El control societario en los contratos de comercialización. Límite a la participación accionaria del franquiciante en el franquiciado

Patricio M. Prono

Sumario

La reforma del Código Civil y Comercial tiene una incidencia directa en determinados aspectos de la regulación de los grupos y el control societario. Particularmente, se ha incorporado en la regulación del contrato de franquicia, la prohibición de la participación accionaria de control por parte del franquiciante en el franquiciado. Dicha norma no se debe aplicar a otros contratos de comercialización. La norma solo se aplica al caso en que el franquiciado sea una sociedad por acciones. La norma no prevé una sanción expresa, pero al tratarse de una incapacidad jurídica, la sanción es la nulidad absoluta: a) del contrato de franquicia si la participación en exceso existía al momento de celebrar el mismo; o b) de la participación si la adquisición de ésta es posterior al contrato. Hubiera sido preferible la incorporación de una sanción explícita similar al del art. 31 LGS. Todo fenómeno de control societario debe interpretarse a la luz del art 11 del CCCN que incorpora la figura del "abuso de la posición dominante".

Introducción

La reforma introducida por La Ley 26.994 al régimen societario no se agota en las modificaciones a La Ley 19.550, ahora llamada "Ley General de Sociedades". En efecto, existen una serie de normas dentro del articulado del Código Civil y Comercial de la Nación que afectan la regulación de las sociedades. Particularmente se estudiará en el presente trabajo la injerencia que tiene la regulación del contrato de franquicia en el régimen de control societario.

1- El control en los contratos de comercialización

Los contratos de comercialización pasaron a tener una regulación particular en el CCCN, nos referimos particularmente al contrato de agencia, franquicia y concesión. Dentro de los elementos particulares que caracterizan a estos contratos, encontramos el control que ejerce una parte sobre la otra y que se refleja no solo en cuestiones operativas, sino también jurídicas y contables. Por ello, la doctrina ha señaladoa dichos contratos como actos jurídicos que pueden dar lugar al control por *"especiales vínculos"* o control externo de hecho, al cual refiere el art 33 de la LGS.[239]

Dentro de la regulación del contrato de franquicia, encontramos el Artículo 1512 del CCCN que reza: *"El franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado"*. Desde ya que estamos ante una novedosa limitación a las participaciones de control en el Derecho argentino.

La prohibición supone: a) Un contrato de franquicia válidamente celebrado; b) Que el franquiciado sea una sociedad anónima o comandita por acciones; c) La imposibilidad de que el franquiciante, persona humana o jurídica, sea titular de una participación accionaria de control en el franquiciado.

No resulta sencillo detectar el fundamento de la norma, máxime cuando dicha prohibición solo se encuentra para este contrato de comercialización particular y no para el resto, con los que comparte muchas características. Podríamos argumentar que, el legislador pretendió impedir que al control externo que supone el contrato de franquicia se sume el control interno o participacional, protegiendo la independencia de las sociedades contratantes. También podría fundamentarse en la necesidad de proteger el sistema registral y de sucursales, de manera que el contrato de franquicia no se utilice de modo disfuncional para encubrir verdaderas sucursales o filiales.Así, se distingue la franquicia asociativa, cuando el franquiciante tiene participación en el capital del franquiciado, pero cuando dicha participación se torna de control, se corre el riesgo de la pérdida total de independencia y que el franquiciado se convierta en una filial.[240]Todo ello sin perjuicio de la mirada crítica hacia la norma, en cuanto obstáculo para la realización de ciertos negocios prolongados en el tiempo que comienzan con un régimen de participación interna del

---

239 Otaegui, Julio, Concentración societaria. El control externo. RDCO, 1987, p. 79.

240 Heredia, Pablo, El contrato de franquicia en el Código Civil y Comercial, en AA.VV., Stiglitz, Rubén (director), Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular. La Ley, 2015, p. 360.

franquiciante, límite que para parte de la doctrina no tiene claros ni justificados fundamentos.[241]

Asimismo, llama la atención que dentro de la propia regulación de este contrato encontramos una norma en franca contradicción. Refiero al art. 1513, el cual conceptualiza la denominada "franquicia de desarrollo",caracterizada como aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a un franquiciado denominado desarrollador el derecho a abrir múltiples negocios franquiciados bajo el sistema, método y marca del franquiciante en una región o en el país durante un término prolongado no menor a cinco años, y en el que todos los locales o negocios que se abren dependen o están controlados, en caso de que se constituyan como sociedades, por el desarrollador, sin que éste tenga el derecho de ceder su posición como tal o subfranquiciar, sin el consentimiento del franquiciante. En este tipo de franquicias, pareciera que no se aplica la prohibición citada.

2- El alcance de la norma

La redacción de la norma es imprecisa y plantea una serie de interrogantes. Por una parte, la prohibición parece tener como marco de vigencia temporal la duración del contrato de franquicia, mas no se aclara que sucede con las participaciones que el franquiciante tenía con anterioridad a la celebración del mismo. Estimamos que la redacción de la norma indica que para celebrar el contrato de franquicia es necesaria la previa desinversión de las mismas por parte del franquiciante. No obstante ello, la norma no prevé soluciones por ejemplo para la adquisición posterior de acciones por parte del franquiciante que provenga de pago de dividendos en acciones o capitalizaión de deuda.

También parece impreciso el término *"control directo o indirecto en el negocio del franquiciado"*. Si en la primera parte de la norma refiere a *"participaciones accionarias"*, no dudamos que lo que pretende la norma es limitar la participación en *el capital* del franquiciado, concepto técnico que debió haberse utilizado. La locución *"en el negocio del franquiciado"* genera dudas por su imprecisión terminológica y podría llevar a pensar que la prohibición alcanza también la celebración de contratos de comercialización.

Entiendo que esta última postura no podría sostenerse sin una interpretación forzada de la norma. En primer lugar porque la prohibición está específicamente prevista para el contrato de franquicia y no para el resto de los

---

241 Molina Saldoval, Carlos M., Franquicia, Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Cap. XXXIV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

contratos que comparten similares características. El Código Civil y Comercial se caracteriza por agrupar diferentes instituciones y contratos afines a partir de pequeñas regulaciones generales: es lo que ocurre, entre otras, con la regulación de los contratos bancarios, con los contratos de colaboración, con los derechos reales de garantía, con la representación, etc. En todas estas regulaciones encontramos un conjunto de normas genéricas introductorias, para luego pasar a la regulación de cada instituto o contrato en particular. Ello no ocurre con los contratos de comercialización, que carecen de esta normativa general, lo cual nos lleva a la conclusión de que esta prohibición solo se aplica para el contrato de franquicia.

Por otra parte, la prohibición refiere solamente a participaciones accionarias de control, es decir al caso en que el franquiciado sea una sociedad anónima o una sociedad en comandita por acciones. Entiendo que una norma prohibitiva no puede aplicarse analógicamente a otros casos, por ejemplo cuando el franquiciado sea una sociedad de responsabilidad limitada u otro tipo societarios que no divida su capital en acciones. Creemos que la norma debió contener una conceptualización más amplia y no por ello menos precisa, al estilo del Artículo 33 de la LGS, cuando refiere a *"participación que por cualquier título"* otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social, y de ese modo abracar cualquier situación de control incluyendo a todos los tipos societarios e incluyendo cualquier título a través del cual pueda lograrse dicha situación.

Es de destacar que la prohibición solo alcanza a las participaciones accionarias que signifiquen el control interno de la sociedad, sea de hecho o de derecho. Por ello, entendemos que la norma no prohíbe cualquier tipo de participación accionaria, sino aquellas que permitan alcanzar el control de la sociedad franquiciada. Respecto del alcance del control "directo o indirecto", supone la situación de la titularidad directa o a través de una persona interpuesta.

Dentro de las críticas a la imprecisión técnica de la norma, se destaca que la misma carece de sanción para el caso de su violación.

Se ha propuesto que los órganos de control estatal como la I.G.J. utilicen sus facultades legales para exigir la desinversión necesaria que supone la norma[242]. Creemos que dicha propuesta es loable, no obstante en la práctica encontrará serias dificultades. Por un lado, la falta de publicidad del contrato de franquicia. Por otra parte, en las jurisdicciones en las cuales el órgano de control estatal solo tiene facultades sobre las sociedades de capital, será im-

---

242 Heredia, op.cit., p.360.

posible exigir la desinversión cuando el franquiciante no se constituya como una sociedad de ese tipo.

Dicho olvido legislativo no es novedad. Recordemos que esta misma reforma modificó el art. 30 de la LGS, y desoyendo las cuantiosas sugerencias doctrinales, tampoco incorporó al mismo una sanción específica.

Creemos que en el esquema de la norma, la prohibición es tratada como una incapacidad jurídica y que por tanto la sanción sería la nulidad absoluta. Dicha nulidad absoluta se aplicará: a) al contrato de franquicia, si la participación accionaria es anterior a la celebración del mismo, es decir si el vicio existiese al momento de celebrar el contrato; b) a la participación accionaria, si ésta es adquirida con posterioridad al contrato, es decir si el vicio se verifica al momento de adquirir la participación de control.

Desde nuestro punto de vista, hubiera sido preferible explicitar una sanción similar a la contenida en el Artículo 31 de la LGS, es decir la de otorgar un plazo para realizar la desinversión, caso contrario, que el participante pierda los derechos políticos y económicos que provengan de la participación en exceso mientras esté en vigencia el contrato de franquicia. Sin perjuicio de ello, encontramos ciertas dificultades en la aplicación analógica de dicha norma ya que el fundamento que tiene esta última es la protección de la intangibilidad del capital de la participante y no tanto la independencia de la participada.

Por último, creo que el "diálogo de fuentes"tan promocionado con la reforma, indica que la incorporación de la figura del "abuso de la posición dominante" (art. 11CCCN) será relevante a los efectos de interpretar el fenómeno del control societario.Esta situación se configura como un aspecto particular del abuso de derechos, en la cual lo antifuncionalno es el ejercicio de un derecho individual sinouna situación abusiva más compleja. Esta norma general, será pues un punto de partida necesario en la interpretación de todo el fenómeno de grupos empresario, control y participaciones entre sociedades.