

Contrato y negocio: la responsabilidad frente a los fenómenos de descentralización empresarial

Ricardo Luis LORENZETTI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho de la empresa: la tendencia hacia la descentralización en la actividad empresarial*. III. *Derecho de la responsabilidad: el combate contra el fraccionamiento*.

I. Introducción

En el presente trabajo mostraremos algunos puntos conflictivos entre las reglas jurídicas vinculadas a la organización empresarial y las relacionadas con la responsabilidad por daños.

El derecho empresario se basa en las costumbres y éstas muestran una clara tendencia hacia la descentralización de la figura de la actividad de la empresa: subcontratación masiva de actividades; transformación de contratos laborales en locaciones de servicios, multiplicidad de contratos en redes, vínculos de colaboración, alianzas estratégicas. Este fenómeno es consecuencia de una reestructuración de la organización empresarial en la búsqueda de disminución de costos y de la mejora de la eficiencia organizacional.

El efecto de estas costumbres en el derecho es de una naturaleza estructural: lo que antes era una empresa, ahora se hace a través de numerosas empresas subcontratadas; lo que antes se hacía en un contrato, ahora se hace en varios. Se fractura entonces la identidad entre “operación económica” y “contrato”, así como la existente entre “actividad comercial” y “persona jurídica”.

Revista Latinoamericana de Derecho

Año I, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 163-193.

Este fraccionamiento choca con las tendencias hacia la unificación que se advierte en la responsabilidad civil. El fenómeno imputativo intenta sumar legitimados pasivos extraordinarios, mediante instrumentos diversos y muy variados. Por razones de extensión nos limitaremos a mostrar los casos de responsabilidad laboral por subcontratación, de los socios por fraude laboral, y otros vínculos conexos.

Queda establecido así un campo de tensión entre dos tendencias que van buscando un equilibrio.

Nuestro propósito es clarificar las dos líneas para despejar el análisis de las soluciones de los casos que se presentan en modo abrumador en la jurisprudencia.

II. Derecho de la empresa: la tendencia hacia la descentralización en la actividad empresarial

1. *El impacto en los contratos: redes alianzas*

La subcontratación masiva de productos¹ y servicios² es un fenómeno difundido nacional e internacionalmente.³ La empresa, que el derecho de la segunda mitad del siglo XX identificó como un sujeto de impu-

¹ Es habitual que una empresa que es fabricante de un producto subcontrate con otros la fabricación de partes o la prestación de servicios. Comenzará contratando el servicio de vigilancia, luego la administración, la computación y la elaboración de partes del producto.

² Una obra social o una empresa de medicina prepaga que prestan servicios médicos, generalmente no lo hacen por sí mismos, porque es excesivamente costoso tener servicios propios en toda la zona de cobertura. Por ello, puede contratar los servicios de clínica con el médico, los que requieren estudios más complejos en un centro de diagnóstico, los de cirugía en un sanatorio, los de emergencia en una empresa dedicada a ello. En otros casos puede valerse de un intermediario como una empresa o una asociación profesional. A su vez, todo ello se repite en distintas zonas geográficas en las que se brindan servicios.

³ Cfr. Forbes, *Annual Report*, enero de 1999. Se analiza el fenómeno de la elaboración de automóviles, señalando que los sujetos conocidos como "fabricantes" se concentran en el diseño y mantenimiento de la marca, obligados por la necesidad de innovación constante. El resto de las partes se fabrica por otros sujetos subcontratados en distintas partes del mundo, donde es más barato producir, donde hay tecnología, recursos y mano de obra a menor precio. Se estima que al final de la década, el 70% de un vehículo será fabricado por proveedores externos.

tación, se disuelve en una multiplicidad de acuerdos contractuales. La teoría económica de la empresa actual es vista como una multiplicidad de acuerdos contractuales de larga duración entre los propietarios de los factores de producción.⁴

El resultado final puede ser un fabricante que sea el coordinador de un grupo de fabricantes y prestadores de servicios; son personas jurídicas distintas que celebran contratos disímiles.

En el sector distributivo el fenómeno no es menor: desaparece gradualmente la distribución mediante empleados para pasar a la distribución mediante redes de sujetos autónomos, como ocurre con la franquicia, los concesionarios, los agentes y muchos otros supuestos similares.⁵

En la oferta de bienes y servicios se enlazan muchas empresas que acuerdan ofertar en forma complementaria y mediante uniones de contratos.

Para extraer consecuencias jurídicas de estos nuevos encadenamientos, hay que ordenar los problemas que producen.

La unión de contratos es un medio que se utiliza para la satisfacción de un interés, que no se puede realizar normalmente a través de las figuras típicas existentes. De ello debemos deducir que hay una parte que busca una satisfacción y otra que intenta satisfacerla mediante un encadenamiento contractual.

Habrà que discernir entre las relaciones jurídicas que surgen entre los participantes de los distintos contratos que colaboran entre sí, y las que se dan entre éstos y el que busca la obtención del interés. En este último caso, habrá que distinguir aquellos casos en que se trata de relaciones de consumo, por su normativa especial.

Desde el punto de vista de las empresas oferentes, los contratos coligados son un asunto de colaboración; ya no una colaboración asociativa que se logra a través de un contrato, sino de varios.

⁴ Entre los principales están los clásicos trabajos de: Coase, Ronald, *The nature of the firm*; Alchian, Armen y Demsetz, Harold, "Production, Information Cost, and Economic Organization", *American Economic Review*, 1972; Demsetz, "The Estructure of Ownership and the Theory of the Firm", *Journal of Law and Economics*, junio de 1983; Willamson, Oliver, *The Economic Instituciones of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York Free Press.

⁵ Ampliamos en nuestro *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, t. I.

Desde el punto de vista del cliente, es un problema de relacionamiento: ¿están vinculados estos contratos?, ¿es posible pensar en que las vicisitudes de uno están sujetos a la condición de que el otro se cumpla?, ¿se puede hacer responsables a los sujetos distintos de contratos también dispares por el incumplimiento individual?

Aunque el tema es novedoso en la doctrina contractualista internacional, existen algunas aproximaciones teóricas destinadas a captar el fenómeno.

En el derecho anglosajón se ha desarrollado la teoría de los contratos relacionales,⁶ que se refiere a dos fenómenos simultáneos: los vínculos de larga duración y las redes contractuales. La teoría contractual debe modificarse para captar las relaciones flexibles que unen a las empresas en la economía actual y tener en cuenta que estos vínculos se hacen con perspectiva de futuro. La teoría clásica contempla al contrato como algo aislado y discontinuo, con un objeto definido que hace “presente” lo que las partes harán en el futuro (por ejemplo, comprar y vender una cosa).

El contrato actual, en cambio, presenta un objeto vacío, porque en realidad se pactan procedimientos de actuación, reglas que unirán a las partes y que se irán especificando a lo largo del proceso de cumplimiento. Los vínculos de larga duración tienen un carácter procesal, en el sentido de que el objeto no es una prestación consistente en un dar o en un hacer determinado, sino determinable.

En el campo de las *networks* el contrato es una relación entre empresas basada en la cooperación. Se trata de vínculos múltiples basados en la confianza entre los agentes para lograr una metodología de producción flexible, que es lo que exige la economía actual. De modo que es esa confianza o cooperación el elemento que une a las redes.

Resumiendo: se destaca al contrato como un conjunto de reglas que establecen comportamientos procedimentales para lograr un resultado flexible, basado en la cooperación de un conjunto de agentes económicos.

⁶ Principalmente desarrollada por Macneil, Ian, *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980. Del mismo autor, “The Many Futures of Contracts”, *California Law Review*, vol. 47, pp. 691 y ss. Porto Macedo, Ronaldo, *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, Max Limonad, 1998.

En otra elaboración, a nuestro juicio más sofisticada, se trata de describir el fenómeno y sacar algunas consecuencias del mismo a partir de tesis conocidas, como el contrato marco, su naturaleza asociativa y la noción de interés común.⁷

En las redes hay un contrato marco como medio para alcanzar fines individuales y comunes. Por ejemplo, en las redes de franquicia o en la concesión hay relaciones bilaterales entre el franquiciante y el franquiciado, que representan los objetivos individuales. Además, existen vínculos entre todos los miembros de la red, porque saben que obtienen de ella un beneficio adicional, que es el incremento de la distribución y de las ventas.

El contrato marco regula el aspecto común de las redes y es de naturaleza asociativa. No es una sociedad, porque hay empresas independientes entre sí, y no hay un beneficio común a repartir. Las ventajas que se derivan del funcionamiento en red van directamente a los que la integran y no a un fondo común que luego se reparte.⁸

Ese carácter asociativo existe porque hay un interés común que surge cuando una parte contratante posee interés personal y directo en la obligación de la contraparte. Uno de los contratantes obtiene satisfacciones indirectas a través de la prestación que realiza la otra, sin que exista un vínculo de cambio. De esa actuación concertada deviene una utilidad que excede la noción de contraprestación.

Siguiendo estos lineamientos se sostiene que la franquicia sería entonces “un contrato dotado de fin o interés común y ello nos permite su ubicación entre los contratos asociativos o de organización en sentido lato, factor de extremada importancia, puesto nos permitirá la traslación analógica de principios propios del contrato societario *in genere*”. En función de ello, se podría proponer la aplicabilidad de principios y preceptos societarios que expresen la articulación o regulación de intereses convergentes, sin llegar a constituir normas de configuración estrictamente societaria o de regulación estatutaria de la figura del socio, entre ellas:

⁷ Echebarría Sáenz, Joseba A., *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pp. 161 y ss.

⁸ Distinción receptada por Vélez Sársfield en la nota al artículo 1648 del Código Civil.

- La obligación de lealtad reforzada.
- El derecho de información y control que asiste al partícipe de la unión.
- La concepción de las facultades de dirección comercial como “competencia reglada” informada por el fin común y no como derecho en sentido propio.

A pesar de que constituye un avance respecto de la anterior, esta tesis sigue el modelo societario, y a nuestro juicio no capta algunos elementos realmente novedosos que aportan las redes.

Muchos autores han tratado el tema de los contratos coligados señalando que hay “una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja”.⁹ Hay un negocio único que se desmiembra en distintos contratos, como ocurre en la venta de equipos de computación: hay un contrato sobre el hardware, otro sobre el software, otro de asistencia. De este modo, se prescinde de un enfoque voluntarista que encuentra el nexo en la voluntad de los contratantes para pasar a un abordaje objetivo basado en la noción de causa; la conexión objetiva es dada por el negocio al que sirven los contratos.

Esta conexión entre contratos puede darse unilateralmente (contrato accesorio de un principal) o recíprocamente (contratos dependientes entre sí por una operación económica). Siguiendo con la tesis de Galgagno, se indica que la relevancia principal de este instituto es que, si bien los contratos mantienen su individualidad, los efectos de uno (invalidez, resolución) pueden repercutir sobre el otro.

En Francia también se ha tratado el tema bajo el nombre de “grupos de contratos”. Larroumet,¹⁰ por ejemplo, analiza el efecto relativo de los contratos y el principio de inoponibilidad, y a partir de ello examina algunos casos que constituyen excepción a esas reglas. La existencia de contratos coligados puede dar lugar a acciones extracontractuales directas de un tercero damnificado, como ocurre con el caso del

⁹ Galgagno, Francesco, *El negocio jurídico*, trad. de Blasco Gasco-Prats Albentosa, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1992, p. 114.

¹⁰ Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato*, Bogotá, Temis, 1993, vol. II, pp. 193 y ss.

consumidor que demanda contra el fabricante, o con el tercero dañado por hechos del subcontratista de obra que demanda al locatario principal de la obra. Avanza más en la cuestión cuando se ocupa de los grupos de contratos y de las acciones contractuales. En este sentido dice el autor que el vínculo económico entre dos contratos se debe duplicar en uno jurídico, y que de una manera general puede estimarse que siempre que el contrato entre A y B ha hecho necesaria la celebración de un contrato entre B y C, el perjuicio sufrido por C como consecuencia de un incumplimiento de la obligación contraída por A hacia B deberá ser reparado. De este modo, C tiene una acción contra B y contra A.

La tesis más avanzada en este sentido sostiene que quien integra un grupo de contratos no es un tercero y por ello puede tener una acción contractual. Llegado a este punto, el autor se detiene a señalar las dificultades que presenta una interpretación laxa del principio de la relatividad de los contratos y de su inoponibilidad. En tal sentido señala que es difícil establecer límites y que no hay una definición del grupo de contratos.

2. *El impacto en el derecho societario: la colaboración no societaria*

La colaboración entre empresas existió desde tiempos inmemoriales, pero actualmente adquiere una dimensión que impacta sobre las formas jurídicas que se adoptan en el derecho societario.

En las primeras etapas del capitalismo, la actividad económica se centró en las personas físicas, en los denominados “capitanes de industria”, que transformaron su entorno con base en la audacia y la iniciativa personal. *A posteriori*, esas personas físicas se diluyeron en personas jurídicas que fueron alcanzando un alto grado de institucionalización y complejidad organizativa en el capitalismo tardío. Esa sofisticación generó cierta rigidez, burocratización, y disminución del ritmo temporal, que fueron aptas para mantener el estado de cosas, pero no para transformarlo.

En la etapa actual hubo enormes transformaciones en la economía, al alcanzar escala global, innovación tecnológica permanente, aparición de nuevos competidores, generándose un proceso de alto dina-

mismo, flexibilidad y aceleración temporal.¹¹ Frente a ello, la organización de sociedades anónimas hiperorganizadas y burocráticas muestra cierta pesadez e inadecuación. Por ello comenzaron a surgir fusiones y adquisiciones para enfrentar la economía de mayor escala¹² y las alianzas entre empresas para obtener mayor flexibilidad.

Es en este último campo donde se sitúan los contratos de colaboración empresaria: las denominadas alianzas tácticas y estratégicas de empresas.¹³ El término alianza proviene de la disciplina militar y ha sido adoptado por la economía para describir el fenómeno mediante el cual dos empresas se unen parcialmente para alcanzar una mayor cuota de mercado, para disminuir costos, o para realizar un negocio o inversiones específicas.

La primera razón para que ello ocurra es que aumenta la presión competitiva y el cambio, lo que hace que una empresa deba reconvertirse, diversificarse y modificarse constantemente. El desafío no puede emprenderse en forma individual por los costos asociados y por los riesgos que representa. La segunda razón es que la aparición constante de nuevos productos y mercados plantea la necesidad de seguir el ritmo con altísimos costos: entrar en un nuevo mercado, diseñar un nuevo producto, encarar un nuevo negocio. Esos costos son altos, pero menores que el que significa no seguir adelante y quedar paulatinamente fuera del mercado.

¹¹ La bibliografía económica sobre este fenómeno es numerosa y conocida. Por todos, véase Porter, Michel, *La ventaja competitiva de las naciones*, Buenos Aires, Vergara, 1991; Thurow, Lester, *La guerra del siglo XXI*, Buenos Aires, Vergara, 1992. En el aspecto jurídico véase Marzoratti, Osvaldo, *Alianzas estratégicas y joint ventures*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

¹² Ballarin, Eduard *et al.*, "Fusiones y adquisiciones de empresas. Un enfoque integrador", Madrid, Alianza, 1994.

¹³ La planificación estratégica responde a la pregunta de en qué sectores debe estar presente la empresa y cuál debe ser su posición competitiva en cada uno de ellos; se trata de saber si la empresa tiene que ampliar su presencia en los sectores en los que ya está, si tiene que aumentar su grado de integración vertical o si tiene que diversificarse en otros sectores. Uno de los modelos más divulgados es el de Porter, conocido como el modelo de las cinco fuerzas. Este modelo enseña que el atractivo de un sector viene condicionado por cinco grandes factores: el grado de rivalidad del sector, sus barreras de entrada a nuevos competidores, el poder de negociación de los proveedores, el poder de negociación de los clientes y el riesgo de productos sustitutos.

Por estas razones las empresas comienzan a actuar conjuntamente, lanzándose a “aventuras comunes” (*joint adventures*) con muy diversos grados de colaboración creciente.

En algunos casos hay un simple acuerdo de cooperación de información, de estudios de mercados, de relaciones; estos convenios pueden ser muy importantes y consistir en la planificación del “desembarco” de grupos de empresas y marcas en determinados mercados.¹⁴ En otros se avanza en una actuación conjunta, como comprar juntos, vender juntos, generando una economía de escala que reduce costos, pero manteniendo una relación puntual y discontinua.

Un grado mayor de vinculación se produce cuando una empresa participa en los negocios de otra, celebrando contratos parciarios o en participación asociativa, existiendo una empresa gestora que explota un área determinada, y otra que la ayuda tecnológica o financieramente.

Otro paso se da cuando las empresas se asocian parcialmente, constituyendo una agrupación de colaboración empresaria, para disminuir costos: instalar un área de investigación, profesionalizar una administración conjunta, hacer más eficiente la distribución. También pueden efectuar un nuevo emprendimiento constituyendo una unión transitoria de empresas.

Para alcanzar objetivos de mayor duración las empresas pueden constituir una nueva sociedad controlada por ambas, o bien fusionarse, con lo que ingresamos en la colaboración societaria y salimos del campo de los contratos asociativos.

El ordenamiento legal giró alrededor de la figura societaria y tuvo enormes dificultades para conciliar esa tradición con las nuevas figuras, que siendo “alianzas” no quieren ser sociedades.

La presunción de existencia de sociedad frente a la negociación común tiene una antigua y generalizada aplicación.

En el derecho anglosajón es paradigmática la resolución del caso Ross y Willet por el tribunal de Nueva York en 1894. Allí se resolvió que una *joint adventure* es una *partnership* limitada, no en cuanto a la responsabilidad, según el sentido legal de esta expresión, sino en cuan-

¹⁴ Lo cual es muy frecuente y visible porque las grandes marcas actúan coordinadamente cuando se instalan en un *shopping center* o en un nuevo mercado regional.

to a su alcance y duración; y agregó que “bajo nuestro derecho, *Partnership* y *joint adventure* están gobernadas por las mismas reglas”. La aventura común que unió a Ross con Willet fue la compra de azúcar a un tercero para revenderla; esta operación se condujo al modelo societario, obligando en definitiva a Willet a participar en las pérdidas que había tenido Ross.

El estudio del derecho de origen latino revela también una fuerte presencia de la sociedad como modelo; veamos algunos ejemplos. Se sabe que en Roma la sociedad era un contrato consensual, y que existía la especie *unius rei*, en que los asociados ponían en común la propiedad o el uso de una o varias cosas determinadas para repartir los beneficios, restringida a una sola operación. Se daban ejemplos como el caso de dos personas que tenían, una tres caballos y la otra uno, y se asociaban para formar una cuadruga, que venderían más ventajosamente; o cuando dos personas se asociaban para comprar en común un fundo de tierra, explotarle y repartirse los productos. Esta *societas uniui rei* llama la atención tanto por su informalidad, en un derecho que adoptó la forma como regla, como por su objeto particularizado, y además por su subsunción en las reglas generales de la sociedad.

En el siglo XIX resalta el modelo francés por su influencia. Este ordenamiento jurídico tomó al Código como ley central, igualitaria y absorbente; en él se incluía a la sociedad en general, y se remitía a la autorregulación privada en las *unitas rei*. Este texto se remitía al Código de Comercio para la regulación de modalidades societarias especiales. La tesis justiniana de dar gran libertad a las sociedades particulares remitiéndose a la autonomía de las partes fue mantenida (artículo 48, Código de Comercio francés orig.).

El Código Civil argentino reguló la sociedad con un criterio amplio, siguiendo al Código francés. En materia comercial, sin embargo, Vélez y Acevedo no siguieron a Francia sino a Brasil, especialmente su Código de Comercio de 1850. En éste se consagra una presunción de existencia de sociedad (artículo 305), derivada de la negociación común. A su vez, el Código Civil brasileño de 1916 dispone que se celebra el contrato de sociedad cuando las partes se obligan mutuamente a combinar sus esfuerzos o recursos para lograr fines comunes (artículo 1363).

Es característico de todo ello la concepción de la sociedad como modelo abierto, absorbente de toda negociación en común.

El movimiento codificador comenzó a recibir la noción de persona jurídica en el proyecto de Código italiano de 1851, en el Sardo y Napolitano, en el Código italiano de 1865, en el de Chile de 1855, el Portugués de 1866, receptado en el argentino en 1869. En nuestro país hubo una segunda expansión en 1968 al reformarse el Código Civil disponiéndose que son personas jurídicas las sociedades civiles y comerciales.

Se agrega a la sociedad el concepto de persona jurídica.

En Argentina se dictó la Ley de Sociedades Comerciales (LS) en 1972, que fue la expresión de un movimiento intelectual que pretendió aportar la impronta de la especialidad; un “derecho comercial”. El resultado es que todas las sociedades están reguladas en una ley autónoma y sumamente abarcadora, señalando que habrá sociedad comercial cuando dos o más personas, en forma organizada según los tipos previstos, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas (artículo 1o.). Son sujetos de derecho (artículo 1o. de la Ley 19.550).

A las dos tendencias: la de la presunción de sociedad y la de personalidad jurídica, se agregó otra, de fuente italiana, que es la tipicidad legal. Ésta se impuso como forma *ad solemnitaten* cuya omisión conduce a la nulidad (artículo 17, LS). Asimismo, se prohibió que las sociedades anónimas y en comandita por acciones formen parte de sociedades que no sean por acciones (artículo 30, LS).

En este contexto toda actividad en común era sociedad; como regla tiene personalidad jurídica y debe ser típica, bajo apercibimiento de nulidad. Adquirido este estatus se adopta también una gran formalidad y rigidez, puesto que, entre otras cosas, se les prohíbe participar en sociedades que no sean por acciones.

La conjunción entre la presunción de existencia de sociedad, personalidad jurídica y tipicidad legal, en el contexto de la flexibilidad económica actual, se muestra insuficiente y agrietada.

Las actividades en común, informales, transitorias, quedan encorsetadas en la hermeticidad conceptual de este modelo de “sociedad-persona jurídica-típica”. Si Ross y Willet hubieran querido actuar en nuestro

país, su actividad habría sido calificada de societaria, comercial, y si no era típica, nula. Se les hubiera aconsejado usar la sociedad en participación, pero Ross y Willet querían una sociedad igualitaria, y no una con un socio gestor expuesto a terceros y otro semioculto.

Este problema fue enfrentado por diversos ordenamientos y se han dado instrumentos legales para la integración parcial de la pequeña y mediana empresa a nivel nacional o internacional, como sucedió con la ley 196/63 de España, la ordenanza francesa de 1967 sobre grupos de interés económico, el régimen portugués de 1973 que crea el “agrupamiento complementario de empresas” y la reforma al artículo 2602 del Codice italiano en 1976.

III. Derecho de la responsabilidad: el combate contra el fraccionamiento

1. *El fraude laboral: la interposición simulada, fraudulenta y real de personas*

La actividad comercial de las empresas se inclina hacia la subcontratación masiva, y esto las ubica en la frontera con el fraude o la simulación laboral.

El derecho del trabajo dispone de una serie de técnicas jurídicas específicas a los fines de evitar el fraude. Estas técnicas son, en cierto modo, aplicación del principio protectorio.

De lo que se trata es que la protección estatutaria no sea desvirtuada mediante técnicas de ocultamiento. Este fraude a la ley se configura cuando utilizando un recurso legal legítimo se obtiene un resultado análogo al prohibido por la ley imperativa.

Uno de los aspectos que se protegen es la solvencia, a fin de que el crédito del trabajador tenga un respaldo patrimonial. De ello se han seguido toda una serie de disposiciones que pretenden evitar la interposición de personas insolventes a fin de que el trabajador no cobre.

Si un empleador hiciera figurar a sus empleados como empleados de una empresa franquiciada insolvente, estaríamos en presencia de un resultado análogo al prohibido por la ley, ya que sería un caso de interposición simulada, puesto que el verdadero empleador es el que es-

tá oculto bajo la figura del franquiciante, mientras que el franquiciado no es más que un prestanombre.

El contrato adquiere un carácter instrumental dentro de la manobra fraudulenta.

La mayoría de las situaciones no son éstas, sino aquellas en las que el contrato de distribución tiene un carácter sustantivo. Normalmente se trata de casos de interposición real de personas, ya que el dador lanza una oferta y los distribuidores concurren a ella y se celebra el contrato. Es este último quien luego contrata empleados y éstos no tienen ningún contacto con el deudor, en virtud de la independencia jurídica que existe entre ambos.

En consecuencia habría que diferenciar, *in limine*, dos casos:

- a) La interposición simulada de persona efectuada a través del contrato de distribución;
- b) La contratación de personal por parte del distribuidor.

Este último caso es el que ha dado lugar a discusiones.¹⁵

2. Responsabilidad por las deudas laborales de la empresa subcontratada

El artículo 30 de la ley 20.744 dispone que quienes contraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia de la empresa, son solidariamente responsables.

Lo que sucede en este caso es que el legislador, por razones de política legislativa tendentes a ampliar la protección del crédito laboral, hace responsables a quienes normalmente no lo son. No les hace una imputación porque obren fraudulentamente, sino porque se teme que las empresas que subcontratan partes de sus actividades, lo hagan con insolventes.

¹⁵ Rodríguez Mancini, Jorge, *El contrato de franquicia comercial y las obligaciones laborales*, en L. L. del 14 de septiembre de 1993; Vázquez Vialard, Antonio, *Tratado de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Astrea, t. 2, p. 368; Parisi, Luis Bartolomé, *El "franchising" y la solidaridad del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo*, en L. L. del 24 de mayo de 1993.

Se trata entonces de un supuesto de legitimación extraordinaria. Esta técnica debe ser utilizada expresamente y es de interpretación restrictiva.

Cuando la ley hace referencia a trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica del establecimiento, alude a un tipo de delegación. Se trata de una actividad que el empresario hace habitualmente, quien dirige, controla y dispone cómo se hace, y decide cederla a otro para que la haga. No se trata de empresas satelitales, sino subordinadas.

Precisemos la cuestión con un ejemplo: si se celebra un contrato de distribución entre un fabricante y un distribuidor, nos encontraríamos en una situación que para algunos es la delegación de una actividad propia. Sin embargo, bien examinado, el contrato de distribución se refiere a otra actividad, la distribución, de modo que no se trata de una actividad específica del establecimiento. En consecuencia, no es un supuesto que pueda ser subsumido *ab initio* en el referido artículo 30 de la ley 20.744.

El control que ejerce el dador no se refiere habitualmente a la libertad de contratación ni de configuración del vínculo laboral con terceros. Consecuentemente no habría fundamento para imputar con base en el control.

Es decir que como regla general no hay una legitimación extraordinaria en cabeza del dador.

Ello no significa que en algunos supuestos pueda ser alcanzado.

La franquicia, por ejemplo, puede no ser un contrato de colaboración, lo cual es una deformación de la operatoria tradicional. En este caso podría caer encuadrada en el supuesto del artículo 31 de la ley 20.744, ya que se trataría de dos o más empresas, con personalidad jurídica propia, que constituyen un conjunto económico con un propósito fraudulento o conducción temeraria.

La regla debería entonces ser enunciada del siguiente modo:

1) “La interposición real de personas físicas o jurídicas es lícita y no genera responsabilidad, salvo fraude”.

2) “La interposición real de personas aplicada a la actividad específica y normal del establecimiento produce una obligación solidaria respecto de las deudas laborales”.

3) “La noción de actividad específica y normal debe ser interpretada conforme a las costumbres negociales”.

En el derecho legislado y aplicado no hay tanta claridad respecto de los alcances de esta regla. El sistema que recepta la ley 20.744, en su artículo 30, fue modificado en varias oportunidades y se pasó de un sistema de solidaridad amplia y automática (texto originario) a una solidaridad basada principalmente en la prueba del fraude, ya que requiere que se demuestre la existencia de una interposición ficticia (ley 21.297). Finalmente, en los últimos tiempos se insiste en la idea de que la solidaridad surge por omisión de control (sistema de la ley 25.013).

La jurisprudencia interpretó que no es necesario el fraude y que la sola subcontratación permite imputar una responsabilidad solidaria por las deudas laborales.

En algunos de los últimos fallos se ha dicho:

- a) La Corte Suprema¹⁶ fijó como regla que el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante, LCT), que reglamenta la responsabilidad de los empresarios en los casos de subcontratación y delegación frente a los dependientes de los contratistas, no es aplicable

...toda vez que un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución. Este efecto se logra en la práctica comercial por los contratos de concesión, distribución, franquicia y otros que permiten a los fabricantes o, en su caso, a los concedentes de una franquicia co-

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rodríguez, Juan c./Compañía Embotelladora Argentina S. A. y otro”, J. A. del 30 de junio de 1993. La Corte falla un caso en el que la Compañía Embotelladora Argentina, S. A., se dedicaba a la fabricación, venta y distribución de gaseosas de la línea Pepsi en la capital federal y Gran Buenos Aires. Elaboraba los concentrados de bebidas gaseosas, vendiéndolos a su vez a otras empresas. Pepsi, por su parte, elaboraba los concentrados y los vendía a la embotelladora y autorizaba el uso de la marca. El problema era si los obreros de la embotelladora podían reclamar contra Pepsi. A su favor invocaron el artículo 30 de la ley laboral. Una fuerte crítica a este fallo en Ghersi, Carlos, “Pepsi Cola, una sentencia lamentable de la Corte Suprema de Justicia”, *Fojas Cero*, año 2, núm. 19. Parisi, Luis Bartolomé, *El “franchising” y la solidaridad del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo*, en L. L. del 24 de mayo de 1993.

mercial, 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 riesgo.

Agrega que “en los contratos de concesión, distribución y los demás mencionados, la actividad normal del fabricante excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario, por lo que no existe contratación de servicios en los términos de la LCT, artículo 30”.

- b) En un caso recientemente fallado, un mecánico reclamó una indemnización por despido a la estación de servicios para la cual trabajaba y contra el Automóvil Club Argentino; la sentencia de primera instancia hizo lugar a la pretensión solamente contra la estación de servicio, pero la Cámara responsabilizó solidariamente al Automóvil Club, diciendo:

Es solidariamente responsable en los términos del artículo 30 de la ley 20.744 el Automóvil Club Argentino por las obligaciones laborales —en el caso, indemnización por despido— del concesionario de la explotación de una estación de servicios de su propiedad que brinda asistencia mecánica a sus socios, pues se trata de servicios correspondientes a la actividad normal y específica de la entidad, y que contribuyen al cumplimiento de su objeto social.¹⁷

- c) En otro caso, se estableció que

...los servicios de vigilancia contratados por las entidades financieras no resultan ajenos a su actividad normal y específica, en tanto pesa a su respecto la obligación de custodiar los valores depositados por los ahorristas. En consecuencia, dichas entidades son responsables en forma solidaria con la empresa de seguridad por los accidentes de trabajo que sufran quienes realizan tareas de vigilancia, en los términos de los artículos 4o. de la Ley 24.028 y 30 de la Ley 20.744 (DT, 1991-b, 2352; 1974-805, t. o. 1976-238).¹⁸

¹⁷ CNTrab., sala VI, 2001/02/07. “Argañaraz, Óscar A. c./Acceso Nort, S. R. L. y otro”, L. L., lunes 17 de septiembre de 2001, p. 3.

¹⁸ ST Entre Ríos, sala III trab., junio 5-996. “Lencina, Juan F. c./Expas S. R. L. y otro”. Derecho del Trabajo 10, octubre de 1997, p. 2043.

d) En otra sentencia se dijo que “un centro de prestaciones de atenciones médicas como es un sanatorio, que cuenta con un laboratorio para los análisis de sus pacientes, lo incorpora como integrando la entidad empresaria, toda vez que no podría pensarse en el funcionamiento de tal sanatorio sin la existencia de dicho servicio médico. En consecuencia, existe solidaridad en los términos del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, 1976-238) entre el sanatorio y la directora del laboratorio donde trabajaba la actora”.¹⁹

e) En otro caso se dijo que

las tareas de limpieza son parte necesaria para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que se dedica al transporte aéreo, por ende quien subcontrate tales servicios, cuando necesariamente deba realizarlos asume la responsabilidad de las obligaciones laborales incumplidas, en forma solidaria con quien las subcontrató (artículo 30, LCT).²⁰

f) En otra sentencia se dijo que “la actividad gastronómica que puede prestarse en instituciones deportivas, aun cuando sea permanente, debe considerarse como accesorio, porque no constituye la normal y específica del club en cuestión. En consecuencia, la institución deportiva codemandada no se halla comprendida en lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo”.²¹

g) Finalmente, en otro caso se afirmó que

no encuadra en la hipótesis legal (artículo 30, Ley de Contrato de Trabajo —DT, 1976-238—) la mera circunstancia de que la comercialización sería “la única forma a través de la cual dicha actividad industrial tiene entrada en el mercado”, máxime cuando no surge de las actuaciones que haya existido vinculación entre las empresas más allá de los contratos que se acompañaron. Aquella conclusión implica extender desmesuradamente el ámbito de aplicación de la norma de un modo que en su texto no consiente, desnaturalizando su contenido al asig-

¹⁹ CNTrab., sala VI, julio 11-995. “Garcilazo, María E. c./Sanatorio Seguro S. A. s/despido” (F. M. C. F. M.), DT-1995-B, Buenos Aires, p. 2289.

²⁰ CNTrab., sala VI, julio 19-995. “Banega, Ubaldo c./Austral L. A., S. A. s/despido” (M. F. M. C. F.). DT, 1976-238.

²¹ CNTrab., sala I, junio 21-995. “Sánchez, Ceferino c./Roldán, Jesús s/despido”, DT, 1976-238.

narle un significado que excede inaceptablemente sus fines y que por ello debe ser descartado.²²

Resumiendo estos ejemplos encontramos que hay dos líneas de interpretación.

Para una tesis amplia es responsable el Automóvil Club por las deudas contraídas por el dueño de la estación de servicios; un sanatorio por las deudas del laboratorio y el banco por las deudas de la empresa de limpieza.

Para la otra tesis, restrictiva, el sistema de comercialización no es la actividad propia del artículo 30 ni debe responder un club por el servicio gastronómico, que es accesorio.

3. La responsabilidad laboral por las deudas de una empresa con la que hay confusión patrimonial

Distinto del anterior es el caso en que hay confusión patrimonial entre las empresas porque puede probarse la existencia de un fraude.

En esta línea se ha dicho que

...si ambas empresas funcionaban en una misma planta, participaron de modo conjunto en aventuras mercantiles (alistamiento de barcos), tienen los mismos directivos y poseen empleados en común que utilizaban un mismo vestuario, resulta aceptable concluir que existió un conjunto económico empresario de carácter permanente en los términos a que hace referencia el artículo 31 de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, 1976-238).

Si bien el fraude a la ley laboral es un recaudo esencial para que se configure la responsabilidad solidaria del artículo 31 de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, 1976-238), ello no significa que deba probarse el dolo del empleador o una intención fraudulenta del mismo, alcanza —a tal fin— que la conducta empresarial se traduzca en una sustracción a la aplicación de las normas laborales.²³

²² CS, julio 18-995. “Sandoval, Daniel c./Cía. Embotelladora Argentina S. A.”, DT-1995-B, Buenos Aires, p. 2299.

²³ CNTrab. sala X, diciembre 31-996. “Piai, Nestor A. y otros c./IESA, S. A. y otro”. Derecho del Trabajo 10, octubre de 1997, p. 2024.

La existencia de confusión patrimonial hace presumir la intención fraudulenta, y no es necesaria la prueba del dolo directo, ni siquiera eventual del derecho penal. Es suficiente con la demostración de una conducta que da lugar al fraude en el cobro del crédito.

4. *La responsabilidad de los socios por fraude laboral de la persona jurídica*

La extensión de la responsabilidad a los socios es un fenómeno que tiene una larga historia, pero que en los últimos años ha sufrido un impulso verdaderamente importante.

En esta materia resalta un fallo²⁴ en el que se hizo responsable al presidente del directorio de un banco por los perjuicios causados a los inversores que no pudieron recuperar sus depósitos de una “mesa de dinero” que operaba dentro de esa entidad financiera. El Tribunal dijo que las “mesas de dinero” celebran operaciones que infringen las reglas administrativas del obrar bancario; que la actividad de la “mesa de dinero” importa un medio para violar la ley, en los términos del artículo 54 de la Ley 19.550.

Uno de los supuestos que ha motivado una gran preocupación en la comunidad jurídica ha sido derivado de las sentencias que responsabilizaron a los directores de sociedades anónimas por las indemnizaciones reclamadas por personal irregularmente contratado.

Concretamente, se estableció que:

Corresponde responsabilizar solidariamente en los términos del artículo 54 de la Ley 19.550 (Adla, XLIV-D, 3806) a los socios de la sociedad empleadora por falta de registración del trabajador —en el caso, omisión de entrega de recibos y falta de aportes previsionales—, pues constituye una conducta que viola el orden público laboral, sin que sea necesario para ello la prueba de la intencionalidad de utilizar la sociedad para esos fines.²⁵

²⁴ Cámara Comercial, en autos “Piekar, Jaime y otro c./Peña, Jaime Joaquín y otros”, *La Ley*, 1997-E, 477

²⁵ CNTrab., sala VI, 2001/02/02. “Maison, María c./Show del Pollo, S. R. L. y otros”, L. L., martes 2 de octubre de 2001, Buenos Aires, p. 5. En igual sentido, entre otros: CNTrab., sala VI, en “Morinigo, Cresencia c./Hotel Marcone, S. R. L. s/despido”, 22 de noviembre de 2000; CNTrab., sala III, en “Duquelsy, Silvia c./Fuar, S. A. y otro”,

Se trata, entonces, de una responsabilidad solidaria sin necesidad de la demostración de fraude, y activada con la sola prueba de la falta de inscripción del trabajador. Específicamente y con relación a este punto se ha sostenido que:

el artículo 31 de la Ley de Contrato de Trabajo (Adla, XXXIV-D, 3207: XXXVI-B, 1175) no exige una intención subjetiva de evasión de las normas laborales, no es necesario probar el dolo de los involucrados o un propósito fraudulento en los mismos, bastando que la conducta empresarial se sustraiga a esas normas laborales, con intención o sin ella. La fragmentación de la antigüedad del trabajador que derivaría de la existencia de dos vínculos distintos cuando en verdad se trata de uno solo —conjunto económico— hace presumir la existencia de una evasión de normas laborales que hace responsables a las codemandadas en forma solidaria.²⁶

Sostiene Nissen²⁷ que la limitación de la responsabilidad de los accionistas de una sociedad anónima (o de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada) no constituye un principio absoluto en nuestro derecho, ni es contemporáneo con el origen de las sociedades comerciales y constituye una excepción al principio general de la unidad y universalidad del patrimonio consagrado por nuestro Código Civil. Este excepcional beneficio sólo puede tener vigencia cuando se presentan fines lícitos. Señala el autor que

la harto criticable exigencia prevista por el artículo 186 de la Ley 19.550, que requiere un capital social mínimo absurdo para las sociedades anón-

19 de febrero de 1998, DT, 1998-A, 715; CNTrab., sala VI, en “Bogado, Gladys N. c./Pinar Video Home, S. A. y otros”, 16 de junio de 2000, L. L. 2000-E, 893 (43.044-S); CNTrab., sala X, en “Coleur, Sergio Damián c./Frigorífico La Nona, S. R. L. y otros s/despido”, del 20 de septiembre de 2000; CNTrab., sala VII, en autos “Villalba, Javier I. c./Rosas, Gustavo s/despido”, 10 de abril de 2000; CNTrab., sala VI, en “Piaggi, Ramón Ernesto c./Cerámica Venezuela, S. R. L. y otro”, 22 de noviembre de 2000; CNTrab., sala VII, en “Mora, Ernestina c./Biomédica, S. R. L. y otro”, 14 de diciembre de 1999, DT, 2000-A, 1045.

²⁶ CNTrab., sala X, 2000/06/21. “Carloni, Hortensia M. c./Roberto Jajam, S. A. y otro”, L. L., jueves 28 de diciembre de 2000, Buenos Aires, p. 1.

²⁷ Nissen, Ricardo Augusto y Llantada, Gastón Fernando, “Sobre la crisis de la responsabilidad societaria”, L. L., 6 de diciembre de 2000, p. 1; también en L. L. del 10 de marzo de 1999.

animas (\$12,000), de manera alguna justifica la existencia de sociedades infracapitalizadas, pues tal capital social sólo podrá servir para las sociedades que tengan un nivel de gastos equivalente, pero de ninguna manera tal norma predica que basta con contar con tal irrisoria cifra para que resulte operativa la limitación de la responsabilidad de los socios, cuando el pasivo o el nivel de gastos de la empresa sea superior. En otras palabras, no resulta suficiente para eludir el riesgo empresario el solo recurso de integrar sociedades anónimas con tan insuficiente capital, pues las consecuencias que deja tal proceder son desoladoras: sociedades en quiebra sin dinero para afrontar siquiera los gastos del procedimiento falencial, pero con accionistas cuyo patrimonio personal ni siquiera ha sido afectado.

La tesis no es clara en la jurisprudencia que la admite, en varios aspectos.

En primer lugar, no es claro si es suficiente con que se acredite que hubo un pago en negro, en un mes, o una parte del sueldo, o bien es necesario demostrar una conducta reiterada. Por ejemplo, se ha dicho:

no registrar ni documentar una parte del salario efectivamente convenido y pagado, práctica comúnmente denominada pago en negro y prohibido por el artículo 140 de la LCT y por el artículo 10 de la Ley de Empleo, constituye un típico fraude laboral y previsional, ya que tiene normalmente por objeto y efecto disminuir en forma ilegítima la incidencia del salario normal en las prestaciones complementarias o indemnizaciones y en los aportes al Sistema de Seguridad Social (fundamentos del fallo Delgadillo).

Pareciera mucho más razonable exigir una conducta reiterada y prolongada en el tiempo para poder sostener que la sociedad tiene un carácter instrumental. No basta un simple pago en negro, ya que de ello no se puede presumir un fraude.

En segundo lugar, no se aclara bien si la responsabilidad alcanza solamente a los directores de una sociedad anónima o a los socios gerentes de una sociedad de responsabilidad limitada, o a todos los socios. Pareciera razonable sostener que sólo podrían ser imputados los sujetos que integran el órgano directivo y dentro de ellos solamente a quienes tomaron la decisión, porque de lo contrario se consagraría una regla injusta y arbitraria. En este aspecto no se advierten precisiones claras, ya que, por ejemplo, se cita la norma en forma indiferenciada:

...el artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (Adla, XLIV-B, 1310), en cuanto establece la responsabilidad solidaria de los socios o controlantes por la actuación del ente que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros, es aplicable a los créditos de naturaleza laboral adeudados por el ente en razón de la falta de debido registro y documentación del contrato de trabajo.²⁸

En el mismo sentido:

...el artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (Adla, XLIV-B, 1310), en cuanto establece la responsabilidad solidaria de los socios o controlantes por la actuación del ente que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros, es aplicable a los créditos de naturaleza laboral adeudados por el ente en virtud de la retención de aportes previsionales.²⁹

En la tesis contraria a la aplicación de la responsabilidad, que resulta mayoritaria, se sostiene que no hay un caso de control ni de fraude instrumental. Recientemente se ha dicho que

...el artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (Adla, XLIV-B, 1310), en cuanto establece la responsabilidad solidaria de los socios o controlantes por la actuación del ente que encubra fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros, no es aplicable a los créditos de naturaleza laboral adeudados por el ente en razón de un despido sin causa.³⁰

5. *Reponsabilidad por prácticas lesivas de la competencia*

La Ley de Defensa de la Competencia establece una frontera de licitud en los acuerdos contractuales. En efecto, se consideran prohibi-

²⁸ CNTrab., sala X, 2000/07/31. "Palomeque, Aldo R. c./Benemeth, S. A. y otros", L. L., viernes 30 de marzo de 2001, Buenos Aires, p. 5.

²⁹ CNTrab., sala VII, 2000/08/07 (*). "Lencinas, José F. c./Intercambio, S. R. L. y otros", L. L., viernes 30 de marzo de 2001, Buenos Aires, p. 5.

³⁰ CNTrab., sala VIII, 2000/05/16. "Bengolea Gutiérrez, Elizabeth G. c./Ganon, S. R. L. y otros", L. L., viernes 30 de marzo de 2001, Buenos Aires, p. 4.

dos “los actos o conductas de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes y servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjudicial para el interés económico general” (artículo 1o., Ley 25.156). Se consideran prácticas restrictivas de la competencia la conducta que consiste en fijar, concertar o manipular precios o compras de bienes, obligaciones de producir, procesar, distribuir o comercializar sólo una parte restringida o limitada de bienes; repartir el mercado, concertar o coordinar posturas en licitaciones o concursos; concertar la imitación o control del desarrollo técnico; impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas le entrada o permanencia en un mercado; imponer precios; regular mercados; subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro; imponer condiciones discriminatorias; negarse a justificar servicios concretos (artículo 2o., Ley 25.156). Para calificar la posición dominante la ley dice que ella ocurre cuando

...para un determinado o tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos (artículo 4o.).

Las multas obligan solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona de existencia ideal que por su acción o por omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubieren contribuido, alentado o permitido la comisión de esta infracción (artículo 48).

Las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por la ley podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme a las normas del derecho común ante el juez competente en la materia (artículo 51), con una prescripción de cinco años (artículo 54).

La red puede presentar una estructura autocrática que se caracteriza porque existe una empresa central que planifica la conducta de todos los demás y la controla de modo similar a la dependencia. Estas últimas están destinadas al desuso en una economía competitiva, en las que se requiere una alta participación en las decisiones de todos los integrantes, una fluida comunicación y un proceso de interacción creativo que no pueden brindar las organizaciones de este tipo.

Las formas democráticas, en cambio, se caracterizan por presentar una descentralización mayor en las decisiones, y son las que han proliferado en la economía actual. En el plano jurídico ello significa que se trata de vínculos entre empresas autónomas que asumen el riesgo empresarial.

Sobre esta base surgen dos cuestiones relevantes:

La primera es que la empresa organizadora, al ceder el uso de bienes a terceros (marca, imagen, etcétera) pretende tener un control sobre la conducta de quien los usa, a fin de evitar un deterioro de los mismos. La segunda es que ese control tiende a transformarse en dominación, pasando los límites de una configuración democrática a una autocrática.

El equilibrio entre democracia interna y protección de los bienes del organizador y la frontera entre control y dominación son cuestiones de difícil solución, que esbozaremos seguidamente.

Uno de aspectos investigados sobre la configuración interna de las redes contractuales es el relativo a la concentración vertical u horizontal de empresas.³¹

Este tema es enfocado desde el derecho de la competencia, en tanto estos vínculos superen un nivel de integración que permita calificarlos como acuerdos colusorios violatorios de la libre competencia en el mercado; desde el derecho societario, dentro de la teoría de los agrupamientos; en el derecho concursal, para la extensión de la quiebra. Desde el punto de vista jurídico, enfocando la cuestión exclusivamente en el aspecto contractual, y en lo que resulta relevante para el tema de las redes, trataremos dos facetas: la primera relacionada al agrupamiento piramidal u horizontal, y la segunda con los instrumentos contractuales para lograrlo.

³¹ Champaud, "Los métodos de agrupación de sociedades", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, año II, 1969, p. 18.

La concentración vertical supone una configuración piramidal de la red, puesto que hay una empresa que está en la cúspide y que controla a las demás. El caso más tratado por la doctrina y la jurisprudencia es el de las concesiones de automotores, en el que hay un fabricante-proveedor y una multiplicidad de concesionarios que se ubican en un escalón inferior de subordinación económica.

En los aspectos jurídicos se ha dicho³² que

...el contrato de concesión para la venta de automotores... tiene las peculiaridades de un negocio jurídico de “concentración vertical de empresas”... a través del cual, la concedente incorpora dentro de su estructura funcional dedicada a la distribución de sus productos, a una concesionaria, la que si bien mantiene... su independencia jurídica y patrimonial... se somete a las reglas impuestas por la concedente..., lo que produce “una notoria ‘desigualdad’ de tratamiento, en una vinculación «atípica»”.

De esta forma el contrato de concesión, para aquilatarlo en toda su significación y consecuencias jurídicas, debe ser analizado con un “sentido funcional”, es decir, sin perder de vista que es el componente de un conjunto de otros contratos idénticos celebrados por el fabricante, para facilitar la existencia de nuevas bocas de expendio de sus productos para el mercado, formando parte de una red de la distribución integrada, y sometida a su dirección y poder; lo que se expresa, en una “subordinación económica” de las empresas agrupadas, que subsiste, aun cuando se advierta la autonomía patrimonial y jurídica a que antes hemos hecho referencia.

Esta caracterización produce una presunción de la existencia de dominación.

6. Responsabilidad por control

En la concentración horizontal no hay un centro desde el cual parten las directivas, por lo que no hay una configuración piramidal. Todos los integrantes de la red están en paridad de situaciones y actúan conjuntamente, interactuando entre sí. En la realidad, es difícil que no exista alguien que establezca su predominio, como ocurre con las estructuras de franquicia, en las que el titular de la marca lo impone.

³² Cfr. Morandi en un voto publicado en *La Ley*, 1983-C- 240.

El problema se traslada, también en este caso, a los instrumentos de control.

No es nuestro propósito desarrollar la teoría acerca del control interno y externo en materia de sociedades y de vínculos contractuales, sino sólo poner de manifiesto algunas cláusulas que tienen un efecto preciso en la caracterización de los contratos.

Podemos discernir diversos tipos de control, que son tratados habitualmente por distintas especialidades:

- *Control societario interno*. El control puede ser logrado mediante participaciones societarias de una empresa en la otra, siendo éste un tema propio del derecho societario.
- *Control contractual externo*. Puede ser obtenido mediante un “entorno” contractual: préstamos financieros, asistencia técnica, *management*, cesión del uso de la marca y otros vínculos que dejan libre a la sociedad controlada en su aspecto interno, pero limitan fuertemente su campo de actuación. En este control, externo, la sociedad ha delegado gran parte de sus actividades que es realizada por otro sujeto o por varios que pertenecen a una sociedad controlante.
- *Control de la prestación*. En este caso un contratante contrata con otro una determinada prestación, y la controla de manera tal que limita su margen de autodeterminación.

Este último es el que motivará nuestro análisis. El interés es definirlo claramente y delimitarlo respecto del control de la prestación que da lugar a la relación de dependencia laboral.

La importancia de este distingo es enorme, puesto que una gran parte de los contratos que se integran en redes están sujetos a este control de la prestación y muchas veces se utiliza la noción de “dependencia” para subsumirlos en un régimen laboral o bien en la responsabilidad extracontractual por el hecho del dependiente.

El control de la prestación en el campo laboral es uno de los aspectos de la subordinación jurídica, y debemos diferenciarlo del control existente en los vínculos de colaboración autónomos.

En muchos contratos hay control de la prestación: cuando se contrata a un locador de obra hay un control y supervisión muy estrictos

(por ejemplo en la construcción de una casa), pero no hay dependencia laboral. En un contrato de franquicia hay un control muy fuerte a través del manual de operaciones, que guía al detalle la prestación del tomador de la franquicia, al punto tal que hace desaparecer toda diferencia entre el dador y el tomador; tampoco hay relación laboral.

La dependencia laboral se caracteriza por ser algo más que una simple “injerencia”, o “control”, ya que no se limita al objeto del encargo. Alcanza al “elemento personal”, al obrero, quien está jurídicamente subordinado: el obrero se pone a disposición de los requerimientos del empleador. El poder de dirección afecta aquellos aspectos estructurales: el patrón puede diseñar el modo de prestación con referencia a los horarios, lugar, medios técnicos a utilizar, ordenar la demanda en el sentido de fijar su ritmo.

Es decir, no se limita a un control de la prestación, sino de la persona. La violación de las órdenes que da el empleador es un incumplimiento contractual que puede dar lugar a penalidades como la suspensión disciplinaria, cuando está prevista legalmente (artículo 67, Ley 20.744). Este es un dato revelador de la subordinación jurídica.

No puede confundirse la relación laboral con los vínculos de colaboración. En la colaboración hay una finalidad común, un contrato con un tercero que uno no puede hacer sólo y entonces delega en otro. Consecuentemente, hay una función de cooperación de las partes para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del vínculo. Existe un objetivo que gravita de tal manera que sobredetermina a las partes, haciendo que ellas realicen a través del medio contractual las aportaciones pertinentes para su logro. Ese fin puede consistir en una gestión a realizar (mandato, locación de servicios), en un resultado a obtener (locación de obra) o en una utilidad a conseguir y dividir (sociedad).

En virtud de la titularidad del interés, a una de las partes se le concede el derecho de señalar cómo debe desarrollarse el encargo: el mandatario debe ajustarse a las instrucciones (artículo 1904, Código Civil), el locador de obra debe ajustarse a las instrucciones del dueño (artículo 1632, Código Civil). Por ello, en los negocios de colaboración autónomos hay una intromisión del titular del interés sobre la actividad de quien realiza la colaboración y está destinada a precisar el objeto del encargo.

Esto es distinto en el contrato de trabajo.

Al contrario de la regla general, no es el colaborador quien está en relación con el tercero. Es el titular del interés (patrón) quien se vincula con otros, y de ahí que el obrero colabora de un modo “instrumental”. Por eso la dependencia es más fuerte que la injerencia. El contrato de trabajo es un negocio de colaboración dependiente.

De manera que puede decirse que en muchos contratos hay control de una de las partes sobre la prestación de la otra. En aquellos vínculos en que se alcanza la conducta de la persona física involucrada de modo que tiene un carácter instrumental respecto de la prestación principal que compromete el empleador, es laboral.

En los casos en que el control forma parte de un vínculo de colaboración, en los que el titular del interés delega en otro la relación con los terceros y no la presta él mismo, no es laboral.

Hay casos en los que el control es dado para proteger un bien de uno de los contratantes cedido en uso al otro, como el *know how*, la marca,³³ y otros, y no se deriva del mismo ningún desnivel con relevancia jurídica en la protección de la parte débil.

Otros controles permiten una intervención muy fuerte de uno de los contratantes no sólo en la prestación, sino en toda la actividad del otro, como son los que autorizan a quien presta dinero, con facultades de hacer auditoría, imponer deberes de comportamiento empresario, objetivos a alcanzar y muchas otras conductas que obedecen a asegurar el riesgo económico y no a proteger la parte débil.³⁴

En muchos supuestos el control es un medio de reducción de costos. Por ejemplo, las obras sociales intervienen en el control de la pres-

³³ Cfr. Fernández Novoa, *Fundamentos de derechos de marcas*, Madrid, Motecorvo, 1984, p. 377. Dice el autor que el control es típico en el derecho de marcas, que puede ser pasivo, o bien incluso activo, como ocurre en la franquicia, donde el *franchisor* ejercita un control activo sobre la explotación empresarial, necesario para la protección de su imagen.

³⁴ Este es un fenómeno muy común: desde los países que, solicitando préstamos internacionales se someten a los controles del Fondo Monetario Internacional, el que a su vez les impone conductas económicas precisas, a las empresas que, para solicitar préstamos de importancia deben mostrar contabilidades, someterse a auditorías, y muchas veces adoptar conductas específicas impuestas por los bancos que prestan. Ser deudor en un grado importante es ser dependiente, controlado, y en muchos casos estar integrado con el banco.

ción de clínicas y médicos estableciendo estándares de actuación, o un vademécum para la prescripción de medicamentos, todo con la finalidad de reducir costos que benefician a toda la red.

En otros supuestos, es un elemento caracterizante de la figura. Concretamente en la franquicia, se ha sostenido que el “control significativo” es un elemento del tipo, esencial para que exista el contrato. El mencionado control es “un concepto jurídico indeterminado y de concreción tópica, y que implica necesariamente la existencia de una dirección técnica comercial, e incluso la posible incursión en auténticas funciones de administración o dirección empresarial en sentido propio, al admitir su extensión a aspectos como la política financiera, de personal o el derecho de establecimiento de la empresa franquiciada” y ello es un elemento decisivo para conseguir un “elevado nivel de integración de las partes”.³⁵

En la concesión también hay fuertes controles, aunque menos intensos que en la franquicia porque los elementos en juego en la concesión son tangibles (por ejemplo: automotores, marca) y más fáciles de proteger que el inasible *know how*, muy fácil de copiar y reproducir. En la concesión suele haber obligaciones de compra, ventas mínimas, obligación de promoción, de no concurrencia, de diseño de los locales, supervisión contable, préstamos financieros continuos que ejercen un control muy fuerte sobre el concesionario.

La existencia de un control de la prestación en los vínculos de colaboración autónoma no activa la presunción de existencia de una relación laboral (artículo 23, LCT). El efecto, en cambio, se produce en otros ámbitos:

- En el plano del derecho del consumidor, el control puede crear una apariencia jurídica frente a terceros que haga responder al controlante frente a los terceros en virtud de la buena fe o creencia creada.
- En el plano de la responsabilidad es admisible la regla: a mayor intervención en la prestación, mayor responsabilidad.

El control y el ejercicio del poder de dirección que del mismo se deriva están sometidos a límites internos que definen su uso regular.

³⁵ Echebarría Sáenz, Joseba, *op. cit.*, nota 7, p. 28.

El ejercicio regular del derecho se debe ejercer conforme a finalidades, establecidas por el objetivo que la ley tuvo en miras al reconocer el derecho, la buena fe y la costumbre.

El control y el ejercicio del derecho de dirección no escapan a estos límites. En materia laboral tenemos un ejemplo, puesto que la ley establece límites de este tipo al poder de dirección que tiene el empleador sobre la conducta del empleado.

En las redes de contratos el control debe ajustarse a la finalidad que representa el funcionamiento de la red. Por ejemplo, el control que ejerce el concesionario tiene por finalidad el mantenimiento de la red. Por ello puede establecer pautas para prever que se mantengan *stocks*, o de servicios a dar a los consumidores o referentes al uso de los signos distintivos. Asimismo, puede definir políticas arancelarias, financieras y tributarias comunes para disminuir costos de la red.

El límite a estas conductas está dado por una desviación de la finalidad. Si la causa sistemática es el mantenimiento de la red o la disminución de los costos, todas las conductas del concedente pueden examinarse conforme a ese estándar.

Si el poder de dirección se usa para una finalidad desviada, como por ejemplo para trasladar costos o riesgos a los concesionarios, es un supuesto de uso abusivo.

El control de la red se logra a través de una serie de cláusulas que son “sospechosas” de abusividad, entre las que cabe mencionar las siguientes:

- a) Cláusula de exclusividad de compra: obliga al franquiciado a adquirir una cantidad de bienes únicamente al *franchisor*, o bien a un proveedor indicado por éste.
- b) Cláusula de exclusividad de compra y de venta recíproca: obliga al *franchisor* a aprovisionarse únicamente del *franchisee* y a éste a adquirir y distribuir solamente dicha producción.
- c) Cláusula de territorialidad simple: otorga al *franchisee* un privilegio de suministros exclusivos en un área determinada, en la que no puede haber ningún otro negocio similar creado por el dador.
- d) Cláusula de territorialidad reforzada: al concedérsele la zona, se obliga al tomador a limitarse a ella, no pudiendo enviar vendedores a otras zonas.

- e) Cláusula de precio uniforme: con el fin de lograr una homogeneidad de todos los integrantes de la red, se establece un mínimo y un máximo, o bien directamente un precio obligatorio a fin de que todos los integrantes vendan al mismo precio.
- f) Cláusula de mantenimiento de *stock*: obliga al distribuidor a adquirir una cantidad mínima y permanente de bienes.
- g) También es interesante la aplicación del criterio antidiscriminatorio. Entendemos que debe considerarse implícita una cláusula no discriminatoria: el organizador debe comunicar a todos los integrantes de la red las novedades y no discriminar a algunos miembros. Por ejemplo, si en una red de franquicias sale una nueva tecnología y no se la proveen a uno de los franquiciados, ello afectaría la igualdad y sería un trato discriminatorio.³⁶

Evidentemente, se puede continuar con un análisis que agregue otras hipótesis, como la responsabilidad por productos elaborados. Sin embargo, creemos que es suficiente con lo expuesto para demostrar una clara contradicción entre dos tendencias opuestas en grado de tensión, como lo hemos explicado al inicio.

³⁶ Kleidermacher, Jaime, *Franchising. Aspectos económicos y jurídicos*, Abeledo-Perrot, 1993, p. 153.