

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

*EL CONTRATO DE FRANCHISING Y LA QUIEBRA: UNA
VISIÓN COMPARADA*

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**

ALUMNA: Ivonne Ponce Heinsohn

PROFESOR PATROCINANTE: Claudio Aravena Bustos

VALDIVIA

Valdivia.03 de enero de 2005.

SR. JUAN OMAR COFRE LAGOS
DIRECTOR DEL INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO
Y CIENCIAS DEL DERECHO. FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE.
PRESENTE.-

De mi consideración:

Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 41 del Reglamento para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, vengo en informar la memoria de prueba titulada: " **El Contrato de Franchising y la Quiebra: Una Visión Comparada**, de la señorita **IVONNE PONCE HEINSOHN**.

Este trabajo está estructurado en tres capítulos. El capítulo primero se refiere al contrato de franchising, donde se analiza su concepto, denominación v origen, para luego determinar cuáles son los efectos que se producen entre las partes. Posteriormente, se aborda las principales características que presenta este contrato, en particular, aquellas en las cuales la doctrina no se encuentra conteste. Finalmente, se señala cuáles son las causales de terminación de este contrato consideradas por la doctrina.

El capítulo segundo, la autora lo destina a la institución de la quiebra, analizando el concepto de quiebra v la historia de los procedimientos concursales. Continúa con un examen profundo de los procedimientos concursales contemplados en las legislaciones española, argentina y chilena, buscando descubrir si en cada una de dichas legislaciones la declaración de quiebra produce la resolución del contrato, debiendo ser considerada, en ese caso, como una causal de terminación del contrato de franchising.

Por último, en el capítulo tercero, la autora realizada la exposición de sus conclusiones, breves, pero fundadas, y con un aporte personal.

El trabajo fue redactado correctamente, la forma de abordarlo fue adecuada. La vigencia del tema, en cuanto al contrato tratado, constituye parte de la riqueza de la obra. La búsqueda, manejo, selección y consulta directa a las fuentes bibliográficas fueron acertadas. v bien utilizadas. Los fundamentos de apoyo en sus conclusiones fueron ajustados a su calidad de alumna de pregrado.

Por lo anteriormente expuesto, soy de la opinión de aprobar esta memoria calificándola con nota 6,6 puntos, salvo, mejor parecer de esa autoridad.

Sin otro particular, se despide atentamente



CLAUDIO ARAVENA BUSTOS
PROFESOR DE DERECHO COMERCIAL II

ÍNDICE

INTRODUCCION		1
CAPÍTULO 1	EL CONTRATO DE FRANCHISING	2
1.	Concepto y denominación	2
1.1.	Clases de franquicia	3
1.2.	Modalidades operacionales de la franquicia	3
2.	Origen y evolución del contrato de franchising	3
3.	Efectos del contrato de Franchising	4
3.1.	Obligaciones del franquiciante	5
3.2.	Derechos del franquiciante	5
3.3.	Obligaciones del franquiciado	6
3.4.	Derechos del franquiciado	6
4.	Características del contrato de Franchising	7
4.1.	Clasificación legal	7
	a) Contrato bilateral	7
	b) Contrato oneroso	7
	c) Contrato conmutativo	7
	d) Contrato principal	7
	e) Contrato consensual	8
4.2.	Clasificación doctrinal	8
	a) Contrato atípico	8
	b) Contrato de tracto sucesivo	8
	c) Contrato tipo	8
	d) Contrato de adhesión	9
	e) Contrato de colaboración	9
	f) Contrato fiduciario o de confianza	10
	g) Contrato intuito persona	10
5.	Terminación del contrato de Franchising	13
CAPÍTULO 2	LA INSTITUCIÓN DE LA QUIEBRA	14
1.	Concepto de quiebra	14

2.	Historia de los procedimientos concursales	14
2.1.	Derecho romano	14
2.2.	Derecho intermedio	15
2.3.	Derecho moderno	15
3.	Análisis de la quiebra en el derecho comparado	15
3.1.	Quiebra en España	16
	a) Procedimiento concursal	17
	<i>Fase común</i>	17
	<i>Fase de convenio</i>	18
	<i>Fase de liquidación</i>	19
	<i>Calificación y conclusión del concurso</i>	20
	b) Efectos de la declaración de concurso	20
	c) Efectos del concurso sobre el contrato de Franchising	21
3.2.	Quiebra en Argentina	25
	a) Procedimiento de quiebra en la ley 24.522	26
	<i>Continuación de la explotación de la empresa</i>	28
	<i>Liquidación y distribución de los bienes</i>	28
	<i>Conclusión de la quiebra y clausura del procedimiento</i>	29
	b) Efectos de la declaración de quiebra sobre el deudor	29
	c) Efectos de la declaración de quiebra sobre el contrato de Franchising	30
4.	Análisis de la quiebra en el derecho chileno	31
4.1.	Procedimiento de la quiebra en la ley 18.175	32
	a) Continuación de la explotación del giro del fallido	33
	b) Los convenios en la ley 18.175	34
	<i>Convenio extrajudicial</i>	34
	<i>Convenio judicial preventivo</i>	34
	<i>Convenio simplemente judicial o solución</i>	35
	c) Liquidación o realización de los bienes del fallido	35
	<i>Realización sumaria</i>	35
	<i>Realización ordinaria</i>	36
	<i>Realización como unidad económica</i>	36

	d) Terminación de la quiebra y reinicio del procedimiento	36
	e) Calificación de la quiebra	36
4.2.	Efectos de la declaración de quiebra sobre el deudor	37
4.3.	Efectos de la quiebra sobre el contrato de Franchising en la ley 18.175	37
CAPÍTULO 3	CONCLUSIONES	39
BIBLIOGRAFÍA		41

INTRODUCCIÓN

El contrato de franchising es una nueva forma de contratación mercantil que surge a fines de siglo XIX, cuya finalidad principal, es la comercialización y distribución de un producto o servicio. Este contrato nació en los Estados Unidos y ya se ha expandido por todo el mundo, sin embargo pese a que data desde hace un siglo atrás, sólo en su país de origen se ha legislado sobre la materia, siendo inexistente una normativa general obligatoria acerca de éste contrato en la mayoría de los países en los cuales se emplea, existiendo respecto de él sólo ciertas normas que no tienen carácter vinculante, como por ejemplo, el código deontológico de la franquicia europea, que entrega ciertas luces respecto a los elementos de este contrato.

Lo anterior conlleva, a que no existan normas que resuelvan los conflictos que se presentan respecto del contrato, en especial, en el caso de la quiebra, por lo cual una vez, que una de las partes contratantes ha sido declarada en quiebra, no existe norma alguna que señale que es lo que sucede bajo este supuesto con la vigencia del contrato.

Es así que para resolver este problema, en primer lugar, se analizarán las principales características de este contrato, además de sus efectos, para lo cual se tendrá en consideración la doctrina española, argentina y chilena, para posteriormente y una vez determinados los aspectos anteriores, realizar un estudio comparado de las legislaciones concursales española y argentina, que tendrán por objeto determinar los respectivos procedimientos concursales, que cada una de ellas contienen, para establecer a continuación que es lo que sucede con el contrato de franchising, una vez que el franquiciado ha sido declarado en quiebra. Es necesario señalar, que el objeto de estudio sólo será la quiebra del franquiciado, pues constituye el supuesto que más posibilidades tiene de darse en la práctica, al ser generalmente el franquiciante, una empresa dotada de un gran capital.

Finalmente, se realizará el mismo análisis respecto de la legislación chilena, para determinar que es lo que sucede con la vigencia del franchising, bajo el régimen de la ley 18.175.

CAPÍTULO 1

EL CONTRATO DE FRANCHISING

1.- CONCEPTO Y DENOMINACIÓN.

El franchising, es un contrato de reciente aparición en el tráfico mercantil, lo que determina que en la práctica, sus contornos jurídicos no se encuentren delimitados con exactitud. Esto ha motivado a la doctrina a dar diversos conceptos de este contrato, sin que exista una definición uniforme.

Considerando la dificultad antes mencionada, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), con el objeto de uniformar criterios en los distintos países que utilizan esta forma contractual, la definió en los siguientes términos: “Franquicia significa los derechos concedidos por una parte (franquiciante) autorizando a otra parte (franquiciado) como contraprestación por una compensación financiera, directa o indirecta, a vender mercaderías o servicios conforme a un sistema diseñado por el franquiciante, que incluye *know-how*¹ y asistencia, que prescribe de un modo significativo la manera en que el negocio del franquiciado debe ser operado, e incluye un control importante y continuo del franquiciante, y está esencialmente vinculado con una marca comercial, de servicio, nombre comercial o logotipo diseñado por el franquiciante”².

En Chile, Ricardo Sandoval ha definido al contrato franchising, como “una operación mercantil que vincula mediante diversos actos jurídicos, a una persona o empresa denominada franquiciante que otorga a otra llamada franquiciado, a cambio de una retribución, una franquicia comercial consistente en el derecho de explotar una actividad económica, generalmente relativa a la comercialización de diversas clases de bienes o servicios incluyendo el uso de un nombre comercial común, una presentación uniforme de las instalaciones, la comunicación de un *know-how* o saber cómo y el suministro continuo de asistencia técnica mientras la relación se mantenga vigente”³.

Los conceptos anteriormente expuestos, reflejan que más que estar frente a un contrato, se está frente a una operación compleja, que aglutina caracteres propios de diferentes contratos, como el de licencia, *know-how*, uso del nombre comercial, etc.

Es preciso señalar, que debido a la falta de traducción legal del término franchising, en los países de habla hispana que utilizan este contrato, éste ha sido denominado indistintamente como *franchising* o *franquicia*, aún cuando este último término no exprese a cabalidad lo que se entiende por este contrato, dado que este término sólo es utilizado al ser la traducción literal del término “franchising”. Esto igualmente ocurre con la denominación de las partes del contrato,

¹ El *know-how* ha sido definido como el “conocimiento técnico, procedimiento, conjunto de informaciones necesarias para la reproducción industrial, que proceden de la experiencia en el proceso de producción, y que se autor desea guardar en secreto, sea para su uso personal, sea para transferirlo confidencialmente a un tercero”. Esta definición corresponde a Héctor Masnatta. Citado por Núñez, Eliana y Tanzi, Silvia en “Contrato de Franquicia”. En López, Roberto. *Contratos especiales en el siglo XXI*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999. (p. 82).

² Cfr. en Marzorati, Osvaldo. *Franchising*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001. (p. 5-6).

³ Sandoval, Ricardo. *Contratos mercantiles*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003. (p 564).

que son llamadas indistintamente; *franchisor*, *franquiciante* o *franquiciador* (persona o empresa dueña de la marca, que otorga la franquicia) y *franchisee* o *franquiciado* (persona o empresa jurídicamente independiente que explota la marca).

1.1.- Clases de franquicia.

La doctrina ha distinguido dos clases de franquicia: el *product franchising*, el cual “consiste fundamentalmente en un sistema de distribución, que supone la entrega de un producto para comercializarlo o la enseñanza acerca de cómo prestar cierto servicio”⁴, y el *business format franchising* o franquicia de empresa que “implica no sólo la entrega de un producto a distribuir o la instrucción relativa a la forma de prestar un servicio, sino el traspaso de la información completa para operar un negocio de venta de productos o de prestación de servicios”.⁵

1.2.- Modalidades operacionales de la franquicia.

Además de existir distintas clases de este contrato, existen diferentes modalidades operacionales de la franquicia, los cuales son: el de *franquicia directa o unitaria* y el de *franquicia master*. En el primero, el franquiciante otorga una única franquicia, al franquiciado existiendo un contacto directo entre ambos; en el segundo, el franquiciante otorga la franquicia para un determinado territorio al franquiciado y le otorga la facultad para que éste organice, a su vez, una red de franquicias en ese mismo territorio.

2.- ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONTRATO DE FRANCHISING.

El contrato de franchising es un sistema que nace para facilitar la comercialización de bienes y servicios. La doctrina está conteste en señalar, que este contrato tiene su origen a finales del siglo XIX, aproximadamente, en el año 1850, cuando la compañía “Singer & Co”, otorgó las primeras franquicias de distribución y venta a comerciantes independientes. Cabe señalar que para algunos autores⁶, el antecedente inmediato que dio origen a este contrato, fue el evitar la prohibición *antitrust* establecida en Estados Unidos a finales del mismo siglo.

Posteriormente, este contrato comienza a desarrollarse de forma masiva en los EEUU, siendo el primer modelo contractual de franquicia americana, el que diseñara la General Motors, para sus vendedores en el año 1929. Pero, no fue sino hasta después de la segunda guerra mundial (especialmente entre los años 1950 a 1960), cuando en EEUU se produce un desarrollo masivo del franchising, lo que se debió principalmente a las numerosas ventajas que obtienen las partes con su celebración. En este período, surgen en los EEUU cadenas tan importantes como Sheraton, Coca-Cola y Mc Donalds, empresa de comida rápida fundada en 1954, que representa

⁴ Sandoval, Ricardo. *Contratos mercantiles*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003. (p. 565).

⁵ *Ibid.*, (p. 565).

⁶ Cfr. Ruiz, Juan. *El contrato de franquicia y las nuevas normas de la defensa de la competencia*. Editorial Civitas, Barcelona, 1991. (p. 27). Citado por Vera, Ana María en “El Contrato de Franquicia o Franchising”. www.publicaciones.derecho.org/rvdp.

un hito en esta forma de contratación mercantil, al ser la cadena que mas se ha visto beneficiada con este sistema, contando a la fecha aproximadamente, con 15.000 establecimientos en todo el mundo.

En Europa, en principio, este contrato no logra alcanzar el mismo desarrollo explosivo de los EEUU, lo que se debió esencialmente, al desconocimiento de su contenido por parte de los industriales europeos y a su estricto apego a la noción de independencia⁷. Sin embargo, con posterioridad, fue desarrollándose con mayor fuerza, aumentando así el número de operaciones que se realizan a través de este contrato, siendo los países en los cuales se encuentra más desarrollado: Francia, Gran Bretaña, Holanda y Alemania.⁸

En América Latina, son Brasil y México, los países en los que se ha observado un mayor crecimiento de este sistema de distribución. En Chile, las primeras operaciones que se registran de este contrato, datan aproximadamente de hace unos 20 años, sin embargo, su incorporación al tráfico mercantil ha sido lento, lo que se debe principalmente, según Cartes “al desconocimiento de su real operatoria”⁹. Esta reciente aparición y aplicación práctica deriva, en que no existan normas que regulen esta forma de contratación mercantil, existiendo sólo una mención a este contrato, en el Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central, en el capítulo que se refiere a las Regalías.

Finalmente, es importante mencionar, que Chile no es el único país en el que existe un vacío legal en lo que se refiere a la reglamentación de este contrato, siendo esto una situación uniforme en la mayoría de los países en los que el franchising se aplica. Hace excepción a lo anterior, Estados Unidos que ya en la década de los setenta legisló acerca de la materia; la ex Comunidad Europea, con el Código Deontológico de la Franquicia, el cual, pese a no tener carácter vinculante, ofrece una detallada reglamentación de este contrato; y Argentina, país en el cual, el Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial (1998), dedica un capítulo completo a regular esta forma de contratación mercantil, el cual pese a no ser aún ley oficial, sirve de modelo legislativo para un futuro tratamiento de este contrato.

3.- EFECTOS DEL CONTRATO DE FRANCHISING.

Los derechos y obligaciones que emanan de este contrato no pueden enunciarse de una forma precisa, como es el caso de otros contratos, lo que se debe a dos razones; en primer lugar, al no existir un marco legal al cual deban atenerse las partes, estos celebrarán el contrato adoptando en virtud de la autonomía de la voluntad, las modalidades que sean más favorables a sus intereses, y en segundo lugar, se debe tener presente que los efectos de la franquicia difieren, dependiendo de si la franquicia tiene por fin la distribución de bienes corporales o de si tiene por fin la distribución de servicios.

⁷ Maldonado, Sonia. *Contrato de franchising*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994. (p. 22)

⁸ Cfr. Cartes, Armando. “El Franchising”. *Revista de derecho, criminología y ciencias penales* N° 1 (173-177), 1999. (p. 173).

⁹ *Ibid.*, (p. 177).

La Cámara de Comercio Internacional (CCI), previendo la necesidad de un mejor conocimiento de las obligaciones del franquiciante y el franquiciado, creo el “modelo de contrato de franquicia internacional para franquicias unitarias o directas”¹⁰, que cubre los elementos esenciales de un acuerdo de este tipo, el cual pese a no tener carácter obligatorio para los contratantes, se transforma en una importante herramienta que sirve de modelo a los contratos de este tipo que se celebren a futuro.¹¹

A continuación se hará una breve enunciación de los efectos de este contrato, la cual, por las razones indicadas anteriormente, tendrá el carácter de general y eventual.

3.1.- Obligaciones del franquiciante:

El deber esencial del franquiciante, es autorizar al franquiciado para que utilice el nombre comercial, la marca y los signos distintivos de la red, lo que permite a su vez, que el franquiciado se beneficie de una marca que ya ha adquirido cierto prestigio. Además, el franquiciante debe traspasar al franquiciado una serie de conocimientos técnicos y experiencias en el rubro que explota (Know-how), de lo que obtienen ventajas ambas partes, pues el franquiciado podrá repetir la formula que le ha dado éxito a la red del franquiciante y éste a su vez podrá mantener la uniformidad que caracteriza a su negocio.

Corresponde, también al franquiciante, otorgar ciertos servicios al franquiciado y asistirlo en la instalación y explotación del negocio, lo que se traduce, por ejemplo, en asistencia en materias de promoción y publicidad, en otorgar capacitación técnica al personal y en servicios de aprovisionamiento de materias primas.

3.2.- Derechos del franquiciante:

A cambio de las prestaciones que ejecuta a favor del franquiciado, el franquiciante tiene derecho a un *canon de entrada*, también denominado *initial fee*, que es el pago que efectúa el franquiciado, en virtud del cual, se le permite pasar a formar parte de la red de establecimientos del franquiciante, y a usar la marca y símbolos distintivos de la red. Además de este canon (que por regla general se paga por una sola vez), el franquiciante tiene derecho a exigir el pago de una *renta o royalty* periódico, el cual será determinado, tanto en su periodicidad como en su monto, libremente por las partes.

Otra de las prerrogativas del franquiciante, es el poder establecer directivas financieras, administrativas, comerciales y de control, a las cuales debe atenerse el franquiciado en su gestión, esta facultad es la que le permite al franquiciante mantener la uniformidad de su red de establecimientos y a la vez mantener el prestigio de su negocio. Es así, como en virtud de esta prerrogativa, el franquiciado debe seguir el modelo preestablecido por el franquiciante, atenerse

¹⁰ Este modelo de contrato fue traducido por Enrique Guardiola, siendo ésta la traducción del primer borrador en inglés elaborado por la CCI. A su vez la UNIDROIT, prepara en la actualidad el borrador de una guía internacional de acuerdos para la franquicia master.

¹¹ Guardiola, Enrique. *Contratos de colaboración en el comercio internacional*. BOSCH Casa Editorial, Barcelona, 1998. (pp. 273-275).

al método de comercialización ideado por éste y aceptar el control ejercido por él en el área técnica, de explotación y de gestión del negocio.

Finalmente, algunos autores¹² señalan, que el franquiciante goza de un *derecho a la confidencialidad* por parte del franquiciado, esta prerrogativa emanaría del contrato de *know-how* que forma parte del franchising, pues en virtud de éste, el franquiciante entrega al franquiciado una serie de conocimientos técnicos que no son accesibles al público en general y que deben mantenerse en confidencialidad, para así asegurar, el éxito del negocio. Este deber de confidencialidad que debe guardar el franquiciado ha sido reconocida, por ejemplo, en el Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial de Argentina, que en su artículo 1369 letra d), sostiene que, son obligaciones del franquiciado el “mantener la confidencialidad de la información reservada que integre el conjunto de conocimientos técnicos transmitidos y asegurar esa confidencialidad respecto de las personas, dependientes o no, a las que deban comunicarse para el desarrollo de las actividades. Esta obligación subsiste después de la expiración del contrato”¹³.

3.3.- Obligaciones del franquiciado:

El franquiciado debe pagar el derecho de entrada, las rentas periódicas y todas aquellas sumas que adeude, por otros servicios prestados por el franquiciante. Para esto deberá facilitar los elementos que le permitan al franquiciante calcular estas obligaciones.

Tendrá la obligación de confidencialidad señalada anteriormente y deberá, además, explotar la franquicia según las directivas señaladas por el franquiciante y someterse al control ejercido por éste. Así, deberá aplicar las pautas y métodos de producción, publicidad y ventas señaladas por él.

3.4.- Derechos del franquiciado:

Los derechos del franquiciado emanan de las obligaciones que debe cumplir a su vez el franquiciante. Estos derechos consisten, a grosso modo¹⁴, en la facultad del franquiciado para usar la marca comercial, en contar con los servicios y la ayuda del franquiciante y en el traspaso de ciertos conocimientos técnicos.

¹² De Amesti, Christian. *Contrato de franchising*. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1997. (p. 42).

¹³ Una norma similar se encuentra, en España, en el Real Decreto 2485/1998, en su artículo 4. www.boe.es.

¹⁴ Al ser los derechos del franquiciado, correlativos a las obligaciones del franquiciante, no se profundizará en esta parte del texto, pues estas materias ya han sido tratadas en el párrafo correspondiente a las obligaciones del franquiciante.

4.- CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE FRANCHISING.

El análisis de las características de este contrato será realizado, en primer lugar, tomando en consideración los criterios legales señalados en los artículos 1439 a 1443 del Código Civil, para posteriormente caracterizarlo, según los criterios doctrinales más tradicionales. El análisis que a continuación se realiza, no profundizará en aquellas características en las cuales la doctrina se encuentra conteste, pues sólo serán analizadas a profundidad, aquellas que representen una mayor utilidad para el presente trabajo.

4.1. Clasificación legal.

a) Contrato bilateral:

El franchising es un contrato bilateral (artículo 1439 del Código Civil), ya que tanto franquiciante como franquiciado, adquieren obligaciones recíprocas, transformándose cada parte en acreedora y deudora de la otra, lo que queda demostrado al precisar los efectos de este contrato.

b) Contrato Oneroso:

El franchising es un contrato oneroso (artículo 1440 del Código Civil), pues ambas partes contratantes adquieren una utilidad económica al celebrar el contrato, el franquiciante adquiere ciertas prestaciones pecuniarias como el canon de entrada y el royalty; y la utilidad del franquiciado se manifiesta en la facultad que éste tiene de usar la marca, nombre comercial, etc.

c) Contrato Conmutativo:

El franchising es un contrato conmutativo (artículo 1441 del Código Civil), ya que ambas partes pueden estimar o apreciar la equivalencia de las prestaciones, tanto al momento de las tratativas preliminares, como al momento de concluir el contrato.

d) Contrato Principal:

El franchising es un contrato principal (artículo 1442 del Código Civil), puesto que es autónomo e independiente de otro contrato, no requiriendo de otra convención para producir sus efectos.

e) Contrato Consensual:

El franchising es un contrato consensual (art. 1443 del Código Civil), pues para su formación basta solo el consentimiento de las partes contratantes, sin que sea necesario el cumplimiento de otros requisitos para que el contrato se perfeccione. Ello no obsta a que las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, y por motivos, por ejemplo de prueba, acuerden el cumplimiento de ciertas solemnidades.

4.2.- Clasificación doctrinal.**a) Contrato atípico:**

La atipicidad de este contrato es una regla general en la mayoría de los países, en los cuales se aplica, esto aun cuando su aparición se remonta a fines del siglo XIX, pues como se señaló anteriormente, constituyen excepciones los países que han legislado acerca de esta materia.

Es así, que Chile no escapa de esta regla general, y no existen normas que reglamenten este contrato, ya sea en el Código Civil o en leyes especiales, lo que determina que sean las partes, en virtud de la libertad contractual, quienes determinarán su contenido y alcance.

b) Contrato de tracto sucesivo:

En el franchising las obligaciones se van escalonando en el tiempo, así el franquiciante debe prestar asistencia al franquiciado, durante todo el tiempo en que se prolongue la relación contractual, y a su vez, éste deberá pagar periódicamente las sumas acordadas en el contrato (Royalty periódico).

c) Contrato tipo:

El franchising es un contrato tipo, en el cual se prefijan las condiciones generales de contrataciones futuras. Así, sus cláusulas quedan predisuestas para aquellos integrantes que se unan posteriormente a la red, esto con el objeto de otorgar el mismo tratamiento normativo a todos los integrantes de la cadena, lo que permite al franquiciante mantener la uniformidad que caracteriza al sistema.

Este contrato tipo, posee el carácter de bilateral, pues las partes que participan en la conclusión del contrato poseen intereses divergentes, lo que tiene importancia, pues parte de la doctrina sostiene, que los contratos tipos bilaterales, son un medio de subsanar los inconvenientes de los contratos de adhesión.

d) Contrato de Adhesión:

La doctrina mayoritaria, sostiene que este es un contrato de adhesión, lo que encuentra su justificación, en el hecho de que al ser este un contrato tipo, sus cláusulas se encuentran predispuestas con anterioridad a la celebración del contrato, limitándose el franquiciado sólo a prestar su consentimiento, sin posibilidad de discutir sus cláusulas.

Sin embargo, hay que tener presente que este hecho, no justifica *per se* la calificación de contrato de adhesión, ya que para estar frente a un contrato de adhesión no basta sólo que las cláusulas se encuentren predispuestas por una de las partes, sino que debe existir “un desequilibrio del poder negociador de los contratantes”¹⁵, el cual se hace efectivo mediante dos aspectos, en primer lugar, debe existir una imposición de las condiciones contractuales por parte del contratante más fuerte y, en segundo lugar, la parte más débil no debe tener más alternativa que aceptar el contrato, careciendo de opción para rehusar su celebración, como ocurre, por ejemplo, con el contrato de seguro. Tomando en consideración esto, se debe verificar si las condiciones anteriormente expuestas, se dan o no en la práctica del franchising; respecto a la imposición de las cláusulas, se puede señalar que en los hechos esto parece ocurrir, en especial si se está ante un contrato tipo; sin embargo, no se puede señalar que en este contrato, el franquiciado no tenga “otra alternativa” más que aceptar o no su celebración, pues él libremente puede decidir, al ser un empresario independiente si celebra o no este contrato.

De lo anterior, se advierte la dificultad de categorizar al franchising, como un contrato de adhesión o uno libremente discutido de una manera absoluta, pues aun cuando posee ciertas particularidades de un contrato de adhesión, no logra configurarse perfectamente esta categoría contractual, en todos los contratos de franchising. Incluso algunos autores como Sonia Maldonado¹⁶ y Cristian de Amesti¹⁷ señalan, que este contrato puede tener indistintamente, las características de contrato de adhesión o libremente discutido, según las circunstancias que lo determinen.

Teniendo en consideración esta dificultad, ésta se hace presente en este trabajo, pero sólo con fines didácticos, sin procurar solucionar esta interrogante, por carecer de importancia al tema principal de este trabajo y exceder los límites de éste.

e) Contrato de Colaboración:

El franchising es un contrato de colaboración o cooperación empresarial, pues el franquiciado se integra a una organización empresarial que se encuentra bajo un mismo patrón y estándares uniformes, con el fin de lograr el éxito del negocio que se emprende. Lo anterior, en ningún caso, significa que exista una relación de dependencia entre franquiciante y franquiciado, pues este último es un empresario autónomo e independiente que monta el negocio con su capital, bajo su riesgo y su propia responsabilidad.

¹⁵ López, Jorge. *Los contratos. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998. Tomo I. (pp. 142-143).

¹⁶ En Maldonado, Sonia. *Contrato de franchising*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994. (pp. 78-80).

¹⁷ En De Amesti, Christian. *Contrato de franchising*. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1997. (pp. 23-24).

Por ende, debe existir una estrecha cooperación, la que se traduce en prestaciones recíprocas a lo largo del contrato, pero esta cooperación solo tendrá relación con el objeto del contrato, que es la distribución y no con las ganancias y pérdidas, que corresponden exclusivamente a cada una de las partes, en virtud de lo anteriormente señalado.

f) Contrato Fiduciario o de Confianza:

Esta característica emana directamente de la colaboración que existe entre las partes contratantes, pues el carácter cooperativo de este contrato exige una estable y duradera relación, la que se basa esencialmente en la confianza que existe entre ellas.

La principal manifestación de este carácter fiduciario o de la confianza existente entre las partes, es la transferencia del know-how, elemento que está presente en la mayoría de los contratos de franchising, pues a través de ésta el franquiciado conoce el “secreto del éxito” del franquiciante.

El Código Deontológico de la Franquicia Europea, reconoce la relación de confianza que existe entre las partes contratantes al señalar en su introducción “que un contrato de franquicia descansa en la confianza mutua, por lo que las partes tratan de evitar en todo momento malentendidos en sus recíprocas relaciones y con el público en general”¹⁸

g) Contrato Intuito Persona:

El carácter intuito persona de este contrato no ha sido reconocido de forma unánime, por la doctrina chilena, pues parte de ella, en especial Sonia Maldonado¹⁹, consideran que el franchising es un contrato celebrado sin consideración a la persona del otro contratante, no considerando, a las cualidades de los contratantes, como determinantes para su celebración. Por su parte, Cristian de Amesti²⁰ hace la diferencia entre franquiciante y franquiciado, para determinar que este contrato no es intuito persona respecto del franquiciante, pero que si posee, tal carácter respecto del franquiciado.

En la doctrina comparada encontramos distintas opiniones respecto de esta característica, así, en Argentina, Marzorati²¹ señala que este contrato es intuito persona respecto de ambos contratantes; mientras Kleidermacher²² señala que más que tener carácter intuito persona, este es un contrato intuito instrumenti, pues no se basa en aptitudes personales del otro contratante, sino que en aptitudes técnicas y en la eficacia de la empresa distribuidora que es la contraparte del franchising.

¹⁸ Cfr. Chuliá, Eduardo y Beltrán, Teresa. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos I*. JM. BOSCH Editor, Barcelona, 1999. (p. 180).

¹⁹ Maldonado, Sonia. *Contrato de franchising*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994. (p. 83).

²⁰ De Amesti, Christian. *Contrato de franchising*. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1997. (pp. 24-26).

²¹ Marzorati, Osvaldo. *Franchising*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001. (p. 26).

²² Kleidermacher, Jaime. *Franchising. Aspectos económicos y jurídicos*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993. (pp.133-136).

En el caso de España, Manuel Domínguez²³ señala que “este negocio se inscribe de lleno en la categoría de los contratos de confianza y lealtad recíprocas basados en la persona, sus cualidades y comportamientos”, haciendo la salvedad, al igual que Kleidermacher, que más que intuito persona se trataría de un contrato intuito instrumenti. En el caso de Enrique Guardiola²⁴, este también reconoce el carácter intuito persona de este contrato.

De lo anterior se revela, la dificultad de categorizar a este contrato, por ende se tratará de dilucidar, a continuación si posee o no tal carácter. El determinar su carácter de intuito persona, trae consecuencias importantes, al momento de determinar las causales de terminación del contrato y la posibilidad de cesión de éste.

Este análisis presenta una serie de dificultades derivadas que en Chile, no existe doctrina que se refiera en profundidad a los contratos intuito persona, existiendo sólo referencias mínimas y tangenciales a este tipo de contratos. Esto se acentúa, con la inexistencia, a diferencia de otros países, de proyectos de ley, modelos de contratos creados por la doctrina, o jurisprudencia referente a este contrato, que sirva para dilucidar tal cuestión. Teniendo esto presente, se utilizarán elementos de derecho comparado (doctrina y jurisprudencia), para determinar si se da finalmente o no este carácter, en el contrato de franchising.

En primer lugar, los contratos intuito persona, se caracterizan, “por el hecho de que la persona (en concreto) de uno de los contratantes (y a veces de ambos) es elemento *esencial*, en el sentido de que un interés cualquiera ha inducido a uno de los contratantes a escoger una persona determinada porque está dotada de cualidades o aptitudes particulares o de una especial pericia técnica, etc.”²⁵, es decir son aquellos, en que la consideración de la persona es causa principal o determinante del contrato.

Por ende, habrá que determinar si estas características, concurren en el contrato de franchising. En el siguiente análisis, se comenzará por establecer si es intuito persona respecto del franquiciado, para después determinar si lo es, respecto al franquiciante.

Respecto del franquiciado:

1. El Código Deontológico de la Franquicia Europea aplicable a España²⁶, al tratar el tema de la selección de los franquiciados, sostiene que “el franquiciador seleccionará y aceptará a los franquiciados que, tras una investigación razonable, reúnan las condiciones requeridas (formación, cualidades personales, capacidad financiera) para la explotación de la empresa franquiciada”, de esto se puede deducir que el franquiciante al momento de elegir al franquiciado, no considera sólo a una empresa que se incorporará a la red de establecimientos, sino que toma en consideración ciertas cualidades personales del franquiciado, las que demuestran que el no contrata con cualquier persona, sino con aquella que reúne las cualidades personales y patrimoniales necesarias para el negocio.

²³ Domínguez, Manuel. “El Contrato de Franquicia”. En Bercovitz, Alberto. *Contratos mercantiles*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2001. (pp. 305-306).

²⁴ Guardiola, Enrique. *Contratos de colaboración en el comercio internacional*. BOSCH Casa Editorial, Barcelona. 1998. (p. 247).

²⁵ Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986. (p. 179).

²⁶ www.mundofranquicia.com

2. La Comisión Europea, en el año 1986, al referirse al caso de Yves Rocher, señala que la empresa franquiciante “selecciona sus concesionarios en función de su responsabilidad, de su aptitud general presumible para la explotación de un comercio....Los contratos se suscriben “intuitu personae” y no pueden cederse ni transferirse sin acuerdo previo por escrito”²⁷, este criterio apoya la idea de que para el franquiciante, no es indiferente la persona del franquiciado.
3. El proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de Argentina señala en el artículo 1372, letra a), que “el franquiciado no puede ceder su posición contractual ni los derechos que emergen del contrato mientras esté vigente, salvo los de contenido dinerario”. Esto derivaría principalmente de su carácter intuitu persona, pues la doctrina señala que estos contratos son los únicos que “quedan fuera de toda posibilidad de cesión”²⁸, cosa que al tenor del artículo anteriormente transcrito pareciera ser absoluta referente al franchising y que demostraría su carácter intuitu persona.
4. El modelo de contrato de franquicia de la CCI. en su artículo 28, al referirse a la transferencia del contrato y subcontratación por el franquiciado, sostiene en el apartado n° 1, que la franquicia “se celebra en consideración de la persona del franquiciado, y por tanto éste no puede, sin el consentimiento escrito del franquiciador, transferir o subcontratar...”²⁹. Esto viene a reafirmar lo antes mencionado, al permitir la transferencia de este contrato *sólo* con el consentimiento de la otra parte contratante, pues si se permitiera libremente su cesión, este contrato carecería de un carácter intuitu persona.
5. Un argumento doctrinal que permite reafirmar este carácter, es el sostenido por Kleidermacher, al señalar que “los franquiciantes buscan una relación de confianza entablada con personas minuciosamente seleccionadas en relación a sus calidades personales”³⁰.
6. Por último, es necesario mencionar el caso de Brasil, país en el cual este contrato también es considerado intuitu persona pues “se entiende que el perfil del franquiciado es relevante para la relación de la franquicia y es uno de los recaudos que debe contener la circular de oferta de franquicias, bajo pena de nulidad del convenio”³¹

De los argumentos anteriormente expuestos se puede concluir que el contrato de franchising es intuitu persona respecto de la persona del franquiciado, lo que además encuentra su fundamento en motivos prácticos, ya que el franquiciante, que es un empresario que tiene una red de establecimientos, no entrega los conocimientos específicos adquiridos en un área, la fórmula de su negocio y el prestigio del cual goza, a una persona que no reúna ciertas condiciones especiales que él busca, las cuales permitan que exista una relación de confianza.

²⁷Guardiola, Enrique. *Contratos de colaboración en el comercio internacional*. BOSCH Casa Editorial, Barcelona. 1998. (pp. 247-248).

²⁸Gherzi, Carlos. *Contratos civiles y comerciales. Partes general y especial*. Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998. (p. 509).

²⁹Guardiola, Enrique. *Contratos de colaboración en el comercio internacional*. BOSCH Casa Editorial, Barcelona. 1998. (p. 290).

³⁰Kleidermacher, Jaime. *Franchising. Aspectos económicos y jurídicos*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993. (p. 133).

³¹Marzorati, Osvaldo. *Franchising*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001. (p.99).

Al hacer este mismo análisis respecto del franquiciante se aprecia que no existen antecedentes, como en el caso del franquiciado, que lleven a sostener este carácter intuitu persona respecto de él. Es más los únicos datos que se encuentran referentes a esta materia, permiten señalar que este contrato no tendría tal carácter respecto del franquiciante. Sin embargo, existen ciertos argumentos que pueden conducir a una conclusión contraria, como el de Marzorati en Argentina, que sostiene que “la persona del franquiciante también es importante porque al tomador de la franquicia le interesa actuar en vinculación con una entidad seria y responsable, que le franquicie un negocio probado y, por ende, rentable”, lo que muestra la importancia del franquiciante, pues su fama y éxito en los negocios serán los que motivarán a el franquiciado a contratar con él. Además se debe considerar que si se está frente a un contrato de colaboración, basado en la relación de confianza que existe entre las partes, si se aceptara que la persona del franquiciante puede ceder libremente su posición contractual, esta relación de confianza se vería desvirtuada, afectando una parte esencial del contrato.

Dado lo anteriormente expuesto, se debe considerar a la persona del franquiciante determinante para la celebración del contrato, al igual que en el caso del franquiciado, por que no considerarlo así, podría llevar a desvirtuar la naturaleza de este contrato.

Finalmente es importante agregar, lo sostenido por Messineo respecto a que la figura de los contratos intuitu persona “se presenta especialmente en el caso que estemos ante una colaboración (casi siempre de carácter continuado) entre los contratantes, en la que el elemento “confianza personal” adquiere una importancia especial”³², características de las cuales goza este contrato respecto de ambas partes, lo que reafirma su carácter intuitu persona.

5.- TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANCHISING.

La causa normal que pone fin al contrato de franchising es la terminación del plazo fijado en el contrato, el cual por regla general será amplio, debido principalmente, a que las partes buscarán recuperar la gran inversión que significa este tipo de contrato. Algunas legislaciones ponen límites de tiempo de duración a la franquicia, pero generalmente las franquicias internacionales se extienden entre 10 y 20 años.

Este contrato, concluye también por ciertas causas anormales, entre las cuales destacan: la muerte de alguno de los contratantes (al ser intuitu persona), puede darse a lugar también, la resolución por el incumplimiento del contrato; y finalmente debe tenerse presente, que las partes pudieron prever, en virtud de la autonomía de la voluntad, otros mecanismos de terminación del contrato

Respecto a la quiebra, la doctrina no se encuentra conteste en considerarla como una forma de terminación del contrato de franchising, por lo cual en los próximos capítulos se tratará de determinar si puede o no considerarse como tal.

³² Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986. (p. 179).

CAPÍTULO 2

LA INSTITUCIÓN DE LA QUIEBRA

Antes de comenzar, el análisis de la legislación concursal española, argentina y chilena, es oportuno entregar un concepto de lo que debe entenderse por quiebra, para posteriormente hacer un breve examen de la historia de los procedimientos concursales hasta los tiempos actuales.

1.- CONCEPTO DE QUIEBRA.

Se han dado distintas definiciones por parte de la doctrina, de lo que debe entenderse por “quiebra”, es así que el profesor español Joaquín Garrigués, la define como “un estado excepcional en el orden jurídico, producido por la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el comerciante”³³.

Por su parte la doctrina nacional, la define como “un estado excepcional en el orden jurídico de una persona producido por la falta o imposibilidad de cumplimiento igualitario de sus obligaciones declarada judicialmente”³⁴.

2.- HISTORIA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES.

La historia de los procedimientos concursales, puede ser dividida en tres periodos, en los cuales los procedimientos de ejecución del deudor pasan de ser un procedimiento ejecutivo, en el cual el deudor incluso pagaba con su vida, a ser un procedimiento, en el cual el deudor paga sólo con sus bienes y bajo la tutela judicial. Es así, que la historia concursal, se divide en tres periodos: derecho romano, derecho intermedio y derecho moderno.

2.1.- Derecho Romano.

La primera institución encargada de resolver el problema de la imposibilidad de pago del deudor, es la *manus iniection*, procedimiento ejecutivo en el cual el acreedor insatisfecho procedía contra el deudor, al cual podía matar o vender.

Con la dictación de la *Lex Poetilia*, se suaviza el procedimiento ejecutivo y éste pasa de ser un procedimiento personal, a uno real. Surgen así, dos procedimientos complementarios: la *missio in possessionem* y la *bonorum venditio*, los cuales tenían como fin el tomar posesión del patrimonio del deudor y vender la totalidad de los bienes, respectivamente.

Posteriormente, se crea el procedimiento de la *bonorum distractio*, por medio del cual se venden al detalle o separadamente los bienes del deudor por parte de un *curator*.

³³ Garrigués, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*, 1959. (p. 402). Citado en Sandoval, Ricardo. *Derecho comercial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2004. (p. 17)

³⁴ Puelma, Álvaro. *Curso de derecho de quiebras*. Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1971. (p.18). Citado en Sandoval, Ricardo. *Derecho comercial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2004. (p. 17).

Es así, que en el derecho romano, se transita por diferentes formas de realización de los bienes del deudor, las cuales se caracterizaban por ser procedimientos netamente privados, dirigidos por los acreedores, en los cuales la participación de la autoridad era secundaria, y limitada a cuestiones penales.

2.2.- Derecho Intermedio.

En la Edad Media, existen dos corrientes jurídicas, que intentan resolver el problema de la insolvencia del deudor. Una de ellas es continuadora de la tradición romana, la otra en cambio, representa el derecho visigodo, en el cual se coloca a la colectividad de acreedores y el ejercicio de sus derechos bajo la dirección de la autoridad judicial, a diferencia de la tradición romana en la cual el juez sólo era considerado como un asistente de los acreedores.

En este periodo, el procedimiento concursal es aplicado indistintamente a los deudores sean o no comerciantes, predominando en éste “una finalidad reparadora del daño social y una finalidad restitutoria: se introduce, derogando el principio *prioritas tempore*, la *par condicio creditorum*”³⁵.

2.3.- Derecho Moderno.

Durante este periodo se hacen latentes nuevamente las dos corrientes nacidas durante la Edad Media, en primer lugar la corriente “privatista”, que se refiere a “un sistema de autogestión de la masa activa del deudor por parte de sus acreedores, vigilada solamente por la autoridad judicial”³⁶, mientras que la corriente “publicista”, se refiere a un “procedimiento de cesión de bienes, en el que no hay encarcelamiento previo del deudor y cuya nota más característica es la constante intervención del juez y la subordinación del concurso a las solemnidades de un juicio”³⁷.

Destaca durante esta etapa, la obra de Francisco Salgado de Somoza, que constituye el primer tratado sistemático que se publicó en el mundo acerca de la quiebra.

3.- ANÁLISIS DE LA QUIEBRA EN EL DERECHO COMPARADO.

A continuación se realizará un análisis de la legislación concursal española y argentina, lo que responde principalmente, a la actualidad de su normativa, por lo cual se encuentra en ellas una mejor adecuación de la legislación concursal, a las tendencias económicas actuales.

El siguiente análisis contendrá una exposición de los procedimientos que contemplan ambas legislaciones en materia concursal, para posteriormente determinar que solución entregan éstas, al problema de la quiebra del franquiciado en el contrato de franchising, en especial

³⁵ Jiménez Sánchez, Guillermo. *Derecho mercantil*. Ariel Derecho, Barcelona, 1990. (p. 1044).

³⁶ *Ibíd.* (p. 1044).

³⁷ *Ibíd.* (p. 1044).

determinar cuáles son los efectos que ésta provoca sobre la vigencia del contrato una vez declarada.

3.1.- Quiebra en España.

La ley 22/2003³⁸, reformó el procedimiento concursal existente hasta esa fecha en España, esta reforma atendió principalmente a dos motivos, primero, a la necesidad de adecuar la normativa existente a la realidad actual, y segundo, a la inexistencia de un sistema armónico de normas y de procedimientos concursales que trataran el problema, pues antes de su dictación, llegaron a coexistir cuatro procedimientos de insolvencia diferentes (quiebra, suspensión de pagos, expedientes de quita y espera, y concurso de acreedores). Así, con la incorporación de este nuevo cuerpo legal se logró unificar el tratamiento normativo de la insolvencia y adecuar esta normativa a los tiempos actuales.

Este nuevo procedimiento, se caracteriza por ser más simple, que el sistema que regía con anterioridad en España, esto ya que existe un único procedimiento denominado “concurso”, el cual puede tener el carácter de necesario o voluntario, dependiendo de si quien lo solicita es el propio deudor o uno de sus acreedores. Además se caracteriza este procedimiento concursal, por su flexibilidad, la cual se refleja por ejemplo, al momento de determinar los efectos del concurso, pues se faculta al juez para adecuarlos a las diferentes situaciones y problemas que se presenten en el procedimiento, lo que en los hechos permite una adecuada satisfacción de los intereses que están en juego en esta institución.

Otro rasgo esencial en el procedimiento concursal español, se presenta en el hecho, de que los órganos encargados de llevarlo a cabo, son esencialmente dos: el juez y la administración concursal, éste último, es el órgano encargado de administrar los bienes del deudor mientras su administración se encuentre suspendida por la declaración del concurso. En este aspecto, la junta de acreedores, deja de ser un órgano esencial del concurso, para constituirse, sólo en el caso de que exista la posibilidad de celebrar un convenio, pues en este supuesto será la encargada de deliberar por la procedencia o improcedencia de su celebración.

La tramitación del procedimiento se divide en seis secciones (artículo 183), la primera de ellas comprende, en general, la declaración de concurso, las medidas cautelares (si es que fueren solicitadas) y la resolución final de la fase común; la segunda sección trata lo relativo a la administración concursal; la tercera sección comprende lo relativo a la determinación de la masa activa, realización de los bienes que la integran y pago de los acreedores; la sección cuarta se refiere a la determinación de la masa pasiva, el reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos; la sección quinta comprende lo relativo a la liquidación o convenio; mientras la sección sexta se refiere a la calificación del concurso y a la determinación de sus efectos.

Para poder entender el procedimiento concursal español a cabalidad, se examinarán a continuación las distintas fases que se presentan en él, los efectos que produce la declaración del concurso sobre el deudor, y en especial la solución legal entregada para el problema de la quiebra

³⁸ La Ley 22/2003, contenía un periodo de vacancia, entrando en vigor, sólo desde el 1 de septiembre del 2004.

del franquiciado en el contrato de franchising, para finalmente establecer si la solución proporcionada por la legislación concursal española, es acorde a la naturaleza de este contrato.

a) Procedimiento concursal.

Fase común:

La declaración de concurso procede respecto de cualquier persona, sea ésta natural o jurídica (artículo 1), en el caso que ésta se encuentre en estado de insolvencia, el que ha sido definido por la ley como un “*estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones*”.

La solicitud de declaración de concurso, puede ser presentada por el propio deudor o por alguno de sus acreedores (artículo 3), si la solicitud es presentada por el deudor, éste deberá probar su estado de insolvencia el cual podrá ser actual o inminente. Si la solicitud es presentada por uno de los acreedores, éste será el encargado de presentar los medios de prueba de los cuales se desprenda el estado de insolvencia del deudor. Tanto la solicitud presentada por el deudor, como la presentada por uno de los acreedores, deberá cumplir con los requisitos señalados en el artículo 2 de la ley. En ambos casos el juez procederá a proveer la solicitud según lo disponen los artículos 14 y 15 de la ley.

Si la solicitud ha sido presentada por el deudor y éste ha probado por medio de la documentación aportada, el estado de insolvencia en el cual se encuentra, el juez procederá a dictar el auto de declaración de concurso (artículo 14).

Ya declarado el concurso (en caso de solicitud del propio deudor), o admitida a trámite la solicitud de otro de los legitimados, se procederá a la formación de la sección primera.

Si la solicitud ha sido presentada por cualquier legitimado, distinto al deudor, el juez ordenará el emplazamiento de éste (artículo 15), para que se allane a la solicitud o se oponga a ella, probando que no existe el estado de insolvencia. En esta parte del procedimiento, los acreedores junto con solicitar la declaración de concurso podrán solicitar al tribunal la adopción de medidas cautelares para asegurar la integridad del patrimonio del deudor.

Posteriormente, el juez determinará si se dan los supuestos de la oposición presentada por el deudor, dejando en ese caso sin efecto la solicitud de declaración de concurso. En caso contrario, si la oposición ha sido desestimada, o si no hubiese formulado oposición el deudor, el juez procederá a dictar el *auto de declaración de concurso*, el cual deberá cumplir con los requisitos señalados en el artículo 21 de la ley. En él se decretarán las medidas cautelares, si fueran procedentes, se hará el llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos y se determinará el carácter de voluntario o necesario del concurso, carácter que es trascendental al momento de determinar los efectos de éste.

Las notificaciones del procedimiento concursal, podrán realizarse por medios electrónicos e informáticos. La notificación del auto que declara el concurso, deberá realizarse en el Boletín

Oficial del Estado, y deberá inscribirse en el registro civil o mercantil dependiendo de las características del deudor insolvente.

Declarado el concurso, el juez ordenará la formación de la sección segunda. En esta fase del procedimiento el juez debe designar a quienes pasarán a formar parte de la administración concursal, el cual, es un órgano integrado por tres miembros designados por el juez: un abogado, un auditor de cuentas y un acreedor de título ordinario (artículo 27), cualquiera de estos nombramientos, podrá ser recusado por quienes estén legitimados en el procedimiento. La administración concursal deberá cumplir con ciertas obligaciones, entre las cuales destacan, la obligación de presentar un informe en el que se analice la historia económica y jurídica del deudor, determinar la masa activa y pasiva, conocer lo relativo al reconocimiento de los créditos, a la elaboración de la lista de acreedores, y elaborar un inventario que contenga la relación, avalúo de los bienes y derechos que posee el deudor.

Tanto el inventario, como la lista de acreedores podrán ser impugnados por quienes estén legitimados para participar en el concurso, dentro del plazo de diez días desde su notificación. Una vez transcurrido este plazo finaliza la denominada *fase común* del procedimiento concursal y se procederá a la celebración de un convenio o a la liquidación de los bienes dependiendo de la situación del deudor.

Fase de convenio.

Se encuentran facultados en la Ley 22/2003, para presentar propuestas de convenio, el deudor y los acreedores. El deudor podrá solicitar la celebración de convenio, en tres ocasiones, en primer lugar, tiene la posibilidad de solicitarlo anticipadamente, ya sea junto con la solicitud que presenta de declaración de concurso, o una vez que ha sido declarado el concurso necesario, en el plazo y forma señalados en el artículo 104. En el supuesto que no presente la solicitud en esta oportunidad, el artículo 113 le entrega la posibilidad de hacerlo, en otras dos oportunidades, una vez que haya transcurrido el plazo de comunicación de los créditos (artículo 113 nº 1), o una vez que haya sido convocada la junta de acreedores por el juez (artículo 113 nº 2).

Los acreedores, también podrán presentar propuestas de convenio como se señaló anteriormente, sólo que ellos no se encuentran facultados para presentar propuestas anticipadas de convenio, ya que la ley los faculta, sólo para presentarlas en las mismas oportunidades en las que está facultado el deudor en el artículo 113.

Para una mejor comprensión de esta fase del procedimiento, es importante aclarar, que en el caso de que se presente una propuesta anticipada de convenio, o una propuesta por los acreedores o por el deudor en las oportunidades comunes señaladas en el artículo 113 nº 1, el juez dictará auto convocando a la junta de acreedores para que se pronuncie sobre las propuestas de convenio presentadas.

En el caso que durante la fase común no se presenten propuestas de convenio, y una vez transcurridos los plazos señalados en el artículo 111, el juez procederá a dictar auto colocando fin a la fase común, abriendo la fase de convenio y ordenando la formación de la sección quinta. El

auto de apertura de convenio, ordenará convocar a la junta de acreedores, de la cual también formará parte la administración concursal, para que ésta se pronuncie sobre las propuestas de convenio que han sido presentadas por el deudor o por los acreedores, en los supuestos del artículo 113 n° 2. Una vez que se admitan a trámite las propuestas de convenio éstas no podrán ser modificadas por quienes las presenten, ni podrán revocarse.

Ya aceptado el convenio por la junta de acreedores, se procederá a la aprobación judicial de éste, siendo posible para las personas legitimadas en el artículo 128 de la ley, oponerse a la aprobación judicial del convenio por las razones expresadas en el mencionado artículo. El convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación.

Una vez, que el deudor estime que el convenio se encuentra íntegramente cumplido, presentará informe ante el juez, dando a conocer esta circunstancia. Si el juez estima que se cumple el supuesto, dictará *auto de declaración de cumplimiento del convenio* y posteriormente dictará el *auto de conclusión del concurso*. En caso de incumplimiento del convenio los acreedores podrán solicitar la rescisión de éste.

Fase de liquidación.

En el supuesto de no presentarse propuestas de convenio dentro de los plazos legales, o en el caso de que no se haya admitido ninguna de ellas por la junta de acreedores, el juez procederá a dictar de oficio, la apertura de la fase de liquidación.

La liquidación puede ser solicitada por el propio deudor, en los casos señalados por el artículo 142, o por los acreedores, siempre y cuando acrediten la existencia de alguno de los hechos en los cuales se puede fundamentar la declaración de concurso. También podrá ser solicitada de oficio, por el propio tribunal en los casos del artículo 143 de la ley.

La situación del concursado durante la fase de liquidación, será la de suspensión del ejercicio de sus facultades de disposición y administración quedando esta en manos de la administración concursal, la cual dentro del plazo de quince días desde que ha sido notificada de la apertura de la fase de liquidación, presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, contemplando, además la posibilidad de enajenación unitaria de los establecimientos del deudor. En esta situación, tanto el deudor como los acreedores podrán formular observaciones o propuestas de modificación al plan de liquidación presentado por la administración concursal.

En caso de que el juez no aprobare el plan de liquidación presentado por la administración concursal, o en lo que no se haya previsto por el acordado, se ajustarán las operaciones de la liquidación a las reglas señaladas en el artículo 149 de la ley. Cada tres meses, a contar de la apertura de la fase de liquidación la administración concursal presentará al juez un informe sobre el estado de las operaciones de la liquidación. El pago de los acreedores se efectuará según lo dispuesto en los artículos 154 al 162 de la ley.

La fase de liquidación deberá tener una duración, no superior a un año, en caso contrario, podrá solicitarse la separación de sus cargos a los administradores concursales.

Calificación y conclusión del concurso.

Procederá la formación de la sección de calificación del concurso, en las ocasiones señaladas por el artículo 163, y en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación. El concurso podrá ser calificado como *fortuito* o *culpable*, pero esta calificación no será vinculante para los jueces de lo penal, en el caso que la conducta del deudor pudiese configurar un delito. Los casos de concurso culpable, están tratados en el artículo 164 de la ley, en ellos se considera que ha mediado dolo o culpa grave por parte del deudor, existiendo en el artículo 165 presunciones de ciertas conductas que constituyen dolo o culpa grave. De la calificación del concurso como culpable, pueden derivar ciertas limitaciones para el deudor, como por ejemplo, la inhabilitación para administrar bienes ajenos en un período que puede comprender entre dos y quince años (artículo 172).

La conclusión del concurso procede en los casos señalados por el artículo 176. Los efectos que la conclusión produce son los siguientes: en todos los casos cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor, salvo aquellas limitaciones que deriven de la calificación del concurso; en el caso que la conclusión del concurso derive de la inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable de los pagos de los créditos restantes, estando facultados los acreedores para iniciar las ejecuciones singulares para perseguir el pago de sus créditos (artículo 178). En este punto, es importante señalar que en la legislación española, la muerte del concursado no significa la conclusión del concurso, pues este continuará su tramitación, pero como concurso de la herencia.

Finalmente, la reapertura del concurso, procederá en los casos del artículo 179, cuando el deudor sea declarado nuevamente en concurso, concurriendo además los requisitos exigidos por la norma.

b) Efectos de la declaración de concurso.

Los efectos que produce la declaración de concurso sobre el deudor dependerán del carácter que éste tenga, en el caso de que sea calificado como concurso *voluntario*, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero quedará sometido a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad para realizar ciertos actos. En el caso de que el concurso, haya sido calificado como *necesario*, se suspenderán las facultades de disposición y administración del deudor sobre su patrimonio, siendo sustituido en esta labor por los administradores concursales. En este aspecto, el juez está facultado para modificar los efectos del concurso, permitiéndole la ley suspender las facultades de administración del deudor, aun cuando el concurso haya sido calificado como voluntario; o bien puede no suspender sus facultades, estando frente a un concurso necesario, haciéndose latente en este punto, la flexibilidad que caracteriza a este procedimiento.

Además se dispone en la ley, como principio general, que la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad empresarial o profesional que ejerza el deudor

(artículo 44). Así en el caso de intervención (concurso voluntario), la administración concursal determinará que actos propios del giro, están autorizados, con carácter general para ser realizados por el deudor, y en caso de suspensión (concurso necesario), corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor.

c) Efectos del concurso sobre el contrato de franchising.

En esta parte del presente trabajo habrá que determinar, cuáles son los efectos que se producen según la ley concursal española, sobre un contrato de franchising vigente, una vez que el franquiciado ha sido declarado en concurso.

Para establecer los efectos del concurso, sobre el contrato de franchising, hay que diferenciar, en primer lugar, si el franquiciado ha sido declarado en concurso necesario o en concurso voluntario.

En el evento, que se esté frente a un *concurso voluntario*, el franquiciado como regla general³⁹, no perderá la facultad de disposición y administración de su patrimonio, lo que en los hechos significa, que la declaración de concurso no determina un cambio sustancial en su relación con el franquiciante, pues continuará siendo el franquiciado, el encargado de velar por la administración del negocio, sólo que esta administración deberá ser llevada a cabo, bajo la vigilancia de la administración concursal. Sin embargo, en el caso de que se esté frente a un *concurso necesario*, cambia sustancialmente la situación del franquiciado, pues al perder la facultad de disposición y administración, será la administración concursal la encargada de conducir el negocio franquiciado, lo cual representa un problema en la relación contractual franquiciante-franquiciado, sobre todo si tal como quedara manifestado en el capítulo anterior, el franchising es un contrato *intuitu persona* y de *confianza*, que requiere una relación directa entre ambas partes contratantes, por ende, si es declarado en concurso el franquiciado ¿qué sucede con esta relación contractual? ¿Se mantiene vigente o se produce la resolución del contrato?

La norma legal aplicable, para el problema señalado anteriormente, es el artículo 61 de la ley 22/2003, el cual se refiere a “los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes”, dentro de los cuales debe entenderse incorporado al contrato de franchising, dado que en el supuesto analizado, la declaración de concurso del franquiciado ocurre, cuando aún existen obligaciones recíprocas pendientes entre ambos contratantes. En especial, será aplicable para este caso el artículo 61 n° 2, el cual sostiene que “la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte”, por ende, la declaración del concurso en principio no afectaría la vigencia del contrato de franchising. Sin embargo, hay que tener presente en este punto, que existe la posibilidad para que tanto el concursado como la administración concursal, puedan solicitar la resolución del contrato si lo

³⁹ Es importante recordar en este punto, que la flexibilidad de la cual se encuentra dotada el procedimiento permite que en el caso de concurso voluntario, pueda existir la suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado, si el juez lo decide como más conveniente para los intereses del concurso.

estimaren conveniente para el interés del concurso, lo cual en la práctica podría llegar a afectar la vigencia del contrato de franchising.

Es necesario además, tener presente en esta materia, que la ley concursal española no entrega la facultad antes mencionada al contratante *in bonis*, debiendo atenerse éste a la decisión del síndico o el concursado de solicitar la resolución del contrato, o esperar que se produzca el incumplimiento de éste una vez declarado el concurso, pues sólo en este supuesto, está expresamente facultado por la ley para solicitar la resolución (artículo 62).

Dadas las circunstancias anteriormente expresadas, el contrato de franchising en virtud del artículo 61, se mantendría vigente, no existiendo la posibilidad para el franquiciante de exigir la resolución del contrato por la sola declaración de concurso, quedando al arbitrio del síndico o del franquiciado la resolución de éste, incluso se le prohíbe por la ley, prever al franquiciante esta circunstancia y establecer que por ella se producirá la resolución, pues el artículo 61 nº 3 prohíbe cualquier cláusula establecida por los contratantes que tenga como fin establecer la resolución del contrato, en el caso de declaración del concurso de uno de los contratantes.

Esta solución es claramente incompatible, con la naturaleza del contrato de franchising, por las razones que a continuación se enunciarán. Es necesario dejar de manifiesto, que los argumentos esgrimidos para desvirtuar la solución entregada por la ley 22/2003, corresponderán a razonamientos doctrinales sostenidos con anterioridad a la dictación de esta ley, esto a consecuencia de la reciente entrada en vigencia de la ley concursal española, lo que hace inexistente doctrina a su respecto.

En primer lugar, existía consenso bajo la vigencia del antiguo régimen concursal español, en el sentido que la quiebra de un sujeto que fuese parte de un contrato bilateral, de tracto sucesivo e intuitu persona, debía ser considerada como causal de terminación del contrato, o que por lo menos, en el supuesto menos favorable debía admitirse por la aplicación de principios generales, que el contratante *in bonis* solicitara la resolución del contrato. Lo cual queda demostrado en los siguientes argumentos:

1. Manuel Broseta Pont, al referirse a los efectos de la quiebra sobre los contratos pendientes de ejecución, señalaba que “mayor gravedad revisten los efectos que produce la quiebra de un comerciante que es parte de un contrato bilateral de duración o de tracto sucesivo. En éstos constituiría una inicua consecuencia obligar a la parte *in bonis* al reiterado cumplimiento de sus prestaciones, mientras estuviera la otra imposibilitada de hacerlo por encontrarse en quiebra. Puede por ello afirmarse con carácter general que la quiebra de una parte faculta a la otra para solicitar la resolución del contrato, o incluso que la quiebra es una causa de resolución del mismo”⁴⁰.
2. Guillermo Jiménez sostenía, que en el evento que el quebrado fuese parte de un contrato bilateral vigente en el que ninguna de las partes ha cumplido íntegramente las prestaciones que le correspondían, “la declaración de quiebra implica una ruptura de la

⁴⁰ Broseta, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. Editorial Tecnos, Madrid, 1994. (p. 749).

equivalencia de las prestaciones, esencial en los contratos sinalagmáticos. El contratante *in bonis*, a cambio de su prestación íntegra, no recibirá como acreedor ordinario en la quiebra más que una prestación disminuida por la ley del dividendo”⁴¹, este autor reconoce que por lo anteriormente expresado, podría estimarse la posibilidad de resolver el contrato. En este punto, además hay que hacer expresa mención a lo señalado por este Jiménez respecto de los contratos intuitu persona, pues sostiene que “si un contrato de esta modalidad se encuentra pendiente de ejecución en el momento de declararse la quiebra, supondría un cambio esencial en las razones que se tuvieron en cuenta al momento de la contratación. En el Derecho patrimonial estos contratos no sólo se celebran exclusivamente atendiendo a las características personales de la contraparte, sino también en atención al patrimonio solvente de la persona”⁴².

3. Rodrigo Uria, sostenía que en el caso de un contrato sinalagmático en curso de ejecución, “como las partes se han obligado en atención a la equivalencia de las prestaciones, al no poder cumplir íntegramente el deudor quebrado se rompe ese equilibrio y el mantenimiento del contrato podrá producir resultados injustos para el otro contratante”⁴³. Señalando además, que por la aplicación de las normas del código civil en relación con las normas del código de comercio, debería aplicarse a estos casos la resolución del contrato⁴⁴.

De estos argumentos, se puede concluir que al ser el contrato de franchising un contrato bilateral (sinalagmático), intuitu persona, y que se encuentra en curso de ejecución una vez declarada la quiebra o el concurso, la solución mas lógica que debió entregar el legislador concursal español, para este caso, debió haber sido la resolución del contrato como efecto de la declaración del concurso⁴⁵, o por lo menos, en el supuesto menos favorable, entregar la facultad para que el contratante no fallido, pudiese solicitar la resolución de éste, pues parece evidente, dados los argumentos anteriormente expresados, que “la estricta aplicación de los efectos de la quiebra sobre el contrato no consumado rompería inexorablemente la natural equivalencia de las prestaciones, dado que permitirían a los representantes de la quiebra exigir de la parte *in bonis* el fiel e íntegro cumplimiento de su obligación, mientras que ésta debería contentarse con recibir del quebrado su prestación incompleta al quedar sometida a la ley del dividendo”⁴⁶, situación que claramente se da en el supuesto analizado respecto del franquiciante, pues el se vería obligado a dar cumplimiento a las prestaciones del contrato, tales como la de suministro, mientras que el síndico podría cumplir la obligación de pagar el royalty periódico, pero en la suma que permita la

⁴¹ Jiménez, Guillermo. *Derecho mercantil*. Ariel Derecho, Barcelona, 1990. (p. 1075).

⁴² *Ibíd.* (p. 1075).

⁴³ Uria, Rodrigo. *Derecho mercantil*. Ediciones Jurídicas Marcial Pons, Barcelona, 2002. (p. 1049).

⁴⁴ Cfr. Uria, Rodrigo. *Derecho mercantil*. Ediciones Jurídicas Marcial Pons, Barcelona, 2002. (p. 1049).

⁴⁵ En este sentido, Manuel Rodríguez señalaba, con anterioridad a la dictación de la Ley 22/2003, que la quiebra de alguno de los contratantes en el contrato de franchising, producía la resolución del contrato, esto por la aplicación analógica de las normas del contrato de agencia. Cfr. Bercovitz, Alberto. *Contratos mercantiles*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2001. (pp. 330-331).

⁴⁶ Broseta, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. Editorial Tecnos, Madrid, 1994. (p. 749).

ley del dividendo, lo que evidentemente, representa un desequilibrio en las prestaciones del contrato.

Así, la decisión legislativa más acertada, sería la de otorgar al contrato de franchising, el mismo tratamiento legislativo, que en el caso de la declaración del concurso en el contrato de mandato, dada por el Código Civil español, supuesto en el cual la quiebra del mandatario implica la resolución del contrato. Esto se sostiene, ya que las circunstancias particulares que aconsejan la resolución en el mandato, son semejantes a las que aconsejan aplicar esta solución, al contrato de franchising una vez que el franquiciado ha sido declarado en concurso.

Para comprender mejor, la hipótesis planteada anteriormente, hay que dejar en claro cuáles son las circunstancias, que llevan al legislador a optar por la resolución en el caso del mandato. En primer lugar, “se encuentra comúnmente la razón de tal extinción en el carácter *intuitus personae* del contrato. La relevancia del elemento personal y el carácter de confianza que se imprime en la relación negocial justifican la disolución. Esta fiducia como causa de extinción ha sido recogida frecuentemente por la doctrina”⁴⁷. Agrega además Finez a este respecto que “El carácter *intuitus personae* explica la solución acogida en el CC, tanto más cuanto que el patrimonio del contratante sujeto a la ejecución universal prejuzga la continuación del contrato”⁴⁸.

Es así, que en virtud de la razones antes mencionadas, en el contrato de franchising debería existir la misma solución entregada por el legislador español para el caso del mandato, pues en el franchising, se está frente a un contrato *intuitio persona*, tal como quedara manifestado en el capítulo anterior⁴⁹, ya que el franquiciante al momento de celebrar el contrato toma en especial consideración las condiciones personales y patrimoniales del franquiciado, las cuales lo determinan a contratar con el franquiciado. Además el franquiciante, deposita al celebrar el contrato su confianza⁵⁰ en el franquiciado, al facilitarle a cambio de una retribución, el secreto de su éxito o know-how, además de su nombre y marca comercial. Es preciso señalar respecto a esta relación de confianza, que ésta se configura de una forma distinta a la del mandato, pues en el caso del franchising, esta no se configura al entregar la administración de un negocio ajeno al franquiciado, sino que se configura, al dejar el franquiciante en manos del franquiciado, el nombre, el secreto de su éxito, y el prestigio de su negocio, el cual le ha llevado quizás años en construir, lo que denota igualmente tal relación pero en un sentido distinto al elemento confianza existente en el mandato. Por ende, al existir una relación de confianza entre las partes contratantes y al ser el franchising un contrato *intuitio persona*, la declaración de concurso, al igual que en el caso del mandato, debe producir la resolución del contrato.

Además, se debe tener en vista un criterio práctico, pues como señala Kleidermacher, para el franquiciante la solución mas óptima es la resolución, por lo cual, él “optará siempre por bregar por la resolución del contrato No sólo porque una franquicia fracasada es pésima imagen para su negocio, sino porque realmente y por lo general, los franquiciados revisten condiciones

⁴⁷ Finez, José. *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*. Editorial Civitas, Madrid, 1992. (p. 155).

⁴⁸ *Ibíd.* (p. 155).

⁴⁹ Ver página 10 del presente trabajo.

⁵⁰ Ver página 10 del presente trabajo.

personalísimas en los contratos de franchising y con respecto a ellos el contrato tiene carácter *intuitu personae*, lo que torna imposible concebir la relación asistencia- control- colaboración con el tandem síndico- masa de acreedores que una quiebra implica⁵¹. Finalmente es necesario señalar, que el franquiciante es la parte que resulta más desprotegida en el caso de la declaración de concurso, pues entregar la solución dada por la ley 22/2003, o sólo permitir que se encuentre facultado para solicitar la resolución, deja al franquiciante en una situación incierta, pues de no acogerse su solicitud se presentarían igualmente los problemas señalados anteriormente en relación a dejar este contrato subsistente, logrando por medio de la resolución, proteger adecuadamente los intereses del contratante *in bonis*.

3.2.- Quiebra en Argentina.

La ley de concursos y quiebras argentina (ley 24.522), fue promulgada en agosto del año 1995, en reemplazo de la ley 19.551 de 1972, que regulaba anteriormente esta materia. Esta modificación obedeció principalmente, al igual que en el caso español, a la necesidad de adaptar la normativa concursal a los nuevos tiempos y a las necesidades de la economía actual.

Esta ley, contiene importantes cambios en relación a la normativa anterior, entre ellos, se produce la abreviación de los plazos y la simplificación de los procedimientos contemplados en la legislación concursal argentina, lo que responde esencialmente a la extensión inusitada que tenían hasta esa fecha los procesos de quiebra en Argentina.⁵²

En el sistema concursal argentino, se diferencian tres instituciones básicas para solucionar el problema de la insolvencia: el acuerdo preventivo extrajudicial, el concurso preventivo y la quiebra propiamente tal, existiendo para estos dos últimos procedimientos, reglas comunes en aspectos tales como el sujeto activo, competencia y presupuesto objetivo (estado de cesación de pagos).

Esta ley se caracteriza por un alto grado de innovaciones en materia concursal, que tienden principalmente a la rehabilitación de la empresa y a su continuidad en el tiempo, lo cual en el régimen de la ley 24.522, se manifiesta en la existencia de diversas instituciones inspiradas en el principio de conservación de la empresa, tales como, la conversión de la quiebra en concurso preventivo, la continuación de la explotación de la empresa y la institución de *salvataje de la empresa*, tratada en el artículo 48 de la ley, la cual permite, entendida a grandes rasgos, que sean los propios acreedores del deudor o terceros quienes realicen ofertas de un acuerdo preventivo a los otros acreedores, evitando así la declaración de quiebra.

Además de estas instituciones existen otros mecanismos en la ley, que tienen como fin principal el “evitar la declaración de quiebra del deudor”, y que constituyen el régimen preventivo de la legislación concursal argentina, estas son: el acuerdo preventivo extrajudicial y el concurso preventivo.

⁵¹ Kleidermacher, Jaime. *Franchising. Aspectos económicos y jurídicos*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993. (p. 179).

⁵² Cfr. Mensaje de la Ley 24.522.

Dadas las características antes mencionadas, el procedimiento de quiebra, regulado en la ley 24.522, pasa a ser un “proceso meramente liquidatorio”⁵³, que procede sólo en los casos en que fracasen las vías preventivas señaladas anteriormente. Los casos de quiebra contemplados en la ley, se dividen en casos de *quiebra directa* y casos de *quiebra indirecta*⁵⁴, las causales de quiebra indirecta dicen relación con el incumplimiento de ciertas exigencias establecidas por la ley para el concurso preventivo, y se encuentran señaladas taxativamente en el artículo 77 n° 1, en cambio, la quiebra directa es aquella que es solicitada por el propio deudor o por el acreedor, sin que esta solicitud diga relación con un procedimiento anterior.

Finalmente, es importante mencionar que en el régimen concursal argentino establecido por la ley 24.522, se suprime “todo el régimen de calificación de conducta del fallido en sede comercial, y se establece, simplemente una inhabilitación automática, en función de la declaración de quiebra, dejando librado al arbitrio de quien se siente perjudicado en virtud de haber considerado que, en relación con el concurso preventivo o quiebra, se hubiere cometido algún delito, de recurrir por la vías correspondientes y por las normas que regulan, específicamente, estas conductas en sede criminal”⁵⁵.

A continuación se realizará el análisis del procedimiento de quiebra contemplado en la ley 24.522, para luego determinar, al igual que en el caso español, los efectos que produce la declaración de quiebra respecto del deudor y respecto del contrato de franchising, una vez que el franquiciado ha sido declarado en quiebra.

a) Procedimiento de quiebra en la ley 24.522.

Pueden ser declaradas en quiebra, tanto las personas de existencia visible, como aquellas de existencia ideal de carácter privado (artículo 2), para que estas personas puedan ser objeto de una declaración de quiebra, es requisito indispensable que estas se encuentren, en un estado de cesación de pagos, cualquiera sea la causa que lo origine. Este estado de cesación de pagos, deberá ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra “*imposibilitado de cumplir regularmente con sus obligaciones*”, señalando la ley en el artículo 79, una lista de hechos, considerados como reveladores del estado de cesación de pagos en el cual se encuentra el deudor.

La quiebra podrá ser solicitada por el propio deudor, caso en el cual la solicitud deberá contener los requisitos señalados en el artículo 11 de la ley, prevaleciendo esta solicitud por sobre la que presenten de otros interesados. También podrá ser solicitada la declaración de quiebra por uno de los acreedores, caso en el cual, éste deberá probar sumariamente tres circunstancias: la existencia de su crédito, alguno de los hechos reveladores del artículo 79 y que el deudor es uno de los sujetos que pueden ser objeto de una declaración de quiebra. En las dos situaciones señaladas anteriormente, será competente para conocer de la solicitud de declaración

⁵³ Gómez, Carmen. *Algunos aspectos del régimen de concursos y quiebra argentino*. Tesis de Grado Universidad de Concepción, Facultad de Derecho, Concepción, 2002. (p.114).

⁵⁴ *Ibíd.* (pp. 115-116).

⁵⁵ Vítolo, Daniel. *Comentarios a la ley de concursos y quiebras n° 24.522*. Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1996. (p. 49).

de quiebra, el juez con competencia ordinaria de acuerdo a las reglas expresadas en el artículo 3 de la ley.

En este punto, no hay que olvidar, que la quiebra deberá además, ser declarada en los casos señalados taxativamente por el artículo 77 n° 1, en estos casos el procedimiento será distinto al analizado en este párrafo, pues aun cuando la quiebra deba ser declarada por el juez en algunos de los casos y en otros deba ser solicitada, no deberá tramitarse en estos casos el procedimiento de declaración de quiebra⁵⁶, como en el caso de que la solicitud provenga del deudor o de alguno de los acreedores, sino que sólo debe justificarse que concurren los supuestos establecidos por la ley, para que el juez declare en quiebra al deudor.

Si la solicitud de declaración de quiebra es solicitada por un acreedor, el juez deberá emplazar al deudor para que éste invoque y pruebe lo que estime conveniente a su derecho, esta alegación estará dirigida principalmente a desvirtuar los hechos en los cuales se funda la solicitud del acreedor. Vencido el plazo para este trámite el juez procederá a admitir o rechazar el pedido de quiebra.

Durante esta parte del procedimiento, el acreedor podrá solicitar medidas precautorias para proteger la integridad del patrimonio del deudor, bajo su propia responsabilidad, estando el juez facultado para decretarlas siempre y cuando se demuestre la necesidad de su otorgamiento.

La sentencia que declare la quiebra contendrá los requisitos enumerados en el artículo 88 de la ley. Una vez declarada la quiebra, el secretario del juzgado, deberá proceder a dictar los edictos en el diario de publicaciones legales, a través de los cuales se dará a conocer el estado de quiebra del deudor.

Una vez declarada la quiebra, se hace presente en el régimen concursal argentino una de las innovaciones de la ley 24.522, pues se faculta al deudor para que una vez declarada la quiebra, pueda solicitar la conversión del trámite en concurso preventivo, siempre y cuando la declaración de quiebra no derive, por ejemplo, del incumplimiento de un acuerdo preventivo o de alguno de los supuestos señalados en el artículo 90 de la ley. Una vez hecha la solicitud por el deudor, si el juez estima que cumple con los requisitos mencionados en el presente artículo, procederá a dejar sin efecto la sentencia que declara la quiebra ya transformar el procedimiento en un concurso preventivo.

El fallido, en el caso de no solicitar la conversión del procedimiento, o en el supuesto de que este imposibilitado de hacerlo, por no reunir con los requisitos señalados por el artículo 90, podrá interponer recurso de reposición, cuando la quiebra sea declarada a consecuencia de la solicitud de un acreedor, este recurso no impedirá la prosecución del proceso (artículo 97), y sólo podrá ser fundado en la inexistencia de los presupuestos sustanciales para la formación del concurso. Si el recurso fuere acogido, se revocará la sentencia, lo que hará cesar los efectos del concurso, en caso contrario continuará la tramitación de la quiebra.

Con la declaración de quiebra, la administración de los bienes del fallido pasa a manos del síndico, el cual procederá una vez declarada ésta, a incautar los bienes y papeles del fallido previo inventario de éstos, llevando a cabo además, la verificación de los créditos o el

⁵⁶ Cfr. Gómez, Carmen. *Algunos aspectos del régimen de concursos y quiebra argentino*. Tesis de Grado Universidad de Concepción, Facultad de Derecho, Concepción, 2002. (p.115).

denominado “periodo informativo de la quiebra”, en el cual se producirá la verificación de los créditos por parte de los acreedores.

Posteriormente, pueden presentarse dos situaciones, que se lleve a cabo la liquidación de los bienes del fallido, inmediatamente una vez declarada la quiebra, o que se decida, ya sea por el juez o por el síndico, continuar con la explotación de la empresa.

Continuación de la explotación de la empresa.

Esta institución encuentra su fundamento, en el principio de *conservación de la empresa*, el cual inspira a toda la legislación concursal argentina. Tiene un carácter excepcional en la ley 24.522, pues opera “sólo en aquellos casos en los cuales, de la interrupción de la actividad productiva, pudiera emanar una grave disminución del valor de realización o se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse, y siempre y cuando ello no importe contraer nuevos pasivos”⁵⁷. Su finalidad no es reorganizar a la empresa, sino posibilitar que la liquidación de la empresa se lleve a cabo como empresa en marcha.

La continuación de la explotación de la empresa, se encuentra tratada en los artículos 189 a 195, distinguiéndose, entre *continuación inmediata*, la que es decidida por el síndico, y *continuación temporal*, cuya determinación queda en manos del juez⁵⁸.

Durante la continuación de la explotación será el síndico o el coadministrador⁵⁹, quienes realicen los actos de administración ordinaria que correspondan para continuar con ella. La continuación de la explotación, tendrá un plazo fijado por el juez, el cual no podrá exceder del necesario para la enajenación de la empresa (artículo 191), en el caso de que la continuación resultare deficitaria, o de cualquier otro modo resultare perjuicio para los acreedores, el juez, podrá poner fin a la continuación antes del vencimiento del plazo fijado (artículo 192).

Liquidación y distribución de los bienes.

Si una vez declarada la quiebra, no se produce la continuación de la explotación, en alguna de sus variantes, se procederá en virtud de lo señalado por el artículo 203 a la realización de los bienes del fallido, la que deberá comenzar de inmediato, salvo que se haya interpuesto recurso de reposición contra la sentencia de quiebra, o que haya sido admitida, por el juez, la conversión del trámite en concurso preventivo.

La liquidación debe hacerse en la forma mas conveniente a los intereses del concurso, dispuesta por el juez, en el orden preferente señalado por el artículo 204: enajenación de la empresa como unidad, enajenación en conjunto de los bienes que integren el establecimiento del fallido (en el caso de no haber continuación de la explotación), y finalmente la enajenación singular de todos o parte de los bienes. Estas enajenaciones deberán llevarse a cabo dentro de los

⁵⁷ Cfr. Gómez, Carmen. *Algunos aspectos del régimen de concursos y quiebra argentino*. Tesis de Grado Universidad de Concepción, Facultad de Derecho, Concepción, 2002. (pp. 186-187).

⁵⁸ *Ibíd.* (p.178).

⁵⁹ El coadministrador es un funcionario del concurso, que actúa sólo en los casos de los artículos 192 a 199 de la ley.

cuatro meses contados desde la fecha de la quiebra o desde que ella quede firme (artículo 217), esto ya que lo que se busca en la ley 24.522, es la máxima celeridad en la liquidación “con el objeto que el patrimonio del fallido sufra el menor deterioro posible, y sus valores de realización puedan satisfacer en su mayor magnitud y aprovechamiento los intereses de los acreedores”⁶⁰.

Después de aprobada la última enajenación, el síndico deberá presentar un informe que contenga la rendición de cuentas de las operaciones efectuadas, el resultado de la realización de los bienes, la enumeración de bienes que no se hayan podido enajenar y el proyecto de distribución final, con arreglo a la verificación y graduación de los créditos (artículo 218).

Es importante mencionar, que durante esta etapa del procedimiento, se formará el comité de acreedores, lo que busca una mayor participación de los acreedores, en el proceso de liquidación. Dicho comité será el encargado de actuar “como controlador de la etapa liquidatoria”.⁶¹

Conclusión de la quiebra y clausura del procedimiento.

“La conclusión de la quiebra acarrea la cesación del estado de fallido y la cesación definitiva (sin posibilidad de reapertura) de todo el procedimiento liquidatorio. En todos sus aspectos, efectos y sentidos, la quiebra termina”⁶². La ley 24.522 sostiene en sus artículos 225 a 229, dos formas de conclusión de la quiebra: el avenimiento y el pago total.

La clausura del procedimiento, en cambio, constituye una medida provisional, pues sólo suspende la tramitación de éste, subsistiendo los efectos de la quiebra tanto respecto del fallido, como de los acreedores⁶³. La clausura, podrá ser motivada por dos hechos, por la distribución final (artículo 230), o por falta de activo (artículo 232). Sin embargo, hay que tener presente, que el procedimiento podrá reabrirse cuando se conozca la existencia de bienes susceptibles de desapoderamiento (artículo 231 inc. 1). En caso contrario, una vez transcurridos dos años desde la resolución que dispone la clausura del procedimiento, sin que éste se reabra, el juez podrá disponer de la conclusión del procedimiento (artículo 231 inc. 2).

b) Efectos de la declaración de quiebra sobre el deudor.

A consecuencia de la declaración de quiebra, el fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de declaración de la quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento, impide al fallido ejercer sus derechos de disposición y administración, quedando ambas en la medida que determine la ley, en manos del síndico. Por ende, “el fallido queda imposibilitado de efectuar toda transferencia, ya sea a título

⁶⁰ Vítolo, Daniel. *Comentarios a la ley de concursos y quiebras n° 24.522*. Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1996. (p. 360).

⁶¹ Gómez, Carmen. *Algunos aspectos del régimen de concursos y quiebra argentino*. Tesis de Grado Universidad de Concepción, Facultad de Derecho, Concepción, 2002. (p. 187).

⁶² Rouillon, Adolfo. *Régimen de los concursos y quiebras. Ley 24.522*. Textos Legales Astrea, Buenos Aires, 1996. (p. 254). Citado en Gómez, Carmen. *Algunos aspectos del régimen de concursos y quiebra argentino*. Tesis de Grado Universidad de Concepción, Facultad de Derecho, Concepción, 2002. (p. 198).

⁶³ Cfr. Gómez, Carmen. *Algunos aspectos del régimen de concursos y quiebra argentino*. Tesis de Grado Universidad de Concepción, Facultad de Derecho, Concepción, 2002. (p. 201).

oneroso o gratuito, por la cual se excluya algún bien de su patrimonio y, asimismo, se le impide seguir ejerciendo las actividades propias del giro económico”⁶⁴, esta última circunstancia dependerá de las particularidades de cada caso, por lo tanto, quedando el fallido facultado sólo para desempeñar tareas artesanales, profesionales, o en relación de dependencia (artículo 104).

c) Efectos de la declaración de quiebra sobre el contrato de franchising.

A continuación, se determinará al igual que en el caso español, cuáles son los efectos que produce la quiebra del franquiciado sobre el contrato de franchising en la ley 24.522, para posteriormente establecer según lo analizado hasta este momento, si la solución entregada es adecuada a la naturaleza de este contrato.

En principio, la norma aplicable para el supuesto antes mencionado, sería el artículo 143 de la ley concursal argentina, el cual se refiere a los efectos de la quiebra sobre los contratos en curso de ejecución, entre los cuales, se debe entender comprendido al contrato de franchising, facultándose en este artículo al contratante no fallido para solicitar la resolución del contrato, en el caso de que existan prestaciones recíprocas pendientes en un contrato en curso de ejecución. Estando, en principio, el franquiciante facultado para solicitar la resolución del contrato, lo cual resulta claramente interesante, si se considera que en el caso de la legislación española y en la legislación chilena, la cual a continuación será analizada, no se entrega esta facultad al contratante *in bonis*, debiendo atenerse en ambos regímenes concursales, a lo que decidan el síndico o el fallido respecto a la vigencia del contrato.

Sin embargo, la ley argentina cuenta además con un régimen especial para ciertos contratos, con lo cual busca solucionar adecuadamente ciertos problemas que se presentan en situaciones especiales debido a la quiebra. Este régimen especial para ciertas obligaciones del fallido, se encuentra en los artículos 146 a 158 de la ley 24.522.

Es así, que el artículo 147 de la ley, entrega una solución aplicable al contrato de franchising, pues este artículo señala lo siguiente, “Contratos con prestación personal del fallido, de ejecución continuada y normativos: Los contratos en los cuales la prestación pendiente del fallido fuere personal e irremplazable por cualquiera que puedan ofrecer los síndicos en su lugar, así como aquellos de ejecución continuada y los normativos, quedan resueltos por la quiebra. Los contratos de mandato, cuenta corriente, agencia y concesión o distribución, quedan comprendidos en esta disposición”.

Esta norma, es plenamente aplicable al contrato de franchising, pues como ha quedado manifestado anteriormente, en el franchising la prestación del franquiciado tiene carácter personal e irremplazable, pues su persona ha sido un motivo fundamental para celebrar el contrato, siendo además un contrato de ejecución continuada, pues las obligaciones de las partes van sucediéndose en este contrato unas a otras.

Dada la redacción del artículo 147, se puede concluir, que al momento de declararse la quiebra del franquiciado, como la prestación que este debe realizar es personal e irremplazable,

⁶⁴ Vítolo, Daniel. *Comentarios a la ley de concursos y quiebras n° 24.522*. Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1996. (p. 257).

se producirá la resolución del contrato de pleno derecho, sin que sea necesario solicitar la resolución por parte del franquiciante y verse expuesto éste, a la posibilidad de que su solicitud sea denegada, manteniéndose en consecuencia el contrato vigente, lo cual traería como consecuencia un desequilibrio en las prestaciones del contrato, como quedara manifestado al analizar este mismo supuesto en la legislación concursal española.

Finalmente, se puede señalar con plena certeza, teniendo además presente los argumentos esgrimidos sobre este mismo supuesto, al analizar la solución entregada por el legislador concursal español⁶⁵, que la solución dada por el legislador concursal argentino, en materia del contrato de franchising, es acertada pues se encuentra plenamente acorde a la naturaleza del contrato, al respetar principalmente el carácter intuitu persona de este contrato y dar una adecuada protección al contratante *in bonis*.

Además, es preciso tener en cuenta, que esta solución aplicada al contrato de franchising, por vía de la interpretación de sus características adecuándola a la figura contemplada en el artículo 147, ha sido expresamente reconocida en el proyecto de unificación del código civil y comercial, lo que reafirma que la solución más acorde a la naturaleza de este contrato es la resolución de éste, de pleno derecho por la declaración de quiebra.

4.- ANÁLISIS DE LA QUIEBRA EN EL DERECHO CHILENO.

Ya analizadas la ley concursal argentina y española, se analizará a continuación la legislación concursal chilena, para determinar, al igual que en los casos anteriores, que es lo que sucede con el contrato de franchising, una vez que ha sido declarada la quiebra del franquiciado.

En Chile esta materia se encuentra regulada por la ley 18.175, publicada el 28 de octubre de 1982. El cambio trascendental que introdujo la ley 18.175, fue la modificación del régimen de administración de los bienes de la quiebra, quedando ésta en manos de síndicos privados, desapareciendo así la Sindicatura General de Quiebras.

Una de las características esenciales de la ley 18.175 es, que a diferencia de las legislaciones anteriormente analizadas, en ella no se contempla una definición del estado de cesación de pagos, ni se considera a éste como un presupuesto objetivo de la quiebra de forma expresa, sino que en la legislación concursal chilena, la quiebra es declarada en el caso que el deudor incurra en algunas de las causales contempladas en la ley, las cuales se consideran como hechos reveladores, mas o menos completos, del estado de cesación de pagos en el cual se encuentra el deudor. Otra diferencia sustancial que se encuentra con las legislaciones anteriormente estudiadas, es que en la legislación chilena la junta de acreedores tiene un rol fundamental en la realización de los bienes, pues es ella la encargada de determinar la forma en que esta se llevará a cabo.

La ley 18.175 diferencia entre el deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola y aquel que no desarrolla tales actividades, existiendo un régimen diverso para cada tipo de deudor, entre los cuales destacan cuestiones, tales como: causales exclusivas de cada

⁶⁵ Ver páginas 21 a 25 del presente trabajo.

tipo de deudor, efectos retroactivos de la quiebra más severos para el deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, y calificación de la conducta sólo en el caso de quiebra de este último.

Existen también, en el régimen de la ley concursal chilena la institución de la quiebra refleja y la quiebra de oficio, la primera dice relación con el socio de una sociedad en comandita, el cual será declarado en quiebra, en el evento de declararse la quiebra de la sociedad de la cual es socio; la segunda dice relación con el rechazo del acuerdo judicial preventivo, pues esto acarreará la declaración de quiebra del deudor por el tribunal, sin que medie solicitud expresa de ello.

A continuación se realizará, al igual que en el caso de las legislaciones anteriormente estudiadas, un análisis de el procedimiento concursal y sus distintas fases, para determinar posteriormente los efectos de la quiebra sobre el deudor, en el caso chileno, y analizar cual es la solución entregada por la ley chilena al supuesto analizado y determinar si esta es la solución más acorde a la naturaleza del contrato de franchising.

4.1.- Procedimiento de quiebra en la ley 18.175.

Pueden ser objeto de declaración de quiebra, toda persona natural o jurídica, que ejerza o no una actividad comercial, industrial, minera o agrícola. Esta distinción será importante, ya que los acreedores al momento de presentar su solicitud deberán invocar alguna causal de quiebra, y como ha quedado manifestado anteriormente, existen causales de quiebra que son exclusivas del deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola (artículo 43 n° 1) y del deudor civil (artículo 251), mientras otras, son comunes para ambos tipos de deudor (artículo 43 n° 2,3 y 4).

La solicitud de quiebra presentada por el propio deudor, deberá cumplir con los requisitos contenidos en el artículo 42 de la ley, y en su solicitud, no deberá expresar la causal por la cual solicita la quiebra, siendo esto necesario sólo para el caso que un acreedor la solicite. Si la solicitud es presentada por uno o varios de los acreedores, ésta deberá cumplir con los requisitos señalados en el artículo 44 de la ley, dentro de los cuales es requisito esencial, fundamentar la solicitud de quiebra, en algunas de las causales señaladas por la ley. El juez competente para conocer de estas solicitudes, será el juez de letras del domicilio del deudor.

Respecto a la solicitud del deudor, hay que tener presente, que es discutido en doctrina, si el tribunal está obligado a declarar la quiebra con el sólo mérito de la solicitud presentada por el deudor, o si efectivamente el tribunal debe analizar si la confesión realizada por el deudor de su estado de cesación de pagos, se ajusta a las normas probatorias, a tal punto, de constituir plena prueba de su estado de insolvencia⁶⁶, siendo más acorde a los intereses que están en juego en la institución de la quiebra, la segunda posición dada por la doctrina.

En el caso que la solicitud provenga de uno de los acreedores, el tribunal procederá a citar al deudor a una audiencia, la cual estará destinada a que éste, consigne fondos suficientes para el pago de los créditos que hubieren servido de base a la solicitud de quiebra, no estando facultado

⁶⁶ Cfr. Sandoval, Ricardo. *Derecho comercial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2004. (p.99).

el deudor para oponer excepciones o defensas que sirvan para desvirtuar la solicitud presentada en su contra. Si el deudor, paga en esta oportunidad los créditos, queda sin efecto la solicitud presentada por lo acreedores, en caso contrario, el tribunal dictará la “sentencia declaratoria de quiebra”.

La sentencia declaratoria de quiebra contendrá los requisitos señalados en el artículo 52 de la ley, y será notificada al fallido, acreedores y terceros, por medio de un aviso que se publicará en el Diario Oficial (artículo 54).

Contra la sentencia que declara la quiebra, sólo podrá entablarse el recurso especial de reposición (artículo 56), estando facultados para interponerlo, el fallido, los acreedores, los terceros interesados, y “también excepcionalmente podrá oponerse el síndico, en el caso de errada calificación profesional del deudor, velando en el interés de los acreedores”⁶⁷. En el supuesto, que se de a lugar al recurso, éste dejará sin efecto la resolución declaratoria de quiebra. En caso contrario, continuará adelante la tramitación del juicio de quiebra.

Con la dictación de la sentencia que declara la quiebra, pasará de pleno derecho la administración de los bienes del fallido a manos del síndico, el cual una vez asumido su cargo, procederá inmediatamente a realizar la incautación e inventario de los bienes del deudor (artículo 94).

Además, en virtud de la declaración de quiebra, se originará la formación de la masa de acreedores, órgano encargado de manifestar la voluntad de los acreedores, cuya principal tarea dice relación con la decisión, de cómo se llevará a cabo la liquidación del activo del deudor. Para formar parte de la junta de acreedores, aquellos acreedores cuyos créditos se encuentren reconocidos (artículo 102), para lo cual deberán previamente verificar sus créditos, en el procedimiento de quiebra, en virtud del llamamiento que se hace a los acreedores en la sentencia que declara la quiebra.

Posteriormente en el procedimiento pueden presentarse varias situaciones distintas, la continuación de la explotación del giro del fallido, la celebración de un convenio o la liquidación de los bienes, lo cual dependerá del estado en el cual se encuentre el patrimonio del deudor.

a) Continuación de la explotación del giro del fallido.

La continuación del giro, ha sido entendida por la doctrina, como “la no paralización de las actividades de la empresa”⁶⁸, por medio de ella lo que se busca es pagar a los acreedores “con los frutos, productos o rentas que provengan del ejercicio de la actividad del deudor”⁶⁹, y no con aquellos frutos, que provengan de la venta del activo.

Existen en la ley 18.175 dos clases de continuación del giro, la continuación provisional y la continuación efectiva, las cuales admiten a su vez la clasificación de total o parcial.

La continuación efectiva, es decidida por el síndico, y durante ella, el síndico sólo podrá ejecutar aquellos actos que tiendan a facilitar la liquidación progresiva (artículo 99 inc. 2), y sólo

⁶⁷ Sandoval, Ricardo. *Derecho comercial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2004. (p. 141).

⁶⁸ Puga, Juan. *Derecho concursal. El juicio de quiebras*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999. (p. 587).

⁶⁹ *Ibíd.* (p.587).

podrá llevarse a cabo, hasta la primera junta de acreedores que se celebre, en la cual se procederá a decidir la suerte de esta continuación.

La continuación efectiva del giro, podrá llevarse a cabo por acuerdo de la junta de acreedores, a proposición del síndico o de dos o mas acreedores (artículo 112), y la duración de ésta no podrá exceder de un año, plazo que podrá ser prorrogado por un nuevo acuerdo de la junta de acreedores (artículo 113).

b) Los Convenios en la ley 18.175.

Los convenios son acuerdos celebrados entre el deudor o fallido, dependiendo del caso, y los acreedores de éste, los cuales tienen por finalidad evitar la declaración de quiebra o bien poner término a una quiebra que ya ha sido declarada.

La ley 18.175 contempla tres modalidades de convenio:

Convenio extrajudicial:

Se encuentra tratado en el artículo 169 de la ley, mediante su celebración se busca que el deudor cumpla o solucione sus obligaciones, evitando así, una declaración de quiebra. La propuesta de convenio presentada por el deudor, debe ser aceptada por la unanimidad de los acreedores, existiendo la particularidad para el caso de aquellos que no han participado en su celebración, de poder aceptar el convenio, o ejercer las acciones personales que le correspondan. En el caso de que el convenio sea declarado nulo o resuelto, podrá también ser solicitada la quiebra del deudor (artículo 43 n° 4).

Convenio judicial preventivo:

Se encuentra definido en el artículo 173, como aquél “que se propone con anterioridad a la declaración de quiebra con el objeto de evitar su declaración”. En el convenio preventivo, sólo el deudor se encuentra facultado para presentar proposiciones de convenio, siendo competente para conocer de ellas el juez competente para declarar la quiebra del deudor.

Si la propuesta de convenio es aceptada por la junta de acreedores se evitará la declaración de quiebra del deudor, en caso contrario, si la propuesta de convenio es rechazada por los acreedores, se producirá la quiebra del deudor, la que deberá ser declarada de oficio por el tribunal (artículo 207).

Convenio simplemente judicial o solución:

El artículo 173, lo define como aquél “que se propone durante el estado de quiebra”. En esta clase de convenios, las proposiciones pueden ser presentadas por el fallido y por los acreedores, en cualquier estado de la tramitación del procedimiento, siendo competente para conocer de ellas el juez ante el cual se tramita la quiebra.

Una vez aprobado el convenio cesará el estado de quiebra y se devolverán al deudor sus bienes y documentos (artículo 192).

c) Liquidación o realización de los bienes del fallido.

La ley 18.751 “entrega el proceso de realización de la quiebra, fundamentalmente, a los acreedores reunidos en junta, quienes pueden acordar en cualquier tiempo, la forma de realización y las modalidades de la misma”⁷⁰. Por ende, el síndico deberá a tenerse a la forma de realización señalada por los acreedores, o en su defecto por las normas supletorias señaladas en la ley.

La liquidación de los bienes del fallido, tiene por objeto principal, el pago de los créditos de aquellos acreedores cuyos créditos han sido reconocidos en el proceso de quiebra y que se encuentran en la nómina efectuada por el síndico, pagos que se efectuarán conforme lo dispone la ley. Es importante mencionar que la ley determina cierto plazo, en el cual debe llevarse a cabo la realización de los bienes, cualquiera sea la forma en la que esta se lleve a cabo, la cual según el artículo 130, “deberá efectuarse en el menor tiempo posible, y en todo caso, dentro del plazo de seis meses contados desde la primera junta de acreedores”.

En ley concursal chilena, se contemplan tres formas de realización de los bienes: La realización sumaria, la realización ordinaria y la realización de los bienes como unidad económica.

Realización sumaria:

Tiene lugar esta forma de realización, cuando de la cuenta rendida por el síndico, en la primera junta de acreedores, apareciere que “el producto probable de la realización del activo de la quiebra no excederá de 1.000 unidades de fomento” (artículo 109), en este supuesto el síndico no deberá atenerse ni a los acuerdos de la junta de acreedores, ni a las normas supletorias de realización de los bienes contempladas en la ley. La realización sumaria deberá ser llevada a cabo por el síndico en la forma más conveniente a los intereses de la masa de acreedores, y una vez finalizada ésta, el tribunal deberá dictar de oficio el sobreseimiento temporal del procedimiento de quiebra (artículo 158).

⁷⁰ Sandoval, Ricardo. *Derecho comercial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2004. (p. 292).

Realización ordinaria:

Salvo en el caso de realización sumaria, el síndico deberá atenerse a los acuerdos de la junta de acreedores para llevar a cabo la liquidación de los bienes, existiendo para el caso de no haber acuerdo por parte de la junta acreedores, normas supletorias en la ley 18.175, que determinan la forma de realización de ciertos bienes.

Realización como unidad económica:

Esta forma de realización de los bienes del fallido, se encuentra inspirada en el principio de continuidad de la empresa, mediante ella se enajena todo o parte del activo de la quiebra, como conjunto o unidad económica, cualquiera sea la naturaleza de los bienes comprendidos en ella (artículo 125). La enajenación se efectuará en subasta pública y al mejor postor, quedando perfeccionada a través de escritura pública.

d) Terminación de la quiebra y reinicio del procedimiento.

En la legislación concursal chilena son causales de terminación del estado de quiebra, en primer lugar, la celebración de un convenio simplemente judicial o solución, y en segundo lugar, la dictación del sobreseimiento definitivo del procedimiento de quiebra, el cual procede en el caso que hayan sido pagados todos los créditos, exista desistimiento por parte de los créditos, o cuando el deudor y un tercero consigne el importe de las costas y créditos vencidos, y cauciona los demás a satisfacción de los acreedores (artículo 164).

En este punto es importante señalar, que en la ley 18.175 existe además, el sobreseimiento temporal del procedimiento de quiebra, el cual “suspende provisoriamente los procedimientos de la quiebra” (artículo 157).

Respecto al reinicio del procedimiento, hay que señalar que este procede cuando se solicita, por parte del fallido, acreedor o tercero interesado, que se deje sin efecto el sobreseimiento temporal dictado en el proceso (artículo 162), produciéndose así, si la solicitud es acogida, el reinicio del procedimiento de quiebra (artículo 163).

e) Calificación de la quiebra.

La calificación de la quiebra, como ya se ha señalado con anterioridad, procede sólo respecto del deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola. La quiebra del deudor, que ejerza estas actividades, podrá ser calificada como fortuita, culpable o fraudulenta (artículo 218), existiendo en los artículos 219 y 220 de la ley, presunciones de ciertos hechos en los cuales ha incurrido el deudor, que se consideran constitutivos de quiebra culpable o fraudulenta respectivamente. Sin embargo hay que tener presente en este punto, que pese a

tratarse de diversa manera en la ley 18.175, la quiebra fraudulenta y la quiebra culpable, constituyen un solo delito, “la quiebra ilícita”, la cual puede ser cometida con dolo o con culpa⁷¹.

4.2.- Efectos de la declaración de quiebra sobre el deudor.

Una vez pronunciada la declaración de quiebra, el fallido queda inhibido de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes, salvo aquellos que sean inembargables (artículo 64). Esta administración pasa de derecho en manos del síndico, quien la ejercerá con arreglo a la ley. Por su parte, la facultad de disposición no quedará en manos de el síndico, sino que en manos de la junta de acreedores, para que así ésta pueda pagarse con los frutos de los créditos que se le adeuden a los acreedores, sin embargo, esto no significa que el deudor pierda su derecho de propiedad, pues el sigue siendo dueño.

4.3.- Efectos de la quiebra sobre el contrato de franchising en la ley 18.175

En esta parte del presente trabajo, se realizará el análisis del mismo supuesto analizado en las legislaciones española y argentina, es decir, se determinará cuales son los efectos que prevé la legislación chilena, sobre el contrato de franchising, una vez que el franquiciado ha sido declarado en quiebra y determinar si esta solución es compatible con la naturaleza de éste contrato.

Respecto a este supuesto, se puede señalar, que la legislación concursal chilena, no contempla una norma general, que señale cuáles son los efectos de la declaración de quiebra sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes, a diferencia de lo que ocurre con las legislaciones española y argentina, antes estudiadas. Sin embargo, en este punto, han sido la jurisprudencia y la doctrina, quienes han otorgado los criterios fundamentales para determinar que es lo que sucede con la vigencia de los contratos una vez declarada la quiebra, es así que se ha establecido que “*la quiebra no es causal de resolución de terminación de los actos o contratos pendientes del deudor fallido*”⁷², existiendo excepciones a esta materia, señaladas expresamente en la legislación comercial y civil.

En especial, la doctrina señala⁷³, que en el de caso actos o contratos en que el quebrado ha contraído obligaciones recíprocas con su contraparte habrá que distinguir si el contrato es beneficioso para la masa o no lo es, señalando en el primer supuesto que el cumplimiento del contrato quedará en manos del síndico, estando permitido para la contraparte solicitar la resolución del contrato, solo si el síndico deja de cumplir con las obligaciones que emanan del contrato. En el supuesto que el contrato no sea beneficioso para la masa, el síndico simplemente dejará de cumplir el contrato, estando facultada la contraparte para solicitar en ese momento la resolución del contrato.

⁷¹ Cfr. Sandoval, Ricardo. *Derecho comercial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2004. (p.402).

⁷² Sandoval, Ricardo. *Derecho comercial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2004. (p. 191).

⁷³ Cfr. con Sandoval, Ricardo. *Derecho comercial*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2004. (p. 193).

Incluso parte de la doctrina chilena, en especial Christian de Amesti señala⁷⁴, que al no encontrarse el contrato de franchising regulado como tal en la legislación chilena, se deberá fraccionar el franchising en bs diferentes contratos típicos que lo componen⁷⁵, para determinar que es lo que sucede con cada una de las operaciones en particular, existiendo normas en la ley de quiebras chilena, especiales para ciertas operaciones como la compraventa o la promesa de celebrar un contrato, en las cuales se aplicarían estos preceptos, mientras que en los casos no regulados habría que aplicar la regla general en materia de relaciones preexistentes, dada por la doctrina, solución que en los hechos significaría desvirtuar el contrato de franchising.

Sin embargo, es necesario señalar, que a diferencia del caso español, en la legislación chilena se permite, que los contratantes establezcan como cláusula en el contrato la resolución de éste por la quiebra de uno de los contratantes, en virtud de las normas del código civil, lo que permite que estos puedan prever tal circunstancia y abstenerse de los problemas suscitados por la quiebra de uno de los contratantes.

Es así, que la solución entregada para el supuesto analizado, en la legislación concursal chilena, sería que el contrato de franchising se mantiene vigente, debiendo esperar el franquiciante o contratante *in bonis* que se produzca el incumplimiento de la obligación por parte del síndico para poder pedir la resolución, o simplemente tener que seguir cumpliendo con las obligaciones en el caso que el síndico considere que el contrato es beneficioso para la masa.

Lo anterior, es claramente dispar o no acorde a la naturaleza del contrato de franchising, pues como se señaló anteriormente, esta solución trae aparejada, un serio desequilibrio en las prestaciones del contrato, lo cual conlleva el detrimento económico del franquiciante, además de desvirtuar, en primer lugar, la relación de confianza que existe en este contrato por su carácter intuitu persona, y desvirtuar, en segundo lugar, la relación de colaboración existente en este contrato. Demás está recordar en este punto los argumentos esgrimidos en el caso español, que llevan nuevamente a señalar que en este caso la decisión doctrinal y jurisprudencial, es poco adecuada, pues se encuentra claramente en contradicción con las características esenciales de este contrato, siendo en este caso necesario adecuar la doctrina y jurisprudencia chilenas, a casos especiales, que requieren de una solución distinta dada la naturaleza especial que ellos poseen, casos en los cuales la aplicación de un principio general como el esgrimido anteriormente conllevan a los problemas ya mencionados a lo largo de éste trabajo y que no permiten una adecuada tutela a los intereses que se encuentran en juego.

Por ende, la solución mas adecuada a este supuesto en la legislación chilena, sería la de aplicar la resolución al contrato de franchising una vez que el franquiciado ha sido declarado en quiebra, existiendo ciertas excepciones al principio general señalado por la doctrina, a casos que no estén regulados expresamente regulados en la ley, dada la inexistencia, como en el caso del franchising, de normas jurídicas que lo regulen, lo que conllevaría a una mejor adecuación del derecho comercial a las nuevas formas de contratación que existen hoy en día.

⁷⁴ De Amesti, Christian. *Contrato de Franchising*. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1997. (p. 59).

⁷⁵ Es preciso señalar, respecto a este punto, que parte de la doctrina sostiene que en el contrato de franchising se está frente a una operación compleja que aglutina caracteres de diferentes contratos, razón por la cual De amesti entrega esta solución para el caso de la quiebra en el franchising.

CAPÍTULO 3

CONCLUSIONES

1. El contrato de franchising, es una forma de contratación mercantil de reciente aparición práctica, la cual posee características especiales, al ser un contrato intuitu persona, que descansa sobre la confianza que se requiere entre ambas partes, lo cual entrega a este contrato una naturaleza especial. Es así, que se considera necesario legislar en Chile, adecuadamente respecto de esta forma contractual, lo que determinaría con exactitud sus características, efectos, y principalmente con esto se reduciría el campo de dudas que se suscitan respecto de este contrato, al encontrarse bajo ciertos supuesto especiales, como por ejemplo, en el caso de la quiebra de uno de los contratantes.
2. Los efectos que produce la declaración de quiebra sobre el contrato de franchising, determinan necesariamente la resolución del contrato, esto dado principalmente por las características especiales que éste posee, las cuales hacen imposible que esta relación pueda mantenerse una vez que el franquiciado ha sido declarado en quiebra.
3. El permitir que se aplique al caso del franchising, el principio general que sostiene “que la quiebra no es causal de resolución de los contratos”, señalado por la doctrina chilena, conlleva a ciertas injusticias en el plano contractual, pues además de presentar un desequilibrio en las prestaciones al quedar sometido el franquiciante a la ley de dividendo, se deja a éste en un situación de inferioridad, al ni siquiera encontrarse facultado para poder solicitar la resolución del contrato, quedando al arbitrio del síndico la resolución de éste.
4. Es necesario que el principio doctrinal erigido en el derecho concursal chileno, se adecue a los tiempos modernos y a las nuevas formas de contratación moderna, las cuales no logran ser adecuadamente reguladas con la normas existentes hasta la fecha en Chile, siendo necesario, o un cambio legislativo o la adecuación de la doctrina y la jurisprudencia a nuevos estándares, erigiendo así un sistema concursal que reconozca que existen diferencias entre ciertos contratos, lo cual hace imposible, que un principio general, resuelva adecuadamente todos los conflictos que se presentan, en contratos con características especiales, que no se encuentran regulados, como sucede en el caso del franchising.

5. Del estudio comparado de las legislaciones concursales española, argentina y chilena, se puede establecer, que es la legislación argentina, la cual contempla una mejor adaptabilidad a los tiempos modernos, pues en ella se contempla, un régimen general y uno especial, en relación a los efectos de la quiebra sobre los contratos, reconociendo la existencia de ciertas obligaciones que requieren de un tratamiento especial, y logrando así entregar una mejor solución a los problemas que se presentan, dadas las nuevas formas de contratación mercantil como es el caso del contrato de franchising.

BIBLIOGRAFÍA

A) Textos.

1. Bercovitz, Alberto. *Contratos mercantiles*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2001.
2. Broseta, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
3. Cartes, Armando. “El Franchising”. *Revista de derecho, criminología y ciencias penales N° 1 (173-177)*. Universidad San Sebastián, 1999.
4. Chuliá, Eduardo y Beltrán, Teresa. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos I*. JM. BOSCH Editor, Barcelona, 1999. (p. 180).
5. De Amesti, Christian. *Contrato de franchising*. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1997.
6. Ghersi, Carlos. *Contratos civiles y comerciales. Partes general y especial*. Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.
7. Finez, José. *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*. Editorial Civitas, Madrid, 1992.
8. Gómez, Carmen. *Algunos aspectos del régimen de concursos y quiebras argentino*”. Tesis de Grado Universidad de Concepción, Facultad de Derecho, 2002.
9. Guardiola, Enrique. *Contratos de colaboración en el comercio internacional*. BOSCH Casa Editorial S.A., Barcelona, 1998.
10. Jiménez, Guillermo. *Derecho mercantil*. Ariel Derecho, Barcelona, 1990.
11. Kleidermacher, Jaime. *Franchising: Aspectos económicos y jurídicos*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
12. López, Jorge. *Los contratos. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
13. López, Roberto. *Contratos especiales en el siglo XXI*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
14. Maldonado, Sonia. *Contrato de franchising*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.

15. Marzorati, Osvaldo. *Franchising*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
16. Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986.
17. Parry, Alfonso. *Efectos de la quiebra y concurso civil en las obligaciones y en contratos*, Tea. Buenos Aires, 1950.
18. Puga, Juan. *Derecho concursal. El juicio de quiebras*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
19. Sandoval, Ricardo. *Contratos mercantiles*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
20. Sandoval, Ricardo. *Derecho comercial*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
21. Uria, Rodrigo. *Derecho mercantil*. Ediciones Jurídicas Marcial Pons, Barcelona, 2002.
22. Vítolo, Daniel. *Comentarios a la ley de concursos y quiebras N° 24.522*. Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1996.

B) Bibliografía de Internet.

1. www.mundofranquicias.com
2. www.franquicia.com
3. www.boe.es
4. www.publicaciones.derecho.org/rdvp