

Fecha: 31/08/2015

Autor: Pablo Alberto Lorenzo*

Título: EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. ¿CONFLICTO DE DERECHO CON LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO?

SUMARIO: I) EL CONSTITUCIONALISMO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. II) EL DERECHO DEL TRABAJO Y SUS FUENTES. IMPACTO GENERADO POR EL NUEVO CÓDIGO. III) EL CONTRATO DE FRANQUICIA. CONCEPTO. CARACTERES. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES. IV) MANDATO DEL ART. 1520, LA FALTA DE DEPENDENCIA. V) DISTINTAS INTERPRETACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO. VI) LA SOLIDARIDAD LABORAL DEL ART. 30 LCT. VII) EL ART. 31 Y 26 DE LA LCT Y EL FRAUDE. VIII) CONCLUSIONES.

I) EL CONSTITUCIONALISMO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

La reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 al otorgar jerarquía constitucional a los instrumentos de derechos humanos ha implicado paulatinamente revisar con espíritu crítico todo el plexo normativo inferior, generando en el sistema jurídico una modificación del paradigma que marca como fin y a la vez objeto a la dignificación de la persona humana a través del reconocimiento de sus derechos básicos.

El Código Civil y Comercial de la Nación no es ajeno a este nuevo status social, recogiendo los previos lineamientos que había marcado la jurisprudencia, y fija los límites del camino a recorrer por el derecho privado desde el inicio de su articulado.

Su artículo primero señala: “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

A continuación dispara respecto a la interpretación de las normas civiles: “Art. 2. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”, y sin solución de continuidad fija las reglas de ejercicio de esos derechos: los principios de buena fe, la veda del abuso del derecho y de posición dominante en el mercado, prevalencia del orden público por sobre las convenciones y la prohibición de la renuncia a las leyes (arts. 9 a 13); el reconocimiento de derechos individuales que pueden ser ejercidos colectivamente y derechos indivisibles, los derechos sobre el cuerpo humano y de las comunidades indígenas (arts. 14 a 18).

Se trata pues del “derecho civil constitucionalizado” que como expresa Mosset Iturraspe, implica la “publicización del derecho privado”(1) , a decir de Aída Kemelmajer de Carlucci constituye una “reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el

derecho privado”(2) y para Ricardo Lorenzetti significa “la constitucionalización explícita del derecho privado, incluyendo los tratados de derechos humanos incorporados al ordenamiento supremo desde 1994, la tendencia a igualdad real, la eliminación del trato discriminatorio, la multiculturalidad y la incorporación de los derechos colectivos.(3)

Una “modernización jurídica” que paradójicamente reconoce sus antecedentes en nuestra más rica historia, cuando se reseña que Alberdi en coloquial y apasionada divergencia con el redactor del Código Civil Vélez Sársfield sostuvo “No puede la Constitución política ir hacia el sur, y el Código Civil hacia el norte.... No podéis cambiar el orden político sin cambiar el orden social y civil en el mismo sentido, porque lejos de ser independientes y ajenos uno de otro, son dos aspectos de un mismo hecho”.(4)

Estos elementos conceptuales desde siempre habían sido aceptados por el Derecho del Trabajo, “pero que el derecho común los asuma abiertamente, legitima la expansión de esas ideas centrales al derecho en su conjunto e introduce nuevas formas de pensar lo jurídico privado”.(5)

II) EL DERECHO DEL TRABAJO Y SUS FUENTES. IMPACTO GENERADO POR EL NUEVO CÓDIGO

A raíz del nuevo sistema que determinó el texto constitucional de 1994 estructurando el derecho interno a partir de la redacción del artículo 75 inciso 22, los instrumentos sobre derechos humanos y los tratados internacionales se convirtieron en fuente directa de aplicación inmediata., impactando fuertemente en su contenido dogmático en lo que respecta al Derecho del Trabajo.

La CSJN a partir de 2004 ejerció una profunda acción en este sentido al referenciar a la normativa de derechos humanos internacional y tratados en forma constante en sus pronunciamientos, desde “Vizzotti” sobre sistema indemnizatorio, “Aquino” sobre reparación de siniestros, ambos precedentes de aquel año, hasta “Álvarez” sobre discriminación de 2010 o “Pellicori” de 2011 sobre distribución desigual de cargas probatorias en materia de despido discriminatorio, entre otros.

Respecto al Derecho Común como fuente normativa, el Derecho Laboral no lo reconoce expresamente, al menos en la enumeración que hace el art. 1 de la LCT. (20744), a pesar que casi la tercera parte de sus normas se relacionan con reglas del mismo, casi con una declamada finalidad “autonómica” tratando de no resignarse a reconocer los lazos funcionales, operativos, necesarios y atávicos (al decir de Arese) con el derecho común. Por tanto el panorama en que nos encontramos es, por un lado una constitucionalización del Derecho Común a través de la nueva norma, constitucionalización ya adoptada por el Derecho Laboral, y el Derecho Común como fuente inoculable del Derecho del Trabajo. En ese contexto y con suma precaución y modestia, plantearé un análisis básico sobre el contrato de Franquicia, su tipificación y regulación en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ya que en lo particular se advierte en el mismo una conjunción -probablemente una confusión o conflicto- de fuentes devenidas de la nueva norma de derecho privado, el derecho laboral y el zenit constitucional de ambas disciplinas. Dentro de este combo cómo conjugar la aplicación del orden público laboral, las pautas de la dependencia laboral y el principio de solidaridad laboral y la necesidad de una pronta unificación de criterios interpretativos sobre este punto, equilibrando principios de seguridad jurídica y justicia.

III) EL CONTRATO DE FRANQUICIA. CONCEPTO. CARACTERES. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

El contrato de Franquicia tiene su origen a fines del siglo XIX en Estados Unidos como método de distribución y venta de mercaderías a través de terceros. Por ejemplo, fue utilizado por la General Motors desde 1898 para la venta de automóviles o por Singer Sewing Company para la distribución y venta de máquinas de coser, y en 1899 Coca Cola comenzó a otorgar franquicias para el embotellamiento(6) . Etimológicamente, la voz "franchising" proviene de una palabra inglesa que deriva de "franchise", franquicia. Y el término "franc" -en francés antiguo- significaba el otorgamiento de un privilegio o de una autorización que el soberano concedía a alguno o algunos de sus súbditos, referidos a derechos de mercado, pesca o forestales(7).

Este contrato tiene una organización piramidal basada en una relación contractual, la que engloba la transmisión de un know-how, licencia y uso de una marca, asistencia técnica y contable bajo control del otorgante y de conformidad con un método preestablecido por él, en contraprestación de la cual el franchisee (franquiciado) paga un canon y otras prestaciones adicionales(8).

Desde un punto de vista comercial, o económico(9) es considerado un sistema de distribución comercial, o sistema de retail (aunque esta definición excluye a la franquicia de servicios). Es unánime la aceptación de las ventajas económicas que plantea este formato de negocio.

En el plano jurídico, hasta su definición en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, recibía el tratamiento de un contrato innominado(10) , que compartía características de otros contratos como el suministro, concesión, licencia y distribución. Una relación contractual encuadrada en el artículo 1197 del Código Civil, de características organizativas y empresariales(11).

La expansión del contrato de franquicia es inconmensurable. Pueden contarse por miles en todo el país y en diversidad de ramas, aunque son especialmente visibles en negocios gastronómicos y de vestimenta. También es notable el crecimiento de los conflictos por reclamos de solidaridad dirigidos por los dependientes de franquiciados hacia el franquiciante. La jurisprudencia ha montado un complejo armado de precedentes que, por los menos, hacen que este contrato se encuentre dentro de la atenta mira del operador jurídico laboral. La casuística es inmensa y siempre sujeta a debate(12) .

El artículo 1512 del nuevo Código define que “hay Franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado”.

El franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato, con la particularidad que el franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado.

Siguiendo a Marzorati(13) los elementos esenciales del contrato son:

a.- licencia de uso de una marca o nombre comercial y otros derechos de propiedad

intelectual: implica contratos de licencia de uso de derechos de propiedad intelectual o industrial de titularidad del franquiciante, o con derecho a conceder su uso, incluye la marcas comerciales, patentes, modelos y diseños industriales, modelos de utilidad, derechos de autor y secreto industrial.

b.- relación de distribución: es una relación contractual con vocación de continuidad y prolongada en el tiempo, para la distribución de productos o servicios. No es suficiente la celebración de compra ventas aisladas, pero tampoco implica necesariamente una relación de suministro.

c.- método o sistema comercial (know how): es la transmisión del formato y estructura de un negocio de éxito probado, que se reproduce exactamente en cada unidad comercial mediante manuales de procedimientos, capacitación, licencia de uso de patentes industriales e imagen comercial.

d.- control y asistencia técnica del franquiciante: si bien el franquiciado resulta un empresario independiente, el franquiciante brinda la asistencia técnica necesaria para la transmisión del formato, y también controla activamente el cumplimiento de los procedimientos y condiciones.

e.- integración de una red comercial: cada franquiciado forma parte de un sistema de distribución organizado territorialmente, fundado en estudios de mercados, beneficiándose cada uno con la reputación e imagen de la marca y los beneficios comerciales de toda la red empresarial.

f.- pago de canon y/o regalías: es la contraprestación por la transmisión del know how y la asistencia técnica.

g.- independencia jurídica y empresarial: franquiciante y franquiciado son empresarios diferentes, independientes entre sí, sólo relacionados comercialmente por el método del negocio franquiciado.

En su forma tradicional la franquicia y según la naturaleza comercial dentro de la cual emerge el contrato "parece" totalmente alejada de la contratación laboral, pues si bien existe una dependencia técnica y jurídica, éstas se dan dentro de un marco de naturaleza jurídica comercial, sin que se de a su criterio la dependencia económica ya que el franquiciado debe hacer una importante inversión de capital en el negocio para que se le conceda la franquicia y la integración del franquiciado se hace solamente para aprovechar su know-how, obteniendo las ganancias para sí y por su cuenta y riesgo.

Sin embargo, hay supuestos en que la franquicia puede alcanzar formas económicamente tan rígidas que llegan a modificar la estructura de la relación al punto que el franquiciado se convierte en un mero gestor, por cuenta y riesgos propios, de puntos de venta que pertenecen al franquiciante. Por ello no debo soslayar que importante doctrina también ha definido a estos contratos comerciales como "contrato sumisión"⁽¹⁴⁾ afirmando que en una pelea de "gladiadores" en las que se han convertido los mercados a raíz de las nuevas formas de comercialización, los procesos de integración de la actividad económica suelen instrumentarse, comúnmente, mediante convenios de complementación que con frecuencia ocultan, detrás de un escenario de aparente igualdad jurídica, una relación hegemónica a favor de una de las partes, que se plasma por lo convenido en las cláusulas pactadas".

IV) MANDATO DEL ART. 1520, LA FALTA DE DEPENDENCIA

El art. 1520 del CCCN establece una disposición sobre responsabilidad. El precepto comienza aclarando que "no existe relación laboral" entre las "partes" del aludido contrato,

tratándose de una cuestión ajena a los trabajadores de aquéllas, pues regla en la relación entre los comerciantes. Luego aduna (inc. a, art. 1520) que el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado "excepto disposición legal" en contrario. En el inciso b) esboza como principio la inexistencia de relación jurídica laboral de los dependientes del franquiciado con el franquiciante.

Este "mandato" del derecho común que claramente persigue la limitación de la responsabilidad del franquiciante por evidentes motivos de facilitar la comercialización de bienes y servicios y el desarrollo de la actividad económica ha de resultar – a criterio de gran parte de la doctrina al que personalmente adhiero (aclaro sin que esta adhesión tenga alguna significación relevante para el debate de los juristas de peso)- el nudo gordiano del debate respecto al contrato de franquicia.

Al respecto se pueden señalar tres hipótesis

a) La relación entre el franquiciante y franquiciado exceptuada de lo que es la "relación laboral" (art. 22 LCT), excepto casos de fraude admitidos por la propia norma civil y comercial (principio de la primacía de la realidad de Derecho del Trabajo art. 14 LCT), lo que implica un corset legal y positivo a priori sobre cualquier disquisición que se pretendiera respecto a la extensión del control entre "franquiciante" y "franquiciado" que solo se desvanecería ante las acreditaciones de la utilización fraudulenta del contrato de marras.

b) La inexistencia de relación laboral entre los dependientes del "franquiciado" respecto del "franquiciante" lo que prima facie elimina -salvo fraude laboral- las disposiciones de los arts. 26 (pluri empleador), 29 (intermediación de empleadores) y 31 (empresas subordinadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente).

Contando con una ínfima experiencia en relaciones laborales no resultaría extraño en nuestro país que, encubriendo el contrato laboral, conjuntos económicos mediando conductas fraudulentas o conducción temeraria —sin que sea necesario probar el dolo de los involucrados o un propósito fraudulento, dado que no se exige una intención subjetiva de evasión de las normas laborales, bastando que la conducta empresarial se traduzca en una sustracción a las normas laborales, con intenciones o sin ellas— (art. 31, LCT), o (art. 26 de la LCT), traten de eludir sus responsabilidades negando que el trabajador de la supuesta franquiciada tiene un vínculo dependiente con el franquiciante, quien en la realidad opera como empleador.

c) Por el contrario, no hace -al menos en forma expresa- referencia a la "responsabilidad solidaria" de quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito respecto a las relaciones laborales incluyendo su extinción y obligaciones de la seguridad social (art. 30 LCT), ya que en el ámbito del derecho del trabajo, no se requiere comprobar la existencia de relación laboral entre los dependientes del franquiciado y el franquiciante, pues puede haber cesión parcial del establecimiento o explotación (art. 30, párr. 1o, primera parte, LCT), contratación o subcontratación de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento dentro o fuera de su ámbito—lo que comprende no sólo la actividad principal sino también las secundarias de aquélla y con las cuales se persigue el logro de los fines empresariales—(art. 30, párr. 1o, segunda parte, LCT).

V) DISTINTAS INTERPRETACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO

La Ley de Contrato de Trabajo —de igual jerarquía que el Código Civil y Comercial (art. 31, CN)—, constituye un derecho especial tendiente a tornar operativa la tutela constitucional del art. 14 bis, CN y las emanadas de los tratados y convenios con jerarquía suprallegal (art. 75, inc. 22, CN), en armonía con el criterio actualmente impuesto en el Código Civil y Comercial.

El contrato de franquicia implica entre las partes un control de dominancia o dependencia, que independientemente del rótulo que quiera ponerse a la relación entre franquiciante y franquiciado y de las cuestiones y responsabilidades que puedan generarse entre las partes, no puede abstraerse de la necesidad constitucional de ponerse del lado de las víctimas o de los sujetos más vulnerables.

Así respecto a los usuarios (consumidores) cabe admitir la responsabilidad del franquiciante, en las relaciones de consumo, por los productos o servicios extendidos bajo su marca, aun por vicios o defectos de fabricación en un sistema estricto de responsabilidad objetiva (Ley 24.999).(15) Si esto ocurre respecto al tercero consumidor resultaría un cambio de paradigma la limitación de la responsabilidad respecto de otro tercero -dependiente laboral que merece con idéntico fundamento y aún mayor la "protección especial de la ley".

No se ha discutido en lo más mínimo que el Derecho del Trabajo aplica como técnica de interpretación el "orden público laboral" relativo en cuanto a admitir la autonomía de la voluntad únicamente para superar el piso de derechos establecidos por la norma. pos de resguardar los derechos de los trabajadores. Sobre este punto el artículo 12 del CCCN (Orden público. Fraude a la ley) señala que: "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir."

El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. El criterio doctrinario que conceptualiza el "orden público" según De la Fuente, en nuestro sistema jurídico, es que se trata de una cuestión que responde a un interés general colectivo, por oposición a una de índole privada, en la cual sólo juega un interés particular.

Sobre tales bases, se concluye que existen dos tipos o categorías de leyes: las que pueden ser dejadas sin efecto por las partes —llamadas supletorias, interpretativas o permisivas— y las que no, a las que el Código denomina de orden público, y que son precisamente las imperativas, puesto que lo que caracteriza y configura a éstas es la circunstancia de que las partes no pueden dejarlas sin efecto(16).

En cuanto a la sucesión de la norma en el tiempo, es regla inveterada de la teoría general del derecho aquella que enseña que la norma general posterior no deroga la especial anterior (*lex posterior generalis non derogat legiprior speciali*). Es sabido, asimismo, que las normas del derecho civil operan en el campo del derecho del trabajo como "derecho común", con vocación para ser aplicadas en el ámbito del segundo cuando no exista norma laboral expresa distinta o incluso en caso de carencia, siempre que no exista incompatibilidad con los principios generales especiales del derecho del trabajo, de allí que muchos autores entienden que la sanción del artículo 1520 CCCN en modo alguno obsta a

la aplicación de las normas del Derecho del Trabajo(17)

Autores como Arese expresan que la creciente y sofisticada relación contractual que se implanta entre ambas puntas de la relación franquiciado-franquiciante llega a identificarlas. Ambos ostentan iguales productos o servicios; se mimetizan locales, vestimenta de personal, procedimientos de comercialización o fabricación, etc. No existe una reglamentación específica laboral de un fenómeno de reciente data. Parecería que la línea divisoria para la aplicación de los artículos 30 y 31 LCT en términos de solidaridad contractual, pasa por distinguir una simple vinculación comercial y una relación asociativa, de control o de unidad técnica económica y comercial.(18)

Si el franquiciado actúa como unidad empresaria autónoma, con inversiones, establecimiento, dirige su explotación, asume controles directo, riesgos y se atribuye ganancias, el sistema de coordinación que lo une al titular de la marca no debería implicar necesariamente una mera intermediación. En todo caso, el franquiciante impone condiciones que no son esenciales al giro de la explotación sino una asistencia y coordinación técnica y organizativa impuesta a cambio de la conservación de la explotación de la marca. Por el contrario, si la relación es condicionante esencial de la actividad del franquiciado, no posee capital propio, autonomía en su capitalización y funcionalidad, organización y conformación societaria, es decir, si se trata de una extensión o dependencia del negocio principal, la situación cambia y no hay dudas de que se deben aplicar cuanto menos, las previsiones de las empresas controladas (art. 31 LCT), sin perjuicio del tratamiento de empleador directo (arts. 5, 6, 14 y 29 LCT) o solidario (art. 30 LCT).

Maddaloni, por el contrario es más absoluto en sus afirmaciones, al entender que no existe en la franquicia una integración económica ni confusión de patrimonios. Debe tenerse en cuenta que los riesgos están a cargo del franquiciado, como también los beneficios y la administración de la operación. La circunstancia de control por parte del franquiciante tiene sólo el carácter de una contrapartida del derecho al uso de la marca y la asistencia técnica de que goza el franquiciado, sin que corresponda ampliar desmesurada y peligrosamente el número de obligados solidarios(19)

Molina Sandoval justifica el texto del artículo, al considerar que el franquiciante no contrata un trabajo o servicio correspondiente a la actividad de su establecimiento, ya que la actividad del franquiciado se desarrollará en otro establecimiento, con autonomía. Sostiene que son sujetos (partes) independientes, en tanto el franchisor solamente le proporciona su marca, sus técnicas de producción, su know - how , en una palabra, su "plan negocial" y el franquiciado contratará los trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica del establecimiento.(20)

En conclusión, las particulares características que presenta el contrato de franquicia en general y las que pueden darle las partes a cada contrato, como así la variedad de situaciones posibles y los elementos aportados a cada plei-to, impondrán el análisis entorno a la aplicación de las previsiones de los arts. 26,30 o 31 de la LCT(21) , sin perjuicio de la existencia de otras normas laborales (arts. 14, 29—primera parte—y concs., LCT), o comunes según el campo de la responsabilidad (pudiéndose a modo de ejemplo, en el marco del derecho de daños, encuadrar la cuestión en los arts. 1753, 1757, 1758 y concs., CCCN).

Para comprometer la responsabilidad del franquiciante, en el ámbito del derecho del trabajo, no se requiere comprobar la existencia de relación laboral entre los dependientes del franquiciado y el franquiciante, pues puede haber cesión parcial del establecimiento o explotación (art. 30, párr. 1o, pri-mera parte, LCT), contratación o subcontratación de

trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento dentro o fuera de su ámbito—lo que comprende no sólo la actividad principal sino también las secundarias de aquélla y con las cuales se persigue el logro de los fines empresariales—(art. 30, párr. 1o, segunda parte, LCT), o existir conjunto económico mediando conductas fraudulentas o conducción temeraria —sin que sea necesario probar el dolo de los involucrados o un propósito fraudulento, dado que no se exige una intención subjetiva de evasión de las normas laborales, bastando que la conducta empresarial se traduzca en una sustracción a las normas laborales, con intenciones o sin ellas— (art. 31, LCT). Incluso podría existir responsabilidad en los términos del art. 26 de la LCT, demostrándose que el trabajador tiene un vínculo dependiente con el franquiciante, quien en la realidad opera como empleador, tratándose de un contrato de trabajo encubierto. Esta última hipótesis, que también se ha presentado en la práctica(22) y que admite la doctrina también con cita de los arts. 14 y 29 de la LCT(23) , se halla incluso aprehendida por el propio Código Civil y Comercial —art. 1520, inc. b, parte final (en lo que respecta al fraude).

VI) LA SOLIDARIDAD LABORAL DEL ART. 30 LCT

El artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo(24) establece el principio de solidaridad frente a las obligaciones laborales cuando las empresas contratan o subcontratan trabajos o servicios correspondientes a su actividad normal y específica.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha tenido diferentes posturas frente a la aplicación del principio de solidaridad laboral entre empresas subordinadas o relacionadas. Así, en *Rodríguez c/ Embotelladora Argentina S.A.* (1993) desestimó la responsabilidad solidaria de la empresa demandada con respecto a sus distribuidoras, sosteniendo que para que nazca tal responsabilidad es necesaria la existencia de una unidad técnica de ejecución entre ambas. El mismo año, en *“Luna, Antonio c/ Agencia Marítima Rigel S.A. y otros”* se expuso que “el sentido de la norma (art 30 LCT) es que las empresas que, teniendo una actividad propia, normal y específica y estimando conveniente o pertinente no realizarla por sí, en todo o en parte, no puedan desligarse de sus obligaciones laborales, mas sin que corresponda ampliar las previsiones de tal regla...” Claro está que estos fallos se dictaron en un contexto político y social coherente con estas ideas, no obstante no dejan de ser un precedente jurisprudencial.

En el año 2008, el criterio de la Corte dio un giro en *“Ajís de Caamaño, María Rosa y otros c/ Lubeko SRL y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA”*, donde se confirmó una condena por responsabilidad solidaria a YPF en beneficio de una empleada de servicios de limpieza de una empresa se servicios tercerizada. En minoría, Lorenzetti, Fayt y Maqueda insistieron con el criterio restrictivo de responsabilidad.

En el 2009, en *“Benitez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero S.A. y otros”*, se revocó un fallo que aplicaba la doctrina de “Rodríguez” por considerarla “inconveniente”, aunque lo más novedoso del fallo versó sobre las facultades del máximo tribunal para resolver cuestiones no federales a la luz del art. 75 inciso 12 de la Constitución Nacional. En este sentido, se señaló que su “intervención excepcional por vía de la arbitrariedad se circunscribe a descalificar los pronunciamientos que, por la extrema gravedad de sus desaciertos u omisiones, no pueden adquirir validez jurisdiccional”, y la solidaridad del art. 30 no encuadraba en este precepto.

En la misma línea argumental, pero con resultado opuesto, en el fallo “Scholles” del 2 de

marzo de 2011, se dejó sin efecto una condena solidaria con fundamento en la arbitrariedad de la sentencia de cámara.

Es así que la Corte Suprema de Justicia, en su actual composición, entiende que es facultativo de los jueces naturales de la causa la interpretación del presupuesto de aplicación derecho común, solo habilitando la instancia extraordinaria ante arbitrariedad manifiesta. Esta circunstancia habilita un abanico de posibilidades para la resolución de los diferentes casos, por lo menos hasta la entrada en vigencia del nuevo código.(25)

Este criterio a favor o en contra de la aplicación de la solidaridad, hasta el presente, pendula en la génesis del origen de la relación entre el franquiciante y franquiciado como un vínculo simplemente comercial, de control, de sumisión o asociativo, y de allí que mucho se ha discurrecido respecto al concepto de “actividad normal y específica” en la especie.

Para Lorenzetti, cuando la ley hace referencia a trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica del establecimiento, alude a un tipo de delegación. Se trata de una actividad que el empresario hace habitualmente, quien dirige, controla y dispone cómo se hace, y decide cederla a otro para que la haga. No se trata de empresas satélites sino subordinadas.(26) Y siguiendo esa idea, sostiene que lo que debe ser estudiado es la red, y no el contrato individual.

En su voto en el fallo “Páez, Augusto c/ Sindicato del Seguro del a República Argentina”, dijo que “la solidaridad se produce cuando se trata de una actividad normal y específica, entendiéndose por tal aquélla inherente al proceso productivo”.

Partiendo de esta definición de actividad “normal y específica” surge un evidente conflicto de derechos entre la limitación del principio de solidaridad, y su aplicación, ya que el mismo texto del nuevo código obliga al franquiciante a proporcionar información contable y financiera sobre la evolución de dos años de unidades similares a la ofrecida en franquicia. Es decir, se obliga a que el franquiciante opere una unidad de negocios idéntica a la que se franquicia. Al tratarse de actividades iguales se aprecia una directa colisión con el límite conceptual planteado en la Ley de Contrato de Trabajo respecto -cuanto menos- a la posible solidaridad (sino bien hasta su carácter de empleador) entre los contratantes comerciales.

Sin embargo, distinguidos autores como Marzorati(27) defienden la postura de que franquiciante y franquiciado son independientes, aunque medie una relación de cooperación entre ambos, adhiriendo a la tesis restrictiva del fallo “Rodríguez”, al sostener que en la franquicia se da una segmentación de un proceso comercial que, no mediando fraude laboral, resulta plenamente válido, tal parece la tónica del Nuevo Ordenamiento Civil y Comercial.

En el derecho comparado, para Carballo Mena(28) -autor venezolano-, la relación entre franquiciante y franquiciado supone una integración en una unidad económica funcional atípica, traducida a partir de la estrecha cooperación entre ambos y el estricto control del primero sobre el segundo, a los efectos de corroborar el correcto cumplimiento de las directrices de funcionamiento impuestas, más esta relación no puede asumirse como de intermediación o contratación laboral pues el franquiciado actúa en nombre y por cuenta propia, combinando bajo su propio riesgo los elementos que integran la empresa.

VII) EL ART. 31 Y 26 DE LA LCT Y EL FRAUDE

El artículo 31 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone son solidariamente responsables por las deudas con los trabajadores aquellas empresas que “constituyan un conjunto

económico permanente” cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria, lo que para la doctrina nacional resulta un hecho objetivo no exigiéndose como requisito la prueba de la “intencionalidad” tal como se ha indicado en reiterados pronunciamientos.

Esta solidaridad no se ha puesto en discusión con la nueva regulación del contrato de Franquicia, y tanto la doctrina y la jurisprudencia son coincidentes con respecto a la aplicación del principio de solidaridad ante la prueba del fraude laboral del art. 14 LCT(29).

Respecto a la responsabilidad en los términos del art. 26 de la LCT que considera "empleador" no solo a la persona física o jurídica sino al “conjunto de ellas” que requiera los servicios de un trabajador si se demuestra que la realidad del vínculo implica un un vínculo dependiente del trabajador con el franquiciante, quien en la realidad opera como empleador, lo que implica la aplicación de la figura del pluri-empleador.

Tratándose de un contrato de trabajo encubierto se configuraría la responsabilidad como de ambos en tal carácter como reconoce el propio Código Civil y Comercial —art. 1520, inc. b, parte final por existir fraude laboral(30).

VIII) CONCLUSIONES

En base a lo expuesto resulta claro que el legislador en la exégesis del CCCN a través del art. 1520 ha tomado partido por el sostenimiento de la actividad comercial de franquicia excluyendo cualquier posibilidad de vínculo laborativo entre los contratantes, salvo la hendidura del "fraude", e inclinado claramente por evitar la posible aplicación de la solidaridad del art. 30 de la LCT según se advierte de las previas manifestaciones doctrinales de quienes participaron en el proyecto.

Ahora este criterio no debe soslayar principios y fuentes constitucionales y protectorias comunes hoy tanto del Derecho del Trabajo como del Derecho Común; como tampoco la manda interpretativa del art. 12 del CCCN respecto a desestimar cualquier aplicación normativa contraria al orden público entre otros, porque de hacerlo implicaría una limitación de la responsabilidad respecto al tercero dependiente laboral del contrato de franquicia incompatible con la finalidad y hermandad de principios a la que hemos referido en los primeros títulos.

Por tanto resultará una tarea conjunta de los intérpretes jurídicos de ambos derechos lograr delimitar el alcance de ambas normas respetando los nuevos paradigmas, evitar que la nueva norma implique una regresión hacia el hiposuficiente trabajador y respetar la dinámica que necesita el contrato comercial de Franquicia, armonizando fuentes, propugnando la paz social y otorgando una debida seguridad jurídica tanto para las partes contratantes como para los terceros interesados.

NOTAS:

* Dr. Pablo Alberto Lorenzo. Adjunto Facultad Derecho UNR Derecho Laboral. Adjunto Fac. Ciencias Económicas UNR Derecho Laboral. Relator Juzgado Trabajo N° 2 Rosario.

(1) Mosset Iturraspe, Jorge, Derecho Civil Constitucional, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.

(2) Aída Kemelmajer de Carlucci “Bases constitucionales del derecho familiar en el proyecto de 2012, especialmente, en el ámbito de la filiación”. Ed Piura, 2012

(3) Lorenzetti, Ricardo L., ”Aspectos valorativos y principios preliminares del

Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en LL 2012-C, (23/4/12, 1).

(4) Juan Bautista Alberdi “El Proyecto de Código Civil para la República Argentina y las conquistas sociales del Brasil, carta dirigida a sus compatriotas y amigos” (noviembre 1867)

(5) Arese, César, “Visión laboral del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado de la Nación”, Revista de Derecho Laboral, Actualidad, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2012, Nro 2.

(6) Resulta interesante la experiencia contada por Neville Isdell en su libro autobiográfico “Coca Cola por dentro” Edit. Temas, donde relata como llevó a la empresa a su máximo nivel mundial conquistando mercados en territorios adversos del continente africano, utilizando este sistema de fabricación, distribución y venta de un producto que había perdido mercado en manos de sus competidores, y había sufrido una caída en su reputación e imagen de calidad.

(7) Chervin de Katz, Marta, ¿Qué es el franchising?, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 1.

(8) Cook, Cecilia; Iturralde, María y otros, Franchising, en Derecho Económico, N° 14, p. 119.

(9) Marzorati, Osvaldo lo define como punto de vista económico, en “Franchising”, Astrea, Buenos Aires, 2001”, p.1.

(10) Sánchez Pagano, Francisco, El contrato de franquicia comercial, Solidaridad Laboral en la Contratación y Subcontratación de Servicios, Colección Temas de Derecho Laboral, Errepar, Buenos Aires, 2008, p. 106

(11) Molina Sandoval, Carlos M., Franquicia, Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Cap. XXXIV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

(12) Arese, César, “Visión laboral del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado de la Nación”, Revista de Derecho Laboral, Actualidad, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2012, Nro 2

(13) Marzorati, Osvaldo. “Franchising”, p. 6

(14) Martorell, Ernesto E., La dominación de "guante blanco" o contractual (pacto de accionistas, concesión, distribución, franchising, etc.) de compañías comerciales. Responsabilidades derivadas de la quiebra de la sociedad vasalla, en Revista de las Sociedades y Concursos, N° 17, jul./ag. 2002, p. 30 y su cita 11.

(15) Muller Enrique Carlos "LA DEPENDENCIA" DISCUTIBLE EN DETERMINADAS RELACIONES: "CONTRATOS DE VIAJES COMBINADOS", "FRANQUICIAS Y OTROS". Rubinzal Culzoni Revista: Revista de Derecho de Daños. Año 2003-1 Responsabilidad del Principal.

(16) Rivera Julio César “Nuevo Código Civil y Comercial Comentado”. Ed. La Ley

(17) Fornaro Juan J. “Incidencias del Código Civil y Comercial en el Derecho del Trabajo”. Ed. Hamurabi.

(18) Arese César. Art. Citado.

(19) Maddaloni Osvaldo A “EL CONTRATO DE TRABAJO Y LOS CONTRATOS COMERCIALES”. Rubinzal Culzoni Revista de Derecho Laboral. Tomo: 2005 - 2. Contratación laboral. Cita: RC D 2257/2012

(20) Rivera Julio César. “Nuevo Código Civil y Comercial Comentado”. Ed. La Ley

(21) Confalonieri (h), “Efectos del contrato de franquicia respecto de los trabajadores del franquiciado”, en "Revista Argentina de Derecho Laboral y de la Seguridad Social", LXVII-112.

- (22) Fernández Madrid, *Microjuris*, MJJ63448).
- (23) Recalde - Ciampa - Recalde, "Precisiones sobre el Código Civil y Comercial y el derecho laboral", LL, 2014-F-787.
- (24) Art. 30 LCT "Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que les de origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social (...) el incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones (...).
- (25) Fera, Mario F., "Consideraciones sobre la extensión de responsabilidad por tercerización a partir de los fallos del Máximo Tribunal Nacional", *Derecho del Trabajo*, Infojus, Buenos Aires, 2012, Año 1 Nro. 1, p 152: "Con el caso 'Benitez' la Corte parece haber querido marcar un punto desde el cual pueda apreciarse con cierta claridad un antes y un después en la incursión por parte del Tribunal en temas no federales. Y precisamente parece haber querido marcar ese punto a propósito del tratamiento de un tema (el de los alcances del art. 30 de la LCT o el concerniente a las facultades de los jueces de la causa para interpretar con mayor o menor amplitud la configuración del presupuesto de aplicación de dicha norma) en el que la actual integración de la Corte, por mayoría, disiente con la integración anterior".
- (26) Lorenzetti, Ricardo L., "El fraccionamiento de la responsabilidad laboral, *Revista de Derecho Laboral, La Solidaridad en el Contrato de Trabajo*", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 132.
- (27) Marzorati, O. *Franchising*. P 399.
- (28) Carballo Mena, C., "Contrato de Franquicia y Responsabilidad Laboral en el Derecho del Trabajo Venezolano", Caracas, 2001.
- (29) CNAT, Sala VII, 9/9/08, "Lazarte, Paola K. y otros c. Sefama S.A. y otro", LL, On Une, AR/JUR/10510/2008. "La actividad de Sefama S.A. no difiere de la desarrollada por Lomitón Argentina S.A., y que ambas utilizan los mismos bienes personales, materiales e inmateriales (logo, knowhow, indumentaria, alimentos, forma de cocción, presentación, y hasta los mismos trabajadores), es decir que hacían uso común de los medios mencionados en el art. 5° de la LCT, por lo que es inevitable concluir que estamos en presencia de un conjunto económico en los términos previstos por el art. 31 de la LCT. Destaco que, si bien el fraude a la ley es un recaudo esencial para que se configure la responsabilidad empresaria solidaria del art. 31 de la LCT, ello no significa que debe probarse el dolo del empleador o un propósito fraudulento del mismo, lo que constituiría una "diabólica probatio". No se requiere intención subjetiva de evasión de normas laborales, tutivas del trabajador ni la demostración de una intención evasiva, basta que la conducta empresarial se traduzca en una sustracción a esas normas laborales (y éste es el caso de autos, con la falta de cumplimiento de los deberes que, como empleador, debió cumplir Sefama S.A.). El fraude queda así configurado, con intenciones o sin ellas".
- (30) CNAT, Sala V, 18/10/07, "Santa Clara, Mario c. L.L. y L. S.A. y otros", del voto en mayoría del doctor Zas, LL, On Line, AR/JUR/7457/2007, "No resulta exigible para la configuración del empleador plural o múltiple en los términos descriptos precedentemente que las personas integrantes del grupo se encuentren vinculadas por relaciones de subordinación o que se trate de un conjunto de carácter permanente. En efecto, en el marco del art. 26 de la LCT el empleador múltiple o plural aparece como una estructura

compleja, de carácter transitorio o permanente, formada por un conjunto de personas sometidas a una dirección unitaria, a través de vínculos contractuales o no, y con arreglo a criterios de coordinación, de subordinación o fórmulas intermedias y más descentralizadas de centros de decisión. No modifica la conclusión expuesta el contrato de franquicia alegado por la demandada, pues con independencia de la calificación jurídica de la vinculación entre ambas contratantes lo concreto y decisivo a la luz de los principios de primacía de la realidad y de irrenunciabilidad —pilares de nuestra disciplina— es que estas dos últimas codemandadas revistieron la calidad de empleador plural”.

Descargado de Editorial Juris

Editorial Juris Todos los derechos reservados