideas la *Propiedad Industrial* debe considerarse para cualquier relación mediante la cual se comercialicen servicios y/o productos mediante los diversos contratos que hemos señalado en este estudio, y cuyos aspectos para efectos del presente son los relativos a las llamadas *marcas*.

Para una mejor comprensión, se darán las siguientes definiciones:

- (i) *Marcas*: se entiende por marca a todo *signo visible* que distinga productos o servicios de otros de su misma clase en el mercado.
- (ii) *Nombre comercial*: es el *nombre* con el cual se distingue una empresa o establecimiento industrial.
- (iii) *Aviso comercial*: se considera aviso comercial a las *frases u oraciones* (en su caso promocionales) que tengan por objeto anunciar al público establecimientos o negociaciones comerciales, industriales o de servicios, para distinguirlos de los de su especie.

3.12.1 Marco legal

El marco legal bajo el cual se rigen las marcas se encuentra regulado en términos de:

a) CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (CONVENIO UNIÓN DE PARÍS) (CUP), firmado por los representantes de varios países a efecto de constituir una *unión* y cuya principal finalidad se

encuentra redactada en su artículo 2 inciso 1), el cual señala: "Los nacionales de los países de la unión gozarán en todos los demás países de la unión, en lo que se refiere a la protección de la Propiedad Industrial de las ventajas que las leyes respectivas concedan actualmente o en lo futuro a sus nacionales...".

El convenio Unión de París para la protección de la propiedad industrial fue firmado en la ciudad que le da nombre el 20 de marzo de 1883, y ha sufrido diversas modificaciones, revisiones y/o ratificaciones, siendo la última revisión en 1996 en Ginebra, Suiza.

Según un listado elaborado por la OMPI, al 15 de abril de 1999 se encontraban adheridos a dicho convenio los siguientes países de América:

Argentina	Febrero 10, 1967
Bahamas	Julio 10, 1973
Barbados	Marzo 12, 1985
Bolivia	Noviembre 4, 1993
Brasil	Julio 7, 1884
Canadá	Junio 12, 1925
Chile	Junio 14, 1991
Colombia	Septiembre 3, 1996
Costa Rica	Octubre 31, 1995
Cuba	Noviembre 17, 1904
República Dominicana	Julio 11, 1890
Ecuador	Junio 22, 1998
El Salvador	Febrero 19, 1994
Guatemala	Agosto 18, 1998
Guyana	Octubre 25, 1994
Haití	Julio 1, 1958
Honduras	Febrero 4, 1994
México	Julio 27, 1976
Nicaragua	Julio 3, 1996
Panamá	Octubre 19, 1996
Paraguay	Mayo 28, 1994
Perú	Abril 11, 1995
EUA	Mayo 30, 1887
Uruguay	Marzo 18, 1967
Venezuela	Septiembre 12, 1995

b) La ley específica, su reglamento y cualquier disposición legalmente válida aplicable dentro de cada uno de los países que conforman la unión, respecto de la materia de propiedad industrial.

Así las cosas, el referido CUP da la posibilidad de que cualquier nacional que desee proteger los derechos de propiedad industrial de que es titular en su país, dentro

de un país diverso que forme parte de la Unión, merecerá en aquel país diverso por cuanto a tal aspecto además de un trato como si fuera nacional, el respeto a los derechos adquiridos con anterioridad en su país.

3.12.2 Protección o registro de marcas y avisos comerciales

Es recomendable que las denominaciones, diseño, o denominaciones con diseño que se asocien a servicios y/o productos comercializados por cualquier persona cuenten con una protección legal como *marcas*, a fin de prever una posible imitación de dicha marca, asociada a productos o servicios semejantes a los que comercialice la persona que cuenta con tal protección y que podría constituir en su perjuicio una competencia desleal. Así, para el caso de existir una imitación o copiado de las *marcas*, la persona titular de sus derechos protegidos como Propiedad Industrial cuente con los medios legales para su defensa.

Conforme a lo anterior, los países firmantes del CUP brindan a toda persona que pertenezca a un país diverso y que a su vez forme parte de la Unión, la posibilidad de proteger sus *marcas*, en otro país diverso al suyo, ya sea en uso del llamado derecho de prioridad, o bien aun vencido el plazo para ejercitar tal derecho.

El llamado derecho de prioridad, consiste en la posibilidad que tiene una persona para depositar o presentar la solicitud de registro de una *marca* en un país diverso al suyo, dentro de los seis meses siguientes a que se haya presentado la solicitud o depósito para el registro de la *marca* dentro de su país.

Por lo tanto, el depósito o presentación de la solicitud que se realice dentro del plazo señalado no podrá ser invalidado por hechos ocurridos dentro de tal plazo como lo puede ser la presentación o depósito de una solicitud realizada por una tercera persona dentro del país en que se ha hecho valer la prioridad, y los derechos que se deriven en favor de dicho tercero se tendrán que resolver conforme a la legislación del país en la que se hizo valer tal derecho de prioridad.

Asimismo, es factible presentar una solicitud o depósito para el registro de una *marca* en un país o países diversos del cual se ha presentado u obtenido inclusive el registro de dicha *marca* y que forme parte de la CUP, con posterioridad a los plazos previstos para el ejercicio del derecho de prioridad, sin embargo, si bien esta solicitud no gozará de las prerrogativas que confiere el derecho de prioridad y tendrá por lo tanto, un tratamiento igual al de cualquier otra solicitud que se presente en aquel país, el CUP también permite que en este caso se tome en cuenta la notoriedad en el conocimiento de la *marca*, así como la

3.12.3 Cláusulas del contrato

Conforme a lo anterior se recomienda que para el caso de la comercialización de productos o servicios que se pretendan realizar en un país diverso, y que estén asociados a una o varias *marcas*, se prevean dentro del contrato las disposiciones bajo las cuales se regirá y se protegerá el uso de las *marcas*, así como aquellas relativas a la publicidad que deberá realizarse a efectos de la comercialización de los productos asociados a dichas *marcas* y que deben consistir en:

(i) El uso de las *marcas* por parte del agente-distribuidor, se hará única y exclusivamente con el fin de identificar los productos y servicios que comercializa, sin que ello le de derecho a intentar o registrar tales marcas a nombre propio, de sus agentes o representantes.

(ii) Establecer la obligación del agente-distribuidor de no modificar de ninguna forma, ni asociar a diversos productos ya sean de su propiedad o de terceros las *marcas*.

(iii) Establecer en su caso el pago de una determinada cantidad para gastos de promoción de los productos y/o servicios.

(iv) Establecer la obligación de notificar al productor respecto de posibles contingencias o uso de terceros de las *marcas*, *nombres* y *avisos comerciales*.

(v) Coadyuvar en todos y cada uno de los trámites locales, ya sean administrativos como sería el caso de la comprobación de uso y, respecto de controversias o litigios concernientes a las *marcas*, *nombres* y *avisos comerciales*.

3.13 Legislación aplicable

En virtud de que el contrato correspondiente se firmará en territorio mexicano, toda vez que ahí se da el origen de la relación jurídica contractual y, aunque la representación se desenvuelva en territorio extranjero bajo las leyes locales correspondientes, recomendamos que la legislación aplicable para la interpretación, efectos jurídicos y aplicación del contrato, inclusive para el caso de controversia respecto del mismo, se rija por las leyes mexicanas.

Al respecto y en tratándose de competencia de aplicación de leyes, conforme al derecho mexicano, los actos jurídicos se regirán por el derecho del lugar en que se celebren (México). Asimismo, sus efectos jurídicos de ejecución, pueden sujetarse al pacto de las partes respecto de la aplicabilidad de la ley mexicana (aa. 12 y 13-IV

y V CC).

jurisdicción que les pueda corresponder por razón de su persona y sus domicilios, sujetándose expresamente a la aplicación de las leyes mexicanas para la interpretación, efectos jurídicos de la ejecución de los contratos, y de controversias. A este último respecto, como se verá en el punto 3.15, las partes para el caso de controversia, sujetándose a la aplicación de las leyes mexicanas, pueden pactar el procedimiento de arbitraje o el procedimiento jurisdiccional correspondiente.

Empero, puede existir un eventual conflicto de leyes, sobre todo respecto de las leyes proteccionistas locales (véase punto 2.3), aunque discutibles por el derecho de renuncia de la aplicación de las leyes extranjeras y sujeción a las leyes mexicanas, tal como se ha recomendado.

3.14 Terminación anticipada

Con independencia de la terminación por vencimiento del plazo analizada en el punto 3.9, se recomienda que se pacte en el contrato causas de terminación anticipada a dicho vencimiento, las cuales pueden ser por causas diversas o por violación contractual, en su caso.

Es importante resaltar que aunque se 'dé la terminación del contrato ya sea por vencimiento del plazo; del preaviso, en tratándose de tiempo indefinido o de terminación anticipada, puede preverse en el contrato que el agente-distribuidor deberá de continuar con ciertas obligaciones que subsistirán en su caso, por determinado tiempo dada la naturaleza del contrato que nos ocupa (entre otras, la no competencia, la confidencialidad y las garantías y responsabilidades frente a terceros, como se ha comentado en los puntos 3.5 y 3.10).

3.14.1 Terminación por causas diversas

Recomendamos que las partes pacten en el contrato diversas causas de terminación anticipada, que necesariamente no tienen que ver con un incumplimiento directo de las cláusulas del contrato correspondiente.

De manera enunciativa más no limitativa, comentaremos las que consideramos más comunes:

(i) La denuncia unilateral o revocación libre por parte del principal. La cual va relacionada con los contratos de tiempo indeterminado y con sujeción del preaviso (ver punto 3.9). Empero, si se trata de un contrato con término definido y se pacta la revocación libre sin causa, se debe de prever la penalidad de la indemnización, porque en caso contrario, se caería en el supuesto del pago de daños y perjuicios (a. 2596 CC y a. 328 CCo.).

físicas, ya que, tomando en cuenta que el contrato de agencia produce una relación de confianza, "*intuitu personae* ", la muerte del agente-distribuidor en su caso, es causa de terminación de la relación contractual.

(iii) La quiebra y suspensión de pagos (aa. 141 y 405 LQSP).

(iv) El común acuerdo entre las partes.

3.14.2 Rescisión por causas de incumplimiento

Por otro lado, recomendamos que se pacte en el contrato lo que se considere como violación contractual del mismo (incumplimiento) y que traiga como consecuencia, la posibilidad de reclamar en su caso el cumplimiento o la rescisión del contrato, más el pago de una penalidad pactada por las partes o en su defecto, el pago de daños y perjuicios.

De manera enunciativa más no limitativa, comentaremos las que consideramos más comunes:

(i) la violación del pacto de exclusiva,

(ii) la falta de resultados en negocios promovidos (por ejemplo, no llegar a una cuota de ventas pactada),

(iii) la contratación de subagentes o representantes sin autorización del empresario,

(iv) la fusión de la sociedad del agente-distribuidor o el cambio de socios o accionistas o en su caso, de administradores sin autorización del empresario ("cambio de control"),

(v) la huelga por un plazo importante,

(vi) el embargo de la negociación o la intervención judicial de la misma por cualquier causa,

(vii) en general, cualquier incumplimiento a las obligaciones de las partes materia del contrato.

3.15 Procedimiento para el caso de controversias

En tratándose de controversias y tomando en cuenta la legislación aplicable (ver punto 3.13) es de resaltar la cláusula que nos ocupa por su trascendencia en el comercio internacional.

En efecto, la naturaleza del contrato que nos ocupa, de carácter mercantil o comercial nos lleva necesariamente a recomendar como alternativa de la solución de los conflictos legales que se puedan generar entre las partes contratantes, la figura del arbitraje, con sujeción a las reglas internacionales, empero, no podemos descartar la posibilidad de que los mismos conflictos sean resueltos por el ámbito jurisdiccional, sobre todo por la ejecución de los laudos arbitrales.

3.15.1 Arbitraje

Respecto del derecho mexicano, el Código de Comercio en las reformas del 22 de julio de 1993, incorporó las disposiciones en materia de arbitraje comercial que establece la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

México es parte de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de la que también son parte prácticamente todos los países con los que México sostiene una importante corriente de comercio, además de ser miembro de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, siendo que en ambas convenciones, se prevé el ejercicio de la voluntad de las partes para someterse a cualquier tribunal de arbitraje que más les convenga, así como a designar reglas de arbitraje que consideren más adecuadas e incluso establecer sus propias reglas.

El Código de Comercio refiere las diferentes definiciones utilizadas para el arbitraje comercial (a. 1416 CCo.):

(i) Acuerdo Arbitral: Es la voluntad de las partes para resolver conflictos actuales o futuros, pudiendo constar en el propio contrato o por separado como acuerdo independiente.

(ii) Arbitraje: Cualquier procedimiento comercial de arbitraje institucional o jio, entendiéndose como institucional.

(iii) La internacionalidad se define a partir de uno de los siguientes criterios: i) que las partes tengan establecimientos en países diferentes en el momento de celebrar el acuerdo; ii) que el lugar del arbitraje o el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga relación más estrecha, se encuentre en país diferente del que las partes tienen su establecimiento.

Dentro de las reglas establecidas en el Código de Comercio tanto para el arbitraje nacional como internacional se incorporó uno de los principios fundamentales del arbitraje que es el no formalismo, específicamente en las notificaciones, las cuales pueden llevarse a cabo mediante carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega, si personalmente no se logró ésta, siempre y cuando lo hayan pactado las partes, (a. 1418 CCo).

Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje, las partes podrán solicitar a la jurisdicción correspondiente (Juez de la localidad), la adopción de medidas cautelares provisionales (a. 1425 CCo.).

como puede ser en el caso la declaración del laudo arbitral respecto de la rescisión del contrato, la misma resolución arbitral puede tener efectos condenatorios (pago de una penalidad si se pactó por las partes en el contrato, para el caso de incumplimiento o el pago de daños y perjuicios en términos de ley), y para tal caso, la ejecución del laudo arbitral se deberá de sujetar a la homologación del juez que tendrá competencia jurisdiccional territorial local para ejecutar la condena correspondiente, bajo las vías de apremio (aseguramiento de bienes) y con las medidas de apremio conducentes (auxilio de la fuerza pública).

Recomendamos por ende que se pacte por las partes en el contrato el arbitraje para el caso de dirimir controversias con la aplicación de las leyes mexicanas y bajo los formalismos de la UNCITRAL, retomados en el Código de Comercio.

3.15.2 Tribunales jurisdiccionales

Como ya se dijo anteriormente, y bajo la aplicación de leyes mexicanas, nuestra recomendación infiere, en primer lugar, en que las partes pacten el procedimiento de arbitraje para el caso de dirimir controversias; de no ser así, se recomienda que las partes elijan la competencia jurisdiccional de los tribunales mexicanos.

En tal orden de ideas, recomendamos, en tratándose de competencia jurisdiccional (diversa del arbitraje), que las partes pacten la renuncia del fuero competencial jurisdiccional que les pueda corresponder en razón de sus domicilios presentes o futuros y por ende, prorroguen la competencia jurisdiccional para el caso de dirimir con

trroversias, a los tribunales competentes mexicanos (a. 149 CPCDF).

Abreviaturas

a., aa: Artículo (s).

CC: Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal.

Cco: Código de Comercio.

CPCDF: Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

CUP: Convenio Unión de Países.

DOF: *Diario Oficial* de la Federación.

LFT: Ley Federal del Trabajo.

LGSM: Ley General de Sociedades Mercantiles.

LGTOC: Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

LNDF: Ley del Notariado del Distrito Federal.

LPC: Ley de Protección al Consumidor.

LPI: Ley de la Propiedad Industrial.

LQSP: Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

RLPI: Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial.

S.A.: Sociedad Anónima.

S de RL: Sociedad de Responsabilidad Limitada.

UNCITRAL: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, con sede en Viena y