



Trabajo final de graduación- PIA

Las franquicias: su incidencia en la defensa de la competencia y en las relaciones laborales

MONTAGNA, LEANDRO

AÑO 2019

LEGAJO: VABG60754

DNI: 28865029

Agradecimientos:

A Dios quien es el que me guía en el camino de la vida,

A mi madre Rosana que es el ser de luz más hermoso del planeta

A mi padre Jorge que ya no está físicamente conmigo, pero presente en mi corazón

A mis hermanos Analía y Esteban que siempre me acompañan

A mi sobrina Lara que me hizo conocer un amor completamente inexplicable

A mis amigos que siempre me han acompañado en el transcurso de mi vida

Al club Estudiantes De La Plata por inculcarme los valores de trabajo, constancia y sacrificio.

Resumen

El Código Civil y Comercial¹ ha regulado los contratos innominados. Los contratos innominados son utilizados a nivel civil y comercial, entre los cuales se encuentra el contrato de franquicia. Ahora bien, el mencionado plexo normativo estipula normas que merecen un análisis, toda vez que establece la responsabilidad del franquiciante en caso de fraude laboral, a la vez que considera que el contrato de franquicia no obstaculiza el derecho a la competencia.

En este sentido, el presente trabajo de investigación analizará la legislación vigente, así como también lo indicado por la doctrina respecto de las franquicias y su incidencia en el derecho laboral y en el derecho a la competencia. Ello, a los fines de analizar, por un lado, hay afectaciones a derechos laborales ya que se encubre una relación laboral existente bajo una figura contractual diferente. Y, por otro lado, si el hecho que las empresas con franquicias no estén alcanzadas por la ley de defensa de la competencia vulnera el principio de igualdad ante la ley.

Palabras claves: franquicia – defensa de la competencia – principio de igualdad ante la ley – responsabilidad solidaria – derecho laboral

¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Abstract

The Civil and Commercial Code has regulated unnamed contracts. Unnamed contracts are used at a civil and commercial level, among which is the franchise contract. However, the aforementioned normative plexus stipulates rules that deserve an analysis, since it establishes the responsibility of the franchisor in case of labor fraud, while it considers that the franchise contract does not impede the right to competition.

In this sense, this research work will analyze the current legislation, as well as what is indicated by the doctrine regarding franchises and its impact on labor law and the right to competition. This, for the purpose of analyzing, on the one hand, there are effects on labor rights since an existing labor relationship is covered under a different contractual figure, and on the other hand, if the fact that franchised companies are not covered by the law defence of competition violates the principle of equality before the law.

Keywords: franchise – defence of competition - principle of equality before the law - joint liability

Índice

Introducción.....	6
Capítulo 1: Aspectos generales sobre la franquicia	10
Introducción	10
1.1. El contrato de franquicia.....	10
1.1.1. Concepto	10
1.1.2. Elementos del contrato.....	13
1.1.3. Clases de franquicias	17
1.1.4. Los cambios introducidos por el Código Civil y Comercial de la Nación	18
Conclusión	20
Capítulo 2: Defensa de la competencia y contrato de franquicia	22
Introducción	22
2.1. Defensa de la Competencia Comercial.....	23
2.2. Marco legal y atribuciones en el ámbito administrativo y judicial para la defensa de la competencia comercial.....	30
2.3. Medidas para la defensa de la competencia comercial.....	34
2.4. El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho a la Competencia.	39
Conclusión	46
Capítulo 3: Contrato de franquicia y derecho laborales.....	47
Introducción	47
3.1. Problemáticas	48
3.1.1. Relación franquiciante - franquiciado.....	48
3.1.2. Relación de los dependientes del franquiciado con el franquiciante. La responsabilidad solidaria prevista en el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo..	52
Conclusión	57
Conclusiones finales	59
Bibliografía.....	Error! Bookmark not defined.
Doctrina	Error! Bookmark not defined.
Jurisprudencia	63
Legislación.....	64

Introducción

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial² se reguló el contrato de franquicias, el mismo implica que no exista una relación accionaria entre el franquiciado y el franquiciante ya que de otra forma se trataría de una misma empresa. Sin embargo, considerar a cada franquicia una unidad de negocios separada a pesar de dicho contrato posibilita coordinar la compra con los proveedores.

La relación con la competencia, la publicidad y otras cuestiones puede derivar en aspectos que vulneren la ley de defensa de la competencia de hecho, sin perjuicio de ello no considerarlo una sola empresa dificultaría enormemente un proceso para limitar la existencia de una posición dominante en el mercado.

En este sentido, resulta llamativo que prácticamente todo lo previsto por el art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia³ describe el accionar de franquicias, y una coordinación pactada de forma contractual. Aun así, no existe posibilidad de limitar dicha concentración del mercado dejando trunco en este aspecto a la ley y afectando potencialmente los derechos de los consumidores. Por otra parte, las franquicias y los franquiciantes implican que en muchos casos se vulneren los derechos de los trabajadores, atento a que se esconde la verdadera relación laboral y la relación directa entre franquiciante y franquiciado.

Al respecto, la pregunta de investigación apuntará a responder lo siguiente: ¿se vulnera el principio de igualdad ante la ley el hecho que las empresas con franquicias no estén alcanzadas por la ley de defensa de la competencia y cómo se articula el contrato de franquicia con el derecho laboral?

² Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

³ Artículo 2 de la Ley 42 de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial de la República Argentina, 25 de enero del 2008.

El Código Civil y Comercial⁴ ha regulado contratos innominados, brindando un marco de regulación a tales instrumentos, ya utilizados a nivel civil y comercial cotidianas. Es por ello que, se dedicó una sección exclusiva al contrato comercial de franquicia. Sin embargo, se han establecido disposiciones conflictivas como las contenidas en los artículos 1520⁵, referido a la relación laboral, y 1523⁶, sobre el derecho a la competencia.

Dichas disposiciones consideran, una, que la franquicia no obstaculiza el derecho a la competencia. En tal sentido, el presente trabajo analizará estos conflictos que surgen de la contraposición de las normas del Código Civil y Comercial⁷ con la normativa específica en la materia.

La otra disposición del CCCN (art. 1520) considera, por un lado, que conforme al inc. a) Las partes del contrato son independientes, y no existe relación laboral entre ellas. Por otro lado, y más importante, que conforme al inc. b) los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral. En este sentido, es posible detectar un problema, ya que la normativa laboral (arts. 30 y 31 de la LCT, en especial el 31⁸) establece una serie de normas para evitar el fraude laboral a través de la intermediación.

⁴ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁵ Artículo 1520. Responsabilidad. Las partes del contrato son independientes, y no existe relación laboral entre ellas. En consecuencia:

a) el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario;

b) los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral;

c) el franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia. El franquiciado debe indicar claramente su calidad de persona independiente en sus facturas, contratos y demás documentos comerciales; esta obligación no debe interferir en la identidad común de la red franquiciada, en particular en sus nombres o rótulos comunes y en la presentación uniforme de sus locales, mercaderías o medios de transporte.

⁶ Artículo 1.523. Derecho de la competencia. El contrato de franquicia, por sí mismo, no debe ser considerado un pacto que limite, restrinja o distorsione la competencia.

⁷ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁸ Art. 31. —Empresas subordinadas o relacionadas. Solidaridad. Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.

Por otro lado, es cuestionable que se hayan incorporado normas de tinte laboral en el Código Civil y Comercial⁹, ya que se trataría de una injerencia poco conveniente.

El objetivo general del presente trabajo de investigación consiste en analizar si vulnera el principio de igualdad ante la ley el hecho que las empresas con franquicias no estén alcanzadas por la ley de defensa de la competencia, y por otro lado, si puede haber afectación de los derechos de los trabajadores en los contratos de franquicias.

Mientras que los objetivos específicos consistirán en examinar la regulación de la franquicia, y considerar las opiniones doctrinarias acerca de la regulación de la franquicia comercial en el Código Civil y Comercial¹⁰; indagar sobre la posible vulneración del derecho de la competencia mediante la figura de la franquicia; analizar el fraude laboral y su relación con las franquicias; analizar cuáles son los principios rectores del derecho de competencia.

La hipótesis por confirmar, o descartar, es que se vulnera la igualdad de derechos y el derecho a la competencia respecto de las franquicias, como así también se presentan casos de fraude laboral en la relación franquicia - franquiciante.

Ahora bien, respecto del tipo de investigación, el mismo será descriptivo. Mientras que la estrategia metodológica será cualitativa, por cuanto se busca, describir, profundizar, captar el sentido de las instituciones sociales, por medio de la comprensión analítica y/o interpretación de los significados de las normas que la regulan.

La técnica de recolección de datos que se empleará será la de observación de datos o documentos, es decir, la revisión documental de la legislación nacional y de los acuerdos internacionales, jurisprudencia y doctrina relativas al principio en estudio.

En cuanto a la delimitación temporal del presente trabajo, se tomará como punto de partida la sanción del Código Civil y Comercial¹¹. En cuanto a los niveles de análisis,

⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹⁰ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

la investigación comprenderá el estudio de doctrina, jurisprudencia y legislación nacional, haciendo referencia en algunos casos al derecho comparado. También se estudiarán aquellos acuerdos internacionales celebrados por la República Argentina que consagren principios o garantías relativas al instituto.

El presente trabajo de investigación se dividirá en cuatro capítulos. El Capítulo I analizará los aspectos generales sobre la franquicia, en qué consiste, cuál es su concepto y las clases de franquicia. El Capítulo II tratará sobre la defensa de la competencia y el contrato de franquicia, el marco legal de ambas y las medidas implementadas respecto de la defensa de la competencia. El Capítulo III abordará el contrato de franquicias y los derechos laborales, la responsabilidad solidaria del franquiciante y del franquiciado y qué indica el Código al respecto. Finalmente, se expondrán las conclusiones finales.

Capítulo 1: Aspectos generales sobre la franquicia

Introducción

Actualmente, se han incorporado a la legislación argentina nuevas formas de contratación comercial, entre ellas se encuentra el contrato de franquicia el cual fue creado con la finalidad de explotar a nivel económico y social los recursos de un negocio en múltiples espacios, pero tomando en cuenta ciertas limitaciones que se imponen legalmente. El mencionado contrato, se celebrará entre dos partes que serán el franquiciante y el franquiciado, en donde este último se responsabilizará de aprovechar tanto los bienes materiales como inmateriales del negocio que la parte activa le cederá. Siendo de esa forma un acuerdo novedoso que ha originado resultados positivos y negativos en el ámbito empresarial.

Es por ello, que es indefectible abarcar un profundo estudio sobre todos los puntos que se relacionen con el contrato de franquicia, iniciando con su conceptualización para que posterior a ello se desarrollen e identifiquen sus elementos. Asimismo, se requerirá determinar los tipos de franquicia y sus modalidades a nivel nacional.

1.1. El contrato de franquicia

1.1.1. Concepto

Considerando lo dispuesto en el primer aparte del artículo 1512 del Código Civil y Comercial¹², se puede definir el contrato de franquicia como un acuerdo que se celebra entre dos partes. Una de las partes se denomina “franquiciante”, el cual se encarga de otorgarle a la otra parte denominada “franquiciado” el derecho de utilizar un sistema previamente instaurado que cuenta con un nombre comercial, una marca y un emblema. Ello, con la intención de que se responsabilice de la comercialización de los bienes o servicios que con dichas calificaciones tienen a su cargo.

En este sentido, se constata que la franquicia busca establecer una empresa con una misma denominación en diversos espacios. De modo que las ganancias que obtengan como los impulsos de sus servicios sean similares, por ello se precisa que se está en presencia de esta modalidad cuando:

(...) el franquiciante otorga al 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 (Di Chiazza, 2015, p. 01).

Lo expuesto expresa que la mayoría de las franquicias son suscitadas con el objetivo de multiplicar las bases de una empresa que ha logrado cumplir con los preceptos legales y que, a su vez, ha tenido la oportunidad de obtener un resultado de carácter positivo en los niveles tanto sociales como económicos. Sin embargo, se visualiza que esta característica no es indispensable dado que quienes se encuentren a cargo de la empresa pueden tener la disposición de reproducir un negocio que no se encuentre en un estado lo suficientemente desarrollado, siendo esto a riesgo de los inversores.

En el mismo orden de ideas, se visualiza que el franquiciante tiene la obligación de exteriorizar los lineamientos que sigue la empresa, determinando ante el franquiciado

¹² Artículo 1512 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

todos los aspectos económicos y financieros de cada una de las dependencias con la finalidad de instruir sobre las posibilidades de triunfar con el manejo de este negocio. Esto viene a ser sumamente importante porque en el caso de que se llegue a obviar puede presentarse la situación en la que “el franquiciado alegue una suerte de omisión culposa del franquiciante en la información suministrada, o incluso, su desvío deliberado para inducirlo a error (dolo)” (Di Chiazza, 2015, p. 01).

A su vez, se establece en el inciso “b” del artículo 1514¹³ que el franquiciante también tiene el compromiso de surtir los conocimientos que ha obtenido en base a su experiencia, especificando las modalidades que fueron utilizadas para lograr el éxito de sus ventas, esto lo debería de hacer para que de ese modo no se le obligue a responder por si la empresa llega a fracasar. Asimismo, el segundo aparte del artículo 1512¹⁴ estipula que solamente el franquiciante debe ser titular “del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia” (Di Chiazza, 2015, p. 01). O deberá de tener a su cargo un poder que le acredite la potestad de utilizar y transmitir los mencionados derechos, porque de lo contrario el contrato sería nulo. Esta última autorización puede traer consigo una promesa de franquicia cuando todavía no se ha efectuado por completo el procedimiento que le otorgue las facultades al sujeto. De igual forma, se establece que la parte activa no tiene a su disposición la posibilidad de controlar los aspectos que resulten del nuevo local.

Por otra parte, también se ha señalado que los franquiciados investigan todo lo referente al negocio a través de un Manual Operativo (M.O.), en virtud de que las franquicias son “organizaciones autónomas externas que adoptan las modernas técnicas de comercialización que buscan lograr el equilibrio entre la producción y la demanda masiva de productos y servicios, dinámica por naturaleza” (Mizraji, 2012, p. 01). Por lo tanto, se estima obtener toda la información que sea necesaria sobre las condiciones que se presentan o que se pudiesen originar durante el recorrido existencial del negocio.

¹³ Artículo 1514 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹⁴ Artículo 1514 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

El mencionado manual es imprescindible por ser el instrumento que se concibe desde los inicios de la empresa, en donde se enmarcan los parámetros por los cuales los representantes y demás personas que formen parte de la misma se deben de ceñir. Es decir, es el “documento nuclear del sistema, el cual no puede faltar, ya que no se concibe a la franquicia comercial sin este instrumento” (Mizraji, 2012, p. 01).

Hecho este breve resumen, es indefectible abordar un estudio de este contrato en el marco de la legislación de Argentina. Puesto que se amerita conocer sobre todos los aspectos que se relacionan con este tópico para que de esa manera se puedan apartar las falsas conjeturas que se han originado a causa de erróneas interpretaciones.

1.1.2. Elementos del contrato

Los elementos del contrato de franquicia son de carácter real, personal y formal.

Elementos reales:

Entre estos se encuentra: el patrimonio, el cual constituye la empresa, esto comporta el nombre comercial (denominado actualmente como “designación de actividades”) que se adquiere solo por hacer uso de la franquicia, los bienes y servicios inmateriales que representan el negocio. Así como también la licencia de marca registrada, el emblema del franquiciante por ser “una marca constituida por un dibujo, que gráficamente puede representar cualquier ser u objeto” (Heredia, 2015, p. 2). También se considera que la patente de invención y los derechos del autor forman parte de ese conjunto patrimonial, siendo infalible el uso de la franquicia que permitirá hacer uso de la idea ya programada.

Asimismo, se deduce que este elemento también sobrelleva lo que son los bienes materiales utilizados para la elaboración de los productos o la prestación de servicio acorde al régimen legal y organizativo de la empresa. Esto se constata si se toma el ejemplo de McDonald’s como franquicia, esto es en virtud de que este restaurante de comida rápida mayormente provee los bienes y la mercancía que se utiliza para la adecuada elaboración de sus productos. El suministro de los bienes puede ser:

En forma "directa", por suministro de los propios bienes por el franquiciador y con carácter duradero; o en forma "indirecta", a través de las normas y especificaciones de calidad impuestas por el propio sistema o el acceso a la línea de proveedores autorizados. A veces, la transmisión comprende mobiliario y sede física o locales(Heredia, 2015, p. 3).

Dicha transmisión de bienes materiales e inmateriales son esenciales para definir un nuevo emprendimiento como franquicia, puesto que, si uno de los locales no cumple con los lineamientos generales, entonces no se podría decir que se está en presencia de este contrato. Dicho de otra manera, se requiere del "*know how*" por ser conocido como "un saber hacer que se trasmite" (Heredia, 2015, p. 03), que viene a ser sumamente importante porque con ello se evitará perder la naturaleza de la dependencia original.

Con respecto a este último punto, se visualiza que existen dos tipos de "*know how*" uno es "industrial", destinado a las empresas que producen bienes (como, por ejemplo: Coca Cola, Pepsi, entre otros). Y también uno "comercial" que va dirigido a los negocios que se encargan de prestar un servicio (como, por ejemplo: Burguer King, Pizza Hot, entre otros). Teniendo este último la necesidad de fundamentarse en los principios de control de técnicas y constante actualización, de esencialidad y de explotación exclusiva. El *know how* también amerita que posterior a los inicios de la empresa, se sigan generando conocimientos sobre los nuevos lineamientos, requiriendo de ese modo un estudio constante para el franquiciado. Por ello, se estableció que:

En efecto, una vez transmitido el "*know-how*" se habrá de proceder después a su permanente actualización, considerándose dicha prestación del franquiciante, por tanto, de ejecución sucesiva, porque los elementos que lo componen habrán de adaptarse constantemente a la evolución de las técnicas, las necesidades del mercado, de la clientela, etc., lo que lleva consigo que la propia "red" en general y cada una de las empresa franquiciadas integrantes de ella en particular, queden sujetas a eventuales cambios, variaciones o mejoras (Heredia, 2015, p. 04).

Por otro lado, también se encuentra el precio del contrato, fijado por el consentimiento de ambas partes. Este se materializa de las siguientes maneras: 1) un pago inicial (también denominado arancel de franquicia, *initial-fee*, *droit d'entrée* o canon inicial) que le hace el franquiciado al franquiciante con la finalidad de posicionarse dentro de la red comercial. Lo cual va a permitir que la persona tenga entre

sus manos la posibilidad de manejar los bienes materiales e inmateriales que se utilizaran para la ejecución del negocio y; 2) un canon o pago que se realizará durante todo el contrato y que se determinará tomando en consideración las ganancias que se hayan producido en determinado período.

Elemento personal

También se está en presencia de los elementos personales que son los individuos que se involucran en el contrato y que se identifican como “franquiciado” y “franquiciante”. Estos intervinientes pueden ser personas naturales con capacidad de ejercer derechos y deberes o, pueden ser jurídicas, siempre y cuando tenga la aptitud establecida por el ordenamiento jurídico, es decir, la capacidad de adquirir derechos y de contraer obligaciones, tal como lo dispone Heredia (2015).

Por lo anterior, surge la siguiente interrogante: ¿Cuál y como es la participación del franquiciante y del franquiciado dentro de la obligación contractual? para ello es indefectible verificar las obligaciones y los derechos de cada una de las partes. De esta forma, se encuentran entre los deberes del sujeto activo los siguientes: Se debe de encargar de proveer la información precontractual, en otras palabras, las pautas por las que se deberán de guiar para la elaboración de actos de mercadeo. Asimismo, se halla obligado a responder en caso de no cumplir con el primer aparte.

Por otra parte, debe de allanarse al principio de confidencialidad y, su vez, debe de responder en caso de infringir dicha primicia. Una vez formalizado el contrato, tendrá que poner a disposición la franquicia transmitiendo el “*know how*”, los bienes de la propiedad industrial como también los bienes materiales. Y para ejecutar el contrato deberá de proveer la asistencia técnica, es decir que “el franquiciante está en la obligación de proporcionar consejo y asistencia en cuestiones administrativas, operacionales y técnicas” (Heredia, 2015, p. 12). Además, tendrá que suministrar los bienes y servicios como también se encargará de asegurar el uso, disfrute y defensa de la franquicia.

Sobre los derechos del franquiciante se ha estipulado que pueden llegar a ser los mismos que los deberes, todo dependiendo del contexto en el que se encuentren, esto es debido a que la obligación de confidencialidad. Por ejemplo, puede llegar a ser considerado un derecho que tiene el contratante porque también se haría en pro de sus intereses. Asimismo, también se encuentran otros como lo son:

(...) el derecho a aprobar la ubicación de los establecimientos, el derecho a aprobar posibles subfranquiados, el derecho a recibir cuotas directamente de los sub-franquiados en lugar de tener que pasar por el franquiciado, y el derecho a tratar directamente con los sub-franquiados con independencia de cualquier decisión tomada por el franquiciado. Además, el franquiciador puede en el contrato de franquicia conservar el derecho de ofrecer consultas periódicas con respecto al funcionamiento de las unidades. La conservación de tales derechos por parte del franquiciador podría ir acompañada de la facultad de sancionar al franquiciado o sub-franquiados que incumplan (Heredia, 2015, p. 15).

Por otra parte, las obligaciones del franquiciado se disponen en el artículo 1515 del Código¹⁵ y se determinan las siguientes: debe de cumplir con todo lo establecido en el Manual de Operaciones de la franquicia para no desviarse de sus lineamientos y, a su vez, tiene que cumplir con la colaboración pertinente. Asimismo, tendrá el deber de informar sobre todos los sucesos que se afronten dentro de la nueva dependencia, como también de las inspecciones que se requieran para la mayor eficiencia empresarial.

Por otra parte, hará todo lo posible para proteger los derechos del franquiciante. De igual modo, deberá de pagar lo concretado con la parte activa dentro del plazo correspondiente. Y, al igual que el franquiciante, deberá someterse al principio de confidencialidad, siendo imprescindible porque:

Esta obligación hace a la esencia del contrato de franquicia, en tanto dispone que deberá guardar secreto acerca de los conocimientos adquiridos en función del contrato celebrado, así como de los sistemas que utiliza la empresa, el know-how transmitido por el franquiciante, subsistiendo esta obligación de reserva aun después de concluido el contrato de franquicia que vincula a las partes (Juyent y Rodríguez, 2013, p. 09).

¹⁵ Artículo 1515 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Entre los derechos del franquiciado, se encuentran varios como lo son: el de usar y gozar todos los elementos que conforman la franquicia, sub-franquiciarla siempre y cuando se encuentre autorizado. También podrá solicitar ayuda por parte del contratante durante la ejecución del acuerdo, tendrá la posibilidad de aportar nuevas ideas dentro del concepto comercial y otros.

Elemento formal

Este hace referencia a las formalidades que debe cumplir para su validez, partiendo de:

(...) un Preámbulo y de la definición del objeto contractual, al que siguen las licencias de marcas, patentes, etc.; la declaración de transmisión del "know-how"; las cláusulas específicas de actuación (...omissis...) enumeración de los derechos y obligaciones de las partes; duración, renovación y resolución; cláusulas de arbitraje, etc. (Heredia, 2015, p. 15).

Esto quiere decir, que el contrato de franquicia cuenta con dicho componente por el hecho de que tiene la necesidad de estar bajo ciertos formulismos para surtir efectos jurídicos. En definitiva, se concluye que en esta nueva materia contractual es imprescindible la existencia de bienes tanto materiales como inmateriales que permitan cumplir con los principales objetivos de las franquicias e igualmente se requiere que las partes tengan claro conocimiento sobre cuáles son sus derechos y obligaciones para no cometer ningún acto que perjudique a la otra persona. Otorgando así el requerimiento de que conozcan su posición dentro de la relación y; por último, deberán de guiarse por los procedimientos estipulados por la ley para la eficacia del negocio.

1.1.3. Clases de franquicias

Existen principalmente dos tipos de franquicia, estas son: la mayorista y la de desarrollo, en lo concerniente a la primera se caracteriza por ser el contrato en donde el franquiciante se encarga de conferirle a una persona (natural o jurídica) un territorio para que use, utilice y explote su negocio. Teniendo a su vez la posibilidad de sub-franquiciarlo, esto “se refiere a la posibilidad de establecer subfranquias por parte del franquiciado, con autorización del franquiciante, lo que también se conoce como master

franquicias” (Heredia, 2015, p. 07). Aunque, se puede visualizar en este tipo de contrato dos escenarios, uno en donde es el franquiciante quien se encarga de elegir quienes serán los sub-franquiciados y otro, en donde el que selecciona es el franquiciado.

Al mismo tiempo, se encuentran las franquicias de desarrollo, conocidas como una clase distinta por el hecho de que aquí el franquiciante tiene la responsabilidad de conceder a un sujeto denominado “desarrollador” el derecho de poder habilitar varios negocios bajo la misma línea de la franquicia. Lo cual permite entender que se puede hacer uso de su sistema, método y marca dentro del territorio que ambas partes hayan consentido, pero en donde este último no tendrá la oportunidad de sub-franquiciarlo sin la autorización de la parte activa. A su vez, también se señala que:

Las franquicias pueden clasificarse también en comerciales o industriales (art. 1524). Otra clasificación posible es la de franquicias "propias" e "impropias": entre las primeras se encuentra la "franquicia de empresa" (*business format franchising*) que encuadra la duplicación y desarrollo de un negocio; en cambio, las segundas son asimiladas a formas de distribución comercial, tales como la concesión comercial. Desde perspectiva distinta, también se señala que en la materia existen cuatro tipos de franquicias: 1) de distribución; 2) de marcas y nombres comerciales; 3) de fabricación, y 4) de explotación (Heredia, 2015, p. 08).

De esta manera, se logra precisar que las franquicias pueden originarse mediante de contratos que traen consigo muchas oportunidades que benefician tanto al franquiciante como al franquiciado. Todo dependiendo de la forma que decidan hacer valer lo estipulado dentro del acuerdo. Por lo tanto, se tiene la posibilidad de estar en presencia de una franquicia mayorista, de desarrollo, comercial, industrial, propias, impropias, de distribución, de marcas y nombres comerciales, de fabricación o también de explotación.

1.1.4. Los cambios introducidos por el Código Civil y Comercial de la Nación

En el Código Civil y Comercial¹⁶ se presenciaron novedades que permitieron un cambio en el ámbito legal de los contratos de franquicias. Por ello, algunos autores se encargaron de determinar las modificaciones que se presentaron, dado que de esa manera se puede visualizar si efectivamente hubo o no una mejora dentro de este contexto. Conforme a esto, uno de los mencionados autores fue Heredia, que se encargó de establecer lo siguiente:

El precepto sigue de cerca el texto del Proyecto de 1998, tal como se señala en los Fundamentos del Anteproyecto de 2012, bien que con tres variantes: a) hay modificación en la redacción inicial de la norma, ya que el aludido proyecto decía: "...Por el contrato de franquicia, el franquiciante otorga al franquiciado el derecho a utilizar..."; b) en el proyecto no aparecía la palabra "emblema"; y c) después de la referencia al conjunto de conocimientos técnicos aparecía el siguiente paréntesis: "...(*know how*)..." (Heredia, 2015, p. 15).

De este modo, se puntualizaron tres cambios fundamentales que fueron: Una alteración en la redacción, verificándose porque en el actual concepto se pasó a señalar como se llaman cada una de las partes y cuáles son sus funciones de manera precisa, por ello se dispone lo siguiente: "Hay franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado..." (Heredia, 2015, p. 15). Por otra parte, se agregó dentro del concepto el término "emblema". Y, se conceptualizó el "*know how*" como un conjunto de conocimientos técnicos.

Por otro lado, también se precisaron asimilaciones y diferencias con respecto a otros textos legales como, por ejemplo, el modelo de UNIDROIT. Debido a que fue utilizado como base para el establecimiento de determinados preceptos dentro del nuevo Código¹⁷. Sin embargo, su manejo no fue suficiente para darle autonomía al contrato de franquicia. De manera semejante sucedió con el proyecto de Reformas dispuesto en el

¹⁶ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹⁷ Artículo 1514 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

decreto N° 468/92¹⁸, en virtud de que en este material al contrato “se lo regulaba por remisión a las disposiciones del contrato de concesión en lo que resultara pertinente (art. 1341)” (Heredia, 2015, p. 15), pero con ello no lograban independizar su regulación.

También se modificaron particularidades que se relacionan con las diferencias existentes entre “acuerdo de franquicia” y lo que es “franquicia” según el Reglamento CEE N° 4087/1988¹⁹, esto es en el sentido de que en la definición de “franquicia” no se especifican quienes pueden ser los involucrados ni tampoco su finalidad, sino que paradójicamente, solo lo dan a conocer como un conjunto de derechos que forman parte de la propiedad intelectual. Sin embargo, se establece lo que es el “acuerdo de franquicia” asemejándolo al concepto de contrato. De este modo, la mencionada distinción no se encuentra taxativamente dispuesta en la ley, no obstante, se sigue instituyendo su existencia porque:

A la luz de tal distinción, que el Código Civil y Comercial de la Nación no hace pero que tampoco descarta, puede ser afirmado que si la franquicia es el conjunto de bienes inmateriales enumerado -de modo no taxativo, según se verá- en el propio art. 1512, el contrato de franquicia no ha de ser otra cosa que aquél por el que onerosamente una parte "otorga a otra" el uso de dicho conjunto, o mejor, la licencia de explotación de ese conglomerado de bienes y elementos intangibles (Heredia, 2015, p. 16).

Considerando lo comentado, se deduce que efectivamente los contratos de franquicia fueron creados con la intención de adaptarse al nuevo margen social. En virtud de que se enfocan en una participación que va a permitir generar ingresos a partir de un negocio preinstalado. De esta manera, se beneficiatanto a la parte activa como pasiva del contrato, esto es por el hecho de que: “Estos acuerdos forman una red de comercialización entre productores y distribuidores de naturaleza contractual en la cual se integran diversas alternativas de venta de productos” (Heredia, 2015, p. 02).

Conclusión

El contrato de franquicia, al igual que el de agencia y distribución, ha sido contemplado taxativamente por el hecho de que existían lagunas jurídicas en relación a

¹⁸ Decreto N° 468/92. Poder Ejecutivo de la Nación.

¹⁹ Reglamento CEE N° 4087/1988. Poder Ejecutivo de la Nación.

su existencia, pudiendo de ese modo regular ciertos aspectos que antes no se encontraban precisados en la norma. Igualmente, se estipularon los procedimientos y puntos que se debían de cumplir para la validez del contrato, dando a conocer cómo es su regulación en el nuevo Código Civil y Comercial²⁰, comparando de esa forma sus normativas con las del proyecto legal anterior. Asimismo, se verificó cómo pasó a ser un contrato que no requería del uso analógico de otras normas para poder surtir sus efectos jurídicos.

Todas las disputas generadas en tal sentido fueron opacadas por las disposiciones que estarían contenidas en el referido Código Civil y Comercial de la Nación²¹, que -desde una certera aplicación de la técnica legislativa-, ha consagrado y reconocido expresamente la figura del contrato de franquicia, y en su segmento, reguló la responsabilidad de sus partes. Cuando dicha norma ha sido analizada, se evidenció la presencia de una injerencia en el derecho laboral, al disponer el legislador unificador (como regla), la no existencia de un vínculo laboral entre sus integrantes, con las correspondientes excepciones: reserva de disposición legal y fraude a la ley laboral.

De la mano de dichas consideraciones, el panorama en la materia aludida ha dejado de ser incierto, y está dotado de una configuración normativa capaz de disipar las disputas teóricas que, en el desarrollo del instituto de la franquicia, han caracterizado su desarrollo e instauración. Dejando de ser una figura atípica, y convirtiéndose en un contrato regulado por el código unificado, así como sus repercusiones.

²⁰ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

²¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Capítulo 2: Defensa de la competencia y contrato de franquicia

Introducción

La actividad comercial tiene una fuerte presencia en la humanidad desde la conformación de las sociedades como una de las primeras interacciones no sólo entre humanos sino también entre las diversas colectividades de variada posición geográfica que ha llevado a la evolución en todos los aspectos.

Es por esa razón y debido a la propia interacción antes referidas lo que se pretende es marcar. Lo que debe observarse como una conducta normal y legal en relación a las relaciones que se entablan en el marco de las sanas interacciones comerciales en pro de beneficiar no sólo a los directamente relacionados sino también a los usuarios o beneficiarios de los productos.

Asimismo, la Defensa de la Competencia se encuentra regulada por el Código Civil y Comercial²², y específicamente por la Ley 25.156²³. A continuación, se analizará la legislación respecto de ella y su vinculación con el contrato de franquicia. A lo largo del presente capítulo, se analizarán los aspectos fundamentales de la defensa de la competencia comercial, que es fundamental para el ejercicio de las actividades mercantiles y económicas que rigen en la sociedad desde los albores de la misma.

²² Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

²³ Ley 25.156. Boletín oficial de la República de Argentina, fecha 20 de septiembre de 1999.

2.1. Defensa de la Competencia Comercial

El derecho a la libre competencia de los empresarios o personas que se dedican a este tipo de actividades es muy importante no sólo para el crecimiento personal de los individuos involucrados. Así como también para el resto de los consumidores, usuarios o beneficiados con las actividades que desempeñan en el ámbito mercantil y como consecuencia la economía del país se ve positivamente afectada.

Por lo cual, mientras existan en el mercado una diversidad de productos, servicios y ofertas, la economía se mantiene en un constante movimiento de intercambio. Resguardando no sólo el derecho de libre elección de los usuarios, consumidores y beneficiados de los productos y servicios, sino que además se salvaguarda el derecho de los comerciantes de ejercer sus actividades con las seguridades jurídicas necesarias.

A razón de este pensamiento, se puede señalar que lo que el Estado pretende en lo que a materia de competencia comercial se trata es velar por “la protección del interés económico general, el correcto funcionamiento de los mercados y el beneficio de la comunidad” (Ricciuti, 2016, p. 01). Con lo que se plantea el establecimiento de condiciones idóneas para poder lograr estos fines. No obstante, es necesario señalar que de la misma manera cómo evolucionan y se desarrollan las actividades comerciales bajo la legalidad y la buena fe.

También, se pueden dar situaciones donde se pretende vulnerar dicha actividad comercial para lograr fines personales o procurar el detrimento de otro comerciante o competidor. Ya que, al evolucionar los tipos de interacciones comerciales también evolucionan las estrategias que pueden ejercer estos agentes comerciales con relación a sus interacciones.

En relación a la observancia de la conducta, es esencial señalar que en palabras de la doctrina “la buena conducta estriba en no hacer nada de lo que está prohibido. De donde que quién actúa en terreno no prohibido por esta ley, no la infringe” (Ricciuti, 2016, p. 01). Este planteamiento se formula en base a una crítica sobre la ley específica

de la competencia en materia mercantil, haciendo énfasis en que es una ley sancionatoria.

Ello se debe a que, lo que se busca en materia de competencias es regular, al menos en el caso del Derecho en Argentina, por lo que se procura crear un marco sobre el cual deben guiarse las conductas que deben adoptar todas aquellas personas, naturales o jurídicas que se dediquen a la realización de actividades económicas. Existen algunas conductas consideradas como anticompetitivas o que atentan no sólo con el derecho que poseen a una competencia leal quienes a estas actividades se desempeñan sino también atentan contra las libertades económicas de la sociedad.

Entre estas conductas, destacan de acuerdo con Molina (2014), las siguientes: actos de confusión, actos de engaño, actos de imitación, actos de denigración, actos de comparación, violación de secretos empresariales, inducción a la infracción contractual, violación de normas y prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.

Actos de confusión

Los cuales se pueden definir como una conducta completamente desleal que procura la confusión de los usuarios o beneficiados en detrimento del competidor, bien sea mediante la forma del producto, el nombre o incluso el slogan comercial.

Actos de engaño

Son aquellos en los que el fin es aventajar a los competidores señalando que el producto, el servicio o la actividad comercial que desarrolla tiene muchos más beneficios o se desarrolla de una manera errónea para poder tomar ventaja en relación a los demás agentes que participan en la economía y en la actividad comercial.

Lo que se pretende es una exageración de las cualidades planteadas y con lo cual se engaña a la población en general y por ende al interés público ocasionando innumerables perjuicios a la sociedad y en especial aquellos beneficiarios o usuarios que se volvieron víctimas de dicha falsedad.

Actos de imitación

Esta se encuadra en que la imitación puede conducir no sólo a las estrategias que algún competidor tenga, sino que además incluye aquellas imitaciones respecto de la propiedad intelectual que procuran incurrir en un error a los usuarios o beneficiados en detrimento de la permanencia o incursión de un agente comercial en el mercado.

Actos de denigración

Son aquellos actos que consisten en ir en detrimento de la reputación del agente comercial, empleando diversos recursos para lograr su cometido, para convencer a la población en general el inconveniente del uso goce o disfrute de los productos o servicios del competidor para incrementar su presencia en el mercado en perjuicio de un tercero.

Actos de comparación

Con la finalidad de acaparamiento del mercado, estableciendo semejanzas con productos o servicios que por su naturaleza no comparten ningún tipo de vínculo, con el firme propósito de utilizar la confianza que se tiene de un producto o servicio para incluir los propios, eso es una conducta desleal.

Violación de secretos empresariales

Lo que significa que cuando se ha apropiado bien sea legítima (por acceso que se ha concedido) o de manera ilegítima (sin autorización) de la información privada y confidencial concerniente a la actividad comercial y se busca en base a ellas sacar el provecho en detrimento de su autor.

Esta es una de las conductas denominadas como supuestos clásicos de conducta anticompetitiva o de deslealtad competitiva, debido a la alta recurrencia que importa su ejecución y del daño sumamente grande que ocasiona a la víctima que desenvuelve su actividad comercial.

Inducción a la infracción contractual

Con este tipo de actividad lo que se pretende es que de manera desleal o impropia se pretenda eliminar del mercado a un competidor. Así como, recurrir al engaño para que los contratos que tenga ése competidor con terceros, influir a los mismos, aunque sea a uno para que dé por terminada su relación con el agraviado de la conducta o inobservara lo dispuesto en el contrato celebrado.

Violación de normas

Se refiere a que la conducta desleal la constituye el aprovechamiento indebido como producto del abuso o la infracción de normas que en materia de publicidad y ventas representa una ventaja demasiado amplia y desequilibrada. Ello se mide en comparación con aquellos competidores que, cumpliendo los lineamientos y leyes se encuentran en desventaja en comparación a aquellos que han abusado de las leyes y en vez de ser sancionados procuran una ventaja ilegal.

Este es otro de los llamados supuestos clásicos dada la gran actividad que muchos de los agentes comerciales han hecho de su uso para poder, aunque sea momentáneamente aventajarse con relación a sus competidores. Esta ventaja tanto en presencia en el mercado como en publicidad es tan amplia que no se puede determinar el daño que esta acción conlleva.

Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores

A diferencia de las anteriores clases de conductas descritas y que corresponden a conductas desleales, pero ésta en particular se orienta a la actividad que tiene entre el infractor (el que utiliza la conducta desleal a su favor) y aquellos con los cuales está destinada, es decir el consumidor, usuario o beneficiario.

Con lo cual, se pretende señalar que la conducta desleal se puede dar no sólo con respecto a los competidores o demás agentes comerciales, sino que también puede ir en contra de la población que constituyen los consumidores, usuarios o beneficiarios; y por tanto en contra del interés económico general de la sociedad.

Otra de las conductas que se pueden considerar como anticompetitiva de acuerdo a los autores Petrecolli y Graf (2011), como lo es la conformación de carteles que consisten en la agrupación de dos o más agentes económicos. Para poder de esa manera controlar en mercado en el cual se desempeñan lesionando los intereses no sólo de otros competidores, sino también de la sociedad en general.

En otro orden de ideas, es bueno resaltar con relación a la libertad de competencia lo siguiente “un sistema de libre competencia es, por esencia, simbiótico de la inversión y del avance tecnológico. Sin ellos se produce la desinversión” (O’Farrell, 2001, p. 01). Ello se debe a que la garantía de la libertad competitiva en materia comercial, induce a un avance no sólo tecnológico, sino que además un impulso significativo de la economía en todos los ámbitos.

Por lo tanto, con relación a la libertad de competencia en la doctrina argentina se ha planteado y constituido lo siguiente:

La libre competencia constituye, a partir de 1.994, una garantía procedimental del derecho fundamental a la libertad de elección en el marco de la relación de consumo. Esa naturaleza jurídica trae aparejado que se apliquen a ella todas las directivas propias de los derechos constitucionales (Justo, 2013, p. 02).

En este sentido, constituye una afirmación de lo que se ha venido afirmando a lo largo del presente trabajo. Ello debido a que la libertad de competencia necesita ser garantizada debido a su importancia para el avance económico de la sociedad y es fundamental que se le otorgue la relevancia debida y se garantice su protección.

Y es que, la práctica desleal socava la estabilidad económica y el libre mercado es por eso que se dice que “nótese que el delito de competencia desleal es siempre doloso” (Molina y Vítolo, 2013, p. 1). Por lo cual, se considera que la competencia desleal es siempre con la intención de sacar provecho o beneficio en detrimento bien sea de uno o más competidores o incluso de los usuarios, beneficiarios o consumidores. De igual manera, es necesario resaltar en torno a la conducta competitiva entre los competidos, las siguientes líneas:

La conducta competitiva entre los competidores –o agentes económicos- debe ser acorde con los usos y prácticas consideradas correctas y honestas por los que participan en el mercado. Para determinar si hay deslealtad debe evaluarse concretamente si el acto es contrario a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas (Molina y Vítolo, 2013, p. 1).

De esta manera, como se ha planteado con anterioridad, y recalcando lo mencionado, para que exista una verdadera conducta desleal o anticompetitiva en el ámbito comercial es imprescindible que cumpla con algunos requisitos. Algunos de ellos son: el dolo o intención, detrimento de la competencia o de los consumidores, beneficiarios o usuarios y atentar contra la buena fe.

En otras palabras, es necesario que para el surgimiento de una conducta desleal se den los supuestos antes mencionados que sirven para encuadrar las diversas actividades anticompetitivas antes descritas y que afectan negativamente tanto en el ámbito comercial como en la evolución de la sociedad.

Otra de las acciones que configuran como un atentado a la conducta que deben observar todos los agentes económicos es la denominada *sham litigation* en inglés, o la litigación engañosa. Por lo tanto, a pesar de los esfuerzos por frenar este tipo de conductas, el abuso y la ventaja que se toman los que incurren en estos actos es sumamente importante y muy difícil de determinar y evitar. De ahí que, de acuerdo a lo planteado por la doctrina este tipo de conducta responde al siguiente planteamiento que procura delimitarlo y conceptualizarlo con el tenor siguiente:

Sham litigation –litigación engañosa o temeridad concurrencial- es una conducta tendiente a evitar –u obstaculizar seriamente- el ingreso de un competidor en un mercado determinado –o un aumento significativo de su participación- que se desarrolla mediante el deliberado inicio de acciones judiciales, arbitrales, administrativas o de otra índole (Molina y Vítolo, 2013, p. 2).

Este tipo de conductas soporta un grave peso económico para la víctima de esta actividad, de ahí su carácter de prejudicialidad. Por lo que se trata de un abuso del derecho de petición ante los órganos del Estado con la única finalidad de ocasionar un daño o dilatación del tiempo que puede llevar a que un agente económico ingrese o

incremente su presencia en el mercado. Cuando existe este tipo de conductas, el competidor que se ve agraviado debe destinar tiempo y dinero en una litigación desgastante y sin fundamento ocasionándole pérdidas monetarias importantes que en un primer momento pudieron ser orientadas a su actividad comercial. Otro punto resaltante con relación a esta figura del “*sham litigation*” o “litigación engañosa” es que la misma se puede aplicar:

En casos en los que existe un abuso en los procedimientos judiciales, configurándose éstos cuando una acción se basa en una teoría jurídica claramente incorrecta, en derechos válidos cuya inaplicabilidad se conoce, o cuando el demandante tiene conocimiento de la inexistencia de la infracción (Molina y Vítolo, 2013, p. 2).

Cabe destacar que, otro de los aspectos de este tipo de conductas es la falta de motivación real o verdadera para iniciar un juicio en contra del competidor que se ha visto afectado por esta actividad, que necesita para su configuración no sólo el aparentar la vulneración de un derecho. Además, es precisa la intención de ocasionar un daño con el ejercicio de esta práctica. Ello con relación a lo antes expuesto y siguiendo esta línea interpretativa, que se trata de una modalidad de carácter:

Especial de abuso de derecho, que se aplica de una manera muy peculiar a un ámbito muy específico como es derecho de la competencia, y en especial, de la competencia desleal. Esta especial modalidad se relaciona con el abuso de los procesos e impone mesura y prudencia a la hora de iniciar o desarrollar procesos, pues de lo contrario el derecho objetivo no protegerá tal ejercicio jurídico (Molina y Vítolo, 2013, p. 1).

Esto es, la aclaración de los fines de la denominada “*sham litigation*”, y es que con el fin de obstaculizar la entrada de un competidor al mercado o de obstaculizar el libre desarrollo de su actividad de incurre en un abuso en el derecho de petición ante los órganos del Estado y al descubrirse su falta de fundamento de su accionar. Sin embargo, es menester resaltar el hecho de que “la intención de dañar no siempre es necesaria para que se configure el acto abusivo, bastando la mera imprudencia, temeridad o torpeza” (Molina y Vítolo, 2013, p. 5). Puesto que, también puede producirse que se haga o incurra en la “*sham litigation*” aun cuando no medie el dolo en un primer momento sino también por causa de imprudencia en la formulación de la petición o torpeza de la inadecuada pretensión.

2.2. Marco legal y atribuciones en el ámbito administrativo y judicial para la defensa de la competencia comercial

En el ámbito de la competencia comercial, en Argentina se encuentra la Ley 25.156²⁴, que regula estos aspectos a pesar de ser y especificarse más que todo como una ley sancionadora. Ello se debe a que la mayoría de sus disposiciones se basan en establecer las sanciones a las conductas consideradas desleales o anticompetitivas.

Otra de las críticas que se le han hecho a esta ley es la del tenor siguiente “la defensa de la competencia debería estar incluida en la regulación orgánica y procedimental de defensa del consumidor y no aislada de aquella” (Justo, 2013, p. 03). Ello, ya que, al ser normas conexas deberían plasmarse en un solo cuerpo normativo para que sea mucho más clara la regulación respecto a dicha materia.

Es necesario en este espacio precisar que “el régimen de defensa de la competencia es una de las piezas más importantes y delicadas de la organización económica del país” (Cabanellas, 2015, p. 03). Esta apreciación se debe al hecho de que al establecerse claramente y mantenerse en el ámbito de la competencia comercial una conducta típica y enmarcada en la buena fe se procura no sólo la estabilidad económica del país sino también se garantiza la estabilidad jurídica proporcionando un ámbito de prosperidad a la sociedad. Por lo cual, para evitar cualquier tipo de práctica desleal, en materia mercantil, se sancionó la Ley 25.156²⁵ se encuentra regulada por el Código Civil y Comercial²⁶.

Con base a esa importancia tan fundamental hacia la protección de la competencia comercial que el legislador ha planteado, en la mencionada ley, dos órganos fundamentales, en el ámbito administrativo se encuentra la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, dependiente de la Secretaría de Defensa del Consumidor.

²⁴ Ley 25.156. Boletín oficial de la República de Argentina, fecha 20 de septiembre de 1999.

²⁵ Ley 25.156. Boletín oficial de la República de Argentina, fecha 20 de septiembre de 1999.

²⁶ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Con respecto al ámbito judicial, incorpora la figura aún no constituida del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Es necesario resaltar que, en relación a los órganos y sus atribuciones, en la doctrina consultada por el autor Ricciuti, se dispone lo siguiente:

En virtud de las disposiciones legales, resulta correcto que las cuestiones ventiladas de la ley de defensa de la competencia, cuando se encuentran sumadas a infracciones de las leyes de defensa del consumidor y lealtad comercial es competencia de las provincias, excluyéndose a la competencia federal (Ricciuti, 2016, p. 02).

En lo planteado con anterioridad se puede especificar que, para facilitar la celeridad del proceso y la protección debido de la defensa de la competencia por ser una materia susceptible y fundamental para la sociedad por las implicaciones económicas que conlleva. Asimismo, en la Ley 25.156²⁷ y en el Código²⁸, se les atribuyen además a los órganos provinciales conocer en primera instancia de aquellas infracciones que puedan darse en este ámbito para darles un abordaje mucho más pronto y eficaz.

Otro aspecto importante es el relacionado con las medidas cautelares, y vale resaltar que “una cuestión objeto de reiteradas disputas bajo el régimen de defensa de la competencia es la relativa a las atribuciones de los organismos de aplicación de dicho régimen en materia de medidas cautelares” (Cabanellas, 2015, p. 03). Esto es que, en materia de medidas cautelares y la falta de armonía legislativa sobre ellas se hace necesario un estudio sobre este aspecto. Es en un primer momento la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia es quien tiene las atribuciones de investigación de las conductas desleales o anticompetitivas en materia comercial, ya que:

La atribución que permite que el organismo que realiza una investigación y que cuenta con la información, la especialidad, la experiencia y la agilidad para prevenir una lesión a los derechos constitucionales relativos a la defensa de la competencia, tenga herramientas adecuadas para tornar útil su actuación (Cabanellas, 2015, p. 01).

²⁷ Ley 25.156. Boletín oficial de la República de Argentina, fecha 20 de septiembre de 1999.

²⁸ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

En un primer momento, se considera que la Comisión antes mencionada es la facultada para dictar medidas cautelares en pro de la protección de los y salvaguarda de los derechos relacionados a la defensa de la competencia, debido al hecho de que es la encargada de realizar las investigaciones pertinentes a esta área. En vista de que, como se expresó con anterioridad, aun no se ha podido conformar el Tribunal Nacional de Defensa de la competencia por parte del ente correspondiente, en este caso se trata del Poder Ejecutivo quien presenta la mora en cuanto a su creación. Es menester, sin embargo, sobre este aspecto del proceso de expansión del régimen de defensa, las siguientes líneas:

En el largo y lento proceso de expansión del régimen de defensa de la competencia, las autoridades políticas no han logrado reconciliarse con la idea de que ese régimen. Han optado, por el contrario, por retener en sus manos el poder que se deriva del régimen de defensa de la competencia, con el peligro que entraña en cuanto medio de manipulación de la actividad privada en su conjunto (Cabanellas, 2015, p. 04).

Lo planteado anteriormente surge como una crítica al retardo que ha tenido el Poder Ejecutivo para la conformación de un órgano tan importante e imprescindible para la vigilancia y protección de la libre competencia y la defensa de la misma en materia comercial. Precizando detalladamente que, la inexistencia material de este órgano es perjudicial y deja una ventana abierta para la vulneración de los derechos de los agentes económicos. No obstante, necesario resaltar a tenor de la República Argentina, según la doctrina consultada, el siguiente planteamiento:

En la República Argentina existe la Ley de Lealtad Comercial, que regula algún aspecto de la competencia desleal, pero que se fundamenta más en la defensa del consumidor que en la concurrencia desleal. No tiene entidad dogmática para fijar las bases normativas de un régimen general y no puede considerarse una ley autónoma de competencia desleal (Molina, 2014, p. 01).

De esta manera, se reafirma lo anteriormente señalado y es que, la legislación en Argentina es muy lacónica en cuanto a la determinación de los casos de competencia desleal y la protección tanto a los consumidores, beneficiarios y usuarios como a los mismos agentes económicos encargados de desempeñar un papel esencial en la economía de un país. En este mismo orden de ideas, se hace indispensable precisar que, en cuanto a los actos de competencia, la doctrina ha previsto que:

Los actos de competencia desleal se caracterizan por ser actos de competencia que pueden causar perjuicio o daño a otro u otros competidores, que se encuentran destinados a crear confusión, error o descrédito con el objeto de provocar desviación de la clientela ajena, y cuya ilicitud deriva de la deslealtad de los medios empleados (Molina, 2014, p. 01).

Se hace mención a que la deslealtad que pueda surgir mediante el uso de diversas artimañas que provoquen un perjuicio y es lo que debe evitarse mediante la ley²⁹ y deben incluirse además las normas referidas a la propiedad industrial. Pues es un factor de mucha importancia y susceptibilidad de ser un instrumento para que se utilice como medio de una de las conductas tendientes a evitar o atentar contra la libre competencia.

En otro orden de ideas, se puede plantear el caso del monopolio y su abordaje en la legislación argentina por ser también una conducta tendiente a ir en contra de la libertad de competencia, el cual es del tenor siguiente:

Existe una incompatibilidad entre la configuración legislativa de defensa de la competencia que no sanciona per se la existencia de una posición monopólica, sino que sólo lo hace cuando se produce un abuso de aquella y siempre que pueda resultar en perjuicio para el interés económico general, según el criterio de la autoridad de aplicación que prescribe la prohibición de la estructura esencial para la configuración de esa posición dominante: el monopolio (Justo, 2013, p. 03).

El monopolio representa en el mercado económico una posición importante y una presencia favorecida para los agentes económicos que la ostentan. Y con base a ése mismo privilegio se pueden dar las condiciones básicas no solo para que surja en algún punto un rasgo de competencia desleal sino también un verdadero peligro para la libertad y diversidad comercial y de competidores.

Asimismo, y en referencia a los monopolios es necesario destacar de acuerdo a lo planteado por Justo (2013) que en la Constitución Nacional³⁰ se sumió una postura que considera a los monopolios en materia económica con un carácter ilegítimo, al prohibirlos de manera rotunda y completa, debido a la huella que genera de manera negativa en relación con la libertad de elección y el interés económico general.

²⁹ Ley 25.156. Boletín oficial de la República de Argentina, fecha 20 de septiembre de 1999.

³⁰ Constitución Nacional de Argentina.

Por otro lado, es necesario resaltar que, a pesar de los esfuerzos por parte del legislador de preservar el derecho a la competencia leal y justa y la libre elección, no se le reconocen ningún efecto o acción a aquellos que son usuarios, beneficiados o consumidores.

En este aspecto la doctrina emitida por el autor Justo, avocada a la materia del consumidor desde el punto de vista de sus restricciones, que:

El papel del consumidor se ve restringido al de esperar decisiones ajenas; se le confiere un lugar de destinatario reflejo de las acciones estatales, pero no se le reconoce expresamente por sí mismo la posibilidad de actuar por cauces eficaces para proteger la libre competencia (Justo, 2013, p. 03).

Con lo cual, se deja a un lado a otro de los actores en el ámbito de la actividad comercial despojándolo de acciones para hacer valer su derecho a la libertad de elección y mercado. Derechos que inspiraron en un primer momento, entre otros al reconocimiento del derecho de la competencia leal y su defensa.

2.3. Medidas para la defensa de la competencia comercial

La legislación en Argentina ha podido observar, a pesar de sus múltiples defectos y vacíos ha considerado la aplicación de ciertas medidas para poder, de alguna forma proteger la efectiva defensa de la competencia comercial y de ese modo prevenir las conductas desleales y garantizar el derecho a la libre elección. Una de las razones de este tipo de planteamiento es el expuesto por los autores Molina y Vitolo, los cuales exponen el siguiente tenor:

En un caso relacionado con la posible licitud de la conducta anticompetitiva (cuestión intrínsecamente relacionada a los efectos del presente con la figura del abuso de derecho) se consideró que la conducta dirigida a excluir a los competidores, aunque no sea lícita de ser evaluada aisladamente, puede configurar una monopolización punible, si la posición de mercado de quien la lleva demuestra que éste es el propósito que la alienta (Molina y Vitolo, 2013, p. 1).

En este sentido, considerando que la noción de libre competencia en materia comercial entendida ésta como la permanencia o entrada de un agente económico en el

mercado comercial o la oportunidad de su permanencia y distribución de sus productos y servicios para que puedan en algún punto ser elegidos por la población en general.

Se hace necesario resaltar que, al no tener otra alternativa y a sabiendas que, un agente económico competidor pretende establecer un monopolio. Con base a dicha premisa se puede establecer que al tratar de evitar que se instale como tal y que pueda generar vulneraciones no sólo a su actividad sino también al interés económico general. Por lo cual, se puede permitir que se produzca esta conducta ya que busca, proteger y de algún modo defender la libre competencia comercial.

Con relación a este punto, la misma doctrina de Molina y Vitolo (2013, p. 1), resaltan en cuanto a la defensa de la competencia lo que sigue:

En un caso (defensa de la competencia), el interés directamente protegido será el mercado y la posibilidad de competencia (tutela del interés económico general), aun cuando los intereses mediatos sea los intereses de los competidores y consumidores; en el otro (competencia desleal), la tutela atañe directamente a los competidores con independencia de la distorsión que dichas conductas desleales puedan generar en el ámbito concurrencial.

Con ello, se pretende establecer no sólo la diferencia entre la defensa de la competencia y lo que debe entenderse como competencia desleal para poder de cierto modo comprender que el uso del “*sham litigation*” pueda en algún punto, ser considerada una práctica legítima como último recurso para poder tutelar los derechos fundamentales.

Otro aspecto importante de la “*sham litigation*” es que puede ser ejercida de manera individual o colectiva, resaltando en su práctica que cuando se realiza este modo que no debe existir un vínculo o convenio que lleve a pensar que sea como conducta desleal.

Por lo tanto, este fin propuesto por varios competidores demostrando su solidaridad para un fin de evitar que se ocasionen perjuicios, sanciones o multas por la conducta que, cuando se logra evidenciar que sirvió para la protección de sus derechos y de los consumidores, usuarios o beneficiarios afectando el interés económico general. Por lo que, se refiere a los tipos de “*sham litigation*” se pueden establecer de acuerdo a

la doctrina estadounidense, quienes ha sido la principal fuente para la creación de esta figura plantean dos tipos cruciales como lo son, según lo especifican Molina y Vítolo (2013): la litigación predatoria y la litigación fraudulenta.

Litigación predatoria

Es aquella orientada a evitar que un competidor ingrese al mercado o incluso que, al recurrir a este tipo de actividad se le incrementen los costos para que desista de su intención de ingreso o permanencia en el mercado de acuerdo al caso en concreto. Sin embargo, gran parte de la misma doctrina de Molina y Vitolo (2013, p. 1), considera unos subtipos de litigación predatoria a saber:

La litigiosidad entre competidores puede ser predatoria cuando: (i) el demandante es un competidor dominante en un mercado; (ii) el demandado es un potencial competidor o ha ingresado recientemente en el mercado; y (iii) el efecto buscado, facilitado o generado por el demandante es el de prevenir o retardar la entrada de dicho competidor potencial en el mercado, o causar inclusive la salida del que ha ingresado recientemente.

Por lo antes expuesto, se puede establecer que este tipo de clasificación es la que se toma como la típica para especificar esta conducta como competencia desleal, dada que la misma se produce como resultado un perjuicio para el competidor afectado y demarca un espacio privilegiado en el mercado comercial.

Litigación fraudulenta

Por su parte, se caracteriza por ser de igual manera una conducta desleal donde lo único que se busca es el desprestigio del competidor intentando contra el mismo no solo una, sino que también se puede dar el supuesto de que sean varias acciones en su contra. Un aspecto a resaltar es que, en torno a un competidor injusto, según la doctrina de los autores Molina y Vitolo (2013, p. 9), se puede:

Un competidor injusto puede, mediante sham litigation, instrumentar no sólo con acciones civiles, administrativas, de consumo, laborales, etc., sino que puede canalizarse a través de acciones penales, en las que incluso podría incorporarse como querellante particular o incoar la acción civil dentro del proceso penal.

Con lo antes expuesto se puede precisar que, otra de las características contrarias a la conducta leal en el campo de la competencia comercial es precisamente ocasionar un perjuicio o daño, eso incluye tener como anexo a un proceso iniciado de mala fe otro de distinta naturaleza, incluso penal. En relación a ello, la doctrina de Molina y Vitolo (2013, p. 10), en cuanto a la acción civil, ha especificado y aseverado lo siguiente:

Es muy probable que la acción civil por cese de litigación fraudulenta (o predatoria) –según el caso- muy en cuenta el resultado de la acción penal y en muchos casos podría configurarse un supuesto de perjudicialidad penal, ya que la conducta podría ser abarcada no sólo por el régimen civil de la competencia desleal sino por la penal.

De acuerdo a lo antes expuesto, lo que se considera lo más perjudicial de la sham litigation es que en ella se puede dar cabida no sólo a un daño en materia civil y mercantil (por el ámbito económico). Sino que, además, la unión de un proceso penal que conlleva a un perjuicio mucho más grave. Con relación a esta misma figura, es imprescindible comentar, manteniendo la doctrina de Molina y Vitolo (2013, p. 11), lo siguiente:

En ambos casos (sham litigation y daños y perjuicios), el eje de la prueba radica en determinar la deslealtad de la conducta (esto es, que el inicio de dichos procesos judiciales tuvo como finalidad el aumento de los costos de ingreso o mantención en el mercado o afectar el nombre, prestigio o marca de la empresa –para distraer a su clientela- de manera de perjudicar su ingreso o permanencia en el mercado de que se trate).

De acuerdo a lo anterior, se especifica la razón de ser para poder establecer de manera clara la forma de poder especificar la prueba de los alegatos que determinen de manera precisa la deslealtad del competidor y su intención de causar daños y perjuicios económicos.

Otra de las figuras que se configura en el ordenamiento argentino como una medida de defensa de la competencia comercial es la llamada compromiso al cese de conductas anticompetitivas. Dicho compromiso es sólo por aquellas conductas investigadas por ser sospechosas de ser desleales por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Con relación a ello, es necesario destacar en cuanto a los acuerdos celebrados por el denunciado y las autoridades, que:

Los acuerdos entre el denunciado/investigado y las autoridades se han convertido en el principal instrumento que tienen las agencias de defensa de la competencia en el mundo para hacer cesar las situaciones que a priori se consideran anticompetitivas (Liefeldt y Navarro, 2014, p. 1).

Estos convenios realizados entre la Comisión Nacional de Defensa del Consumidor (en el caso de Argentina), se emplea para evitar que se perfeccione un comportamiento que pueda atentar contra la libre competencia comercial. En este estadio se evita la realización de un procedimiento desgastante con el mismo fin, limitando de ese modo la capacidad de acción sobre otros casos que se puedan suscitar en el marco de la defensa de la competencia comercial. Con respecto, a la intención de la creación de esta figura de compromiso se puede señalar según la doctrina de Liefeldt y Navarro (2014, p. 1), que:

Es evitar un dispendio jurisdiccional inútil en investigar conductas y hechos cuyo cese puede ser obtenido voluntariamente, y cuya irrelevancia no justifique asignar recursos escasos para su sanción. En efecto si la conducta investigada es lo suficientemente relevante como para generar un perjuicio económico general y la posibilidad de su repetición es alta por parte de otros sujetos, corresponde que la Comisión continúe con la investigación.

Con lo anteriormente expuesto, se puede destacar que para poder llevar a cabo la aceptación del compromiso y que de esa forma quede por terminada la investigación que realiza la Comisión antes mencionada, la conducta desleal no puede ser lo suficientemente grave. Debido a que esto afectaría a la colectividad en general y produciría aún más conductas similares y por lo cual se toma la idea de seguir con el procedimiento administrativo hasta su sanción en procura de salvaguardar los derechos y la defensa de la competencia comercial.

Además necesario resaltar que, la idea del compromiso debe llevar consigo la oportunidad de solucionar la problemática que pueda surgir por la acción de una conducta desleal para la competencia. En este sentido, al firmarse y aceptarse dicho compromiso debe detenerse la misma y evitar que se ocasione el daño. No obstante, es indispensable señalar que según Liefeldt y Navarro (2014, p. 02), la aceptación del compromiso será dada mediante los siguientes términos:

La aceptación del compromiso no implica un reconocimiento de la imputación realizada por la Comisión en el acto de apertura del sumario que diera origen a la investigación no puede válidamente justificar por sí misma un reclamo para el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiera podido ocasionar la conducta investigada.

De acuerdo a lo anterior, el compromiso al cese de actividades anticompetitivas no constituye un acto sobre el cual se acepta que se incurrió en daños y perjuicios y su firma sea capaz de pretender que los mismos sean resarcidos. Dicho compromiso se refiere solo al hecho de aceptar que la conducta que se estaba presentando era incorrecta y que se modificará a una aceptada. Sin embargo, se hace necesario resaltar el planteamiento del tenor siguiente referente al compromiso en lo que sigue:

El compromiso al cese de las conductas investigadas es una forma de finalización del procedimiento y su aprobación por la Secretaría implica que automáticamente se suspende el procedimiento de investigación y el archivo quedará condicionado a que en un plazo de 3 años se cumpla (Liefeldt y Navarro, 2014, p. 04).

En relación a lo anterior descrito, es necesario precisar que para que la aceptación del compromiso cumpla su fin debe, en algún punto ser homologado por la Secretaría Ministerial a la cual está supeditada la Comisión. Asimismo, se establece un lapso de tiempo para que el cumplimiento del mismo pueda ser llevado a cabo.

Es necesario resaltar que, si no se llega a cumplir con el compromiso o cuando por oficio o a petición de parte antes del vencimiento del plazo, se puede reabrir el procedimiento y el compromiso quedar sin efecto. En cuanto a la apelabilidad de la decisión de la Comisión de ofrecer el compromiso, la doctrina manifiesta que:

Sin perjuicio del criterio de amplitud que se verifica para la apelabilidad de las sanciones a los efectos de garantizar el debido proceso y la revisión judicial suficiente de la Administración, en tanto el compromiso no constituye una sanción su aceptación o rechazo por la Comisión no constituye una resolución apelable (Liefeldt y Navarro, 2014, p. 05).

Conforme a lo anterior, se puede precisar que la decisión cuando se acepta el compromiso. Y de ese modo se suspende el proceso, dicha decisión no puede ser apelable pues no constituye una decisión como tal y por ende al no emanar de la Comisión la misma no puede ser objeto de recurso de apelación.

2.4. El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho a la Competencia

Según Cabanellas de las Cuevas y Serebrinsky (2013, p. 02), se debe tener en cuenta, como premisa fundamental, que:

La celebración, ejecución y terminación de las relaciones jurídicas emergentes del contrato de franquicia comercial —al igual que las emergentes del resto de los contratos de distribución comercial— constituye un campo enormemente fértil para que se produzcan conductas violatorias del Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, tanto unilaterales como concertadas, así como horizontales y verticales.

Lo anterior expuesto, en esencia, responde a la parcial ausencia que se ha verificado sobre el tratamiento doctrinal y jurisprudencial del derecho y defensa a la competencia, y con mayor grado de inercia, se ha interrelacionado el conjunto de consecuencias y repercusiones que se generan en tal entorno, a raíz de los mencionados contratos de distribución comercial.

A la ausencia parcial de planteamientos teóricos registrados sobre el tema en cuestión, debe sumarse la naturaleza propia del *franchising*, especialmente en su relación con lo determinado legalmente sobre la defensa de la competencia como garantía de saneamiento y funcionalidad económica de todo Estado. En ese sentido, se considera apropiado señalar que:

(...) el contrato de franquicia comercial constituye uno de los métodos de intermediación disponible para los productores de bienes y servicios respecto a los consumidores de los mismos. De tal forma, que al ser el franquiciado un intermediario que hace llegar al consumidor los bienes y servicios que produce el franquiciante, o que se producen con los conocimientos y signos distintivos que éste proporciona, queda así integrado verticalmente en la estructura de distribución de los mismos (Cabanellas y Serebrinsky, 2013, p. 03).

Ahora bien, sobre la base de los argumentos asentados doctrinalmente y recogidos por los exponentes que han sido previamente citados, se debe explicar *inextenso*, a qué se refieren tales estudiosos del derecho comercial, con la integración del contrato de franquicia, como mecanismo de estructuración vertical de la cadena de consumo.

De esta manera, se hace referencia a la configuración de una estructura de lineamiento vertical. En la cual, una empresa que detenta el poder y la capacidad económica para expandir los horizontes de su actividad comercial (en este caso, el franquiciante), lleva a cabo una delegación de elementos propios de su identidad, a fin de sujetar medianos y pequeños grupos económicos al designio de su existencia.

En otras palabras, se plantea un esquema en el cual, el franquiciado representa sólo una manifestación empresarial del franquiciante. Lo que –en términos materiales– implica el nacimiento de sociedades destinadas a recrear una imagen que, en definitiva, expande su espectro de acaparamiento de destinatarios finales de su actividad.

Por ello, pese a existir todo un compendio de aspectos que, en el plano formal, sirven para diferenciar a la empresa franquiciante de la autónoma existencia registral del franquiciado (a todas luces, concebido como una persona jurídica), en el plano del derecho antimonopólico, no es más que una fiel representación de la primera mencionada. Y ello, en el estadio de la potencialidad, deriva en graves consecuencias para la defensa del derecho a la competencia. En complemento, la doctrina reconoce la existencia de un elemento característico de la competencia (impropiamente catalogada, a juicio de los mencionados exponentes teóricos), que subyace en la idea de que:

Lo que caracteriza a los actos anticompetitivos verticales no es la falta de efectos horizontales, sino que esos actos se originan y concretan entre empresas que operan en distintas etapas del proceso productivo. Esto implica que las motivaciones para los actos verticales tienden a (...) hacer sentir en forma relativamente inmediata en los precios y rentabilidad de quienes acuerdan las prácticas horizontales (Cabanellas y Serebrinsky, 2013, p. 03).

Se aprecia, a la luz de las consideraciones plasmadas en la precedente cita, un elemento que resulta clave en la subsunción de los efectos que derivan del contrato de franquicia, respecto de lo previsto legalmente en materia de la defensa de la competencia. Es pues, la segmentación de una actividad productiva en diversas etapas, una de las más típicas manifestaciones llevadas a cabo por medio del *franchising*.

De esta manera, se desconcentran cargas inherentes al complemento de la misma, generándose un impacto que favorece las finanzas, tanto del franquiciante, como

del franquiciatario. A título hipotético, se puede referir el caso en el cual un gran corpóreo internacional, encargado de la producción de golosinas, suministra el producto a distribuidoras nacionales que acerquen el mismo al consumidor.

En ese escenario, se ha segmentado la actividad productiva en dos fases fundamentales: producción y comercialización, por un lado; y distribución, por otro. Como consecuencia, la confección de una relación de franquicia en la que el franquiciante ocupe el lugar del productor, y el franquiciado, el puesto del distribuidor, integra dentro de una misma marca o identificación comercial, diversas etapas de una misma actividad que generará proporcionales beneficios para ambos.

Al respecto, se evidencia la presencia de una problemática de operatividad jurídica, pues el mismo grupo de estudiosos, señalan la ausencia de disposición prohibitoria expresa, en torno al minucioso examen del texto legal que rige vertebralmente, el aludido tópico, como lo es la ley 25.156. Denominada como Ley de Defensa de la Competencia³¹. No obstante, dicha realidad, se afirma que:

(...) ello no significa que sea extraña la existencia y aparición de conductas violatorias de la competencia como actos verticales. Todo lo contrario, lo único que significa es que las conductas verticales no están prohibidas per se, sino que hay que estudiar caso por caso la práctica concreta bajo el estándar de la regla de la razón para así establecer su ilicitud competitiva (Cabanellas y Serebrinsky, 2013, p. 03).

De esta manera, atendiendo a la valoración casuística de cada uno de los supuestos en los que el contrato de franquicia pueda ser considerado como una institución destinada a menoscabar los preceptos legalmente establecidos. Para así, combatir los procesos de monopolización económica, se generan escenarios hipotéticos en los cuales la doctrina, afirma como cierta tal opción.

Para ello, conforme lo estiman Cabanellas y Serebrinsky (2013), se deben tener en cuenta múltiples factores que inciden de forma contundente en tal calificación. Entre ellos: el sector económico en el cual se desempeña la actividad sujeta a las disposiciones presentes en el contrato de franquicia. Así como la naturaleza, dimensión y función de

³¹ Ley 25.156 de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial de la República Argentina, 20 de septiembre de 1999.

las restricciones que son asentadas en cláusulas de la franquicia, respecto del franquiciado, que –como se ha mencionado anteriormente- es quien se adhiere a las disposiciones preestablecidas por lo franquiciante.

Asimismo, se destaca las limitaciones o “barreras” que son colocadas en las diferentes etapas del proceso productivo, con las cuales se insta a la generación de vacíos de estímulos competitivos, entre otros factores o aspectos de particular y fáctica incidencia.

En atención a lo ponderado hasta este punto, se plantea una problemática que relaciona un específico precepto contenido en el Código Civil y Comercial de la Nación³², con el tema abordado en el presente. Es así, puesto que el artículo 1523 *ejusdem*³³, titulado “Derecho de la Competencia”, consagra expresamente un imperativo legislativo, en opinión de cierto sector de la doctrina, de naturaleza injerencista y desmesurada (Cabanellas y Serebrinsky, 2013). La cual determina que el contrato de franquicia no debe ser entendido como una figura dispuesta para “limitar, restringir o distorsionar”, la competencia³⁴.

Por ello, y en contrastación con lo explicado en líneas anteriores, se genera una situación de inexacta aplicación de la norma. Puesto que, como se ha venido sosteniendo, existe una parcialidad de la doctrina que considera al contrato de franquicia, como una fórmula convencional destinada –en ciertos casos- a generar estructuras verticales de progresión monopólica. Así, se explica que:

(...) las conductas violatorias del Derecho de la Competencia que puedan emerger de la celebración, ejecución y terminación del contrato de franquicia comercial se ubican sistemáticamente (...) en la categoría de actos verticales, con la consecuencia práctica de que para determinar su ilicitud deben analizarse caso por caso bajo la regla de la razón (Cabanellas y Serebrinsky, 2013, p. 04).

³² Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

³³ Artículo 1523 Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

³⁴ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Cabe destacar que, dentro de los efectos descritos, es una reafirmación de la necesidad de ponderación casuística sobre los diversos escenarios que se pueden suscitar, respecto del contrato de franquicia. En especial a lo atinente a la transgresión de los mínimos imperativos consagrados legalmente para contener las iniciativas monopólicas. Dicha consideración, en sí misma, coloca en entredicho la idoneidad de la norma asentada en el referido artículo 1523 del Código³⁵ unificado.

Además de lo aducido, existe la franca posibilidad de puntualizar ciertos acuerdos (de incidencia horizontal), que materialicen obstáculos para el libre desenvolvimiento de la competencia de mercado, sobre la base de cláusulas de franquicia. Al respecto, se tiene que:

(...) No obstante, también pueden verificarse conductas horizontales en caso de que se realicen acuerdos concertados tipificados por la LDC, sea entre franquiciados o entre franquiciantes (Cabanellas y Serebrinsky, 2013, p. 04).

Como consecuencia del pliego argumentativo expuesto en el presente segmento, se deben hacer algunas consideraciones finales sobre el contrato de franquicia, en relación al derecho consumerista y a la protección de la competencia del mercado. Ello, aunado al señalamiento sobre la pertinencia que pueda existir entre la materia señalada, y los considerado y consagrado por el legislador en el Código Civil y Comercial de la Nación³⁶. A tales efectos, es preciso recordar la forma en la cual se suscita en la práctica el contrato de franquicia. Así, se dispone que:

Fenomenológica y jurídicamente, la estructura que se origina cuando se celebra un contrato de franquicia comercial, se compone de una relación de poder económico y de negociación no paritario entre las partes, siendo —en la gran mayoría de los casos— el franquiciante la parte económicamente más poderosa del contrato (Cabanellas y Serebrinsky, 2013, p. 04).

Además de lo afirmado, se debe precisar que no se erige como una potencial solución a las problemáticas acaecidas en lo concerniente al derecho de protección de la competencia y de los consumidores, la confección normativa de un artículo que se

³⁵ Artículo 1523 Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

³⁶ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

convierta en un asentamiento estático. Ello está desprovisto de valoraciones contextuales capaces de redimensionar efectivamente tal instituto.

Además de ello, se presentan los obstáculos que se pueden presentar en lo relativo al adecuado abordaje de la materia de la defensa antimonopólica, tomando en cuenta que la regulación comentada, ha devenido de una iniciativa circunscrita a los predios del derecho civil y comercial. Lo cual se considera un exceso en la técnica legislativa. En ese sentido, cobran valioso sentido las apreciaciones de Cabanellas de las Cuevas y Serebrinsky (2013, p. 04), al afirmar que:

En conclusión, cuando se verifican abusos basados en el poder de mercado del franquiciante, el que a su vez en estos casos está dado por la existencia de costos hundidos y en la debilidad económica del franquiciado frente a aquel, resulta un daño a la distribución y transferencia de la riqueza, lo que otorga el basamento para la protección que dispensa el Derecho antimonopólico respecto de los actos de abuso de posición dominante.

Con ello, se aduce como una posible consecuencia necesaria, la verificación de una inminente distorsión en la competencia típica de todo sistema económico de mercado, en función -precisamente- de la realidad que ha caracterizado históricamente el desarrollo del contrato de franquicia, como lo es la sujeción del débil económico, ante la oferta realizada por el potente financiero. Dicha realidad, no se ve contenida por lo establecido en el código unificado³⁷, toda vez que la norma del artículo 1523 *ejusdem*³⁸ se presenta como una iniciativa estéril, ante los incesantes cambios de la sociedad en el sentido estudiado.

³⁷ Artículo 1523 Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

³⁸ Artículo 1523 Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Conclusión

Al delimitarse y especificarse claramente las medidas de protección para la defensa de la competencia se está otorgando una protección mucho más efectiva en beneficio de la observancia de buenas conductas comerciales. De esta manera, se protege el derecho de libre elección de los beneficiarios, usuarios y consumidores al igual que brinda una protección a la sociedad en general en el ámbito económico. Sin embargo, comparando el Código³⁹ finalmente aprobado no ha regulado todas las posibles consecuencias de los contratos de franquicias, motivo por el cual se confirma la hipótesis planteada.

Ello se ha tratado una amplia cantidad de posiciones que se han asumido como trascendentes estudios, dirigidos a analizar la dimensión del contrato de franquicia sobre la base de la problemática de la defensa de la competencia. Así como, las implicaciones que se han establecido legalmente sobre dicho instituto, en lo relativo a la defensa de la competencia, dentro de lo que significa el sistema de protección al consumidor.

Asimismo, se ha constatado cómo la defensa de la competencia es una necesidad al momento de llevar a cabo un contrato de franquicia, para evitar de este modo la puesta en marcha de prácticas que puedan enervar o causar perjuicios económicos sobre el franquiciado.

De igual modo, se destaca que para que la sociedad pueda encausarse de manera digno, es indispensable que el derecho prohíba la deslealtad en pro del desarrollo de prácticas comerciales honestas. Para lo cual, se han diseñado e implementado mecanismos protectorios de competencia, como los que fueron advertidos en esta investigación.

³⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Capítulo 3: Contrato de franquicia y derecho laborales

Introducción

La tendencia histórica evidenciada sobre la presente materia ha ido de la mano de la transformación del sistema de regulación jurídica de los Estados, en su constante intención de equipararse al incesante ritmo con el que evoluciona la humanidad, y con ella -consecuentemente- las relaciones interpersonales. De este modo, es menester abordar la situación existente de los trabajadores en los contratos de franquicia. Para evaluar, cómo se ha llevado a cabo la adaptación de esta figura jurídica y los problemas que se han suscitado en torno a ella.

Asimismo, en este capítulo se propone un exhaustivo estudio sobre uno de los focos problemáticos, respecto de la aludida figura contractual. Se analizará distintas situaciones que tiene repercusión en el ámbito del derecho laboral, tales como el fraude laboral, al solapamiento de relaciones laborales y los problemas en torno a las reclamaciones laborales.

3.1. Problemáticas

Corresponde analizar los diferentes escenarios respecto de las aplicaciones prácticas del contrato de franquicia.

La doctrina se enfoca en la presencia de determinados escenarios donde se pueden generar imprecisiones sobre la base de la aplicación práctica de la figura en cuestión. Por ende, Mastromarino (2015), diferencia entre dos hemisferios fundamentales: uno en el cual, interesa los efectos y consecuencias que devienen de la relación primaria subyacente en el contrato de franquicia, esta es, la suscitada entre el franquiciante y el franquiciado.

Mientras que, por el otro, se plantea una suerte de conexión o vinculación de innegable interés jurídico entre el franquiciante y los dependientes (personal sometido a directrices de obligatoria sujeción y subordinación), a cargo del franquiciado. Siendo así, en este particular caso, necesaria la exanimación del *status* de las obligaciones laborales que se ven directamente repercutidas por el escenario presentado.

3.1.1. Relación franquiciante-franquiciado

Sobre la relación franquiciante-franquiciado, se destaca que las decantaciones dispositivas asentadas por los Juzgadores que integraron la representación jurisdiccional, en el caso caratulado como “Fariña Cardozo Isidro c/ Packer, Jorge Alan y otros s/despido”⁴⁰, se ha ponderado todo un conjunto de particulares circunstancias que, en definitiva, motivaron una decisión que marcaría un hito en la presente materia.

Inicialmente, se debe señalar que se ha tratado de una causa en la cual el franquiciado, ha demandado el reconocimiento de existencia de una relación de dependencia (característica del derecho del trabajo), respecto de Sistema de Lavado Móvil S.A, por cuanto ha sido materializado un contrato de franquicia concebido con el propósito de desconocer la presencia de tal vínculo. El demandado, ha alegado oportunamente que:

⁴⁰ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, “Fariña Cardozo Isidro c/ Packer, Jorge Alan y otros s/despido”, sentencia del 19 de septiembre de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

(...) la firma Pronto Wash le había otorgado la franquicia maestra de un sistema de lavado móvil, encontrándose por ello autorizada para otorgar franquicias a terceros para la explotación del sistema de lavado móvil de automotores cuya denominación era Pronto Wash⁴¹.

Sobre la base de tal artificio jurídico, el accionante habría sido inducido a firmar un contrato auto catalogado como de “mini-franquicia” con el propósito de sujetar su desenvolvimiento dentro de los parámetros y directrices que Sistema de Lavado Móvil S.A, determinaría, subsumiendo formalmente tal vínculo, como una manifestación de *franchising*.

Eventualmente, al estar el caso en fuero cognitivo de la mencionada representación jurisdiccional, se ha procedido a la ponderación y valoración de los diferentes elementos presentes en el instrumento demostrativo del presunto contrato de franquicia (Gabet, 2009). Para ello, ante la inexistencia de reglamentación explícita (desde el punto de vista estrictamente legal), sobre la figura contractual aludida, los Magistrados fundamentarían sus decisiones y asentamientos sobre la base de lo establecido en el –para aquel entonces- proyecto de unificación material del Código Civil y Comercial⁴².

Es importante resaltar que, como principal resultado de la valoración y análisis minucioso realizado por los representantes de la instancia judicial de alzada en materia laboral, se ha concluido que el contrato de franquicia suscrito por las partes procesales no era más que un medio por el cual se ha llevado a cabo una contundente demostración del fraude a la legislación laboral. Así, se planteó y señaló dicho documento como un velo utilizado para cubrir la presencia de un vínculo que ha reunido todas las cualidades que detenta una relación jurídico-laboral⁴³.

Ahora bien, sus pronunciamientos no se han limitado a la simple constatación de la situación fraudulenta, además de ellos, esbozaron un criterio de trascendentes

⁴¹ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, “Fariña Cardozo Isidro c/ Packer, Jorge Alan y otros s/despido”, sentencia del 19 de septiembre de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁴² Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, “Fariña Cardozo Isidro c/ Packer, Jorge Alan y otros s/despido”, sentencia del 19 de septiembre de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁴³ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, “Fariña Cardozo Isidro c/ Packer, Jorge Alan y otros s/despido”, sentencia del 19 de septiembre de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

consecuencias. Sobre la base de cual sería posible la identificación estructural de los contratos de franquicia promovidos como medios de defraudación laboral. Por ende, consideraron que:

(...) el contrato comercial de franquicia sólo puede entenderse celebrado entre comerciantes, cada uno con un emprendimiento propio y fines diferentes a los del otro. Y no es admisible pensar que un trabajador sujeto a órdenes por el pago de un salario sea otra cosa que un dependiente ligado por un contrato de trabajo⁴⁴.

Conforme la posición esbozada por la Cámara de Apelaciones en materia laboral, existen dos elementos ponderables a la hora de reconocer la presencia de un verdadero contrato de franquicia, más allá de lo que conceptualmente significa su consagración teórica. El primero de ellos, radica en la delimitación de sus manifestaciones subjetivas-contractuales, esto es, en la determinación jurisprudencial de la necesaria participación de comerciantes, en ambos extremos de la relación contractual (tanto en franquiciante, como en franquiciado o franquiciatario). Ello no obsta la presencia de personas naturales, solo que, en todo caso, deberá reunir los caracteres que la legislación comercial de la Argentina dispone para que sea considerado como tal (Gabet, 2009).

El segundo de los elementos reconocidos por medio del asentamiento jurisprudencial es de carácter teleológico. Con ello, se hace alusión a la presencia de la finalidad perseguida por cada una de las partes que integran el contrato de franquicia. Dicha finalidad o intención contractual, debe ser la consecución de fines comerciales autónomos e independientes el uno del otro. Por tanto, debido a la confusión de intereses entre franquiciante y franquiciado, se puede estar en presencia del fenómeno teórico que antes ha sido mencionado y explicado, como lo es la conjunción económica permanente (Gabet, 2009).

Como contracara de las exigencias determinadas en el dispositivo del fallo *in comento*, se encuentra lo que los propios juzgadores han señalado (quizás, a título de ilustración), un índice de reconocimiento del fraude laboral por medio del contrato del

⁴⁴ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, “Fariña Cardozo Isidro c/ Packer, Jorge Alan y otros s/despido”, sentencia del 19 de septiembre de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

franchising. Así, y en concreto, se hace referencia a la presencia de concesiones y prestaciones salariales a favor del franquiciado y a cargo del franquiciante. La aludida circunstancia supone *a priori*, la existencia de una relación laboral que ha pretendido ser opacada por una figura contractual usada como velo encubridor (Gabet, 2009).

Por otra parte, en lo que respecta a las relaciones de trabajo que devengan de un contrato de franquicia, Mastromarino (2015, p.7), considera que:

...cualquier análisis sobre posibles aristas laborales, supone necesariamente que el franquiciado sea una persona física. Si por el contrario estuviéramos ante una persona jurídica, titular de una empresa en los términos como la define nuestra especialidad, no existe posibilidad de asimilación alguna de este contrato a una relación laboral.

¿Qué es lo que explica el especialista en la mercantil y laboral con la precedente afirmación? Con tal hipótesis, el precitado autor aduce a la posibilidad de verificarse una incidencia casuística que derive en la inescindible observación de las normas contempladas en el ordenamiento jurídico argentino, en materia de derecho del trabajo. Precisamente, será necesaria la aplicación de la legislación laboral, cuando se lleve a cabo la confección (al menos, desde el punto de vista formal), de un contrato de franquicia en el cual, el franquiciado sea una persona natural que se encuentre a la disposición de las ordenes giradas por el franquiciante.

Bajo dicha panorámica, y en estricta aplicación de un principio fundamental en derecho laboral, como lo es el que profesa la primacía de la realidad sobre los hechos, se está en presencia de una relación de trabajo, por ende, bajo los márgenes de la legislación laboral de la nación. Ello, sin entrar en profundas consideraciones sobre lo que dicha hipótesis representa para el supuesto del fraude a la ley laboral.

Sin embargo, tal y como lo expone el teórico mencionado en líneas anteriores, si se está ante la presencia de un franquiciado, no tiene sentido realizar ningún tipo de formulaciones ni tergiversaciones que pretendan circunscribir el desarrollo de la señalada relación contractual, dentro de los linderos del derecho del trabajo. Ello es así, fundamentalmente, por lo determinado por el legislador unificador al establecer en el

artículo 1520 del Código Civil y Comercial de la Nación⁴⁵, que -como regla- se asume la inexistencia de relación laboral alguna entre el franquiciante y el franquiciado.

3.1.2. Relación de los dependientes del franquiciado con el franquiciante. La responsabilidad solidaria prevista en los artículos 30 y 31 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Lo mencionado, versa sobre el primero de los escenarios planteados, sin embargo, el restante de los supuestos, esto es, aquel en el cual se generan incidencias que vinculan a los dependientes del franquiciado con el franquiciante, fue el que ha generado mayor polémica en el foro doctrinal. Ello ha sido así, por la concurrencia normativa existente entre el mencionado código unificado, y la legislación especial laboral. Efectivamente, se plantea una discusión sobre un supuesto que ha sido consagrado en el artículo 30 de la Ley de Contrato de trabajo, que establece en su encabezamiento, que:

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, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social⁴⁶.

Dicho precepto, dispone la responsabilidad subsidiaria, entre quien funge como cedente (bajo cualquier título, v.gr, el caso de los contratistas y subcontratistas), de un establecimiento laboral, y quien lo adquiere. En razón de ello, se establece como regla general, la exigibilidad a requerimiento de los trabajadores, del cumplimiento de las obligaciones laborales, así como el de diversos deberes formales.

La razón de ser de la norma que ha sido citada subyace en la necesidad que existe de prever mecanismos que garanticen al trabajador diversas vías capaces de reducir a su mínima expresión, los casos de desguarnecimiento de su esfera de derechos. Especialmente, ante la inminente posibilidad de recurrir a figuras como el contrato de

⁴⁵ Artículo 1523 Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁴⁶ Ley de Contrato de Trabajo. Boletín Oficial de la República Argentina, 27 de septiembre de 1974.

franquicia, para fraudar la legislación laboral. Es una realidad inocultable, la forma en la cual se atenta contra la esencia tuitiva del derecho laboral, a través del encubrimiento de las relaciones de trabajo por medio de figuras alternas que guardan estrechos márgenes de proximidad y semejanza con tal vínculo. Por eso, como se ha ponderado anteriormente, se debe atender al contenido del principio de la primacía de la realidad de los hechos, que como establece el foro de los estudiosos de la materia:

(...) otorga prioridad a lo que efectivamente ha ocurrido, sobre las formas o apariencias, ya que el contrato de trabajo es un contrato-realidad. Por lo tanto, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscriptos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos (lo que se pactó o documentó), debe darse preferencia a los hechos (Sambucetti, 2013, p. 02).

En este sentido, es necesario establecer consideraciones sobre el supuesto de la responsabilidad solidaria que pueda existir entre el franquiciante y los dependientes del franquiciado, por lo que refiere a las obligaciones laborales que se manifiestan en tales entornos prácticos.

Por otro lado, el artículo 31 de la Ley del Contrato de Trabajo⁴⁷ expresa lo siguiente:

“Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria”.

En este sentido, se puede observar que se le exige al trabajador que se demuestren diversos supuestos, los cuales en la mayoría, o mas bien en todos los casos so muy difíciles de probar. Esto ocasiona que la extensión de la responsabilidad establecida en la norma se aplique solo a unos pocos litigios, esto en desmejora de lo intereses del trabajador y de su derecho al cobro de su crédito.

⁴⁷ Artículo 31 de la Ley de Contrato de Trabajo. Boletín Oficial de la República Argentina, 27 de septiembre de 1974.

Por lo tanto, se atenta con el primer fin de la norma, el cual nace para otorgar una protección al trabajador ante las relaciones de índole económica y también de control que pueden ser establecidas en diversas empresas o grupos que actúan en una sociedad de mercado, y que debido a sus características no son conocidas fácilmente por los trabajadores.

Cabe traer a colación aquí el caso “Rey”⁴⁸ en el cual ha estado involucrada una de las más grandes franquicias a nivel internacional, dedicado a la producción, comercialización y distribución de bebidas azucaradas y carbonatadas. Se hace referencia, de tal modo, a la empresa “Pepsi Cola S.A”, quien acudiendo a la figura contractual del *franchising*, ha desarrollado un convenio con la entidad comercial Embotelladora Argentina S.A.I.C, con el propósito de lograr eficaz y efectivamente, la distribución del producto llevado a cabo por medio del suministro de su materia prima. En ese mismo sentido, se llevó a cabo todo un desarrollo procesal con el propósito de aplicar los efectos de la responsabilidad solidaria a ambas entidades, con el pretexto de una aparente relación material de trabajo entre Pepsi Cola S.A (patrono), y los dependientes a cargo de Embotelladora Argentina S.A.I.C.⁴⁹

Como conclusión, los magistrados que han conocido de dicha causa consideraron prudente dictaminar que no era procedente la demanda interpuesta en contra de la empresa embotelladora mencionada, fundamentalmente, porque el suministro de materia prima representaba el cumplimiento de una cláusula contractual del convenio de franquicia.

De igual manera, era incompatible tal circunstancia, con la explícita mención de los supuestos que el legislador laboral habría contemplado en la norma que ha sido referida en diversas oportunidades. Asimismo, consagra el precepto de la responsabilidad solidaria, aduciendo que no se trató -bajo ninguna óptica- de una contratación o subcontratación fraudulenta⁵⁰.

⁴⁸ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, “Rey, Miguel A. v. Compañía Embotelladora Argentina S.A.I.C.”, sentencia del 10 de agosto de 1993. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁴⁹ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, “Rey, Miguel A. v. Compañía Embotelladora Argentina S.A.I.C.”, sentencia del 10 de agosto de 1993. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁵⁰ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, “Rey, Miguel A. v. Compañía Embotelladora Argentina S.A.I.C.”, sentencia del 10 de agosto de 1993. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Similar caso se ha verificado en la Corte Suprema de Justicia, a saber, el fallo “Rodríguez”⁵¹, y con la coincidencia de la participación subjetiva-pasiva de la empresa que ha sido demandada en la causa precedentemente analizada, es decir, la compañía Embotelladora Argentina S.A.I.C. En el aludido desarrollo casuístico, se verificó un dispositivo en el que se señaló la principal circunstancia que deslinda los escenarios donde se precisa la posibilidad jurídica de aplicar la responsabilidad solidaria en el contrato de franquicia. De ese modo, exponen los integrantes de la más alta representación judicial de la nación, que en dicha causa:

No corresponde la aplicación del art. 30 LCT, toda vez que un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución (...) se logra en la práctica comercial por (...) vincularse exclusivamente con una empresa determinada sin contraer riesgo crediticio alguno por las actividades de esta última, que actúa en nombre propio y a su riesgo⁵².

En efecto, es el elemento de riesgo operacional, el factor determinante en la individualización de los aspectos inherentes a la aplicación del precepto de responsabilidad solidaria al contrato de franquicia. Es decir, como se estudió en segmentos anteriores, el contrato del *franchising* implica naturalmente, el suministro de ciertas técnicas inherentes al desarrollo de una actividad comercial, industrial, o productiva determinada.

Ahora bien, tal actividad es llevada a cabo por el franquiciador. Por lo que los riesgos que devienen de su desarrollo le son exclusivamente atribuibles a su personalidad. Disipando, así, toda posibilidad de subsumir dicha relación en las figuras de la cesión (con habilitación de explotación), o en la propia contratación, o subcontratación, con subsistencia del vínculo de subordinación, a cargo del franquiciante, y respecto de los dependientes del franquiciatario, como una inminente manifestación del fraude a la ley laboral.

A modo de formulación conclusiva, y por medio de valoraciones *in abstracto*, se afirma que la ley del contrato de trabajo, y específicamente, los preceptos que regulan la

⁵¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rodríguez, Juan R. v. Compañía Embotelladora Argentina S.A.I.C.”, sentencia del 15 de abril de 1993. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁵² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rodríguez, Juan R. v. Compañía Embotelladora Argentina S.A.I.C.”, sentencia del 15 de abril de 1993. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

potencial responsabilidad solidaria entre franquiciante y franquiciado (artículos 30 y 31), son la consecuencia de una realidad que resulta irreconocible para todo aquel que estudia a profundidad la evolución de la legislación laboral. Al respecto, se sostiene que:

El principio *in dubio pro-operario*, irrenunciabilidad de derechos, conservación del contrato de trabajo, presunción de relación de dependencia, primacía de la realidad, onerosidad del trabajo (...) Todos, y cada uno de ellos, han sido elaborados en base a un conocimiento muy real y claro del legislador, esto es, el frecuente fraude que existe en las relaciones de trabajo (Ramos, 2008, p. 1).

No obstante, todo lo revisado, existe una posición defendida por un grupo de autores, quienes aseguran que, como consecuencia de la regla general del principio de autonomía volitiva que rige la materia contractual. Según este principio, el contrato es la ley predilecta de las partes contratantes, es posible concebir otro supuesto de solidaridad en franquicia, que no esté vinculado directamente con el fraude laboral (Ramos, 2008).

De esta manera, corresponde hacer mención a lo que sucede en relación a la unificación de los ámbitos jurídicos civil y comercial y su relación con el derecho de competencia. En tal sentido, el desenvolvimiento de la relación jurídico-contractual de la franquicia no ha sido el único tópico en el cual se han asentado normas regulatorias devenidas del Código Civil y Comercial de la Nación⁵³. Por lo que interesa analizar cuáles son esos ámbitos en los que se han asentados dispositivos que, al menos en apariencia, no están vinculados a los dos focos sustanciales que han sido unificados en el presentemente comentado instrumento, siendo estos, el derecho civil y el derecho mercantil o comercial (Ramos, 2008).

En esa dirección, uno de los entornos sustanciales que ha visto determinadas aristas redimensionadas por el Código⁵⁴ Unificado, es aquel en el cual se ha materializado todo un marco de regulación sistemática para proteger el derecho de la competencia como la principal visión antagónica de uno de los fenómenos más nocivos

⁵³ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁵⁴ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

para la economía de un Estado, como lo es la proliferación monopólica. Todo ello, sobre la base de lo preceptuado en tal texto legal, sobre el contrato de franquicia (Ramos, 2008).

En ese sentido, se afirma que el escenario más contundente, y donde la doctrina y jurisprudencia han asumido unánime posición sobre la existencia de los extremos requeridos por la legislación laboral para la aplicación de la responsabilidad solidaria entre franquiciante y franquiciado, es el referido al fraude laboral. Al respecto, se ha producido un interesante precedente que permitirá disuadir las ambiguas determinaciones que hayan surgido para explicar tal perspectiva, y que ha sido proseguido por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

Conclusión

En primer lugar se debe resaltar que, si se está ante la presencia de un franquiciado, no tiene sentido realizar ningún tipo de formulaciones ni tergiversaciones que pretendan circunscribir el desarrollo de la señalada relación contractual, dentro de los linderos del derecho del trabajo. Ello es así, fundamentalmente, por lo determinado por el legislador unificador al establecer en el artículo 1520 del Código Civil y Comercial de la Nación⁵⁵, que -como regla- se asume la inexistencia de relación laboral alguna entre el franquiciante y el franquiciado.

Con respecto a la relación de los dependientes del franquiciado con el franquiciante, es importante mencionar que el artículo 30 de la Ley del Contrato de Trabajo⁵⁶ dispone la responsabilidad subsidiaria, entre quien funge como cedente (bajo cualquier título, v.gr, el caso de los contratistas y subcontratistas), de un establecimiento laboral, y quien lo adquiere. Por otro lado, el artículo 31 de la Ley del Contrato de

⁵⁵ Artículo 1523 Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁵⁶ Artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo. Boletín Oficial de la República Argentina, 27 de septiembre de 1974.

Trabajo⁵⁷ expresa lo concerniente la solidaridad en los casos en que uno o más empresas estén bajo la dirección, control o administración de otras. En este caso esta relación debe ser demostrada por el trabajador, lo cual desmejora de lo intereses del trabajador y de su derecho al cobro de su crédito, debido a que es difícil de comprobar.

Es importante resaltar que, el escenario más contundente, y donde la doctrina y jurisprudencia han asumido unánime posición sobre la existencia de los extremos requeridos por la legislación laboral para la aplicación de la responsabilidad solidaria entre franquiciante y franquiciado, es el referido al fraude laboral.

⁵⁷ Artículo 31 de la Ley de Contrato de Trabajo. Boletín Oficial de la República Argentina, 27 de septiembre de 1974.

Conclusiones finales

Las franquicias son contratos que celebran entre empresarios con la finalidad de obtener mayores resultados a nivel comercial a través de la inserción en el mercado de diversos comercios con los mismos lineamientos a nivel comercial.

Ahora bien, respecto de las obligaciones de ambas partes, a saber, franquiciante y franquiciado, las mismas son de carácter taxativo y no pueden ser desconocidas por ellos. Sin embargo, existen algunas excepciones, siempre que la norma vigente autorice tales cambios. Así, el Código Civil y Comercial⁵⁸ introdujo tres cambios fundamentales. A saber, se determinaron las obligaciones de las partes de manera puntual y se precisaron sus nombres; se incorporó el término “emblema”; y se conceptualizó el término “*Know How*” como un conjunto de conocimientos técnicos.

A su vez, y respecto del contrato de franquicia, se presenta un problema. El mismo refiere al plazo de la franquicia, por cuanto, a diferencia de los contratos de agencia, distribución o concesión, si se requiere de otros instrumentos que expongan las normativas de la franquicia. Tal es el Manual de Operaciones en el que se debe de dar a conocer el plazo del contrato, por ello, según ciertos doctrinarios no es aceptable que dentro del acuerdo se presuma un intervalo de tiempo inadecuado, aun incluso cuando se encuentra taxativamente regulado. Es decir, se concretará al momento en el que se puedan cumplir con todos los objetivos del contrato, independientemente de si es en un tiempo menor o mayor a los cuatro años estipulados.

Respecto de la responsabilidad solidaria, corresponde indicarse que existió un cúmulo de asentamientos doctrinales que pretendieron dar respuesta a las incógnitas acaecidas en relación a la material y jurídica posibilidad de asumir la presencia de una responsabilidad solidaria, entre franquiciante y franquiciatario. En lo que respecta a específicas cargas y obligaciones laborales que devienen de tal operación. Sin embargo,

⁵⁸ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

la promulgación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación⁵⁹ ha marcado un hito en la materia a través de sus expresas regulaciones, mismas que serán objeto de sucesivos desarrollos.

Aunado a ello, existe una posición que, a la luz de los preceptos consagrados por la ley sustantiva laboral, considera acorde una amplia interpretación sobre el concepto de empleador, misma en la cual se pueden ver subsumidos, tanto franquiciante como franquiciatario. Ello a los efectos de la responsabilidad solidaria prevista por la Ley del Contrato de Trabajo⁶⁰.

Ahora bien, la deslealtad comercial trae como consecuencia un desbalance en las relaciones económicas no sólo entre los agentes comerciales sino también a nivel general. Además, es necesario resaltar que, la integración de todos los aspectos relacionados con la defensa de la competencia debe abarcar no sólo el ámbito comercial, sino también el industrial. Es así que corresponde confirmar la hipótesis planteada, toda vez que en efecto respecto de los contratos de franquicias se violentan el principio de igualdad y defensa de la competencia. Más allá de lo establecido por la Ley de Defensa de la Competencia⁶¹, por cuanto se limita a regular las estrategias de monopolización, se consideró posible la implementación de cláusulas de franquicia que eliminaran las vertientes de competencia, concentrando el dominio de una actividad productiva, segmentándola en su totalidad, y bajo una misma identificación.

Con respecto a la relación de los dependientes del franquiciado con el franquiciante, es importante mencionar que el artículo 30 de la Ley del Contrato de Trabajo⁶² dispone la responsabilidad subsidiaria, entre quien funge como cedente (bajo cualquier título, v.gr, el caso de los contratistas y subcontratistas), de un establecimiento laboral, y quien lo adquiere.

⁵⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁶⁰ Ley 20.744 de Contrato de Trabajo. Boletín Oficial de la República Argentina, 27 de septiembre de 1974.

⁶¹ Ley 25.156 de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial de la República Argentina, 20 de septiembre de 1999.

⁶² Artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo. Boletín Oficial de la República Argentina, 27 de septiembre de 1974.

Por otro lado, el artículo 31 de la Ley del Contrato de Trabajo⁶³ expresa lo concerniente a la solidaridad en los casos en que uno o más empresas estén bajo la dirección, control o administración de otras. En este caso esta relación debe ser demostrada por el trabajador. En este sentido, se puede observar que se le exige al trabajador que se demuestren diversos supuestos, los cuales en la mayoría, o más bien en todos los casos son muy difíciles de probar. Esto ocasiona que la extensión de la responsabilidad establecida en la norma se aplique solo a unos pocos litigios, esto en desmejora de los intereses del trabajador y de su derecho al cobro de su crédito.

Asimismo, se expuso la presencia de dicha posibilidad en el contrato de franquicia, señalándose que era un error considerar únicamente dicho escenario, como el requisito para la aplicación del artículo 30 y 31 de la ley de contrato de trabajo⁶⁴ a dicha figura contractual. Como consecuencia, se evidenció la presencia de una hipótesis alternativa, justamente, subyacente en el propio contrato de franquicia. Así, debería considerarse la posibilidad de convenir mediante una cláusula contractual, o bien un convenio, la aplicación de los efectos subversivos de la responsabilidad solidaria en persona del franquiciante, así como del franquiciado.

De esta manera, se puede observar que se atenta con el primer fin de la norma, el cual nace para otorgar una protección al trabajador ante las relaciones de índole económica y también de control que pueden ser establecidas en diversas empresas o grupos que actúan en una sociedad de mercado, y que debido a sus características no son conocidas fácilmente por los trabajadores.

Finalmente, es importante resaltar que el escenario más contundente, y donde la doctrina y jurisprudencia han asumido unánime posición sobre la existencia de los extremos requeridos por la legislación laboral para la aplicación de la responsabilidad solidaria entre franquiciante y franquiciado, es el referido al fraude laboral.

⁶³ Artículo 31 de la Ley de Contrato de Trabajo. Boletín Oficial de la República Argentina, 27 de septiembre de 1974.

⁶⁴ Artículo 30 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo. Boletín Oficial de la República Argentina, 27 de septiembre de 1974.

Bibliografía

Doctrina

- Cabanellas, G. (2015). “Medidas cautelares en el régimen de defensa de la competencia”. Recuperado de: <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1682/2015>
- Cabanellas, G. y Serebrinsky, D. (2013). *Contrato de Franquicia Comercial y Derecho de Defensa de la Competencia: su tratamiento en el art. 1523 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Di Chiazza, I. (2015). “Contrato de franquicia en el nuevo Código”. Recuperado de: <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/482/2015>
- Gabet, A. (2012). *Encuadramiento del análisis de la solidaridad laboral ante el contrato de franquicia comercial*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Heredia, P. (2015). “El contrato de franquicia en el Código Civil y Comercial”. Recuperado de: <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/464/2015>
- Justo, J. (2013). “El artículo 42 de la Constitución Nacional y el régimen legal de defensa de la competencia. Caminos divergentes”. Recuperado de: <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/3366/2013>
- Juyent, F. y Rodríguez, M. (2013). “La regulación jurídica del contrato de franquicia en el proyecto de reforma al código civil”. Recuperado de: <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/641/2013>
- Liefeldt, L. y Navarro, D. (2014). “El compromiso al cese de conductas anticompetitivas”. Recuperado de: <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2715/2014>
- Marzorati, O. Franchising. (2008). *Su estancamiento y el art. 30 de la ley de contrato de trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Mastromarino, P. (2015). “Contratos de agencia, distribución y franquicia en el nuevo Código Civil y Comercial. Aspectos laborales”. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Mizraji, G. (2012). “La franquicia comercial en el Proyecto de Código”. Recuperado de: <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/6058/2012>

- Molina, C. (2014). “La competencia desleal en Latinoamérica”. Recuperado de: <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2715/2014>
- Molina, C. y Vítolo, M. (2013). “Sham Litigation en el régimen de competencia desleal”. Recuperado de: <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2072/2013>
- O’Farrell, J. (2001). “El acto ilícito en las leyes argentinas de defensa de la competencia”. Recuperado de: <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/12285/2001>
- Petrecolla, D. y Graf, C. (2011). “Defensa de competencia. Programas de clemencia”. Recuperado de: <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1790/2011>
- Ramos, S. (2008). *El artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo y el franchising*. Buenos Aires, Argentina: Sistema Argentino de Información Jurídica.
- Ricciuti, B. (2016). “Infracciones a las leyes de lealtad comercial, defensa de la competencia y del consumidor. Competencia de las provincias”. Recuperado de: <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1507/2016>
- Sambucetti, M. (2013). “El contrato de franquicia comercial a la luz del derecho del trabajo”. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Jurisprudencia

- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, “Fariña Cardozo Isidro c/ Packer, Jorge Alan y otros s/despido”, sentencia del 19 de septiembre de 2012. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, “Rey, Miguel A. v. Compañía Embotelladora Argentina S.A.I.C.”, sentencia del 10 de agosto de 1993. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rodríguez, Juan R. v. Compañía Embotelladora Argentina S.A.I.C.”, sentencia del 15 de abril de 1993. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>

Legislación

- Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.
- Ley 20.744 de Contrato de Trabajo. Boletín Oficial de la República Argentina, 27 de septiembre de 1974.
- Ley 25.156 de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial de la República Argentina, 20 de septiembre de 1999.