

**Necesidad de regulación de las contrataciones mercantiles atípicas en
respuesta a los desafíos empresariales en el ámbito nicaragüense.
Definición, sujetos intervinientes y trascendencia práctica**

**Need for regulation of atypical commercial contracts in response to
business challenges in the Nicaraguan environment. Definition,
intervening subjects and practical significance**

José Carlos Zelaya Aroztegui¹ Manuel Enrique Cruz Bucardo²

(Recibido: 22/09/23 • Aceptado: 15/11/23)

¹ Managua, Nicaragua. Estudiante de Derecho de la Facultad de Humanidades del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana de Nicaragua.

Correo electrónico: jczaroztegui2003@gmail.com
Código ORCID: 0000-0003-4539-902X

² Managua Nicaragua. Estudiante de Derecho de la Facultad de Humanidades del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana de Nicaragua.

Correo electrónico: mcruz031202@gmail.com
Código ORCID: 0000-0002-4483-191X

José Carlos Zelaya Aroztegui y Manuel Enrique Cruz Bucardo: Necesidad de regulación de las contrataciones mercantiles atípicas en respuesta a los desafíos empresariales en el ámbito nicaragüense.

Definición, sujetos intervinientes y trascendencia práctica

Resumen: En una sociedad caracterizada por cambios constantes y dinámicas fluctuantes, las tendencias comerciales del entorno reflejan rapidez, consumo, globalización y variaciones en actividades productivas, empresariales, tecnológicas y de comunicación; es por ello, que el Derecho enfrenta un férreo desafío para regular estas nuevas realidades mercantiles. Este artículo aborda los contratos atípicos en la práctica empresarial nicaragüense, los cuales encuentran su fundamento en la libertad contractual y de contratación. Además de mencionar la problemática que estas figuras traen consigo para el mundo empresarial y, a su vez, la trascendencia práctica que acarrearán; cuestión de relevancia para una futura regulación.

Palabras clave: Contratos atípicos, libertad para contratar, problemática, necesidad de regulación, empresarial.

Abstract: In a society characterized by constant changes and fluctuating dynamics, the commercial trends of the environment reflect speed, consumption, globalization and variations in productive, business, technological and communication activities; That is why the Law faces a tough challenge to regulate these new commercial realities. This article addresses atypical contracts in Nicaraguan business practice, which are based on contractual and contracting freedom. In addition to mentioning the problems that these figures bring with them to the business world and, in turn, the practical significance that they carry; issue of relevance for future regulation.

Key words: Atypical contract, freedom of contract, problematic, need for regulation, business.

Índice

- 1.- Nociones Generales de las Contrataciones Atípicas y perspectiva de la Atipicidad.
 - 1.1.- Fundamento de los Contratos Atípicos.
- 2.- Problemática de los Contratos Atípicos.
 - 2.1.- La Problemática de la Admisibilidad y Validez de los Contratos Atípicos.
 - 2.2.- La Problemática de la Disposición Normativa Aplicable.

3.- Contratos Atípicos Mercantiles más Utilizados en la Práctica Comercial Nicaragüense.

3.1.- *Factoring* (Factoraje).

3.2.- *Leasing* (Arrendamiento Financiero).

3.3.- *Franchising* (Franquicia).

3.4.- Know-How.

3.5.- *Joint Venture* (Empresa Conjunta).

Introducción

Los constantes cambios en el tráfico jurídico mercantil, devenidos por la actual dinámica empresarial, han encontrado su apogeo en el seno de economías cada vez más globalizadas y libres, en las cuales los empresarios han desplegado una serie de actividades destinadas a la concreción de los diversos actos de comercio; por medio de ventas, reventas, transacciones, títulos valores, creación de sociedades, propiedad intelectual, comercio electrónico, importaciones, exportaciones, arrendamientos financieros, entre otros. Es por ello, que la legislación mercantil nicaragüense debe ir acorde a la modernización de los actos de comercio y regular aquellos contratos atípicos de mayor trascendencia práctica para evitar posibles conflictos y vacíos importantes en el tema de las contrataciones mercantiles.

La regulación de contratos atípicos de uso frecuente en la práctica empresarial nicaragüense, debe ser una prioridad para el legislador, en el sentido que debe emitir disposiciones más que céleres, oportunas; puesto que, estos negocios jurídicos entrañan cláusulas que contemplan nuevas e innovadoras formas de comercio, dándole la oportunidad a las partes de poder concertar sus voluntades empleando las costumbres mercantiles internacionales (*Lex Mercatoria*) y, otorgando además, métodos alternos de resolución de conflictos, para que puedan llevar a buen término sus contrataciones; evitando así, procesos judiciales dilatorios y perjudiciales.

Como es bien sabido, la temática central de la presente investigación está referida a la figura jurídica de los contratos atípicos en el ámbito mercantil, la cual está adquiriendo una relevancia mayúscula, en consideración de las actuales dinámicas empresariales y el comportamiento del mercado en esta realidad caracterizada por la

globalización, la variabilidad y las actualizaciones tecnológicas de los medios de producción.

Los contratos atípicos, para su formación, traen consigo la necesidad de que la convencionalidad sea presentada en todo momento por los contratantes; por ello abordaremos, en primer lugar, las nociones de las contrataciones atípicas y qué se entiende por atipicidad; como segundo tema se expondrá, la problemática que trae consigo la falta de regulación de estas figuras y cómo pueden llegar a ser superadas. El tercero y cuarto tema, explican la importancia que tienen estas contrataciones y cuáles son los contratos atípicos extracodiciales que ya se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico nicaragüense por medio de la técnica legislativa de leyes especiales. Por último, se hará un análisis de las figuras contractuales que carecen de una normativa propia, explicando en ellos aspectos claves tales como su definición, sujetos intervinientes y la trascendencia práctica que estos negocios representan para el entorno empresarial.

1. Nociones Generales de las Contrataciones Atípicas y perspectiva de la Atipicidad

Desde el entendimiento de uno de los principios supremos del Derecho Privado, el cual prescribe que las partes poseen autonomía de la voluntad; se llega a inferir que estas últimas poseen, de igual manera, la potestad de configurar nuevos e innovadores contenidos contractuales, los cuales representan fehacientemente el reflejo de sus voluntades concertadas. Ahora bien, esta libre voluntad para la contratación no posee un carácter ilimitado; puesto que, la legislación civil nicaragüense impone como una causal de nulidad de estos negocios jurídicos la contravención de la ley, la moral y el orden público; lo cual está expresado en el artículo 2437 C³ que reza así: “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

³ Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, Cuarta Edición Actualizada del Código Civil de la República de Nicaragua, [aprobado el 11 de diciembre de 2019] art. 2437, consultado el 11 de noviembre de 2022.
<http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/3133c0d121ea3897062568a1005e0f89/2ee770725dc6a5fd062584c1005e7de7?OpenDocument>

Con lo expuesto anteriormente, encontramos justificación normativa en relación al contrato atípico, ya que estos a pesar de no tener un tratamiento ubicable en los códigos y leyes especiales, sí ostentan una validez devenida de la libre contratación de las partes, la cual es perfeccionada por una confluencia libre de vicios de sus consentimientos en torno a un objeto. Ahora bien, el doctrinario (Arce Gargollo 2010)⁴ nos proporciona una definición en sentido estricto de los contratos atípicos, la cual establece que son aquellos “(...) cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación, respecto a la relación de Derecho privado entre los particulares que contratan”.

Por otra parte, en un sentido amplio y desde nuestra óptica, la atipicidad no alude únicamente a su concepción más pura y estricta, la cual estriba en que una contratación se considerará “atípica” exclusivamente cuando no se encuentre regulada del todo en el ordenamiento jurídico del país que se trate; es decir, que no exista ni un resquicio de positivización de la figura jurídica como tal. Aseveramos que la atipicidad no alude únicamente a lo anterior, porque existen contratos que a pesar de que no se encuentren condensados en los códigos civiles y mercantiles, sí ostentan con un tratamiento jurídico ubicable en el ordenamiento, utilizando la técnica legislativa de la “ley especial”, la cual posee una función muchas veces derogatoria o complementaria a lo dispuesto en los códigos (a esto último lo hemos denominado “atipicidad extracodicial o impura”).

Debemos recordar que se puede presentar la posibilidad de que existan contratos atípicos que sí ostenten con una denominación otorgada por la ley; es decir, que puede ser procedente la consideración de un contrato nominado que sea atípico. Por otra parte, existen también contratos que son configurados a la luz de los usos, costumbres y criterios jurisprudenciales de las prácticas mercantiles, a esto se le conoce como “tipicidad social”⁵.

Es por ello que establecemos dos teorías formuladas con lo anteriormente expuesto, la teoría de la atipicidad pura y la teoría de la atipicidad extracodicial o impura. La atipicidad pura forma parte de la esencia de la definición de contrato atípico que ya hemos presentado, pues la esencia de la atipicidad es no disponer de normas expresas. Cuando un negocio jurídico celebrado por las partes contratantes no encuentra regulación

⁴ Arce Gargollo. *Contratos Mercantiles Atípicos*. (2010), 132.

⁵ *Ibid.*, 132-136.

en la totalidad del ordenamiento jurídico, es decir, no se encuentra concebido en códigos ni en leyes especiales medios directrices para su celebración, se está frente a lo que percibimos como la atipicidad en un sentido puro, teoría de la que nosotros somos parte.

Entonces bien, la atipicidad en un sentido puro alude a que el contrato no aparezca en absoluto dentro del ordenamiento jurídico nacional; es decir, que no haya ni un ápice de referencia normativa respecto de la contratación de que se trate. Ahora bien, cuando nos referimos a la “atipicidad”, pareciese que exclusivamente direccionamos su conceptualización a la ausencia total de regulación; sin embargo, avizoramos como “atipicidad” no únicamente la falta de tratamiento jurídico en el sistema de derecho de un país en concreto, sino también una regulación expresa que se encuentra ubicada fuera del Código Civil o Mercantil (en dependencia de la naturaleza del contrato) y que ostenta como vehículo normativo de existencia las figuras jurídicas denominadas como “leyes especiales”, que concretan una especie de paralelismo al ámbito codicial.

1.1. Fundamento de los Contratos Atípicos

Se ha mantenido en el presente, que los contratos atípicos tienen como común denominador no estar regulados en ningún tipo de cuerpo normativo ni ley especial (atipicidad en sentido puro), por lo que carece de validez el requisito de la forma dejando entrever que las partes, en virtud de la ya conocida autonomía de la voluntad, pueden establecer las formas de celebración, cláusulas, maneras de ejecución o terminación, entre otras cuestiones en base a esa motivación que impulsa a los contratantes para llevar a cabo ese pacto. Sin embargo, nuestro Código Civil hace énfasis en que el consentimiento es requisito esencial de cualquier obligación lo cual se encuentra condensado en el artículo 1832 C⁶ el cual menciona que “para la validez de una obligación es esencialmente indispensable el objeto o bien cierto y posible que sirva de materia a la obligación”; y

⁶ Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, Cuarta Edición Actualizada del Código Civil de la República de Nicaragua, [aprobado el 11 de diciembre de 2019] art. 1832, consultado el 11 de noviembre de 2022.
<http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/3133c0d121ea3897062568a1005e0f89/2ee770725dc6a5fd062584c1005e7de7?OpenDocument>.

que, además, debe ser expresado de forma clara y libre, tal y como lo prescribe el artículo 2448 C⁷ “el consentimiento de las partes debe ser libre y claramente manifestado”.

El asidero de las contrataciones atípicas yace en la libertad de contratar y en la autonomía de la voluntad (también conocida como libertad contractual), contenida en el artículo 1.1⁸ de los Principios UNIDROIT (*Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*). En palabras del jurista (Arce Gargollo 2010, 131)⁹, la libertad de contratar se refiere a la posibilidad que tienen los contrayentes de celebrar o no el contrato y también a esa libertad de escoger a la persona con la que van a contratar; mientras que la libertad contractual centra su atención al contenido íntegro del contrato el cual, como sabemos, puede ser fijado libremente por las partes.

2. Problemática de los Contratos Atípicos

La celebración de los contratos atípicos surge de la voluntad de las partes, sin embargo, resulta imperioso que la futura regulación se realice en atención a los problemas de la admisibilidad y validez para que puedan ser dotados de eficacia estas negociaciones mercantiles atípicas, ya que en la práctica, se presenta una problemática clave que es el precisar cuál será la normativa aplicable; a falta de una disposición legal propia, y para superar algún posible vacío resulta solucionador emplear la hermenéutica para poder llenar esas posibles lagunas que puedan acaecer, dando lugar a lo que la doctrina denomina el problema de la disciplina normativa.

Es bien sabido que la falta de una disposición normativa genera complicaciones a la hora de que el judicial tenga que resolver sobre una posible *litis* que pueda surgir de la celebración de algún contrato atípico, y en vista que el código procesal civil nicaragüense mantiene en su artículo 25¹⁰ que las autoridades judiciales no pueden en ningún caso dejar

⁷ Ibid., art. 2448.

⁸ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado – UNIDROIT, art. 1.1 (Libertad de contratación): “Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.”, consultado el 11 de noviembre de 2022. <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>.

⁹ Arce Gargollo. *Contratos Mercantiles Atípicos*. (2010), 131. https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/contratos-mercantiles-atipicos-javier-arce-gargollo_1_.pdf

¹⁰ Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, Ley número 902, “Código Procesal Civil de la República de Nicaragua” [Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 191 del 09 de octubre de 2015] art.

de resolver a las partes sus pretensiones, este apartado tiene como fin, exponer dichas problemáticas y la proposición de diversas alternativas o soluciones de cara a poder precisar un correcto tratamiento de estas figuras contractuales.

2.1. La Problemática de la Admisibilidad y Validez de los Contratos Atípicos

El Dr. (Herrera Espinoza 2007)¹¹ y el jurista (Arce Gargollo 2010)¹², acertadamente nos ilustran en que delimitar el problema de validez y admisibilidad es una tarea compleja de análisis normativo, porque ha de depender de cada caso concreto de contrato atípico, pero que habrá que aplicar para cuestiones de disposiciones generales de los contratos lo contenido en el Código Civil (y en su caso el de Comercio) para acercarnos a los elementos de existencia y validez de los mismos.

Por ello para lograr determinar si un contrato atípico es admisible y válido, debemos centrarnos a la luz de un ordenamiento jurídico que debe determinar: si dicho negocio se ajusta a la función económico-social que al tipo contractual le asigna el sistema jurídico¹³; y, por otra parte, habrá que examinar los límites generales¹⁴ que la autonomía privada tiene en ese particular ordenamiento en relación con los fines concretos que las partes pretenden obtener.

2.2. La Problemática de la Disposición Normativa Aplicable

25, consultada el 11 de noviembre de 2022. <https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/leyes/ley-902-codigo-procesal-civil.pdf>.

¹¹ Herrera Espinoza, J. J. *Contratos Atípicos*. [Managua: Impresiones Helios, S.A. 1ra. ed., 2007], 13.

¹² Arce Gargollo. *Contratos Mercantiles Atípicos*. (2010), 35 https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/contratos-mercantiles-atipicos-javier-arce-gargollo_1_.pdf.

¹³ Herrera Espinoza, J. J. *Contratos Atípicos*. [Managua: Impresiones Helios, S.A. 1ra. ed., 2007], 13-15.

¹⁴ Ibid. El Dr. Herrera Espinoza, hace hincapié en que en el caso de la legislación nicaragüense se fijan como límites a la autonomía privada la ley, la moral y el orden público de conformidad con el artículo 2437 del Código Civil de la República de Nicaragua que reza así: “Artículo 2437: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”

Dada la caracterización propia del contrato atípico del carecer de una disciplina normativa propia, (Herrera Espinoza 2007, 15)¹⁵ mantiene que la dificultad de interpretación de dichos negocios y la complejidad de integración de soluciones a las posibles lagunas que pueden aparecer en la figura contractual pactada por los celebrantes, se recae a determinar el aspecto más relevante que se resume en saber cómo se debe proceder en los puntos en que las partes contratantes fueron omisas dando lugar a la implementación de la hermenéutica.

Por otro lado, (Salcedo Flórez 2013)¹⁶ señala en torno a la interpretación de estos negocios jurídicos atípicos, que en primer término debemos valorar si ostentan o reúnen los requisitos de validez que debe tener todo contrato, a saber: capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita. Sería contraproducente y anodino indagar en las cuestiones aludidas a la interpretación contractual de estas figuras jurídicas, si primero no se verifica su integridad respecto a causales de nulidad.

En el caso de la legislación civil nicaragüense en su artículo 2447 C¹⁷ se establece que los requisitos esenciales de los contratos son los siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes.
2. Objeto cierto que sea materia del contrato.
3. Causa lícita de contratación.
4. Forma (es decir, que conste en instrumento público) cuando la ley la exige expresamente para que valga el contrato.

3. Contratos Atípicos Mercantiles más Utilizados en la Práctica Comercial Nicaragüense

En la legislación mercantil nicaragüense, muchos contratos que eran percibidos de antaño como atípicos puros, hoy en día se van regulando por medio de la técnica

¹⁵ Ibid., 15

¹⁶ Salcedo Flores. “Los Contratos Atípicos y los Mecanismos para su Interpretación”. (2013). <https://expeditiorepositorio.utadeo.edu.co/bitstream/handle/20.500.12010/759/document.pdf?sequence=2> (consultado el 11 de noviembre de 2022).

¹⁷ Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, Cuarta Edición Actualizada del Código Civil de la República de Nicaragua, [aprobado el 11 de diciembre de 2019] art. 2447, consultado el 11 de noviembre de 2022. <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/3133c0d121ea3897062568a1005e0f89/2ee770725dc6a5fd062584c1005e7de7?OpenDocument>.

legislativa de emisión o aprobación de leyes especiales, que se erigen como normas paralelas, complementarias y a veces derogatorias de lo prescrito por el Código Civil y de Comercio respectivamente.

Ahora bien, a pesar que la concepción de la atipicidad contractual en los sistemas jurídicos se incardina fundamentalmente a la carencia o inexistencia de una regulación específica, ya sea en el contenido de los códigos civiles o comerciales (atipicidad extracodicial como ya hemos mantenido en el presente) o de una ley especial (atipicidad pura), optamos por incluir en el presente artículo de investigación, el *Factoring* como contratación mercantil que hoy en día ya cuenta con una regulación ubicable en una ley especial; esto refleja de forma inequívoca que cuando existe una realidad jurídica innegable y asidua en la práctica comercial, no le queda más al legislador que regular o redactar disposiciones jurídicas que se encarguen de darle tratamiento y que subsanen el vacío jurídico precisamente.

3.1. *Factoring* (Factoraje)

El contrato objeto del presente apartado de la investigación es el relativo al negocio jurídico del factoraje, el cual, a día de hoy, se encuentra inserto y condensando en el contenido de la Ley No. 740, Ley de Factoraje publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 234 del 7 de diciembre de 2010, debido a que su preponderancia en la práctica mercantil se iba acrecentando cada vez más, hasta convertirse en una necesidad imperiosa de regulación. Es así que en su artículo tercero¹⁸ se encuentra una definición del negocio jurídico referido:

Factoraje es el servicio especializado de crédito que permite el financiamiento a corto plazo, de personas naturales o jurídicas con actividad empresarial, quienes venden o ceden en garantía sus cuentas o créditos por cobrar parcial o totalmente, administración, custodia y servicio de cobranza, realizada por una empresa de

¹⁸ Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, Ley número 740, “Ley de Factoraje” [Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 234 del 07 de diciembre de 2010] art. 3, consultada el 11 de noviembre de 2022.

<http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/b92aeea87dac762406257265005d21f7/dae859a00bb3bc-aa06257818005a9eb7?OpenDocument>.

factoraje a cambio de un precio determinado o determinable, facilitando efectivo en un período de tiempo determinado.

Según nuestro criterio el contrato de *factoring* o factoraje es aquel que encuentra su fundamentación práctica en el ámbito bancario y de las entidades financieras y que consiste en una relación jurídica protagonizada por el factor y el factorado; en la que el primero de estos despliega un servicio en el que se encarga de cobrar, administrar, custodiar y garantizar un crédito comercial cedido por su titular a cambio de una remuneración económica por un período determinado. Por otra parte, tenemos al “factorado”, que en este contexto contractual asume la posición jurídica de una especie de cedente, en el sentido que transfiere un crédito comercial de su pertenencia a una empresa encargada de la función factorial o de factoraje.

3.1.1. Sujetos Intervinientes

Resulta necesario aludir a las partes intervinientes en el negocio jurídico, las cuales vierten su consentimiento y conciertan sus voluntades en torno a un objeto. Los sujetos que otorgan y perfeccionan el presente contrato están regulados por el art. 3¹⁹ de la Ley No. 740, Ley de Factoraje:

1. **El deudor:** es la persona (ya sea natural o jurídica) que adquiere por medio de un crédito los productos y servicios del factorado, quien a su vez se compromete u ostenta la obligación de transferirla al factor.
2. **Factor:** es aquella parte dentro del negocio jurídico factorial constituida únicamente como persona jurídica y que se encarga de ofrecer el servicio de “Factoraje”.
3. **Factorado:** persona natural o jurídica que utiliza el servicio de Factoraje. Asimismo, la ley establece o determina que se le puede llamar “Cedente” o “Cliente”.

3.1.2. Trascendencia Práctica

¹⁹ Ibid.

Desde nuestra óptica el contrato de *factoring* posee una relevancia transversal en el mundo de las contrataciones mercantiles y nos proporciona como beneficio fundamental (lo cual se constituye como su justificación a efectos prácticos) es que permite a las empresas tener unas finanzas sanas, donde los activos superan a los pasivos; puesto que, con la concurrencia de este negocio jurídico podemos visualizar que la movilización de la cartera de deudores es más expedita, en el sentido de que la cobranza se concreta de una forma celer y efectiva. A parte de lo antes expresado en relación al saneamiento de los créditos, tenemos que con el contrato de factoraje la contabilidad se torna más sencilla y simplificada ya que el usuario pasa a tener un solo cliente que encima paga al contado.

3.2. *Leasing* (Arrendamiento Financiero)

De acuerdo a (García 1999), citado por (Pacheco Morales 2011, 16)²⁰, define al contrato de arrendamiento financiero como "... aquel contrato en que determinada entidad financiera o sociedad de leasing adquiere una cosa (entiéndase por cosa: bien) para ceder su uso y goce al arrendatario, durante un cierto tiempo, donde este último tendrá que pagar cierta cantidad de dinero a la entidad financiera". Para (Díaz 2005, 202) citado por (Pacheco Morales 2011, 16)²¹ el arrendamiento financiero "... es un contrato mixto, formado por un arrendamiento y una promesa unilateral de venta por parte del arrendador".

Para nosotros el contrato de *leasing* se define como aquel mediante el cual una entidad financiera adquiere bienes para luego cederlos a personas que, no teniendo el capital íntegro para su adquisición, pero si necesítándolo, se comprometen al pago de un canon periódico con la posibilidad de luego adquirirlos o devolverlos. Es decir, traslaticiamente hablando, la entidad cede los usos y disfrute del bien que ha adquirido a favor de una persona denominada cesionario y se puede observar también una

²⁰ Pacheco Morales, P. M. *Análisis Crítico de los Contratos de Leasing y Factoring*. [2011], 16. <http://repositorio.uca.edu.ni/312/1/UCANI3067.PDF>.

²¹ Ibid.

contraprestación, ya que la entidad debe otorgarle una opción al cesionario para adquirir el bien posteriormente.

3.2.1. Sujetos Intervinientes

Habiendo expuesto anteriormente el concepto como tal de *Leasing*, en este tipo de negocio, hemos de decir, normalmente concurren tres partes: Primero, se habla de un empresario o comerciante (el arrendatario), que requiere un determinado bien, pero que no puede adquirirlo porque carece de fondos propios; cabe mencionar que (Herrera Espinoza 2007, 29)²², ahonda en este tema y nos menciona que otra de las causales es que el empresario, no adquiere el bien que necesita porque tampoco está en un momento que puede o quiere endeudarse; luego tenemos al productor (quien sería el proveedor), es el propietario original del bien, fabricante o no del mismo; y luego, la entidad de *leasing* (es decir, el arrendador), quien mediante su intervención, es decir, mediante la compra y posterior cesión del bien, hace posible el resultado de que el empresario pueda utilizarlo o explotarlo sin tener que haber invertido sus recursos, ni tampoco solicitarlos prestados a un tercero, y que por ello percibe una remuneración comprensiva tanto del coste de adquisición como financiero de la inversión realizada.

Para ahondar en la figura del “Proveedor” (Pacheco Morales 2011, 22)²³, el proveedor (también considerado como fabricante o productor) es una parte ajena al contrato y su intervención únicamente se da cuando el bien objeto del Leasing no se encuentra en la propiedad de la sociedad de *leasing*.

Por lo tanto, nosotros consideramos, que, y en vista de una de las características de este negocio tiene, como lo es la eventualidad de una posible compra por parte del arrendatario, para lograr llevar a cabo un contrato de *leasing*, basta con la concurrencia de dos partes; un empresario, quien es la persona que ha de necesitar del bien objeto del contrato, ya que carece de los recursos necesarios para adquirirlo o no está en capacidad de obtener un préstamo para hacerse de él; y de la sociedad de *leasing* como tal, quien es la que presta el bien con la posibilidad de que luego el empresario pueda comprarlo. Quedando así la existencia de la figura del proveedor, para nosotros, en un tipo de condicionante, en el sentido de que su intervención ha de estar sometida a que la sociedad

²² Herrera Espinoza, J. J. *Contratos Atípicos*. [Managua: Impresiones Helios, S.A. 1ra. ed., 2007], 29.

²³ Pacheco Morales, P. M. *Análisis Crítico de los Contratos de Leasing y Factoring*. [2011], 22. <http://repositorio.uca.edu.ni/312/1/UCANI3067.PDF>.

de *leasing* no cuente con el bien que desee arrendar y por lo tanto requiera de esta tercera persona para poder adquirirlo a cambio de un precio.

3.2.2. Trascendencia Práctica

Los contratos como tal se han venido desarrollando en vista al auge de los movimientos y necesidades cambiantes de los empresarios los cuales han dado lugar a que el ya mencionado principio de autonomía de la voluntad, tenga su más cabal expresión. Es por ello que las figuras contractuales atípicas, pese a carecer de regulación, son empleadas por las personas que consideran que se adaptan de mejor manera a sus condiciones contractuales.

Por lo antes expuesto, desde nuestro punto de vista, lo más importante de contar con una regulación, sería asegurar la creación de una nueva fuente económica que pueda inyectar aportes a sociedades necesitadas, generando de esta manera, el mantenimiento y la creación de empleos; también concebimos que la particularidad de este contrato reside en la posibilidad de otorgar equipos y maquinarias más avanzadas a empresas carentes otorgándoles la posibilidad de modernizar sus bienes y la oportunidad de volver a estar en esa libertad de competencia en un plano de mayor igualdad mejorando así la productividad general de la misma.

3.3. Franquicia (*Franchising*)

Según (Maldonado Calderón 1994), citado por el Dr. (Herrera Espinoza 2007, 40)²⁴ concibe a la franquicia de una manera más amplia en cuanto al otorgamiento del objeto a ceder porque define que: “...es aquel contrato donde se cede el uso de una marca, de un nombre o de otros signos distintivos de un producto o servicio, además de ciertas técnicas o métodos estandarizados²⁵ para comercializar ese producto o servicio con frecuencia de carácter secreto”.

²⁴ Herrera Espinoza, J. J. Contratos Atípicos. [Managua: Impresiones Helios, S.A. 1ra. ed., 2007], 40.

²⁵ Dichas técnicas o métodos por transmitir, que son objeto de este contrato, es lo que se denomina como *Know How*, es decir, el saber hacer tema que será expuesto en un apartado posterior ya que guarda una relación circunvecina con el contrato de franquicia.

Ahora bien, en palabras propias, nosotros consideramos que este contrato de franquicia es aquel mediante el cual una empresa que adquiere el nombre de franquiciador cede a una persona (natural o jurídica) denominada franquiciado, la posibilidad de usar la marca, nombre o signo distintivo que caracteriza al franquiciador dentro de la actividad industrial y/o económica con el fin de expandir su nombre y de recibir una contraprestación económica que debe ser entregada por el franquiciado. Dicho contrato, concebimos, permite la posición estratégica en diversos lugares de un mismo país y como tal en otros países con el fin de ampliar el conocimiento de la marca y/o técnica que la distingue de las demás dentro del mercado.

3.3.1. Sujetos Intervinientes

Como anteriormente hemos venido mencionando, las partes intervinientes en este negocio son dos: El franquiciante (también llamado franquiciador o franquiciatario) quien es el que cede su industria, por así decirlo, a cambio del recibimiento de una remuneración económica; y el franquiciado quien es el que recibe la industria para empezar operaciones y beneficiarse.

3.3.2. Trascendencia Práctica

Naturalmente dentro del movimiento de la economía, se hace necesario ampliar establecimientos que demuestran aportar significativamente al desarrollo económico de un país, es por ello por lo que la franquicia es un contrato que tiene una importante relevancia dentro del ámbito comercial ya que permite la extensión de una industria principal en sucursales secundarias que no dejan de tener ni usar la misma técnica. Lo característico de cada marca, signo distintivo, servicio, técnica, etc. es el hecho que brindan una confianza y seguridad en los consumidores quienes de entre tantas opciones escogen la que, a su conveniencia, suele ser la más acorde a sus necesidades e intereses por ello se hace necesario que exista una regulación con el tema de las franquicias y de esta manera se pueda contar con franquiciados que cumplan con estándares mínimos y se evite la mala administración con el fin de no dañar al franquiciante quien es el dueño de la industria cedida.

Es un hecho que hoy en día resulta vertiginoso el desarrollo y uso de esta clase de contratos en todo el mundo porque está claro que para competir en el libre mercado se

debe hacer frente a un sinnúmero de cuestiones que pueden determinar si la industria está en crecimiento o decrece frente a otras instituciones rivales. De igual forma, es imperioso resaltar, y a cómo (Orozco Gadea 2017, 374)²⁶ mantiene, que “... muchos sectores están dominados por el sistema de franquicia, hasta el punto de que los establecimientos gestionados individualmente son la excepción más que la regla”.

Por lo antes expuesto, desde nuestro punto de vista, se hace necesario regular el tema de la franquicia desde todas sus modalidades para asegurar al franquiciante ante una posible mala administración del franquiciado que pueda dañar como tal la imagen de la industria distintiva objeto del contrato, ya que esto generaría un impacto negativo que bajaría considerablemente los recibimientos económicos y la marcaría con un récord negativo. A su vez, en el ámbito de la inversión extranjera, su regulación permitiría la creación de confianza a estos empresarios que quieran traer su industria, lográndose la seguridad jurídica ante una posible mala gestión.

3.4. *Know-How*

Como anteriormente explicamos, el contrato de Know-How guarda estrecha relación con el contrato de franquicia. Mediante este se transmite el saber hacer, es decir, se cede la información necesaria para poder llevar a cabo alguna actividad, producción o prestación de servicios.

Conforme a (Herrera Espinoza 2007, 78)²⁷ el *Know-How* es un negocio jurídico celebrado entre dos personas, que pueden ser naturales o jurídicas, en virtud del cual una de ellas (el licenciante), titular de un *know how*, autoriza a otra (el licenciario o receptor) a explotarlo durante un tiempo determinado y, con este fin, se obliga a ponerlo en su efectivo conocimiento; y en virtud del cual el licenciario o receptor se obliga a satisfacer un precio cierto en dinero o en especie en función del volumen de fabricación o ventas de productos o servicios realizados con empleo del *know how* licenciado.

Desde nuestra óptica, el contrato de *Know-How*, es aquel mediante el cual se transmiten conocimientos acerca del cómo hacer; es decir, se transfiere a otra persona

²⁶ Orozco Gadea, G. A. *Contratos Privados*. [Managua, Nicaragua: UCA Publicaciones, 2017], 374.

²⁷ Herrera Espinoza, J. J. *Contratos Atípicos*. [Managua: Impresiones Helios, S.A. 1ra. ed., 2007], 78.

(quien normalmente adquiere una franquicia) para que pueda explotar y fabricar los productos y/o servicios distintivos de los demás. Son aquellos conocimientos o técnicas que conllevan al éxito del negocio.

3.5. *Joint Venture* (Empresa Conjunta)

A nuestro parecer el contrato de *Joint Venture* es aquel con el cual se pueden concretar alianzas estratégicas entre distintas sociedades mercantiles o empresas, a efectos de que estas últimas puedan aportar bienes, recursos y capital conjunto para la consecución de unos objetivos comunes. En el contexto que nos circunda, este tipo de contrataciones ostenta una considerable relevancia; puesto que, cada vez existen competidores empresariales más fuertes y con mayores recursos a disposición, cuestión que naturalmente puede llegar a desequilibrar el mercado al impedir que diversas empresas no puedan competir con ellos y, es entonces, cuando el *Joint Venture* aparece y toma un lugar protagónico, ya que se erige como una alternativa para que las empresas fusionen esfuerzos, fortifiquen sus capacidades y para que tengan mayor potencial de competencia. Este contrato es una manera de cooperación empresarial en un contexto de alta competitividad, el cual demanda una actuación conjunta y por medio de las asociaciones empresariales estratégicas; puesto que, la integración, interacción y complementariedad de las empresas en cuanto a recursos y actividades, facilitarán la consecución de los objetivos comunes.

3.5.1. Sujetos intervinientes

Según (Castrillo y Luna 2003, 471) citado por (Orozco Gadea 2017, 396)²⁸ las partes que intervienen en este contrato pueden ser dos o más empresas, y son llamados promitentes, ventures, asociados, socios o accionistas. Ahora bien, según (Herrera Espinoza 2007, 95)²⁹ cuando se llega a constituir la sociedad bajo la figura del “*joint venture*”, las personas jurídicas contratantes reciben el nombre de “padres” (o *parents*).

3.5.2. Trascendencia Práctica

²⁸ Orozco Gadea, G. A. *Contratos Privados*. [Managua, Nicaragua: UCA Publicaciones, 2017], 396.

²⁹ Herrera Espinoza, J. J. *Contratos Atípicos*. [Managua: Impresiones Helios, S.A. 1ra. ed., 2007], 95.

José Carlos Zelaya Aroztegui y Manuel Enrique Cruz Bucardo: Necesidad de regulación de las contrataciones mercantiles atípicas en respuesta a los desafíos empresariales en el ámbito nicaragüense.

Definición, sujetos intervinientes y trascendencia práctica

Nos encontramos sumidos en una sociedad caracterizada por el dinamismo de las economías, el libre mercado y la competitividad feroz entre las diversas empresas; donde estas últimas encarecidamente buscan apropiarse mayores riquezas y tener más recursos a disposición; puesto que, sus actividades fundamentalmente radican en la reinversión y expansión comercial. Naturalmente, el mercado en múltiples circunstancias se puede tornar desequilibrado y afectar a las pequeñas y medianas empresas, ya que estas últimas muchas veces están desprovistas de los insumos necesarios para rivalizar con grandes industrias, mismas que no dejan de acaparar nuevos capitales, nuevos inversionistas y nuevos canales de distribución. Es por lo antes expuesto, que el *Joint Venture* es un negocio jurídico, con el cual se pueden llegar a concretar asociaciones estratégicas entre diversas sociedades mercantiles, con el objeto o finalidad que estas contraigan mayor preponderancia en el mercado, al adquirir mayores capacidades financieras y de disposición de recursos; es decir, este contrato funge como el medio de unión entre las empresas.

Conclusiones

Los contratos atípicos se dan en la práctica empresarial con mucha asiduidad por ello la presente investigación ha tenido como fin exponer la necesidad de una regulación asertiva de esta clasificación de contratos. La futura regulación debe atender a los pactos comunes; es decir, el texto contractual y el legal han de ir acorde a lo que en la práctica diaria se lleva a cabo, evitando así legislar cuestiones que hagan perder la esencia característica del contrato a normar.

Los contratos atípicos se constituyen como una realidad indefectible y palpable en las prácticas mercantiles; puesto que, son negocios jurídicos confeccionados desde la libre voluntad de las partes a efectos de dar solución a supuestos de hechos que no se regulan en las leyes, pero que sí representan la dinámica empresarial del comercio contemporáneo.

Las relaciones mercantiles no son inamovibles o inmutables; ya que varían en relación con la realidad circundante, es decir, son modificadas tomando en consideración el contexto social, político y económico. Es por ello, que se podría aseverar que los “Empresarios van dos pasos adelante del Derecho”; en el sentido que resultaría casi

imposible que este último pueda seguir el ritmo, con sus previsiones y reglamentaciones, de todas prácticas y formas de contratación emergentes. Es decir, las contrataciones atípicas responden a un factor social y económico, que encuentra fundamento en la innovación y la constante reinención.

En el ordenamiento jurídico mercantil nicaragüense no se han regulados ciertos tipos de contratos que se presentan con asiduidad en las negociaciones, acuerdos, transacciones, ventas, reventas y en demás actividades empresariales; por lo cual se insta a que se emitan las regulaciones correspondientes, a efectos del otorgamiento de mayor seguridad jurídica en dicho sentido.

Por ende, los contratos atípicos mercantiles se pueden avizorar como una alternativa o como un medio de favorecimiento a las pequeñas y medianas empresas (Pymes), ya que por medio de negocios como el *Joint Venture* y/o el *Leasing*, son medios que ayudan a las compañías que no constan con tantos recursos y personal, pudiendo unir esfuerzo, contratar maquinarias sin necesidad de una inversión estratosférica y constituirse así como sociedades mercantiles con mayor fortaleza en relación a la competitividad comercial contra las grandes industrias, que muchas veces acaparan y dominan hegemónicamente el mercado.

Referencias Bibliográficas

- Arce Gargollo. *Contratos Mercantiles Atípicos*. (2010). https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/contratos-mercantiles-atipicos-javier-arce-gargollo_1.pdf.
- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, Cuarta Edición Actualizada del Código Civil de la República de Nicaragua, [aprobado el 11 de diciembre de 2019] art. 2437, consultado el 11 de noviembre de 2022. <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/3133c0d121ea3897062568a1005e0f89/2ee770725dc6a5fd062584c1005e7de7?OpenDocument>.
- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, Ley número 740, “Ley de Factoraje” [Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 234 del 07 de diciembre de 2010] art. 3, consultada el 11 de noviembre de 2022. <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/b92aeea87dac762406257265005d21f7/dae859a00bb3bcaa06257818005a9eb7?OpenDocument>.
- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, Ley número 902, “Código Procesal Civil de la República de Nicaragua” [Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 191 del 09 de octubre de 2015] art. 25, consultada el 11 de noviembre de 2022. <https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/leyes/ley-902-codigo-procesal-civil.pdf>.

José Carlos Zelaya Aroztegui y Manuel Enrique Cruz Bucardo: Necesidad de regulación de las contrataciones mercantiles atípicas en respuesta a los desafíos empresariales en el ámbito nicaragüense.

Definición, sujetos intervinientes y trascendencia práctica

Herrera Espinoza, J. J. *Contratos Atípicos*. [Managua: Impresiones Helios, S.A. 1ra. ed., 2007].

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado – UNIDROIT, art. 1.1 (Libertad de contratación): “Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.”, consultado el 11 de noviembre de 2022. <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>.

Orozco Gadea, G. A. *Contratos Privados*. [Managua, Nicaragua: UCA Publicaciones, 2017].

Pacheco Morales, P. M. *Análisis Crítico de los Contratos de Leasing y Factoring*. [2011]. <http://repositorio.uca.edu.ni/312/1/UCANI3067.PDF>.

Salcedo Flores. “Los Contratos Atípicos y los Mecanismos para su Interpretación”. (2013). <https://expeditiorepositorio.utadeo.edu.co/bitstream/handle/20.500.12010/759/document.pdf?sequence=2>, (consultado el 11 de noviembre de 2022).