

**“CONTRATO DE FRANQUICIA Y EL DERECHO DE COMPETENCIA EN
NICARAGUA”**

Daniel Ernesto Escobar García*

SUMARIO

I. Introducción II. Origen de las Franquicias III. ¿Qué es Contrato de Franquicia? IV. ¿Qué es Derecho de Competencia? V. Regulación del Contrato de Franquicia por parte del Derecho de Competencia VI. Problemática entre Contrato de Franquicia y Derecho de Competencia VII. Conclusión VIII. Fuente del Conocimiento.

I. INTRODUCCION

Para el profesional Empresarial y más aún para el profesional del Derecho, el Contrato de Franquicia dista en la actualidad de ser un instrumento desconocido entre los sistemas de distribución comercial en la economía de cualquier Estado. Es por eso que en la cooperación entre empresarios independientes la franquicia ha experimentado una expansión enorme frente a los sistemas convencionales de mercadeo.

Cuando un negocio o compañía aspira a un crecimiento de sus productos o servicios, los acuerdos de franquicia pueden ser la respuesta. Independientemente del tamaño del negocio, ya sea una corporación multinacional o una operación pequeña, puede expandir sus operaciones mediante la apertura de un establecimiento de franquicia. A través de esta figura, una entidad de negocio otorga ciertos derechos y privilegios a otra, permitiéndole a esta utilizar los productos o servicios del negocio, su nombre, imagen y cualquier otra información propietaria objeto de mercado. El rasgo característico de todas ellas es el de cumplir con una función económica de integración de empresas en formas de comercialización en un mundo globalizado que se guía muchas veces por la apariencia.

* Abogado y Notario Público de la Republica de Nicaragua.- Asesor Legal en materia Empresarial, Corporativo, Bienes Raíces e Inmigración.- Magister Profesional en Derecho Empresarial Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León (UNAN-León), Tutor: Msc. Haraxa Sandino.-

Elevar una empresa, marca de producto o servicio a franquicia es una de las oportunidades que en nuestro país se ha desaprovechado. Según algunos especialistas en Derecho, las razones pueden ir desde la falta de conocimiento del tema entre los empresarios locales hasta la carencia de ordenamiento jurídico regulador dentro del país.

Bajo esta modalidad, podríamos afirmar que el Contrato de Franquicia es una actuación independiente dentro de una integración empresarial, en donde mediante este acuerdo de partes una de ellas, hace un licenciamiento a favor de la otra, para que esta lo produzca, comercialice y utilice la marca de este, siguiendo las mismas pautas de la primera. La Franquicia tiene por objeto el desarrollo acelerado de las empresas contratantes mediante la conjunción de recursos financieros y humanos en el marco de una relación comercial solidaria. Por tal motivo es necesaria una correcta regulación en esta materia para poder elevar el estatus de las diferentes empresas y mejorar la economía de un Estado.

II. ORIGEN DE LAS FRANQUICIAS

El origen de la palabra franquicia se remonta a la edad media, esta palabra nace como sinónimo de “*privilegio*”¹. En esa época, principalmente en Europa, existían las denominadas *Ciudades con Cartas Francas*, por medio de la cual un soberano otorgaba o concedía prerrogativas a sus súbditos, dichas cartas brindaban privilegios especiales que les garantizaba ciertas libertades o autonomías estas ciudades y/o ciudadanos, quienes en virtud de esto podían realizar actividades que eran reservadas para determinadas zonas. Tales autorizaciones o privilegios se designaban utilizando el término francés “*franc*” que significa “*libre*”. Igualmente, en esa época la Iglesia Católica concedía a ciertos individuos, autorizaciones para que actuaran en su nombre en la recolección de los diezmos, permitiendo que un porcentaje de lo recaudado fuera para ellos a título de comisión.²

Progresivamente para el siglo XVII, nace la palabra “*franquicia*” que significaba una concesión de derechos que permitían el traslado de un producto de un lugar a otro. Ya en la época moderna este modelo de contrato surge, en los Estados Unidos de América aproximadamente en el año 1850, cuando la compañía *Singer & Co.* crea una novedosa

¹ Privilegio: Es la ventaja, gracia o prerrogativa especial de que goza una persona por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia.

² GONZALEZ CALVILLO, E., “*La Experiencia de las Franquicias*”, México, 1994, p. 32.



forma de distribución y venta de sus productos, sembrando las bases del actual de este modelo de negocio y dando origen a los elaborados sistemas de franquicias con que contamos actualmente.³ Igualmente sucedió con la compañía *General Motors* que, a partir de 1898, adopta el *franchising* como estrategia de expansión para su red de distribuidores. En la década de los treinta, *Howard Johnson* establece la primera franquicia con una cadena de más o menos veinticinco franquiciados y luego a partir de la década de los cincuenta aparecen las grandes franquicias, potenciándose luego con las empresas petroleras y sus estaciones de servicios, la segmentación entre las manufactureras automotrices y sus “distribuidoras”, en los sistemas hoteleros, sistemas de comidas rápidas, y en la actualidad en cadenas de tiendas de moda e indumentaria.

III. ¿QUE ES CONTRATO DE FRANQUICIA?

1. Terminología.

Como generalmente sucede con las nuevas figuras, no existe consenso general sobre su conceptualización. Además, existen diversos tipos de franquicia, lo que dificulta aún más la uniformidad de su definición. En términos puramente gramaticales, la franquicia es: “La libertad y exención que se concede a una persona para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de algún servicio en particular”⁴; acepción que de muy poco sirve para evaluar el verdadero alcance de esta figura jurídica, cuya denominación está tomada del vocablo inglés “*franchising*”, extraído a su vez del francés “*franchise o franchisage*”; con el primero de ellos se denota un privilegio especial otorgado por la autoridad, mientras que el segundo se entiende referido a una situación de inmunidad o de excepción.⁵ Un vocablo similar en nuestro idioma lo constituye el verbo “*franquear*”, que significa salvar o suprimir obstáculos, del cual se obtienen los sustantivos: “*franquicia*” y “*franquía*”, con el primero de los cuales se viene denominado el contrato respectivo.

³ GONZALEZ CARVILLO, E., “*Las Franquicias La Revolución de los 90*”; Mexico, 1994, p. 36.

⁴ “*Diccionario de la Real Academia Española*”, 23.^a ed, España, 2014.

⁵ DIAZ BRAVO, A., “*Contratos Mercantiles*”, México 2002, p. 125.

2. Naturaleza Jurídica.

La franquicia es un contrato privado de colaboración empresarial, ya que el franquiciante es quien somete al franquiciado y pone a disposición del mismo dos elementos: el primero, es una técnica empresarial para asegurar el éxito de la franquicia (*Know How*⁶) y el segundo, es la marca, servicio o producto que goza de reconocimiento y popularidad en el mercado. El propósito principal de este tipo de contrato es rentabilizar el negocio para ambas partes vinculadas.

Esta relación jurídica vincula al titular del negocio acreditado y exitoso (franquiciante), que pretende extender su operación; y a una o varias personas interesadas en aplicar este modelo de negocio en cierto territorio (franquiciado), a los cuales se autoriza durante la relación contractual a usar nombre comercial, marca, producto y/o servicio, así como el *know how* del negocio.

Este tipo contractual se encuentra subsumido en el género de los contratos de distribución comercial. En este particular se define una mayor interdependencia de las partes y la idea de subordinación. Pese a que el contrato se establece entre empresas completamente autónomas, existe una relación piramidal entre estos.

Desde el punto de vista del Código Civil⁷, se trata de un contrato atípico (su contenido no está regulado), innominado (su existencia no está prevista en el ordenamiento), conmutativo (genera obligaciones mutuas para ambas partes), no formal (sin necesidad de formalidades de ley), bilateral (consta de dos partes contratantes), oneroso (no gratuito) y de ejecución continuada (obligaciones realizadas por tiempo determinado o indefinido de manera repetitiva), ya que este no se encuentra regulado por el Código de Comercio⁸, ni existe una ley especial *ad hoc*. Su regulación y aplicación se basa en Tratados Internacionales de Libre Comercio ratificados, Leyes Conexas, Principios Generales de los Contratos, La

⁶ *Know How*: traducido como “saber hacer”. Conocimiento práctico, habilidad. Conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación.

⁷ Código Civil de la Republica de Nicaragua, del 1 de febrero de 1904.

⁸ Código de Comercio de la Republica de Nicaragua, del 30 de abril de 1914



Autonomía de la Voluntad y los Principios de Orden Público y Buena Fe en su celebración y ejecución.

El Código de Comercio en su artículo dos (2) establece: “En los casos que no están especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil; y en defecto de estas, se aplicarán las costumbres mercantiles, prevaleciendo las locales o especiales sobre la general”. Y su artículo tres (3) dice: “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en el Estado o en determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo”.

De acuerdo con Guyenot: “Se trata de realizar entre un fabricante y revendedores una estructura jurídica de grupo de empresas, la técnica de los derechos contractual, comprendidos el derecho de sociedades y de asociaciones, ofrecen a los interesados, según lo comprendan, crear una unidad económica fluida o rígida. A mitad del camino de las técnicas contractuales societarias, los grupos de interés económico tienen más vocación de servir y aparecer como red de concesión en razón de la identidad de su objeto.”⁹

3. Concepto.

A pesar de su implantación y de ser un contrato consolidado entre el mundo empresarial en nuestro país, la franquicia es una figura contractual relativamente novedosa en nuestro ordenamiento jurídico.

Franquicia, es aquel método mediante el cual un sujeto le otorga un derecho de carácter temporal y exclusivo en cuanto a su territorialidad a otro, para que explote el mismo a cambio de una remuneración económica, que permite obtener un beneficio a ambas partes. Es aquel contrato en virtud del cual se establece una relación de cooperación con ánimo de permanencia, en el que una de las partes, contrata con la otra para comercializar bienes y servicios, haciéndolo con la marca, imagen comercial y métodos operativos del titular de estos a cambio de una suma inicial de ingreso o entrada (*canon*), y otra periódica preestablecida durante la vigencia del contrato (*royalty / regalía*).

⁹ GUYENOT, J., “*Que es el Franchising*”, Argentina, 1972.

A nivel doctrinario, no existe un consenso sobre su conceptualización, pero desde el punto de vista del Derecho Mercantil el contrato de franquicia (*franchising*), es aquel por el cual una persona (franquiciante), otorga a otro (franquiciado) la licencia para usar su marca o signo distintivo (sin transmitir la propiedad de dicha marca) y venda productos o servicios de su titularidad, otorgándole el *know how* bajo determinadas condiciones, a cambio de un canon por este privilegio, más una regalía (*royalty*) que generalmente esta última, se paga sobre grandes ventas.¹⁰ De esta manera se clasifica el contrato de franquicia dentro de los denominados contratos de colaboración entre empresarios y, en especial, como una variante del contrato de distribución, como sucede en este tipo de contratos: (i) persigue la distribución de bienes y/o servicios, (ii) el franquiciado adquiere los productos del franquiciante pero desarrolla su actividad por cuenta y riesgo propios, y (iii) existe un interés y obligación del franquiciante en controlar la posterior actividad de reventa de los productos o servicios. Por lo cual se podría subrayar que los contratos de franquicia tienen sustantividad propia.

La definición dada por la Federación Europea de Franquicias (*European Franchisee Federation*)¹¹ es la siguiente: “se trata de un sistema de colaboración entre dos empresas distintas y jurídicamente independientes ligadas por un contrato a través del cual una de ellas, el franquiciante, concede a otra, el franquiciado, el derecho de explotar, en unas condiciones preestablecidas y bien determinadas, un negocio concreto materializado, con un emblema específico, con carácter exclusivo dentro de un determinado ámbito geográfico y asegurando la prestación de una ayuda y uno servicios regulares, necesarios para llevar acabo la explotación.”

A su vez el Código Deontológico de Franquicia, elaborado por expertos de ocho países y la Comisión de las Comunidades Europeas, lo considera un método de colaboración contractual entre dos partes jurídicamente independientes e iguales: por una parte la empresa franquiciante y por otra la empresa franquiciada, esto implica la propiedad de una razón social, de un nombre comercial, un emblema o símbolo también, a veces una marca de

¹⁰ TAPIA SÁNCHEZ, L., “Generalidades sobre la franquicia”, en Diario La Prensa, edición 26/02/2016.

¹¹ La EFF (*European Franchisee Federation*) fue constituida en septiembre de 1972 con el fin de estudiar detallada y objetivamente la relación de la franquicia, promocionarla como alternativa de negocio y defiende los intereses de sus integrantes. Esta Federación elaboro el Código Deontológico Europeo de la Franquicia para reflejar la conducta que deben seguir los usuarios del sistema de franquicias de Europa.



fábrica, de distribución o de servicio, así como una técnica, sistema o procedimiento puesto a disposición del franquiciado.

Desde un punto de vista jurisprudencial se puede definir este como aquel contrato que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas otorga a la otra el derecho a utilizar su modelo de negocio bajo determinadas condiciones de control, por un tiempo y zona delimitados. Como el Tribunal Europeo, que define la franquicia, señalando que, más que un modo de distribución, se trata de una manera de explotar financieramente, sin comprometer capitales propios un conjunto de conocimiento.

Algunos expertos consideran que la franquicia, es un sistema de distribución comercial llevado a cabo por empresas independientes y con una organización piramidal basada en una relación contractual, la que engloba, la transmisión de un *know how*, la licencia y usos de una marca, asistencia técnica y contable bajo control del otorgante y de conformidad con un método preestablecido por él, en contraprestación de lo cual se paga un canon y otras prestaciones adicionales.

Para Mazorati no es un convenio de suministro, sino que abarca una serie de elementos adicionales que lo distinguen claramente, como lo es la marca, el método franquiciado, el interés continuo en el producto final del franquiciado, son elementos ajenos al contrato de suministro.¹²

Farina, define este negocio jurídico como: “Sistema de Distribución comercial llevado a cabo por empresas independientes y con una organización piramidal basada en una relación contractual, la que engloba la transmisión de un *know how*, la licencia y uso de una marca, asistencia técnica y contable bajo control del otorgante y de conformidad con un método preestablecido por el en contraprestación de lo cual el franquiciado paga un canon y otras prestaciones adicionales.”¹³

Otros autores entienden que este contrato es una forma de Concesión, como Guyenet, para quien la franquicia no sería otra cosa que una forma o especie de “concesión comercial”,

¹² MAZORATI, O., “*Sistemas de Distribución Comercial*”, Argentina, 1992, p. 204.

¹³ FARINA, J. M., “*Contratos Mercantiles Modernos*”, Argentina, 2005, p. 450.

calificada con nombre propio pero sin autonomía jurídica, definiendo este contrato como: “Concesiones de una marca de productos o servicios a la que se añade la concesión de un conjunto de métodos y medios propios, para que la empresa concesionaria asegure la explotación racional de la concesión administrando la empresa en condiciones tales que permitan alcanzar la mejor rentabilidad para el concedente y concesionario.”¹⁴

Finalmente, está la postura de la franquicia como contrato asociativo, en la cual Díaz Bravo¹⁵ ha señalado que se asemeja a la asociación en participación, pues el franquiciante aporta al franquiciado derechos inmatrimoniales para que este los aproveche en la explotación de una negociación mercantil; si a cambio de ellos este último concede al primero una participación en las utilidades que obtenga de la explotación.

Arce Gargollo por su parte, no está de acuerdo con esa opinión pues indica que: “En la franquicia no hay contrato asociativo, sino de colaboración, pues las partes contratantes son independientes y no corren el mismo riesgo, respecto a las utilidades y pérdidas, como sucede en las figuras asociativas.”¹⁶

Según Phillip Kothler, establece como concepto de franquicia: “Un convenio con el concesionario en el mercado extranjero, ofreciéndole el derecho de utilizar el proceso de fabricación, la marca, la patente, el secreto comercial y otros puntos de valor, a cambio de honorarios o regalías.”¹⁷

Para Pedreño, la franquicia es: “Un sistema comercial en que el franquiciante vende un modelo de negocio al franquiciado, por medio de la cual éste podrá distribuir los productos o servicios a los usuarios finales.”¹⁸

Por tales razones se podría definir el contrato de Franquicia como un contrato complejo y atípico, consensual y sinalagmático, civil o mercantil según su objeto, mediante el cual una de las partes, el concedente o franquiciante, confiere a la otra denominada franquiciado, mediante el pago de un canon, el derecho a explotar una marca, una fórmula comercial privativa o un servicio con prestaciones accesorias, previamente convenidas. En

¹⁴ GUYENOT, J., “*Que es el Franchising*”, Argentina, 1972.

¹⁵ DIAZ BRAVO, A., “*Contratos Mercantiles*”, México 2002, p. 296.

¹⁶ ARCE GARGOLLO, J., “*Contratos Mercantiles Atipicos*”, México, 2000, p. 362.

¹⁷ KOTHLER, P., “*Dirección de la Mercadotecnia*”, México, 1980, p.42.

¹⁸ PEDREÑO, P., “*Que es el Franchising*”, España, 1973, p. 175.



base a todo lo anteriormente estipulado, es claro por qué el contrato de franquicia resulta desconocido para nuestro ordenamiento jurídico y porque es necesaria una regulación material del mismo.

4. Tipos.

De acuerdo con la práctica y el Profesor Vincent Chilua, existen varias clases de Franquicia:

a. Franquicia de Distribución (*Product Franchising*): es aquella en que el franquiciador actúa como central de compras, al seleccionar o fabricar productos que el franquiciado venderá en los puntos de venta franquiciados (local de la marca y con los símbolos distintivos, como es el caso de las tiendas de ropa *ZARA*). En esta el franquiciado tiene mayor autonomía, pues se encarga de distribuir en forma exclusiva el o los productos elaborados por el franquiciante, realizando la comercialización bajo el nombre y marca de este.

b. Franquicia de Servicios: Es el tipo de franquicia más dinámica y con mayor proyección, ya que es una fórmula de éxito probado anteriormente en el mercado, y consiste en que el franquiciante cede el derecho a utilizar y comercializar un servicio con la marca, signos distintivos, y sistema creado por él, a un franquiciado, que presta el servicio al cliente final (por ejemplo, *Hertz Rent-a-car* y Hoteles *Holliday Inn*).

c. Franquicia Industrial o de Producción: es aquella en que el franquiciado fabrica y comercializa los productos de la franquicia, ya que el franquiciador le cede al franquiciado el derecho de fabricación, tecnología, marca, procedimientos administrativos, gestión y técnica de venta. Por esto, se da entre dos industriales un vínculo jurídico y económico que requiere una inversión de capital importante (el ejemplo por excelencia es la *Coca-Cola* o *Mc Donald's*)

d. Franquicia de Formato de Negocio (*Bussiness Format Franchising*): En este se concede el *know how* de un negocio exitoso, transmitiéndolo del franquiciante esquemas completos de actuación hasta en sus menores detalles, los que deberá reproducir el

franquiciado, de tal forma que, en conjunto con la asistencia del franquiciante, le permite al franquiciado operar y reproducir de manera exacta a como lo haría el franquiciante en su negocio propio.

5. Aplicación y Éxito.

La razón fundamental del éxito del contrato de franquicia es que resulta el vínculo ideal entre los grandes capitales, y las pequeñas o medianas empresas, además de ser estrategia de diversificación y marketing extraordinaria como sistema de comercialización de un producto o servicio; ya que permite por un lado la expansión geográfica y la conquista de mercados desconocidos, ocupar zonas, controlar la distribución de los productos en dichas zonas y por sobre todo valorizar la marca. Crear una franquicia, puede asegurar el crecimiento de un negocio hasta convertirlo en una red multinacional (nuevamente los ejemplo por excelencia como es *Coca-Cola*, *McDonald's*, *Holliday Inn* o *ZARA*), logrando la expansión de este con un éxito sin precedente al utilizar este sistema de distribución y venta, sumando cada vez un mayor valor a la marca en cuestión.

6. Elementos.

El Contrato de Franquicia, acarrea un sinnúmero de elementos y clausulas para su correcta ejecución, siendo las más esenciales y/o fundamentales las siguientes:

a. Franquiciante: Parte titular y dueña del producto, marca, servicio o modelo de negocio el cual lo ofrece al franquiciado, para que, bajo ciertas condiciones, pueda operar el negocio, obteniendo ambos un beneficio mutuo de la sociedad. Este recibe un precio inicial por otorgar el uso y explotación de su modelo de negocio (*entry fee* o cuota de ingreso), lo mismo que un canon periódico por la cesión de los derechos que el posee.

b. Franquiciado: Es el empresario independiente seleccionado por el franquiciante. Se encarga de explotar el negocio de forma independiente pero sometidas a las condiciones impuestas en el contrato por parte del franquiciante. Es el responsable de los medios humanos y financieros, y el responsable frente a terceras personas de los actos realizados por la explotación de la franquicia que es titular.

c. Licencia de Marca (Derechos de propiedad Intelectual e Industrial): Esencia del contrato de franquicia, ya que el cliente es atraído por el renombre y prestigio de la misma.



Es Propiedad del franquiciante el cual cede sus derechos de explotación y uso al franquiciado, pudiendo este además de utilizar su marca, utilice también sus signos y símbolos distintivos, juntamente con una serie de normas en relación a la forma de actuar del franquiciado, en cuanto a la actividad y administración a desarrollar.

d. Know How: El franquiciante tiene la obligación de transmitir y exigir al franquiciado la correcta aplicación del *know how* con respecto a la conducción, estructura, organización del negocio y los procedimientos internos que lo regulan, y por supuesto, este, debe seguir cada uno de las instrucciones al pie de la letra, logrando una uniformidad en el producto y en la presentación del mismo (si bien cada entidad franquiciada, son jurídica y capitalmente independientes entre sí, deben todas actuar de manera idéntica y transmitir homogeneidad como una única entidad comercial). Esto puede incluir desde: reglas para decoración de locales, uniformes, mercadeo a utilizar, el listado de proveedores, entidades financieras y un largo etcétera.

e. Regalías o Canon: Forma de retribución durante la vigencia del contrato del franquiciado al franquiciante (ya que estamos frente a un contrato oneroso) en contraprestación al uso de servicios, productos, asistencia brindada, uso de marca, transferencia de *know how*, etc.

f. Territorio: Delimitación de un ámbito territorial a favor del franquiciado en donde desarrollara el contrato, el mismo puede ser elemento esencial para el éxito de la operación comercial.

g. Asistencia: Brindada por el franquiciante al franquiciado, la cual puede estar condensada en un manual operativo o a través de un centro de asistencia y servicio para los franquiciados que componen la cadena, donde se brinda información necesaria para la correcta operación y ejecución de la franquicia.

h. La No Competencia y/o las Posibilidades de Subfranquiciar: Impidiendo de forma expresa sobre la limitación al franquiciante de realizar negocios competitivos que afecten a al negocio franquiciado, y/o por otro lado prohibiendo, o no, la posibilidad de subcontratar (transmitir el derecho concedido sobre la franquicia a un tercero)

i. Confidencialidad: Obligación de secreto, ya que, el franquiciado tiene acceso a información confidencial del franquiciante, prolongándose está aún por un plazo prudencial posterior a la conclusión del contrato.

j. Plazo: Por lo general las partes tienden a establecer un plazo lo suficientemente extenso para recuperar la inversión inicial hecha por el franquiciante. Igualmente, en virtud de la autonomía de la voluntad que rige este tipo de contratos, las partes por mutuo acuerdo pueden rescindir sin causa y en cualquier tiempo.

7. Aspectos Económicos y Financieros.

La adopción de cualquier decisión respecto a la integración en una red de franquicias mediante la apertura de uno de sus puntos de venta debe siempre partir de un minucioso análisis económico y financiero. El candidato a través de este estudio deberá conocer cuáles son sus posibilidades de generar beneficios económicos que garanticen la viabilidad y crecimiento del negocio, al tiempo que obtiene un rendimiento adecuado a su propia inversión.

Interesa destacar que el franquiciado debe poseer capital suficiente para iniciar el negocio ya que, una parte sustancial del capital necesario la aportará él mismo; otra parte, a través de la financiación y préstamos que se formalizarán en bancos, entidades financieras, instituciones de capital-riesgo, u otros sistemas de financiación de créditos. El franquiciado deberá recibir por parte del franquiciante una información en detalle sobre los fondos que deberá aquél invertir y el destino de los mismos. En esta previsión se especifican por separado el coste de adquisición del derecho al uso de la franquicia unido a la documentación confidencial y operativa, y por otro lado los cálculos del franquiciante en cuanto a su previsión del capital circulante necesario.

Se trata por tanto de transmitir al potencial franquiciado una proyección lo más realista de los fondos requeridos para la apertura, lanzamiento y desarrollo de una nueva unidad. Por otra parte, el concepto de inversión va estrechamente unido al de rentabilidad y también al concepto de riesgo. El franquiciado está dispuesto a realizar una inversión, para convertirse en un miembro más de la red, con unas condiciones más favorables de riesgo que las que tendría si actuara de forma autónoma. Todo candidato a franquiciado deberá conocer



antes de firmar un contrato, las inversiones totales necesarias para la puesta en marcha de la franquicia seleccionada, una cuenta de explotación que transmita la rentabilidad del negocio basada en casos reales, así como los plazos de amortización.

8. Contrato de Franquicia en Nicaragua.

Como se explicó anteriormente, en nuestro país no se encuentra regulada esta relación contractual por una ley especial dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Las empresas que optan por este modelo de negocios deben recurrir a normas accesorias o complementarias que ayuden a regirlo, esto crea ciertas dificultades legales y técnicas al momento de implementar este modelo de negocio dentro del país, lo que puede causar que el franquiciante interesado en expandir su compañía a nuestro territorio bajo esta figura, o bien el franquiciado que quiera adquirir alguna franquicia nacional o extranjera, tenga varias dificultades para llevar a cabo y ejecutar este tipo de contrato y/o modelo de negocio.

Hay que tener en cuenta que, para implementar este contrato dentro el País, el pilar fundamental en que se basa es “El Principio de la Autonomía de la Voluntad” (pilar sobre el que se sostienen los contratos atípicos) el cual está consagrada en el artículo dos mil cuatrocientos treinta y siete (Art. 2,437¹⁹) de nuestro Código Civil. A su vez, como este contrato es considerado como un contrato de comercio internacional innominado en el Derecho Positivo, como tal es un contrato atípico, porque, aunque tiene una denominación social especial, carece en el sistema jurídico nicaragüense de una reglamentación particular en cuanto a la relación de Derecho Privado entre las partes contratantes. Como sabemos, los contratos atípicos, al nacer mucho antes de la norma que va a regularlos, plantean la problemática de precisar cuál es la disciplina a la que estos deben estar sometidos y por consiguientes detallar la manera de cómo deben ser interpretados y como deben solventadas las lagunas o sus deficiencias que estos generan.

Por otro lado, muchos autores consideran que este tipo de contratos gozan de “tipicidad social” en cuanto están instalados en la conciencia general de la sociedad, se usan

¹⁹ Art. 2437 C.: 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.

habitualmente en el tráfico comercial y son considerados por la doctrina y la jurisprudencia, aunque no tengan una disciplina legal regulatoria.

Es por eso que el Contrato de Franquicia en nuestro país es atípico, ya que no está definido por la legislación Nacional positiva, pero está reconocido por la realidad social, basándose las partes contratantes en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad, rigiéndose por su afinidad con otros contratos típicos, por los principios generales de las obligaciones y contratos y subsidiariamente por los principios generales del Derecho. Sin embargo, a pesar de ser un contrato atípico, a su vez sigue siendo un contrato nominado (socialmente) ya que permanece en la atipicidad normativa al estar privado de una disciplina jurídica-privada.

Así que las franquicias que deseen ingresar al mercado nicaragüense deben de regirse por regulaciones alternas y suplementarias concernientes a la inversión extranjera y apertura de negocios establecidas en el Código de Comercio.

La legislación principal que regula la inversión extranjera directa es la “Ley de Promoción de Inversiones Extranjeras”²⁰ y su reglamento, así como otras leyes sectoriales específicas que otorgan incentivos a las inversiones. Esta ley busca garantizar la eliminación de las restricciones sobre la forma en que el capital extranjero puede ingresar al país y reconoce al inversionista extranjero el derecho a la propiedad²¹; recibiendo de esta manera la inversión extranjera igualdad de trato que la inversión nacional.

9. Derecho Comparado.

En América Latina, el Contrato de Franquicia se ha receptado bajo diversas denominaciones, sin que se hayan concretado norma específica alguna. En Centroamérica particularmente se ha legislado sobre el distribuidor en forma tan genérica que el contrato de franquicia puede considerarse alcanzado por sus disposiciones, por ejemplo: Guatemala, con la Ley que Regula el Contrato de Agencia (Decreto Numero 78-71); Honduras, con la Ley de Propiedad Industrial (aprobada por Decreto No. 12-99-E); Costa Rica, con su Código De

²⁰ *Ley de Promoción de Inversiones Extranjeras.*- Ley No. 344, Aprobado el 27 de abril del 2000 y Publicado en La Gaceta No. 97 del 24 de mayo del 2000.

²¹ “Art. 4 de la Ley 344: Reconocimiento. Se reconoce al inversionista extranjero el pleno ejercicio del derecho sobre el disfrute, uso, goce y dominio de la propiedad relacionada a su inversión, salvo que sea por causa de utilidad pública e interés social declarados por la autoridad competente...”



Comercio; entre otras. En nuestro país, ya es una realidad, en virtud de la invasión progresiva de las cadenas de comercialización de comidas rápidas o “*Fast Food*” y cadenas de comercialización de servicios o productos.

Nicaragua, al igual que todo país que goza de un crecimiento económico, ha facilitado la entrada de diversos servicios y productos franquiciados al país, sin embargo, se ha quedado atrás en el tema de regulación legal del de esta figura contractual, como contraparte podemos visualizar como los países de la región que se encuentran más avanzados en esta temática, ya regulan las relaciones franquiciante y franquiciado así como la naturaleza jurídica de este modelo de negocio.

En nuestro país pueden ocurrir dos fenómenos en este modelo de negocio: (i) de colaboración entre los dos empresarios partes, entendiéndose como las valoraciones geográficas del terreno, si se debe de establecer ahí el favorecimiento factibles de estudios de mercadeo antes de hacerse el contrato de franquicia, y se da al mismo tiempo (ii) una distribución exclusiva del producto a través de una reventa del establecimiento de franquicia, ya que es vendido como garantía de un negocio exitoso, funcional y factible por la marca mundial y su reconocimiento.

La gran complejidad de relaciones y el gran número de áreas involucradas hacen que la legislación sobre el contrato de franquicia sea variada y diferente en cada país, enfocándose a menudo en dos aspectos: a) Divulgación de información de manera previa a la celebración del contrato, por parte del franquiciante hacia el franquiciado y viceversa, y b) Las obligaciones entre las partes una vez celebrado el contrato de franquicia, es decir, el contenido del contrato mediante las cláusulas de uso más frecuente.

IV. ¿QUE ES DERECHO DE COMPETENCIA?

El Derecho de Competencia es la rama del derecho que ocupa leyes y normas para lograr y asegurar la competencia libre y efectiva en los mercados de un Estado o Nación.²²

²² ROLDÁN, PAULA NICOLE, “*Derecho de la competencia*”, en <https://economipedia.com> en la sección de Comercio, fecha de consulta: 05 de febrero del 2020.

A través de esta materia se busca promover y resguardar la competencia en los mercados mediante la prohibición de conductas que tengan como objetivo restringir y/o dañar la competencia; previniendo y sancionando acuerdos, conductas y/o prácticas entre empresas competidoras vertical u horizontalmente, que buscan crear monopolios o carteles capaz de aumentar los precios, restringir el comercio, estableciendo competencia desleal y abusando de una posición dominante, afectando de manera negativa directamente al usuario y/o consumidor y repercutiendo en la economía del mercado de un Estado.

V. REGULACION DEL CONTRATO DE FRANQUICIA POR PARTE DEL DERECHO DE COMPETENCIA

La influencia del derecho anglosajón ha exportado a los países de cultura latina nuevas figuras jurídicas, y en este caso estamos frente a dos instituciones muy de moda en los países que, como el nuestro, han abierto sus puertas a la inversión extranjera, mediante las franquicias. También el derecho *antitrust* norteamericano ha influido en la legislación antimonopólica de los países del hemisferio. Este artículo analiza las dificultades que enfrenta Nicaragua para adaptarse a esta estructura jurídica.²³

Las normas anti concurrentiales o “*antitrust*”, en esencia constituyen el fin último de toda legislación tendente a evitar los monopolios. Así podemos decir válidamente que una empresa automotriz no puede ni debe distribuir por sí el producto una vez terminado, ya que se estaría en presencia de un monopolio; por lo que, en todo tiempo, se debe de encargar a una tercera persona lo relativo a la distribución del producto.

Los elementos que tendremos que tener en cuenta para que exista un acto de competencia desleal son tanto que el acto se realice y tenga influencia en el mercado, como que el mismo tenga lugar con fines concurrentiales, es decir, que su finalidad sea promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

La doctrina más autorizada, siempre ha venido a criticar la definición tanto del concepto de competencia desleal, como de aquellos actos que pueden encuadrarse dentro de

²³ RUIZ PERIS, JUAN IGNACIO, “*El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*”, España, 1991, p. 198.



dicha definición, tanto por su insuficiencia como por emplear conceptos jurídicos indeterminados.

El funcionamiento de la relación de franquicia tiene un halo de complejidad que hace que quien se pretenda relacionar con ella entre en contacto con diferentes mecanismos que desarrollan diferentes facetas y dificultades, entre las cuales se destacan las de ámbito regulado por algunas leyes contra el monopolio y defensa de la libre competencia.

Entonces, existe una aparente contradicción entre el instrumento contractual que necesariamente debe acotar los derechos y deberes de las partes frente a leyes, y principios que castigan prácticas monopólicas de distribución de los mercados o manipulación de estos. Por ello habría de establecerse si determinadas obligaciones pueden ser consideradas contrarias a los principios reglados por la ley de competencia²⁴ nacional, debiéndose determinar que cláusulas podrían encerrar en el contrato de franquicia conductas, monopólicas, desleales, dominantes, discriminadoras y abusivas que puedan repercutir en el público consumidor.

Nuestra Ley De Promoción De La Competencia tiene por objeto “promover y tutelar la libre competencia entre los agentes económicos, para garantizar la eficiencia del mercado y el bienestar de los consumidores, mediante el fomento de la cultura de la competencia, la prevención, la prohibición y sanción de prácticas anticompetitivas.”²⁵ Por lo tanto prohíbe “los actos o conductas, acuerdos, pactos, convenios, contratos entre agentes económicos competidores y no competidores, sean estos expresos o tácitos, escritos o verbales, cuyo objeto sea limitar o restringir la competencia o impedir el acceso o eliminar del mercado a cualquier agente económico...”²⁶

Una de las contingencias que signa esta materia, y su vínculo con la franquicia, está dado por la relación entre las normas protectoras de la libre competencia y las que regulan los derechos de propiedad industrial. Podemos decir que las leyes de patentes, marcas y derechos de propiedad industrial otorgan monopolios (sobre el derecho protegido), desde el

²⁴ *Ley de Promoción de Competencia*. - Ley No. 601, Aprobada el 28 de septiembre del 2006 y Publicada en La Gaceta No. 206 del 24 de octubre del 2006.

²⁵ Art. 1 Ley No. 601 - Ley de Promoción de la Competencia. Ídem.

²⁶ Art. 17 Ley No. 601 - Ley de Promoción de la Competencia. Ídem.

punto de vista jurídico. Por otro lado las leyes antimonopólicas como las nuestras preconizan el principio de que el libre ejercicio de derechos de propiedad industrial es lícito en tanto no impliquen la instauración de un monopolio, extensión de poder de mercado o exclusiva, derivados de tales derechos a actividades, así lo establece el artículo 4 de la misma ley que cita: “Se exceptúan de la aplicación de las disposiciones de esta Ley: a) El ejercicio de los Derechos de Propiedad Intelectual que las leyes reconozcan a sus titulares, siempre y cuando estos no incurran en prácticas anticompetitivas.”²⁷

Dado que los contratos de distribución exclusiva son contratos verticales entre empresarios, la interpretación de la ley respecto de los mismos, no podría ser otra que la de su prohibición²⁸. Sin embargo, en el caso de las franquicias, esta regla viene ampliamente exceptuada debido a la importancia de otros intereses, como los de consumidores y los de mercados.

Otro tema importante a destacar, es la fijación vertical de precios a distribuidores que revenden a los consumidores finales, la cual constituye una de las más grandes infracciones de la normativa de nuestra ley de promoción de competencia, considerándose una práctica anticompetitiva entre agentes económicos no competidores “la imposición de precios y/u otras condiciones, que un distribuidor o minorista debe observar al momento de proveer bienes o servicios a compradores.”²⁹ Por lo cual, en cuanto a contrato de franquicia se refiere, en ningún caso el franquiciador puede imponer y fijar al franquiciado el precio de venta al público de los productos objetos de la franquicia, pudiendo únicamente efectuar “recomendaciones” o listas indicativas de precios sugeridos, situación que en la realidad empresarial no sucede.

Ahora bien, otra de las conductas punibles en materia de competencia son las divisiones de mercados producidas por acuerdos suscritos entre los competidores mismos o “distribución horizontal de mercado”, o los casos en que un tercero procede a instrumentar una división de mercados suscribiendo convenios o acordando la abstención de operar con determinados productos, clientes o territorio, así establecido en el artículo 18 inciso b el cual

²⁷ Art. 4 Ley No. 601. Ley de Promoción de la Competencia. Ídem.

²⁸ Art. 19 inc. a. Ley No. 601. Ley de Promoción de la Competencia. Ídem.

²⁹ Art. 19 inc. b. Ley No. 601. Ley de Promoción de la Competencia. Ídem.



expresamente dice: “Queda prohibido los siguientes convenios y acuerdos entre agentes económicos competidores que: Dividan, distribuyan, asignen o impongan porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, vendedores, proveedores, por tipo de productos vendidos, tiempos o espacios determinados o determinables; o por cualquier otro medio.³⁰”

Objetivando esta estipulación: Un franquiciado se compromete a no vender fuera de determinado mercado territorial, como condición para operar con cierta franquicia. Se debe aclarar, que la concertación de estos convenios no es condición suficiente, por si sola para configurar una infracción, siendo necesario que se produzca en el mercado la limitación, restricción o distorsión de la competencia o la constitución de un abuso o posición dominante en el mercado, perjudicando el interés económico general. Por lo cual podemos afirmar que esta disposición no es aplicable *per se* al contrato de franquicia, ya que solo son ilegales en la medida que afecten el interés económico general.

Como podemos observar, el contrato de franquicia se encuentra exceptuado de comportamientos, que serían penados para otra figura contractual o para una empresa que los practique. Lo determinante para que este tipo de acuerdos entre empresas sean considerados nulos en que tengan un efecto significativo sobre la competencia en los mercados. El origen de esto se encuentra en las Declaraciones de los Tribunales de Justicia de la Unión Europea, asumiendo que los efectos negativos de un determinado acuerdo entre empresas son menores que el conjunto de positivos que genera. Así se han autorizado excepciones por categorías o excepciones como:

- Excepción de los acuerdos que mejoran la producción, la distribución o el progreso técnico. Es decir, que se traducen en una reducción de costos (o un incremento de la producción beneficiosa para la economía).
- Excepción si se reserva a los consumidores una parte equitativa de las ventajas que proporcione el acuerdo (reducciones de precios y/o mejoras en calidad).

³⁰ Art. 18 inc. b. Ley No. 601. Ley de Promoción de la Competencia. Ídem.

- Excepción si el acuerdo se establece por un medio concreto y un alcance sectorial limitado a lo estrictamente necesario para conseguir los aspectos antes señalados.

El artículo 85 del Tratado de Roma,³¹ establece que “se considerará incompatible con el mercado común lo siguiente: ...cualquier acuerdo entre empresas, cualquier decisión de las asociaciones empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tienen por objeto o resultado la prevención, restricción o distorsión de la competencia dentro del Mercado Común...”³²

De este artículo Marzorati³³ resumen las conclusiones tomadas por la Corte de la Comunidad Europea respecto a la interpretación tomada al momento de analizar este artículo:

- La compatibilidad de los contratos de franquicia de distribución con esta regulación depende de las cláusulas que contienen dichos contratos y el contexto económico en el cual se insertan.
- Las cláusulas son indispensables para impedir que el *know how* transmitido y la asistencia aportada por el franquiciante no sea aprovechada por competidores, no constituyendo restricciones de la competencia en ese sentido, ya que protege su modelo de negocio.
- Las cláusulas que organizan el control indispensable para la preservación de la identidad y de la reputación de la red que esta simbolizada, no constituye tampoco restricciones a la competencia.
- Las cláusulas que implican una división de los mercados entre franquiciante y franquiciado o entre franquicias, constituyen restricciones a la competencia.

³¹ “*Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y su Reglamento*” 67/67 del 22 de marzo de 1967 dictado por la Comisión de las Comunidades Europeas

³² Continúa el artículo “...en particular las consistentes en:

a) la fijación directa o indirecta de los precios de compra o venta o de cualquier otra negociación condiciones;
(b) la limitación o el control de la producción, los mercados, el desarrollo técnico o la inversión;
(c) compartir el mercado o compartir las fuentes de suministro;
(d) la aplicación a las partes en transacciones de condiciones desiguales con respecto a suministros, colocándolos así en una desventaja competitiva; o
(e) el sometimiento de la celebración de un contrato a la aceptación por una parte de suministros adicionales que, por su naturaleza o según el uso comercial, ninguna conexión con el tema de tal contrato.”

³³ MAZORATI, OSVALDO, “*Sistemas de Distribución Comercial*”, Argentina, 1992, p. 256.



- La comunicación al franquiciado por parte del franquiciante de los precios indicativos, no constituye una restricción a la competencia, en tanto no haya entre franquiciado y franquiciante ni entre los franquiciados una práctica concertada en vistas de aplicación efectiva de esos precios.

Una de las estipulaciones del contrato de franquicia que ha provocado litigiosidad en cuando a su ilicitud a la luz de la normativa *antitrust* es aquella que permite al franquiciante seleccionar a los franquiciados, ya sea en base a determinados criterios previamente establecidos o al mero acuerdo del franquiciante e incluso de los franquiciados. Este tipo de cláusulas han sido analizadas por la jurisprudencia *antitrust* norteamericana como supuesto de negativa de venta o negativa a contratar, considerándolas por tanto legítimas, a excepción de aquellos casos en que la negativa sea parte de un boicot y que tenga como finalidad excluir una firma en el mercado, las cuales estarán prohibidas.

Otro de los tipos de estipulaciones que plantean dudas acerca de su licitud en el contrato de franquicia son las que determinan un reparto geográfico de mercados entre los distintos franquiciados y aun entre estos y el franquiciante con el consiguiente reparto de clientes. La jurisprudencia norteamericana ha considerado la legitimidad de este tipo de cláusulas si persiguen la protección de los signos distintivos del franquiciante, que el franquiciado usa en su establecimiento. Así también se ha permitido exigir al franquiciado vender solamente productos designados por el franquiciante o prohibirle vender productos no compatibles, dada la necesidad de preservar el interés legítimo de este al mantenimiento del crédito de una marca.

Por lo cual Bensoussan³⁴ considera que la protección territorial constituye un concepto engañoso y que esa es una de las razones que ha conducido a la jurisprudencia a no hacer de aquella obligación una de las condiciones de validez del contrato de franquicia. En nuestro país las divisiones de mercados impuestas se encuentran subsumidas en el artículo dieciocho (Art. 18) inciso b (anteriormente citado) de la Ley de Promoción de Competencia,

³⁴ BENSOUSSAN, HUBERT, “*Franchise: L’exclusivite territoriale videe de sa substance*”, Francia, 2000, p. 629.

sancionando la conducta de distribución de zonas, mercados, clientelas o fuentes siempre y cuando se realice entre competidores.

Al respecto, la doctrina³⁵ tiene dicho que “para el franquiciante, cada franquicia es en igual medida una gente de éxito del sistema. No está interesado en los resultados individuales de cada uno, sino más bien, en los resultados totales obtenidos por la cadena de distribución. Por lo tanto, desde el punto de vista del franquiciante, los diferentes franquiciados no son competidores entre sí.”

Ahora bien, para el franquiciado, todas las franquicias son competidores dentro del mercado (cabe destacar que se tratan de personas jurídicas diferentes y económicamente independientes), pero para el consumidor, como ya se expresó anteriormente, todos los franquiciados forman parte de una única cadena que comercializa un producto idéntico (sin importarle el sistema de distribución que se está utilizando) ya que este lo que busca es encontrar en cada local perteneciente a la franquicia una uniformidad de servicios, productos, calidad y precio, los cuales únicamente son posibles con la determinación de precios de productos por parte del franquiciante, siendo esta una disposición vertical y no una imposición de presión horizontal entre competidores.

El problema en este tema se presenta cuando el franquiciante abusa de su posición dominante en el mercado. Debiendo ser castigado por la ley, no por la posición *per se*, sino por lo que pudiera hacer con esta.

En cuanto al control de la distribución y comercialización de bienes y servicios que realiza el franquiciante, es preciso tener en cuenta que es el quien debe de conocer el movimiento de cada uno de sus franquiciados, tanto para la correcta percepción de la regalía pactada en el contrato, como para efectuar la evaluación y proyección del sistema con el objetivo de propender al interés común de los sujetos relacionados en este contrato.

El control sobre el desarrollo de la franquicia no implica prácticas viciosas, definidas como “acciones concertadas”, no implica tampoco el manejo discrecional y doloso del mercado. Por el contrario, se tiende al control operativo del franquiciante sobre la cadena que

³⁵ COOK, CECILIA; ITURRALDE, MARIA C.; WITTHAUS, MONICA; CHOMER, HECTOR; MARTON, JAVIER; RAPALLO, MARCELO y ABIERI, ROBERTO E., “*Franchising*” (Franquicia) - Derecho Económico No. 14/1990.



él ha montado, sin incidencia sobre la distribución de productos de la competencia, ni repartición o fragmentación de los mercados.

En lo que hace a la distribución de las zonas, es razonable que sea el otorgante de la franquicia quien las regule, considerando los límites geográficos en los que su producto o servicio tendrá mayor aceptación y producirá mayores ganancias. Por lo cual, el franquiciado se obliga a no vender la mercadería, producto o servicio fuera de la zona que fue adjudicada.

De todo esto se desprende que en el contrato de franquicia no existen acuerdos o acciones concertadas para distribuir, entre los competidores, zonas, mercados, o clientes, sino que nos encontramos ante la presencia de distribución vertical por zonas que el franquiciante determina en su cadena, no interviniendo, por ello en los negocios de la competencia o manipulando el mercado.

En cuanto a la exclusividad para el abastecimiento de productos, su excepción se encuentra radicada en el objetivo (inherente del contrato de franquicia) el cual es hacer llegar al público consumidor un producto homogéneo y certificado. Como ejemplo: las franquicias de comidas rápidas, suele establecerse que la materia prima principal debe ser abastecida por un proveedor determinado, la razonabilidad de esta restricción radica en el objetivo de mantener un standard de calidad, el cual debe de ser garantizado por parte del franquiciado.

VI. PROBLEMATICA ENTRE CONTRATO DE FRANQUICIA Y DERECHO DE COMPETENCIA.

Como todo contrato, la franquicia no está exenta de problemáticas relacionada al momento de elaborar sus estipulaciones y su ejecución, siendo las cláusulas más concurridas a causar conflictos las relacionadas con los siguientes temas:

1. Determinación de los Derechos de Exclusiva que son objeto de Cesión.

La transmisión, a título de licencia, de todos aquellos derechos de exclusiva, patentes, marcas, *know how* o derechos asimilados; que configuran el modelo de empresa del franquiciador constituyen la piedra angular sobre la que se sostiene el sistema de franquicias.

Así lo ha ratificado el Tribunal Supremo de España, señalando que “la transmisión del *know how* es un requisito básico del contrato según la legislación comunitaria y la doctrina jurisprudencial.”³⁶ Por lo tanto, resulta imprescindible realizar en cualquier contrato de franquicia una descripción detallada de los elementos que componen dicho *know how*,

2. Retención del “*Know How*”.

La cesión del *know how* por parte del franquiciador representa un factor de riesgo para su modelo de negocio, así como uno de los focos de conflicto más habitual entre franquiciador y franquiciado. La problemática aflora particularmente en supuestos de resolución contractual, cuando el franquiciado pretende aprovechar el *know how* en beneficio propio para replicar el negocio al margen del franquiciador, supuesto que el Tribunal Supremo estima constitutivo de competencia desleal. También la devolución de marcas, símbolos e incluso mobiliario pueden resultar problemáticos en casos de resolución del contrato, siendo frecuentes los supuestos en los que se produce la retención de dichos elementos por parte del franquiciado en aras a conseguir una liquidación contractual más favorable, circunstancia que también ha sido objeto de sanción por parte de los Tribunales e incluso puede llegar a ser constitutiva de un ilícito penal.

3. Deber de Control.

El contrato de franquicia no se agota con su firma, sino que nace, a partir de ese momento, una relación contractual de tracto sucesivo que tiene como objetivo tutelar el desarrollo de la actividad del franquiciado caracterizada por el control y vigilancia que el franquiciador realizará de forma permanente. Y es que, aunque las partes mantendrán su independencia jurídica y patrimonial, la autonomía del franquiciado queda severamente limitada por las restricciones que impone el modelo de negocio originario, por lo que el franquiciador debe poder controlar en todo momento que se cumplen las directrices a las que deben ajustarse todos los franquiciados en aras a mantener la uniformidad del negocio.

Por ello, suele ser habitual que en los contratos de franquicia se contemple la potestad del franquiciante de efectuar visitas de inspección al local del franquiciado, siendo obligación

³⁶ - Sentencia núm. 754/2005 de 21 de octubre de 2005, “*Contrato de Franquicia. Competencia Desleal. Know How.*” en <https://supremo.vlex.es/vid/franquicia-competencia-desleal-know-how-20091727>



de éste permitir la entrada del franquiciante para poder vigilar que se cumplen los estándares del negocio, hasta el punto de que el franquiciador se encontraría incluso facultado a resolver el contrato, con justa causa, en el caso que se negase la entrada al local.

4. Homologación de Productos.

En el mismo sentido, la preocupación del franquiciador por mantener una imagen integral de los franquiciados puede chocar con las disposiciones que en materia de derecho de la competencia regulan la prohibición de establecer a los franquiciados, obligaciones de compra en exclusiva.

Por ello, ante las dudas que puede provocar el establecimiento de este tipo de cláusulas en el contrato, hay que subrayar que la jurisprudencia se muestra comprensiva a la hora de reconocer que el franquiciador puede reservarse contractualmente la facultad de homologar los productos que debe emplear el franquiciado cuando ello resulta necesario para mantener la identidad común y la reputación de la red, o como dice la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid: “sea necesario para mantener el buen nombre y la imagen de la casa franquiciadora”.³⁷

En cualquier caso, resulta aconsejable que las limitaciones impuestas al franquiciado que puedan cercenar su libertad de abastecimiento exclusivo se limiten a los productos esenciales de la marca y no afecten a los considerados superfluos, para evitar que se genere un desequilibrio contractual injustificado o infringe la normativa en materia de competencia.

5. Prestación de Asistencia Comercial.

Como nos indica el Código Deontológico Europeo de la Franquicia, entre las obligaciones del franquiciante está la de proporcionar a sus franquiciados una formación inicial y una asistencia comercial y/o técnica durante toda la vigencia del contrato. Se persigue con ello el mantenimiento de una imagen unitaria frente al consumidor y, aunque se trata de una obligación pensada en beneficio del franquiciador, conviene no olvidar que es un deber del mismo que no puede ser desatendido, toda vez que, tal y como expone el Tribunal Supremo de España: “en el supuesto que no se cumplan los compromisos de

³⁷ Sentencia número: 437/2012 del 4 de septiembre de 2012.

asesoramiento y formación, pueden tener la trascendencia suficiente como para dar lugar a la resolución contractual.”³⁸

6. Exclusividad Territorial.

Resulta habitual que las partes establezcan sus respectivos límites de actuación territorial en el contrato, que afectarán tanto al franquiciante, al limitar su libertad de otorgar franquicias en un determinado territorio, como al franquiciado, que no podrá exceder los límites de ese territorio concedido, pues con ello podría invadir el que se ha concedido a otro franquiciado o el que se ha reservado al mismo franquiciante. La realidad demuestra que nos encontramos ante cláusulas que sirven para medir el grado de compromiso entre franquiciante y franquiciado, toda vez que chocan con las propias oportunidades de negocio que se presentan a las partes. Por ello el Tribunal Supremo de España ha interpretado la infracción de la exclusiva territorial como una vulneración de un “deber básico” que “comporta una deslealtad suficiente para destruir la confianza en la contraparte (...), constituyendo un incumplimiento esencial”.³⁹

7. Prohibición de Competencia.

Dicha cláusula, habitual en los contratos de franquicia, tiene como objetivo proteger el modelo de negocio creado y desarrollado por el franquiciante, para evitar que el franquiciado pueda aprovecharse del conocimiento del mercado adquirido durante el desarrollo del contrato, en su propio beneficio.

Nos encontramos de esta forma ante una cláusula de “no hacer” a cargo del franquiciado, conforme a la cual deberá abstenerse de llevar a cabo durante el contrato y, especialmente, después de su finalización, cualquier actividad que pueda resultar idéntica o similar al objeto del contrato de franquicia.

Los principales problemas derivados de la aplicación de dicha cláusula se plantean respecto de su duración post-contractual, pues se suele admitir una cláusula de no competencia durante la vigencia del contrato al entenderse que la misma es necesaria para

³⁸ Sentencia núm. 164/1997 del 4 de marzo de 1997, “*Contrato de Franquicia.*” en <https://supremo.vlex.es/vid/contrato-franquicia-1-100-as-i-17744230>

³⁹ Sentencia núm. 532/2012 del 30 de julio del 2012, “*Acciones Sobre Competencia Desleal y Publicidad.*” En <https://supremo.vlex.es/vid/401950566>



mantener la identidad y reputación comunes de la red franquiciada. Una vez finalizado el contrato, la obligación de no competencia se admite siempre y cuando su duración se limite a un período prudente tras la expiración del acuerdo.

8. Pago del Precio.

Resulta común en la mayoría de los contratos de franquicia pactar en pago un porcentaje sobre las ventas del franquiciado ya que es un medio objetivo de valorar las ventajas reales que obtiene cada franquiciado. Por ello, es habitual el establecimiento de un derecho de información a cargo del franquiciante, conforme al cual tendrá derecho a revisar periódicamente la contabilidad del franquiciado para verificar la cifra de negocios del franquiciado. El problema más grave se presenta en aquellos supuestos en los que el franquiciado intenta eludir el control de su cifra de ventas negándose a exhibir sus libros de cuentas al franquiciante o, manipula las cifras de su contabilidad para disimular sus ganancias, supuesto sancionado por la jurisprudencia con la resolución del contrato.

9. Clausula Penal.

La cual pretende sancionar los supuestos de resolución unilateral y/o injustificada del contrato por parte del franquiciado, o el incumplimiento de alguna de sus obligaciones contractualmente establecidas, tales como la prohibición de competencia.

10. Relación Laboral.

Por último, al margen de los pactos privados del contrato a los que hemos hecho mención, debemos subrayar que las amplias facultades de control que en los contratos de franquicia se reserva el franquiciante sobre el franquiciado, plantean la posible concurrencia en el ámbito laboral de una posible responsabilidad sobre los actos realizados en dicho ámbito por este último.

Así puede suceder en el caso de que el control del franquiciador pueda llegar al extremo de asumir directamente la dirección del proceso de trabajo, las instrucciones a los empleados y el resultado del proceso de trabajo, identificando al franquiciador como el empresario real

VII. CONCLUSION

A manera de conclusión, sabemos que las franquicias es el avance del siglo XXI, diferentes cadenas pertenecientes a diferentes sectores geográficos han venido estableciéndose y expandiéndose alrededor de todo el mundo, como negocios sumamente rentables para ambas partes, al igual que Nicaragua ha iniciado en implementar este modelo contractual tanto para establecer negocios extranjeros en el territorio o para expandir las barreras de los negocios creados dentro del país.

A sabiendas que en Nicaragua no hay legislación concreta que regule el contrato de franquicia, sabemos que en la costumbre se toma como referencia las leyes extranjeras apoyados en el Código de Comercio Nicaragüense. Si bien hubo un proyecto de ley, el cual a la fecha no ha visto todavía la luz, vivimos en un país en que este tipo de contratos ya es una realidad y se necesita más legislación específica que promueva y garantice este tipo de contratos, garantizando seguridad a las empresas que quieran iniciar este tipo de negocio y que sirvan como base estructural del mismo, logrando a través de este obtener un medio de crecimiento económico del país y herramienta para proliferar en este ámbito.

La franquicia se configura como un contrato marco, consensual, mercantil, oneroso, complejo, dotado de interés común e integrado por módulos en los que se incluye listado de condiciones generales de la contratación; se excluye la posibilidad de acogerse en el acto de conclusión contractual a la doctrina de los actos mixtos como fórmula para la protección del contratante débil, mediante la aplicación de los instrumentos de tutela del consumidor.

El secreto de su éxito reside en que se trata de un contrato que proporciona ventajas ambas partes, ya que permite al franquiciador tutelar la expansión de su negocio de forma rápida controlando los costes económicos y a la vez que representa para el franquiciado una oportunidad de iniciarse en un negocio cuyo éxito ya ha sido previamente demostrado, lo que le permite en gran medida esquivar los peligros inherentes al inicio de cualquier proyecto empresarial y disponer de una marca y un *know how* de los que inicialmente carecía.

El Contrato de Franquicia esconde muchas veces un clausulado complejo, que genera múltiples dificultades cuando el negocio no funciona tal y como las partes esperaban y que se acaban resolviendo en sede judicial, es por eso que el Estado debe crear una legislación



especial que regule este modelo de negocio para que tanto el inversionista nacional y extranjero garantice su seguridad al invertir dentro del territorio.

Las diferentes actividades comerciales dinamizan y hacen crecer la economía en un mundo globalizado donde el *marketing* y el consumismo juegan un papel relevante en la sociedad, por ende, es necesaria la regulación de esta figura mercantil para brindar mayor seguridad jurídica en pro de la economía nacional, el desarrollo comercial y la creación de empleos.

De todo esto se desprende que en el contrato de franquicia no existen acuerdos o acciones concertadas para distribuir, entre los competidores, zonas, mercados, o clientes, sino que nos encontramos ante la presencia de distribución vertical por zonas que el franquiciante determina en su cadena, no interviniendo, por ello en los negocios de la competencia o manipulando el mercado. Sabemos que el Contrato de Franquicias, es un tema sumamente importante en el ámbito mercantil, que se desarrolla de manera satisfactoria para las partes, incluso para el tercero consumidor, ha quedado plasmado que este contrato es rentable y que las franquicias están en nuestro mercado durante muchos años más.

Finalmente cabe señalar como dato relevante que, a nivel mundial las franquicias representan una parte sustancial de la economía, existiendo a nivel global más de tres millones de unidades de franquicias, con más de veinte mil empresas franquiciantes registradas alrededor del mundo. Además, se dice que las franquicias suelen crecer el doble que el crecimiento de la economía del país al que pertenecen, imaginemos entonces, el crecimiento económico que los negocios experimentan al ingresar en este modelo contractual.

VIII. FUENTES DEL CONOCIMIENTO

I. DISPOSICIONES NORMATIVAS

- *Código Civil de la Republica De Nicaragua.*- Aprobado el 1 de febrero de 1904 y Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 2148 del 5 de febrero de 1904.

- *Código de Comercio de la Republica De Nicaragua.*- Aprobado el 30 de Abril de 1914 y Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 248 del 30 de octubre de 1916.

- *Ley de Promoción de Competencia.*- Ley No. 601, Aprobada el 28 de septiembre del 2006 y Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 206 del 24 de octubre del 2006.

- *Ley de Promoción de Inversiones Extranjeras.*- Ley No. 344, Aprobada el 27 de abril del 2000 y Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 97 del 24 de mayo del 2000.

II. JURISPRUDENCIA CITADA

1. Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil de España

- Sentencia número: 164/1997 del 4 de marzo de 1997 “*Contrato de Franquicia.*”, en <https://supremo.vlex.es/vid/contrato-franquicia-1-100-as-i-17744230>

- Sentencia núm. 754/2005 de 21 de octubre de 2005, “*Contrato de Franquicia. Competencia Desleal. Know How.*” en <https://supremo.vlex.es/vid/franquicia-competencia-desleal-know-how-20091727>

- Sentencia núm. 532/2012 del 30 de julio del 2012, “*Acciones Sobre Competencia Desleal y Publicidad.*” En <https://supremo.vlex.es/vid/401950566>

2. Audiencia Provincial de Madrid, España.

- Sentencia número: 437/2012 del 4 de septiembre de 2012.

3. Comisión de las Comunidades Europeas:

Tratado núm. 67/67 del 22 de marzo de 1967, “*Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y su Reglamento*”

III. REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

- ARAYA RAMIREZ, M. P., “*El Contrato de Franquicia en Derecho Comparado*” Memoria de Título para obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile, 2010.
- ARCE GARGOLLO, J., “*Contratos Mercantiles Atipicos*”, México, 2000.
- BENSOUSSAN, H., “*Franchise: L'exclusivite territoriale videe de sa substance*”, Francia, 2000.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., “*Manual de Derecho Mercantil*”, España, 1998.
- COOK, C.; ITURRALDE, M. C.; WITTHAUS, M.; CHOMER, H.; MARTON, J.; RAPALLO, M. y ABIERI, R. E., “*Franchising*” (Franquicia) - Derecho Económico No. 14/1990.
- DIAZ BRAVO, A., “*Contratos Mercantiles*”, México 2002.
- FARINA, J. M., “*Contratos Mercantiles Modernos*”, Argentina, 2005.
- FEHER TOCALTI, F., “*Franquicias a la Mexicana*”, México 1991.
- GONZALEZ CALVILLO, E., “*La Experiencia de las Franquicias*”, México, 1994.
- GONZALEZ CARVILLO, E., “*Las Franquicias La Revolución de los 90*”; México, 1994.
- GUYENOT, J., “*Que es el Franchising*”, Argentina, 1972.

- HERNANDEZ GIMENEZ, A., “*El Contrato de Franquicia de Empresa*”, España 2000.
- KOTHLER, P., “*Dirección de la Mercadotecnia*”, México, 1980.
- MAZORATI, O., “*Sistemas de Distribución Comercial*”, Argentina, 1992.
- PEDREÑO, P., “*Que es el Franchising*”, España, 1973.
- ROLDÁN, P. N., “*Derecho de la competencia*”, en <https://economipedia.com> en la sección de Comercio, fecha de consulta: 05 de febrero del 2020.
- RUIZ PERIS, J. I., “*El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*”, España, 1991.
- TAPIA SÁNCHEZ, L., “*Generalidades sobre la franquicia*”, en Diario La Prensa, edición 26/02/2016.



RESUMEN

El presente trabajo plantea la problemática actual que rodea a los Contratos de Franquicia debido a que no existe una regulación especial para ESTA MATERIA en el Derecho Positivo nacional, y como sus vacíos contractuales son pobremente solventados por regulaciones suplementarias limitadas. A la vez se estudia la coexistencia en el mundo del Derecho entre el Contrato de Franquicia y el Derecho de Competencia, y como el primero a pesar de integrar en su contenido contractual cláusulas que serían sancionables por parte del segundo, goza de prerrogativas en este sentido.

PALABRAS CLAVES

Contrato de franquicias, derecho de competencia, know how, obligaciones, problemática contractual, derecho de empresas, sociedades.

ABSTRACT

In this paper is discussed the current legal issues surrounding Franchise Contracts and its non-existing specific regulation in the national Positive Law, and as their contractual gaps are poorly solved by limited supplementary regulations. At the same time, the coexistence in the world of Law between the Franchise Contracts and Competition Law is studied, and as the first despite containing clauses that would be punishable by the second in its contractual content, it enjoys prerogatives in this regard.

KEYWORDS:

Franchise agreement, competition law, know how, obligations, contractual problems, corporate law, companies.