

Contrato de franquicia. Red comercial. Pacto de exclusividad territorial y competencia. Política de *Over-stock* y EBITDA garantizado: *el caso Grimoldi*.



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director

Contrato de franquicia. Red comercial. Pacto de exclusividad territorial y competencia. Política de *Over-stock* y EBITDA garantizado: el caso Grimoldi.

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el **CEDEF Law & Finance**.

Sumario: Abstract. – 1. La sentencia de la sala B. – 2. La exclusividad territorial *implícita* en la relación de franquicia y en los contratos de colaboración empresaria. – 3. La exclusividad territorial, flujos de fondos proyectados y EBITDA garantizado. – 4. EBITDA asegurado. – 5. EBITDA, beneficio neto y lucro cesante. 5. El sobre – stock en la relación de franquicia. – 6. El sobre – stock en la relación de franquicia.

Abstract.

Se trata de un clásico de los contratos de colaboración empresaria. Se trata de una relación de franquicia en la que el agente franquiciado demanda daños por ruptura incausada, intempestiva y unilateral del franquiciante, en este caso la firma Grimoldi SA.

El agente franquiciado invocó incumplimiento contractual de Grimoldi al haber autorizado la instalación de otra franquicia a sólo veinte cuadras de su local violando el pacto de exclusividad territorial previsto en el contrato de franquicia.

El franquiciado pudo probar en el expediente que el local instalado a 20 cuadras no era un local de “saldos” sino que vendía productos de la marca Grimoldi a precios más bajos que los sugeridos o precios de lista para productos de la marca Grimoldi. Alegó que la apertura de la nueva franquicia implicaba la aparición de un “competidor” dentro de la zona de exclusividad territorial y que debido a este nuevo competidor sus ventas se vieron reducidas no cumpliéndose el plan financiero preparado por Grimoldi como titular de la red comercial y de la marca. Por esta razón solicitó la reparación del lucro cesante generado por una competencia no prevista contractualmente y que alteraba la ecuación económica del contrato.

El contrato de franquicia contaba con una cláusula que decía: *El FRANQUICIADO entiende que la licencia para usar las marcas registradas es no exclusiva y que GRIMOLDI a su sola discreción tiene derecho a operar o franquiciar otros locales y a otorgar otras licencias sobre las marcas registradas en los términos y condiciones que estime conveniente.* ¿Exclusividad territorial o exclusividad de marca? Usted compartirá conmigo que esta cláusula dista mucho de ser clara y precisa a la hora de definir este entuerto. El Tribunal tuvo que acudir a otras pautas interpretativas para llegar a una definición justa y aceptable. El juez acudió a un fino sentido económico del derecho.

Grimoldi ensayó tres argumentos defensivos: (i) existen en la red de franquicias Grimoldi casos donde conviven 2 y hasta 3 franquiciados a pocas cuadras de distancia y que venden la misma línea de calzado, (ii) antes de la firma del contrato existía un local a 23 cuadras del franquiciado y (iii) no hay pacto expreso de exclusividad territorial, por lo tanto no hay incumplimiento contractual.

¿Esto último es así?

1. La sentencia de la sala B.

La instancia *a quo* condenó a Grimoldi al pago de la indemnización de daños. El tribunal *ad quem* confirma la sentencia inferior y fijó el siguiente criterio:

1. *La instalación de una nueva franquicia en la zona donde opera el anterior franquiciado:* Más allá de un pacto expreso de exclusividad territorial la instalación del nuevo local produjo cambios en las condiciones existentes al momento de celebrarse el contrato de franquicia. Estos cambios si producen un perjuicio termina contradiciendo lo que las partes propusieron al celebrar el contrato. No resulta creíble que la instalación de un local de las mismas características que el del franquiciado y a poca distancia no habría de generar perjuicio.
2. *Ya existía un local de la marca a 23 cuadras del franquiciado:* Este dato empírico no es suficiente para que el franquiciado no se sienta perjudicado por la apertura de otro local de la marca Grimoldi más cercano (20 cuadras) y de características similares a las del franquiciado.
3. *La red de franquicias y la libre competencia entre los franquiciados:* Si bien es sano que la red de franquicias compita entre sí operando en una misma plaza y por un mismo mercado, es necesario que los franquiciados ingresen a la red con pleno conocimiento de su integración a la red y con reglas prefijadas. Este extremo se observa no cumplido.
4. *Plan de negocios e inversiones preparado por el titular de la red:* Quedó demostrado que la firma Grimoldi es quien preparó el cuadro de inversiones iniciales, el cuadro de flujo de fondos proyectado y el estudio de factibilidad estimando las ventas y ganancias proyectadas del franquiciado.
5. *Cláusula de EBITDA garantizado:* El contrato expresamente preveía lo siguiente: GRIMOLDI garantiza al FRANQUICIADO un margen entre el precio de venta sugerido al público (venta) y el precio de suministro (costo de mercadería). Dicho margen será equivalente al 60% del precio de suministro.
6. *Política de Over-stock y finanzas operativas de empresa:* La decisión comercial y financiera de sobre-estoquear al franquiciado colocando productos en la red de franquicia por encima del nivel de ventas de la red ha sido, en el caso particular del franquiciado - una de las causales que derivó en una profunda crisis financiera. Esta actitud es refractaria a la actitud de colaboración que debe impregnar a estos contratos.

Varios aspectos de este decisorio valen la pena compartir por la riqueza de sus enseñanzas: (i) la cláusula *implícita* de exclusividad territorial, (ii) la política de sobre – stock en la red comercial y (iii) el EBITDA como fórmula de indemnización de lucro cesante.

2. La exclusividad territorial *implícita* en la relación de franquicia y en los contratos de colaboración empresarial.

Los contratos en general buscan equilibrar intereses contrapuestos. Salvo en los contratos asociativos donde los intereses contrapuestos tienden a un interés común en el resto de los contratos cada parte puja por su propio interés. Habrá declaración de voluntad común cuando los intereses en puja arriben a un equilibrio, a un óptimo donde ambas partes se sienten que han ganado.

Los llamados contratos de colaboración empresaria no son de tipo asociativos pero tampoco son de puro interés contrapuesto. Subyace en este tipo de relaciones un interés común. Éste está representado por el éxito económico de la marca, del producto o de la red. Este éxito comercial beneficia a todos los integrantes de la red, en particular, al titular de la marca, producto, bien o servicio.

Es en interés del titular de la red que sus integrantes compitan adoptando políticas de mejora continua en la calidad del servicio y la atención al cliente, entre otros *value drivers*. Pero también es en interés del titular de la marca que quienes integran la red comercial sean leales a la marca; y para que ello ocurra es imperativo que el franquiciado obtenga una rentabilidad tal que salirse de la marca sea a un alto costo de oportunidad. En este tipo de relaciones comerciales (y más allá de los programas de inducción, cursos de capacitación, seminarios de fidelización y fines de semana en un hotel spa all inclusive), lo que vale e importa para ambas partes es la última línea del balance.

El titular de la marca descuenta que un alto margen bruto del franquiciado equivale a una menor rentabilidad del franquiciante. Es en este punto donde encontramos la principal puja de intereses del contrato de franquicia y donde el perfil *colaborativo* del vínculo termina ensuciando el cuadro de resultados (*urg.*, notas de crédito, notas de débito, sobre-estock de mercadería, penalidades, publicidad, entre otros gastos operativos que terminan socavando paulatinamente y de manera solapada el EBITDA del negocio).

La exclusividad de territorio es una de las barreras de entrada que el franquiciado necesita para asegurarse su renta. Más allá del beneficio operativo que pueda mostrar una planilla de cálculo lo cierto y real es que las ventas sólo pueden generarse con un mercado y éste se encuentra en zonas o territorios determinados. Dependiendo de cada zona, de la densidad poblacional, del segmento de consumo, del producto o servicio, la red de franquicia tendrá más o menos franquiciados por km cuadrado. Zonas con alta densidad poblacional y con altos ingresos permiten la convivencia de 2 o más franquicias en escasas distancias geográficas. De esto somos testigos cotidianos.

El Tribunal evaluó esta situación de hecho y juzgó que más allá del pacto expreso de exclusividad territorial este tipo de contratos exigen una exclusividad *implicita*. Si la instalación de un nuevo local competidor provoca una merma en la generación de EBITDA esa reducción de beneficio operativo es un perjuicio económico para el franquiciado. En la opinión del Tribunal nadie en su sano juicio se embarcaría en la explotación comercial de una franquicia a sabiendas de que el flujo de fondos proyectado estimado puede sufrir alteraciones sustanciales por la habilitación de una nueva franquicia. La sola amenaza de que esto ocurra obligaría al potencial franquiciado evaluar otras opciones con barreras de entrada más seguras.

Dijo el Tribunal: *más allá de la renuncia a la exclusividad territorial (que pudo haber pactado el franquiciado) la operatividad de esa renuncia no puede generarle un perjuicio. Esto no sería normal en el curso ordinario de los negocios.* En síntesis nadie renuncia a un derecho para estar peor.

Bajo este prisma es carga del titular de la franquicia velar por la salud comercial de su red. Esto quiere decir que no puede invadir el mercado a costa de los franquiciados generando competencia artificial.

Por lo tanto más allá del pacto de exclusividad territorial o de renuncia a la exclusividad, el Tribunal entendió que la relación comercial de franquicia impone al franquiciante un cuidado en el armado, diseño y extensión de la red. La apertura indiscriminada de locales sin ponderar o evaluar los perjuicios que esa apertura indiscriminada puede causar a los integrantes de la red puede ser causa de incumplimiento contractual.

3. La exclusividad territorial, flujos de fondos proyectados y EBITDA garantizado.

Los flujos de fondos proyectados se cargan en una planilla de cálculo considerando las ventas estimadas que el negocio puede generar y para ello se estudian tres datos elementales: (i) zona territorial, (ii) densidad poblacional y (iii) ingreso per cápita. Son estos datos los que le aseguran al franquiciado el éxito del negocio. Son estos datos los que muestran el éxito de la franquicia como modelo de negocio. Y esta información es generada por el titular de la marca, información que los integrantes de la red aceptan como válida y probada.

La generación de flujos de caja proyectados sólo puede avalarse científicamente con un estudio serio de la zona donde se instalará la franquicia. Conocer por anticipado si el territorio asignado es un mercado cautivo es vital en este tipo de relaciones de colaboración. Es el dato que le permitirá al franquiciado conocer con relativa certidumbre un dato esencial para la toma de decisiones de inversión: conocer la Tasa Interna de Retorno de la inversión inicial realizada y por lo tanto estimar el plazo dentro del cual podrá recuperar el capital invertido. Y esto no es un dato menor.

La incorporación de nuevos competidores y por lo tanto la necesidad de compartir el mercado con terceros traerá como efecto inevitable un cambio en las proyecciones estimadas. Esto significa reprogramar el plazo dentro del cual el franquiciado recuperará su inversión originaria. Y esto no es un dato menor. Esto puede significar un cambio sustancial en la ecuación económica del contrato.

Consensuar un flujo de fondos futuro no implica aceptar que sus variables se cumplirán más adelante pues todo sabemos que son sólo estimaciones o proyecciones. Ahora bien cuando esas proyecciones se ven profundamente alteradas a causa de la apertura indiscriminada de locales dentro de la zona territorial tenida en cuenta para el cálculo de las proyecciones financieras, estamos hablando de otra cosa. No se trata de un cambio de contexto ajeno a la voluntad de las partes sino provocada por una de ellas y esto sí puede devengar responsabilidad contractual. Esta es la enseñanza del fallo Grimoldi.

4. EBITDA asegurado.

Perfectamente alineado con lo que he comentado hasta aquí observo que en esta particular relación de franquicia el titular le aseguró al franquiciado una renta bruta, lo suficiente para poder afrontar los costes operativos (vrg., alquileres, sueldos de empleados, pago de servicios, papelería, publicidad, etc). El contrato le aseguraba al franquiciado una renta mínima del 60% del precio venta. Esto quiere decir que el 40% del precio sugerido al público era el precio de compra a Grimoldi. En términos contables el 40% representaba el costo de mercadería vendida.

Si bien el Franquiciante no aseguraba un EBITDA mínimo sino un beneficio bruto mínimo entiendo que en este particular contrato aquel beneficio bruto representaba el cierto modo el EBITDA del negocio.

Esta fórmula encierra una lógica económica: el costo de mercadería debía acompañar el precio sugerido al público. La diferencia entre ambos factores representa la renta del franquiciado. Bajar el precio de lista o aumentar el costo de la mercadería tendría impacto negativo en la fórmula remunerativa.

Más allá de la lógica económica de la fórmula elegida lo cierto es que el EBITDA asegurado, sumado a flujos de fondos proyectados preparado por el titular de la franquicia, más el territorio asignado, garantizaban al franquiciado cierto éxito en el negocio. El cambio de uno de estos factores estructurales del negocio implicó la alteración de la ecuación económica y por lo tanto un incumplimiento contractual.

5. EBITDA, beneficio neto y lucro cesante.

En este punto el Tribunal discrepó entre sí. El debate lo generó el vocal preopinante Dr. Monti.

El franquiciado solicitó como indemnización el equivalente a “X” EBITDAS garantizados tomando como base de cálculo la fórmula pactada. La terminación del negocio a causa de la apertura indiscriminada de un local a 20 cuadras de distancia implicó la pérdida de este EBITDA.

Reitero una vez más: la fórmula de EBITDA mencionada en este trabajo reflexivo es utilizado como sinónimo de margen bruto, habiendo siendo éste el beneficio efectivamente pactado.

El juez Monti expresó en su voto (en disidencia) qué debe entenderse por lucro cesante. En este sentido señaló que el lucro cesante debe sólo representar la ganancia frustrada, y como tal, debe ser la *ganancia neta*.

El juez sostuvo la siguiente premisa: el cálculo del lucro cesante efectuado por la parte actora sobre la ganancia bruta asegurada no puede referirse a la facturación bruta (ventas) sino, a una cifra que sea el resultado de deducir de las ventas los costes operativos.

Tomando esta frase a pie juntillas puedo afirmar que el juez Monti concluyó que el lucro cesante es el EBITDA frustrado.

Debemos hilvanar un poco más fino este concepto.

De acuerdo con nuestra ley de sociedades existen tres tipos de beneficios: (i) el beneficio bruto, (ii) el beneficio operativo y (iii) el beneficio neto. El primero resulta de la diferencia entre precio de venta y costo de mercadería vendida, el segundo surge de restarle al beneficio bruto todos los costos operativos y el último es el beneficio operativo luego de pagar todos los impuestos. Este último renglón del cuadro de resultados representa lo que todos conocemos como la *ganancia líquida y realizada* (*vid.*, artículos 64, 68 y 224 LSC).

La pregunta que uno puede formularse es: ¿es esta ganancia neta la que comprende el lucro cesante?

Si así fuera observo que el rubro lucro cesante no alcanzaría a compensar los daños de la ruptura contractual puesto que uno de los costos que el franquiciado debe soportar inevitablemente son todos los costos operativos del negocio (entre otros: alquileres, sueldos y otros gastos operativos).

6. El sobre – stock en la relación de franquicia.

El Tribunal condenó esta actitud del franquiciante. Está claro que cargar a la red con inventarios en exceso de lo que la red puede soportar no responde sólo una maldad sino que responde a una necesaria planificación financiera del propietario de la red quien precisa desprenderse de los inventarios y cargar todo su peso financiero del stock sobre la red de franquiciados.

La literatura financiera explica que los inventarios representan capital inmovilizado y como tal debe circular para generar flujos de caja. Poseer inventarios no es un buen negocio en épocas de estabilidad inflacionaria. Bajo esta ecuación financiera el fabricante necesita convertir sus inventarios en dinero y la mejor forma de hacerlo es enviando la producción a la red canjeando *bienes de cambio por cuentas a cobrar*.

Este simple pase contable genera en términos financieros una eficiencia mayúscula pues permite mejorar los índices de capital corriente y los de rentabilidad sobre el activo. Se observa así que la política de saturación de inventarios cargando los depósitos del canal comercial tiene por única finalidad perseguir un interés exclusivo del titular de la red.

Mirado el problema desde la perspectiva del franquiciado observamos que éste soporta todos los costos operativos de almacenaje y además absorbe inventarios con cargo a pasivos comerciales. No nos olvidemos que las *cuentas a cobrar* del titular de la red representan al mismo tiempo las *cuentas a pagar* de los integrantes de la red. En esta relación de crédito – débito se traba el conflicto produciendo en el franquiciado una situación de estrangulamiento financiero.

La fórmula de exceso de stocks, sumado a la disminución de ventas por apertura indiscriminada de locales, más precios de lista al público sugeridos terminó devengando responsabilidad contractual del franquiciante.

En precedente Grimoldi obliga prestar mucha atención en la redacción de los pactos de exclusividad territorial y en el diseño de las cláusulas de salida en los complejos negocios de colaboración empresaria.

Esperamos que estas reflexiones hayan sido de utilidad.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen