

Aplicación del art. 20 LCQ a los contratos de franquicia

Legalidad de cláusula de resolución contractual en caso de concurso preventivo

Pablo T. Armando

El contrato de franquicia es uno de los contratos de distribución que nuestra legislación ha receptado en la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación, pero lo cierto es que aún tratándose de un contrato atípico -por su falta de regulación específica hasta ese momento-, es un instrumento que ha sido muy utilizado en las últimas décadas en nuestro país, permitiendo no sólo el desembarco de productos y servicios de origen extranjero, sino también permitiendo a la industria local poder expandirse y maximizar las ganancias con un método que requiere, en general, una inversión menor que la que implicaría la distribución por sí mismo de los productos/servicios que comercializa bajo con sus marcas.

Se ha definido a este contrato como: “[Una operación consistente] en una relación contractual entre el franchisor y el franchisee, en el cual el franchisor ofrece o se obliga a mantener un continuo interés en el negocio del franchisee, en campos como el know-how y la formación, y donde el franchisee, opera bajo un nombre comercial común, un método o procedimiento propio o controlado por el franchisor y en el que el franchisee tiene o tendrá que hacer una sustancial inversión de capital en el negocio con sus propios recursos”[1] o como “(...) aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado “franquiciante”, ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción para vender o distribuir bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña bajo el control del franquiciante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales”[2].

Actualmente, nuestro Código Civil y Comercial de la Nación lo define de la siguiente manera: “hay franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado”.

De todas las definiciones de este contrato, más clásicas o más actuales, lo importante es que de todas ellas se desprende uno de los caracteres fundamentales que caracterizan este contrato, que es -en palabras de Marzorati- la permanencia (“se trata de una relación continua de distribución”[3]). Y es éste carácter el que debe analizarse a los efectos de establecer: a) si el régimen establecido en el artículo 20 de la Ley de Concursos y Quiebras, es aplicable a este tipo de contrato y b) el carácter de orden público de esta norma a los fines de considerar si es válida una cláusula en los contratos de franquicia que permitan resolver el contrato en caso de que el franquiciado se presente en concurso preventivo.

La importancia de este análisis radica en determinar qué sucede ante la presentación en concurso preventivo de un franquiciado, toda vez que el contrato principal de su negocio puede ser, justamente, la franquicia y pretenderá por todos los medios conservarlo plenamente vigente, al tiempo que el franquiciante podrá pretender resolver el contrato para que el prestigio y reconocimiento de sus productos/servicios en el mercado no se vea afectado por un franquiciante concursado.

Desde ambos lados del mostrador, se podrán encontrar argumentos a favor y en contra respecto de este asunto. En términos generales, sin contrato de franquicia, no habrá para el concursado prácticamente posibilidad alguna de evitar la quiebra (o, como se verá más adelante, el concurso o quiebra puede estar dado en virtud de la existencia de la franquicia), y el franquiciante, por su parte, pretenderá remover a un distribuidor que no supo o pudo administrar bien su franquicia y pone en riesgo su estructura de distribución de sus productos/servicios, o por el contrario, pretenderá conservarlo para no perder un territorio.

El artículo 20 LCQ establece que “El deudor puede continuar con el cumplimiento de los contratos en curso de ejecución, cuando hubiera prestaciones recíprocas pendientes. Para ello debe requerir autorización del juez, quien resuelve previa vista al síndico. La continuación del contrato autoriza al cocontratante a exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución (...). Sin perjuicio de la aplicación del art. 753 del Código Civil, el tercero puede resolver el contrato cuando no se le hubiera comunicado la decisión de continuarlo, luego de los treinta días de abierto el concurso. Debe notificar al deudor y al síndico”.

El primer punto a analizar en esta situación es si el contrato de franquicia (u otro contrato de distribución similar) quedan comprendidos o no por esta norma. Varios autores han dado respuesta a este interrogante, argumentando sobre la base de qué se entiende por “prestaciones recíprocas pendientes” y “contratos en curso de ejecución” y cuando no existen tales por tratarse de un contrato de ejecución continua.

“Los contratos en curso de ejecución se dividen en dos categorías: aquellos de ejecución diferida y los de ejecución continuada y fluyente. Éstos últimos se oponen a los de inmediata ejecución y no pueden ser incluidos en la norma (art. 20), pues las prestaciones se repiten. La ley se refiere a los contratos en curso de ejecución en los que, plenamente vigente, sobreviene la presentación en concurso de una de las partes. Con el fin de preservar el funcionamiento y continuidad de la empresa, esos contratos deberán ser cumplidos si el concursado así lo petitiona al juez y logra su autorización (...)”[4].

“(...) Lo de “pendientes” significa, por su parte, que se trata de prestaciones aún no cumplidas y, en este sentido, la jurisprudencia ha precisado que el art. 20 LCQ, sólo resulta de aplicación a aquellos contratos de ejecución diferida, mas no a los de ejecución continuada o fluyente, pues en los últimos las prestaciones se reiteran y, en consecuencia, no se encuentran pendientes y diferidas en el tiempo”[5].

Hasta aquí, parecería que al ser la franquicia un contrato de ejecución continua, ya que se proyecta en el tiempo y las prestaciones se mantienen, el art. 20 no sería aplicable. Sin embargo, un fallo de la Sala D de la Cámara Nacional Comercial deja abierta la posibilidad de considerar la aplicabilidad de esta norma a la

franquicia: “La sola circunstancia de que las sucesivas prestaciones se extienden repetidamente a lo largo de la vigencia temporal del contrato, no obsta a que existan prestaciones pendientes que subsuman la situación bajo aquella norma de derecho. Es que no necesariamente todos los contratos de ejecución continuada contienen prestaciones reciprocas pendientes (Alberti, “La Locación en el sistema concursal de la ley 19.551”, RDCO, 1973-567). Lo cual -repítese- revela la necesidad de analizar los concretos términos de cada vínculo negocial para establecer su eventual sometimiento al régimen previsto por la ley concursal”[6]. Asimismo, el Dr. Marzorati al analizar al cuestión del contrato de franchising en la quiebra sostiene que: “(...) la falencia puede poner fin al contrato de franquicia, ya que éste es un contrato de ejecución continuada y la falta de pago por parte del franquiciado obsta a su consecución”[7], lo que permitiría concluir que si la falta de pago del contrato en una quiebra impide su consecución, también debiera impedirlo en el caso de un concurso preventivo.

En cualquier caso, lo cierto es que la aplicación del mencionado artículo 20 a este tipo de contratos parece al menos dudosa. Más allá del planteo teórico-práctico sobre la aplicabilidad o no de esta norma, veamos que consecuencias prácticas tendría tomar una u otra decisión.

En la inteligencia de que los contratos de franquicia no caen en la órbita del art. 20 LCQ, podría afirmarse que el franquiciado no debería requerir autorización judicial para continuar este contrato y que el acreedor, en este caso el franquiciante, no podría ejercer su derecho de resolver el contrato (luego de transcurrido el plazo de 30 días que la ley otorga al concursado). Es decir que el franquiciante estaría enfrentando el concurso de su cocontrante (aquel que cuenta con todo el know how y la licencia de sus marcas y otros derechos de propiedad intelectual) sin posibilidad alguna de resolver este contrato (a menos, claro está, que se previese esta causal en el propio contrato), al tiempo que respecto de las regalías ya devengadas por la utilización de este “producto financiero”, debiera presentarse a verificar y cobrar como cualquier otro acreedor. Desde esta perspectiva, el franquiciante estaría obligado a preservar un contrato cuyas distintas finalidades (distribución de productos, colocación de productos, posicionamiento en ciertos mercados, cobro de regalías, etc.) se verían impotentes por la existencia del concurso.

Pero no sólo al franquiciante le provocaría un perjuicio, ya que el franquiciado también se ve encorsetado en un contrato que lo ata a un tipo y modelo de negocio que posiblemente no le haya resultado rentable, y del cual no podría salir.

Pensemos el caso de una empresa que tiene distintas unidades de negocios, con una o más franquicias (del mismo franquiciado o de un tercero) y es justamente la explotación de una franquicia el motivo de su cesación de pagos y la consecuente presentación en concurso. Si a este tipo de contratos no se le aplica la norma del art. 20 LCQ, entonces se ve obligado a continuar con un contrato que no le es rentable y que lo ha llevado al concurso. Las otras unidades de negocio que sí dan réditos, entran en un evidente riesgo, permitiendo -entre otras cosas- que la empresa entera pierda su rentabilidad.

En esta hipótesis, parecería razonable otorgarle la posibilidad al franquiciado de decidir si quiere o no continuar con un contrato de franquicia. En este sentido, si bien la doctrina y jurisprudencia insisten en que el instituto del concurso no debe tener por finalidad el permitir al deudor deshacerse de una mala inversión, la

realidad demuestra que en ocasiones se utiliza esta figura justamente con estos fines y que para estos casos, hasta puede que resulte conveniente aceptarlo.

Asimismo, de permitirse ello, el juez -con la asistencia del síndico- podrá analizar la conveniencia del contrato y autorizar o no su continuidad. Es cierto que esto otorgaría una potestad a los jueces de decidir sobre contratos propios de los negocios y que, en un escenario de desconocimiento del juez o del síndico, esto podría llevar a decidir la no continuidad de un contrato cuando éste resulta indispensable para la subsistencia de la empresa. Sin dudas, es un riesgo que habría que determinar si conviene asumir o no.

Otro riesgo de realizar esta interpretación es que si se acepta que los contratos de franquicia caen dentro de la órbita del art. 20, entonces esta norma concursal - que, como tantas otras normas de la LCQ son imperativas y por ende no pueden disponerse por las partes[8]- impediría a las partes establecer cláusulas resolutorias en casos de concurso/quiebra de alguna de las partes, lo que sin dudas será una limitación importante que posiblemente tenga efectos respecto de la utilización de este tipo de contratos.

Si por el contrario se acepta que el contrato de franquicia es un contrato de prestaciones recíprocas y que éstas pueden estar pendientes, aun cuando las obligaciones se proyecten en el tiempo y sean de ejecución continuada, entonces no cabrían dudas respecto de la aplicabilidad del art. 20 LCQ y por ende estaríamos frente al siguiente escenario. El concursado debe pedir autorización al juez para continuar con el contrato dentro de los 30 días, ya que de lo contrario el co-contratante podría pedir su resolución. Aquí interesa destacar, más allá de lo mencionado en los párrafos anteriores, que en la redacción del art. 20 se remite al art. 753 del ya derogado Código Civil y resulta que el Código Civil y Comercial de la Nación no contiene una norma similar, por lo que la remisión no encuentra equivalente en la legislación vigente[9]. Cabe destacar lo que establece la doctrina respecto de este punto: “actualmente, entonces, después de pasados los primeros treinta días sin que el deudor hubiera optado por el cumplimiento, el tercero co-contratante cuya acreencia incumplida no estuviera pendiente de plazo podrá: a) resolver el contrato sin necesidad de requerir el previo cumplimiento, para lo cual debe notificar al concursado y al síndico, o b) exigir el cumplimiento, en cuyo caso el deudor -si desea cumplir- debe requerir autorización judicial previa (...). Si el concursado no desea cumplir, no solicita o no obtiene autorización judicial, o en definitiva no cumple, el contrato quedará resuelto”[10].

Interpretar este asunto de esta manera, como ya se dijo anteriormente, permitiría librarse a las partes de un contrato de franquicia cuando este no sea satisfactorio para una o ambas partes, permitiendo para el caso del franquiciante reducir el riesgo que le genera tener un franquiciado concursado no sólo por el contrato mismo sino también en resguardo de su clientela, prestigio, posicionamiento y calidad de los productos/servicios que formaban parte de la franquicia.

Por su parte el franquiciado podrá discontinuar el contrato de franquicia, permitiéndole a este sujeto reinventar su negocio y evitar la quiebra.

El gran riesgo, es sin dudas, dejar al arbitrio judicial o del síndico sobre la continuidad o no de un contrato, cuando el franquiciado pretende continuarlo y de ello depende la éxito del concurso y la continuidad de la empresa.

Conclusiones finales

En definitiva, una y otra solución de las de expuestas anteriormente podrían llevar a situaciones que la propia ley de concursos quiere evitar, pero lo cierto es que tal vez resulte que la decisión más prudente sea sostener que a los contratos de franquicia no le es aplicable el art. 20 LCQ y dejar a criterio y decisión de las partes pactar en los contratos las cláusulas resolutorias que permitan tener por terminado el contrato ante el concurso de una o ambas partes y así reducir los riesgos de continuar un contrato de este tipo ante situaciones de cesación de pagos, sean reversibles o no.

De esta manera, las reglas son claras para ambas partes contratantes desde el primer día del contrato y no existirán sorpresas, surgidas a partir de una interpretación errónea del juez concursal ni de la mala fe de alguna de las partes al momento del concurso.

Notas

- [1] International Franchise Association, cit. Lluís Cardelús, El Contrato de Franchising, Ed. PPU, 1998, p. 24
- [2] Osvaldo J. Marzorati, Franchising, Ed. Astrea, 2001, p. 5
- [3] Osvaldo J. Marzorati, Franchising, Ed. Astrea, 2001, p. 22.
- [4] Santiago C. Fassi y Marcelo Gebhardt, Concursos y Quiebras, Ed. Astrea, 2005, pp. 96 y 97.
- [5] Pablo D. Heredia, Tratado Exegético de Derecho Concursal, Tomo 1, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 511
- [6] Frigorífico Río Platense S.A. s/ incidente de apelación por Unilever de Argentina S.A., CNCom. Sala D, 10/08/2000.
- [7] Marzorati, Osvaldo, Franchising, Ed. Astrea, Año 2001, p. 414.
- [8] Conf. Adolfo A. N. Rouillon, Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522, Ed. Astrea, Año 2016, p. 14.
- [9] Conf. Adolfo A. N. Rouillon, Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522, Ed. Astrea, Año 2016, p. 67.
- [10] Adolfo A.N. Rouillon, Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522, Ed. Astrea, Año 2016, p. 67.