

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social

¿Quién es el empleador? El contractualismo bilateral
puesto a prueba en el contrato de franquicia

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social

Autor:

Sebastián Brain Barrientos

Asesor:

Víctor Renato Sarzo Tamayo


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, SARZO TAMAYO, VICTOR RENATO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “**¿Quién es el empleador? El contractualismo bilateral puesto a prueba en el contrato de franquicia**”, del autor(a) BRAIN BARRIENTOS, SEBASTIAN, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 21%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 09/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 11 de julio del 2024

SARZO TAMAYO, VICTOR RENATO	
DNI: 42488342	 Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5358-3703	

RESUMEN

El presente trabajo académico busca dar respuesta al siguiente problema jurídico: ¿quién es el empleador de los trabajadores que prestan servicios en el marco de un contrato de franquicia fisiológico? Con el objetivo de abordar dicha interrogante, en las distintas secciones de este artículo se lleva a cabo un detallado proceso de argumentación jurídica que se construye sobre doctrina especializada nacional y extranjera, así como jurisprudencia y normativa relevante. El trabajo académico concluye que la posición jurídica de empleador de los trabajadores que prestan servicios en el marco de un contrato de franquicia fisiológico está compuesta por una pluralidad de sujetos: el franquiciante y el franquiciado. Para llegar a dicha conclusión, en los capítulos de este artículo se construyen dos premisas de trabajo esenciales. De un lado, se afirma que la principal dificultad que enfrenta el derecho del trabajo para la regulación del contrato de franquicia fisiológico es la predominancia del contractualismo bilateral como premisa del contrato de trabajo y de la naturaleza de sus partes. Por otro lado, se sostiene que la referida dificultad se puede superar a partir de considerar al contrato de franquicia fisiológico como un supuesto de empleador complejo, siendo que la posición jurídica de empleador está compuesta por una pluralidad de sujetos que se distribuyen las facultades y las obligaciones del poder de dirección: el franquiciante y el franquiciado.

Palabras clave

Derecho del trabajo; redes empresariales; contrato de franquicia; empleador; corresponsabilidad patronal

ABSTRACT

This academic paper seeks to answer the following legal problem: who is the employer of the employees who provide services within the framework of a physiological franchise agreement? To address this question, in the different sections of this article a detailed process of legal argumentation is carried out, which is built on specialized national and foreign doctrine, as well as jurisprudence and relevant regulations. The academic paper concludes that the legal position of employer of the employees who provide services within the framework of a physiological franchise agreement is composed of a plurality of subjects: the franchisor and the franchisee. To reach such conclusion, two essential working premises are constructed in the chapters of this article. On the one hand, it is stated that the main difficulty faced by labor law in regulating the physiological franchise agreement is the predominance of bilateral contractualism as a premise of the employment agreement and the nature of its parties. On the other hand, it is argued that this difficulty can be overcome by considering the physiological franchise agreement as a complex employer, since the legal position of employer is composed of a plurality of subjects that distribute the powers and obligations of the employer: the franchisor and the franchisee.

Keywords

Labor law; business networks; franchise agreement; employer; employer co-responsibility

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. LA MANIFESTACIÓN DEL CONTRACTUALISMO BILATERAL EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA	2
2. LA PLURALIDAD DE SUJETOS EN LA POSICIÓN DE EMPLEADOR EN LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA.....	25
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	50
BIBLIOGRAFÍA.....	54



INTRODUCCIÓN

La franquicia se ha posicionado como un esquema de negocio con amplio reconocimiento a nivel nacional y mundial que brinda a las empresas la posibilidad de expandir el alcance de sus operaciones mediante la celebración de contratos con empresarios presuntamente independientes. Este modelo brinda ventajas para los franquiciantes, quienes pueden ampliar la presencia de su marca en el mercado con menor inversión directa, pero también para los franquiciados, quienes tienen la oportunidad de invertir en un negocio exitoso previamente probado por su contraparte, quien los asesorará en su conducción.

Sin embargo, detrás de este esquema comercial aparentemente beneficioso, existen situaciones y problemáticas que, desde el derecho del trabajo, resulta necesario abordar. Específicamente, la constatación fáctica de que los franquiciantes suelen tener importantes facultades para incidir en la determinación de las condiciones laborales de los trabajadores del franquiciado lleva a cuestionarse si, en realidad, solo es el franquiciado su empleador.

La identificación del empleador, a la luz del contexto económico contemporáneo, caracterizado por el surgimiento de fenómenos empresariales dinámicos y de distintas manifestaciones, no es una discusión reciente en la doctrina laboral. Sin embargo, en el ámbito nacional, muy poco se ha escrito acerca de la identificación del empleador en los contratos de franquicia. Por tal motivo, el presente trabajo académico se propone abordar dicha temática. Para ello, en el primer capítulo se identificará cuál es la principal dificultad que enfrenta el derecho del trabajo para la regulación del contrato de franquicia fisiológico. Posteriormente, en el segundo capítulo se identificará de qué forma se puede superar dicha dificultad para una mejor comprensión de las relaciones de trabajo presentes en el contrato de franquicia.

1. LA MANIFESTACIÓN DEL CONTRACTUALISMO BILATERAL EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA¹

1.1. Las redes empresariales y las dificultades para su regulación desde el derecho del trabajo

La relación de trabajo es materialmente asimétrica. El empleador se encuentra en una situación de ventaja económica respecto del trabajador. Ello le permite al primero imponer las condiciones de trabajo a las que estará sujeto el segundo (retribución, tiempo de trabajo, lugar de trabajo, etc.).

Ante la realidad antedicha, el derecho del trabajo surgió para controlar el poder fáctico del empleador respecto del trabajador. Un presupuesto lógico, entonces, para que el derecho del trabajo cumpla con su cometido es identificar a alguien a quien poder calificar como “empleador” y, a través del ordenamiento jurídico, imputarle obligaciones para controlar su poder material.

El derecho del trabajo se construyó en un contexto histórico donde predominaba un modelo de organización empresarial (que, a efectos del presente artículo, se denominará “modelo ortodoxo”) que, independientemente de la positivización o no de una definición legal de “empleador”, permitía la identificación del empleador de forma relativamente sencilla. El empleador era la “empresa”, que, bajo los estándares del modelo ortodoxo, se caracterizaba, principalmente, por ser de dimensiones medianas o grandes y de titularidad de una única persona física o jurídica que ejecutaba ella misma, con sus propios trabajadores y medios de producción de su propiedad, todas las

¹ Esta sección contiene material previamente elaborado por el mismo autor durante el ciclo lectivo 2023-1, para el curso “Seminario de Trabajo Académico 1” del Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

actividades principales del ciclo productivo de los bienes y servicios que ofrecía al mercado (Cruz, 1999, pp. 5-7).

Actualmente, sin embargo, el modelo ortodoxo ha sido superado. Impulsado por el aumento de la competitividad generada por la globalización y facilitado por el auge de las tecnologías de la información, el nuevo paradigma de la organización empresarial son las “redes empresariales”. Existe una red empresarial cuando, a través del establecimiento de relaciones horizontales de interdependencia, empresas formalmente autónomas cooperan entre sí para alcanzar objetivos comunes. Así, a decir de Sanguinetti (2021, pp. 137-142), bajo este nuevo modelo empresarial:

- Las empresas fragmentan y externalizan las actividades principales que forman parte del ciclo productivo de los bienes y servicios que ofrecen al mercado.
- Las empresas utilizan a otras empresas externas, usualmente pequeñas y especializadas, para que, con sus propios trabajadores y medios de producción de su propiedad, atiendan las actividades principales que han externalizado.
- Las empresas que atienden las actividades externalizadas coordinan con la empresa que las externalizó, quien mantiene para sí el control del ciclo productivo pese a su fragmentación.

Las redes empresariales adoptan diversas manifestaciones en el contexto peruano (intermediación laboral, contrato de suministro, contrato de asociación en participación, contrato de consorcio, etc.). Pero, definida así la red empresarial, no es de extrañar que el ejemplo arquetípico que se suele traer a colación para referirse a ella sea la subcontratación o, como se la ha regulado en la legislación peruana, la tercerización de servicios. En virtud de esta última, una empresa, usualmente denominada “principal”, se desvincula de una parte integral de su ciclo productivo y lo delega en otra empresa, usualmente denominada “tercerizadora”. Lo característico de esta relación es que

la empresa tercerizadora debe ser autónoma e independiente respecto de la empresa principal, debiendo ejecutar el servicio que le ha sido encomendado de manera integral, y con sus propios recursos materiales y organizacionales, no limitándose a ceder mano de obra a su contraparte para que esta haga uso de aquella.

En cualquier caso, no cabe duda de que las redes empresariales han cobrado protagonismo en el contexto contemporáneo. Tienen presencia en múltiples sectores de la economía peruana. Es el caso de la empresa minera que contrata a otra empresa especializada para que se encargue íntegramente las etapas de prospección y exploración en sus proyectos mineros; de las empresas que se asocian y constituyen un consorcio para ejecutar una obra de construcción civil que se han adjudicado a través de una licitación pública; y de los restaurantes que ya no cuentan con *delivery* propio, pero que sí ofrecen su comida a través de aplicativos de reparto.

Las diferencias entre ambos modelos de organización empresarial se aprecian con mayor facilidad en el siguiente cuadro:

Modelo ortodoxo	Redes empresariales
Las empresas son de dimensiones medianas o grandes y de titularidad de una persona física o jurídica que ejecuta ella misma, con sus propios trabajadores y medios de producción de su propiedad, todas las actividades principales del ciclo productivo de los bienes y servicios que ofrecen al mercado.	Las empresas fragmentan y externalizan las actividades principales que forman parte del ciclo productivo de los bienes y servicios que ofrecen al mercado en otras empresas, usualmente pequeñas y especializadas, que, con sus propios trabajadores y medios de producción de su propiedad, se hacen cargo de ellas, aunque coordinando con la empresa que las externalizó, quien mantiene para sí el control del ciclo productivo pese a su fragmentación.

Así, pues, el modelo de organización empresarial sobre el que se construyó el derecho del trabajo ha cambiado. ¿Debe el derecho del

trabajo cambiar también? La respuesta es tanto negativa como afirmativa. De un lado, es negativa porque la finalidad del derecho del trabajo debe seguir siendo la misma. De hecho, aquella se enfatiza y se hace más presente que nunca: controlar el poder fáctico del empleador, independientemente de la forma que este adopte.

De otro lado, la respuesta también es afirmativa porque aquello que sí debe cambiar es la forma en que el derecho del trabajo garantiza su misión. Como se indicó líneas arriba, para controlar el poder material del empleador el derecho del trabajo necesita primero identificar a alguien a quien calificar como tal e imputarle determinadas obligaciones jurídicas. Si ello era relativamente fácil bajo la vigencia del modelo ortodoxo, toda vez que a partir de él es que se edificó el derecho del trabajo, parece lógico suponer que, ante un cambio en el modelo de organización empresarial, el derecho del trabajo pueda enfrentar dificultades para identificar a alguien a quien calificar de empleador.

Lo anterior no es una mera especulación, sino una problemática de constatación empírica que tiene cada vez más presencia en el contexto actual. ¿Quién debe indemnizar al transportista que fue despedido porque el único cliente de la empresa de transporte le resolvió el contrato de servicios? ¿De las utilidades de qué empresa participa el operario que trabaja en una obra de construcción a cargo de dos empresas consorciadas? ¿Quién tiene el deber de prevención respecto de los peligros y riesgos asociados a las labores de los técnicos de una empresa que intervienen postes de luz por encargo de una empresa de telecomunicaciones? ¿Quién debe capacitar al montacarguista en los cambios tecnológicos implementados en los montacargas del centro de trabajo del cliente a donde fue destacado? La figura del empleador y, con ella, la identificación de un centro de imputación de obligaciones a favor de los trabajadores parece, al mismo tiempo, evanescerse y escindirse entre el entramado de las redes empresariales, donde ya no es solo uno, sino que son varios los actores involucrados en el ejercicio

de un poder fáctico para la imposición de las condiciones de trabajo que rigen la relación laboral (Cruz, 1999, pp. 5-7).

Para hacer frente a los problemas que tiene el derecho del trabajo para, ante el nuevo paradigma del modelo de organización empresarial, identificar empleadores a los cuales considerar centros de imputación de obligaciones es necesario encontrar el origen de dichos problemas. La pluralidad de manifestaciones de las redes empresariales puede conllevar a que exista una pluralidad de situaciones fácticas que especifiquen los problemas que existen para identificar empleadores en cada tipo de red empresarial. Sin embargo, una causa estructural y transversal a todas las redes empresariales en la identificación del empleador es de naturaleza jurídica. Dicho de otra forma, se trata de una causa impuesta por el propio derecho del trabajo. En efecto, un motivo medular por el cual existen dificultades para identificar al empleador en un contexto económico donde el modelo de red empresarial es el arquetípico consiste en la predominancia del contractualismo bilateral como premisa del contrato de trabajo y de la naturaleza de sus partes.

El derecho del trabajo sigue actuando bajo la errada ilusión de que el modelo ortodoxo es el modelo de organización empresarial preponderante. Como se apuntó previamente, bajo la vigencia de aquel, las empresas eran de dimensiones medianas o grandes y de titularidad de una persona física o jurídica que ejecutaba ella misma, con sus propios trabajadores y medios de producción, todas las actividades principales del ciclo productivo de los bienes y servicios que ofrecían al mercado. Dicho de otra forma, cada empresa -con todas las características antes anotadas- se asociaba a una única persona física o jurídica. Consecuentemente, como el empleador era la "empresa", cada empleador era una única persona física o jurídica. Eso es, precisamente, el contractualismo bilateral. Es la idea de que en un contrato de trabajo solo pueden participar dos personas: una como empleador y otra como trabajador.

Nótese que no se refiere a las “partes jurídicas o contractuales” de la relación de trabajo. Estas son dos. La restricción que añade el contractualismo bilateral es que cada parte de dicha relación solo podría estar conformada por una persona, no solo respecto de la posición del trabajador (en la que, debido a la naturaleza personal de la prestación de servicios, resultaría legítimo defender la imposibilidad de pensar en una pluralidad de sujetos que la compongan), sino también respecto de la posición del empleador. En otras palabras, la predominancia del contractualismo bilateral implica concebir la posición del empleador, en una relación de trabajo, como una que solo puede ser ocupada por una única persona física o jurídica.

Ese es, se reitera, el origen de las dificultades que enfrenta el derecho del trabajo para identificar centros de imputaciones a los cuales asignar obligaciones para controlar el poder empresarial en un contexto económico donde predominan las redes empresariales. Los ejemplos esbozados evidencian, desde la forma en que fueron planteados, la subsistencia del contractualismo bilateral en las instituciones del derecho del trabajo y, a su vez, como aquel se ve desbordado por el fenómeno de las redes empresariales:

- Preguntarse acerca de quién debe indemnizar al transportista despedido parte de reconocer que no necesariamente recae exclusivamente en la empresa de transporte la decisión de no continuar con la prestación de servicios.
- Preguntarse acerca del origen de las utilidades de las que debe participar el operario parte de reconocer que ha contribuido directamente a la generación de ingresos para más de una empresa.
- Preguntarse acerca de quién tiene el deber de prevención respecto de los peligros y los riesgos asociados a labores de los técnicos parte de reconocer que la empresa de telecomunicaciones también tiene control respecto de dónde y cómo se presta el servicio.

- Preguntarse acerca de quién debe capacitar al montacarguista en los cambios tecnológicos implementados en los montacargas parte de reconocer que el conocimiento de dichos cambios también los puede compartir el cliente.

Los rezagos del modelo ortodoxo en los pronunciamientos de las autoridades laborales: el caso “Ley de servicios de tercerización”

Todos los escenarios hipotéticos antes abordados tienen, al menos, un común denominador: el poder material para imponer las condiciones de trabajo, característico de quien se dice ostenta la condición de empleador, y que el derecho del trabajo busca controlar, recae en una pluralidad de sujetos. Si ello es así, la insuficiencia de la premisa que defiende el contractualismo bilateral debiera ser manifiesta y, consecuentemente, descartada por todos los actores jurídicos. Empero, la casuística demuestra que ello no es así. Muchas de nuestras autoridades laborales parecen no poder abandonar las categorías jurídicas de un derecho del trabajo de antaño, que funcionaban para un modelo de organización empresarial ortodoxo, pero que ya no tienen cabida en el contexto económico contemporáneo.

Un ejemplo muy ilustrativo de lo anterior es la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0013-2014-PI/TC, acerca del caso “Ley de servicios de tercerización”. En 2014, el Colegio de Abogados del Callao interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038, normas que, hasta la fecha, regulan la tercerización de servicios. Entre otros argumentos, el demandante sostuvo que la normativa denunciada sería inconstitucional porque vulneraría el principio-derecho de igualdad y no discriminación, toda vez que con ella se estaría autorizando a dispensar un trato

diferenciado entre los trabajadores de la empresa principal y los trabajadores de la empresa tercerizadora, pese a que ambos estarían realizando las mismas labores en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal.

Al resolver este extremo de la demanda, el Tribunal Constitucional, en los considerandos 84 y 85 de la sentencia, se limitó a indicar lo siguiente:

“84. El recurrente alega un trato diferenciado entre:

- i. Los trabajadores de la empresa tercerizadora.*
- ii. Los trabajadores de la empresa principal.*

85. Este Tribunal Constitucional estima que en el presente caso no nos encontramos ante situaciones similares que puedan ser equiparables, toda vez que los trabajadores que se encuentran en el primer supuesto, mantienen única y exclusivamente una relación laboral con la empresa tercerizadora, por lo que se encuentran completamente subordinados a esta; en cambio, los trabajadores del segundo supuesto mantienen una relación laboral únicamente con la empresa principal”.

Como se observa, el postulado del contractualismo bilateral resulta determinante en el razonamiento que el Tribunal Constitucional esboza en los párrafos transcritos. El órgano colegiado parte de la premisa de que la contraparte en la relación laboral de los trabajadores desplazados por la empresa tercerizadora es única y exclusivamente la misma empresa tercerizadora. Por tanto, no cabría ningún análisis respecto del cumplimiento de las obligaciones de dispensar un trato que respete el principio-derecho a la igualdad y no discriminación a cargo de la empresa principal. Dicho de otra forma, si se quiere examinar el presunto incumplimiento de obligaciones

laborales, la atención única y exclusivamente podría estar en un único sujeto: la empresa tercerizadora.

El Tribunal Constitucional ignora por completo que no está evaluando un caso que se sujete al modelo de organización empresarial ortodoxo, sino a una red empresarial en la que no solo los trabajadores presuntamente afectados estarían beneficiando con su prestación de servicios a más sujetos distintos de quien los registra formalmente en su planilla, sino que el poder fáctico y económico que determina sus condiciones de trabajo lo ejerce, al menos de forma indirecta, también la empresa principal. Si, precisamente, es ese poder el que el derecho del trabajo busca regular, resulta ilegítimo que los mismos órganos jurisdiccionales denieguen, si quiera, evaluar si concurría una situación inconstitucional que ameritase la intervención del derecho del trabajo (constitucional).

Nótese que no se pretende afirmar que la legislación que regula la tercerización de servicios ampara o no situaciones lesivas al principio-derecho a la igualdad y no discriminación. Esa una cuestión que excede los alcances de este trabajo académico. Lo único que se está sosteniendo es que dicha cuestión quedó relegada de un fuero donde sí tenía cabida, el proceso de inconstitucionalidad en cuestión, porque los magistrados apelaron al argumento del contractualismo bilateral, evitando si quiera discutir la posibilidad de que el derecho del trabajo actuase. En otras palabras, optaron por mantenerse bajo la falsa ilusión de que el modelo ortodoxo es aún el paradigma empresarial, dándole la espalda a un poder empresarial que ya lo ha rebasado.

En conclusión, para que el derecho del trabajo pueda cumplir con finalidad de controlar el poder fáctico del empleador en el contexto económico actual, donde las redes empresariales son el paradigma de organización empresarial, el derecho del trabajo debe abandonar una de sus ideas de antaño, que hacía sentido bajo la vigencia del modelo

ortodoxo, pero que hoy resulta insostenible. Se debe abandonar al contractualismo bilateral como premisa del contrato de trabajo y de la naturaleza de sus partes.

1.2. El contrato de franquicia como ejemplo de las redes empresariales y de las dificultades para su regulación desde el derecho del trabajo²

1.2.1. Resumen del surgimiento de la franquicia en el Perú y el mundo

La franquicia, vista como un acuerdo contractual o esquema comercial, tiene sus orígenes en Estados Unidos, durante el siglo XIX. Según varios autores, el contrato de franquicia se utilizó por primera vez en 1850, cuando la Singer Sewing Company comenzó a distribuir sus máquinas de coser a través de empresarios autónomos, quienes podían usar la marca de la compañía (Gallo, 2014, p. 44).

Sin embargo, la International Franchise Association argumenta que la franquicia moderna surgió un siglo antes en las colonias que luego formarían parte de los Estados Unidos. Según esta asociación, en 1731, en Filadelfia, Benjamin Franklin y Thomas Whitmarsh firmaron un acuerdo "para el desarrollo del negocio de la imprenta en Charlestown en Carolina del Sur", que aunque no era idéntico a las franquicias contemporáneas, incluía elementos fundamentales de los sistemas de franquicia actuales (s.f.).

² Esta sección contiene material previamente elaborado por el mismo autor durante el ciclo lectivo 2023-1, para el curso "Seminario de Trabajo Académico 1" del Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú..

Independientemente de la discrepancia anterior, los autores concuerdan en que la verdadera expansión de las franquicias estadounidenses ocurrió después de la Segunda Guerra Mundial, cuando muchos veteranos regresaron a la vida civil con poca formación académica y profesional. Estos individuos, conscientes de su situación de desventaja en un mercado creciente del que no podían formar parte por sus propios medios, tomaron la decisión de invertir en redes de franquicias locales bajo la guía de empresarios más experimentados (Morejón, 2009, pp. 10-11).

En esa línea, durante las décadas de los cincuenta y sesenta, con el aumento de inversionistas y del poder adquisitivo de los consumidores estadounidenses después de la guerra, empresas como *McDonald's*, *Kentucky Fried Chicken* y *Budget Rent a Car* expandieron significativamente sus negocios y marcas.

El éxito de las franquicias en Estados Unidos impulsó su rápida expansión global, llegando pronto a Sudamérica y posteriormente a Perú.

En Perú, el desarrollo de las franquicias ha pasado por tres etapas, según Aguirre, quien ha esbozado una cronología de su evolución, según se explica seguidamente. En los años ochenta, marcas extranjeras como *Kentucky Fried Chicken* y *Pizza Hut* ingresaron al país a través del Grupo Delosi como franquiciado local, dominando el mercado nacional de franquicias junto con marcas extranjeras.

En los años noventa, tras la crisis económica y los episodios de violencia, llegaron al país otras franquicias exitosas como *Burger King*, *Domino's* y *McDonald's*. Durante esta etapa, algunas marcas nacionales, especialmente en gastronomía,

comenzaron a utilizar el modelo de franquicia para expandirse, incluyendo *Mediterráneo Chicken*, *Pardo's Chicken*, *Bohemia* y *La Caravana*.

Finalmente, desde 2005, las franquicias han experimentado un crecimiento notable en Perú, especialmente en el sector gastronómico, en una etapa que Aguirre denomina "El Boom de las Franquicias Gastronómicas Peruanas" (2014, pp. 14-15).

Actualmente, aunque las franquicias gastronómicas siguen dominando el mercado peruano, se observa una tendencia hacia la diversificación en otros sectores de la economía local. Según la Cámara Peruana de Franquicias, hasta noviembre de 2018, aproximadamente el 50% de las marcas en el mercado peruano de franquicias eran extranjeras y el otro 50% eran marcas nacionales. El sector gastronómico representaba el 55% de las franquicias nacionales, seguido por un 11% en "estética, belleza y salud", y un 10% en "indumentaria y accesorios" (2018, pp. 46-57)³. En total, se calculó que en Perú operaban 515 marcas bajo el sistema de franquicia, tanto extranjeras como nacionales (2018, pp. 46-57).

1.2.2. El contrato de franquicia y la dificultades para su regulación desde el derecho del trabajo

Perú no cuenta con regulación normativa sobre la franquicia. Tampoco existe jurisprudencia nacional lo suficientemente desarrollada o articulada como para, a partir de ella, extraer criterios unánimemente aceptados entre nuestros magistrados con relación a aquellos componentes que debería reunir un

³ El resto del mercado, en 2018, estaba compuesto por franquicias de "servicios especializados" (17%), "artesanía, joyería y regalos" (3%), "educación" (3%), y "ferretería y construcción" (1%).

negocio jurídico para ser considerado un contrato de franquicia válidamente constituido.

Ante este escenario, a efectos de obtener mayores alcances sobre la naturaleza y los caracteres principales de la franquicia, resulta oportuno tomar como referencia, por un lado, la legislación de otros países que sí regulan esta figura contractual y, por otro lado, las propuestas conceptuales que la doctrina ha esbozado sobre el particular.

En ese sentido, en Estados Unidos, el *Code of Federal Regulations* define a la franquicia de la siguiente manera:

“Se entiende por franquicia cualquier relación o acuerdo comercial continuado, cualquiera que sea su denominación, en el que los términos de la oferta de contrato especifican, o el vendedor de la franquicia promete o representa, oralmente o por escrito, que:

- (1) El franquiciado obtendrá el derecho a operar un negocio que se identifica o asocia con la marca del franquiciador, o a ofrecer, vender o distribuir bienes, servicios, o mercancías que se identifican o asocian con la marca del franquiciador;
- (2) El franquiciador ejercerá o tiene autoridad para ejercer un grado significativo de control sobre el método de operación del franquiciado, o proporcionará asistencia significativa en el método de operación del franquiciado; y
- (3) Como condición para obtener o iniciar la operación de la franquicia, el franquiciado realiza un pago

obligatorio o se compromete a realizar un pago obligatorio al franquiciador o a su filial”.

En cuanto a los ordenamientos pertenecientes a la tradición romano-germánica, se tiene que, en España, el artículo 62.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996, de 15 de enero) ofrece la siguiente definición de franquicia:

“La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios”.

Posteriormente, en 2010, se emitió el Real Decreto por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores (Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero). En su artículo 2.1 se precisa la noción de franquicia, introduciéndose algunas características que el ordenamiento español considera indispensables para que se configure ese negocio jurídico:

“A los efectos del presente real decreto, se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia, regulada en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga

desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos:

- a. El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato.
- b. La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular, y
- c. La prestación continua por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente”.

Finalmente, entre los países sudamericanos, resulta interesante atender a lo dispuesto por el artículo 1 de la *Lei N° 13.966, de 26 de dezembro de 2019*, de Brasil. Esta norma, sin dejar de ser primordialmente una de carácter mercantil, advierte algunas de las problemáticas laborales que serán abordadas en el presente informe jurídico y opta por enfatizar la ausencia de laboralidad en la relación que une a las partes:

“La presente Ley regula el régimen de franquicia empresarial, por el cual el franquiciador autoriza por contrato al franquiciado a utilizar marcas y demás objetos de propiedad intelectual, siempre asociados al derecho de producción o distribución exclusiva o no

exclusiva de productos o servicios y también al derecho de uso de métodos y sistemas para la implementación y administración de un negocio o sistema operativo desarrollado o propiedad del franquiciador, a través de una remuneración directa o indirecta, sin caracterizar una relación de consumo o relación laboral en relación con el franquiciado o sus empleados, incluso durante el período de entrenamiento (...).”

Desde la doctrina nacional, Gallo destaca la propuesta de Marzorati, para quien la franquicia comercial es “aquel contrato celebrado por escrito en el cual, el otorgante, por lo general denominado ‘franquiciante’, ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción para vender o distribuir bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia de otorgante a favor del franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo control del franquiciante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales” (2014, p. 46).

Otros autores peruanos, como Aguirre, definen al contrato de franquicia como “el formato de negocios por el cual el Franquiciante concede al Franquiciado, por un tiempo y para un territorio determinado, el derecho de usar una marca o nombre comercial, transmitiéndole los conocimientos técnicos necesarios que le permitan instalar, operar y comercializar bienes o servicios con métodos uniformes a cambio de contraprestaciones previamente convenidas” (2014, p. 15).

De la revisión de las fuentes extranjeras y nacionales citadas, se advierte que las distintas nociones de franquicia -como

negocio jurídico- presentan algunas características comunes que nos permiten esbozar una definición propia de esta figura contractual. Así, para los efectos del presente trabajo académico, se considerará que la franquicia es aquel contrato en virtud del cual una parte, denominada “franquiciante” o “franquiciador”, cede temporalmente a otra, denominada “franquiciado”, la utilización de determinados derechos de propiedad intelectual y el *know how* necesario para llevar a cabo determinado modelo empresarial previamente utilizado y probado por el franquiciante, a cambio de una contraprestación económica.

A partir de la definición propuesta en el párrafo que antecede, es posible apreciar que, por un lado, la finalidad del contrato de franquicia es replicar exitosamente un negocio o modelo empresarial previamente utilizado y probado por el franquiciante. Por otro lado, a efectos de lo anterior, existen prestaciones a cargo de las partes que resultan características de la franquicia, las cuales, a continuación, se desarrollan brevemente:

a) Cesión del uso de derechos de propiedad intelectual

En virtud de la franquicia, el franquiciante autoriza temporalmente al franquiciado a hacer uso de determinados derechos de propiedad intelectual de aquel, toda vez que constituyen componentes esenciales que permitirán al franquiciado replicar exitosamente el modelo empresarial en que está invirtiendo.

La cesión del uso de una marca, en tanto signo distintivo arquetípico que sirve para identificar el bien o servicio que será comercializado por el franquiciado, resulta consustancial al contrato de franquicia. No obstante,

también es usual que el franquiciante autorice al franquiciado a hacer uso de otros derechos de propiedad intelectual que complementan a la marca, tales como el lema y nombre comerciales.

En cualquier caso, la finalidad última de la cesión del uso de los derechos antedichos es que los consumidores y clientes del franquiciado identifiquen los bienes o servicios que este comercializará con el negocio del franquiciante. Para conseguir dicha identificación, los derechos de propiedad intelectual se manifiestan de diversas maneras, desde las características externas de los propios bienes o servicios hasta la apariencia de los establecimientos donde aquellos se ofrecen al público.

b) Transferencia de *know how*

Con ocasión del contrato de franquicia, el franquiciante transfiere al franquiciado un conjunto de conocimientos no patentados -prácticos y empíricos- que, por haber sido adquiridos y/o probados por el primero a partir de su experiencia propia, resultan intrínsecos al éxito del modelo empresarial en que el franquiciado está invirtiendo y que, por lo tanto, son indispensables para su adecuada replicación por aquel (Aguirre, 2014, p. 16).

Los referidos conocimientos son de diversa naturaleza -administrativa, financiera, logística, entre otras- y se manifiestan en múltiples formas, desde los métodos técnicos utilizados para la producción de los bienes que serán comercializados, hasta la distribución espacial de los establecimientos y locales donde aquellos serán exhibidos para su adquisición por los consumidores.

c) **Otorgamiento de asistencia técnica**

Esta prestación se deriva de las dos anteriores y consiste en que el franquiciante, mediante la impartición de directrices e instrucciones generales, asesorará constantemente al franquiciado en la correcta utilización de los derechos de propiedad intelectual cuyo uso ha sido autorizado y del *know how* transferido, con el objetivo de garantizar la correcta ejecución del modelo empresarial objeto de la franquicia y la consecuente identificación, por parte de los consumidores y clientes, de la actividad del franquiciado con la del franquiciante.

Usualmente, la asistencia técnica se brinda en dos momentos: (i) uno anterior al inicio de las actividades del franquiciado y (ii) otro posterior a ello.

Así, en un primer momento, el franquiciante asesora al franquiciado en cuestiones relativas, por ejemplo, a los métodos de producción de los bienes a comercializar, la instalación y adecuación del establecimiento, la utilización de sistemas y programas ofimáticos, entre otras.

En un segundo momento, posterior al inicio de las actividades del franquiciado, el franquiciante lleva a cabo un seguimiento de la ejecución del modelo empresarial objeto de la franquicia, tanto respecto del cumplimiento de aquello materia de la asistencia técnica inicial, como aquello que pudiera sobrevenir durante la ejecución de las actividades y que se encuentra dentro de los alcances del contrato.

En ambos casos, la asistencia técnica a cargo del franquiciante se puede materializar de distintas maneras,

sea verbalmente, mediante reuniones y capacitaciones, o de forma escrita, a través de manuales y guías operativas.

d) Pago de contraprestación económica

A modo de contraprestación económica por las obligaciones listadas en los literales que anteceden, a cargo del franquiciante, el franquiciado generalmente se compromete a efectuar dos tipos de pagos a su contraparte: (i) el derecho de entrada y (ii) las regalías.

El derecho de entrada o *up-front fee* es el pago que realiza el franquiciado por el hecho de formar parte de la franquicia y tener la posibilidad de replicar el modelo empresarial desarrollado por el franquiciante. Su cuantía suele obedecer a factores diversos, desde el posicionamiento y la valoración actual de los derechos de propiedad intelectual cuyo uso será cedido, hasta la magnitud de la asistencia técnica que, con anterioridad al inicio de las actividades del franquiciado, deberá proveer el franquiciante.

En cuanto al segundo concepto, las regalías o *royalties*, este consiste en el pago periódico que el franquiciado se obliga a efectuar a favor del franquiciante, como contraprestación por las obligaciones asumidas por este último y desplegadas durante la vigencia del contrato de franquicia. El monto de las regalías puede ser fijo o variable, por ejemplo, a razón de un porcentaje de los ingresos mensuales del franquiciado.

Resulta oportuno enfatizar que las contraprestaciones económicas antedichas son las que generalmente se pactan con ocasión de una franquicia. No obstante, las

partes libremente podrían acordar otras cuya oportunidad de pago podría o no coincidir con aquellas, tales como, a modo de ejemplo, aportaciones con fines publicitarios o pagos diferenciados de las regalías generales que obedecen exclusivamente a la autorización del uso de los derechos de propiedad intelectual (Gallo, 2014, p. 50).

Se tiene, entonces, que los elementos que debe reunir un negocio jurídico para ser considerado un contrato de franquicia son los siguientes:

Elemento		Descripción
Finalidad		Replicar exitosamente un modelo empresarial previamente utilizado y probado por el franquiciante.
Prestaciones características	Cesión del uso de derechos de propiedad intelectual	El franquiciante autoriza temporalmente al franquiciado a hacer uso de determinados derechos de propiedad intelectual esenciales para la replicación exitosa del negocio (ej. marca). Estos se manifiestan de diversas maneras, desde las características externas de los bienes y servicios hasta la apariencia de los establecimientos donde aquellos se ofertan.
	Transferencia de <i>know how</i>	El franquiciante transfiere al franquiciado un conjunto de conocimientos no patentados, prácticos y empíricos, que, por haber sido adquiridos y/o probados por el primero a partir de su experiencia propia, son esenciales para la replicación exitosa del negocio (Aguirre, 2014, p. 16).
	Otorgamiento de asistencia técnica	El franquiciante, mediante la impartición de directrices e instrucciones, asesorará constantemente al franquiciado en la correcta utilización de los derechos de propiedad intelectual cuyo uso ha sido autorizado y del <i>know how</i> transferido, con el objetivo de garantizar la replicación exitosa del negocio. La asistencia técnica se brinda en dos momentos: (i) uno anterior al inicio de las actividades del franquiciado y (ii) otro posterior a ello, permanentemente.

	Pago de contraprestación económica	A modo de contraprestación económica por las obligaciones listadas previamente, a cargo del franquiciante, el franquiciado generalmente se compromete a efectuar dos tipos de pagos a su contraparte: (i) el derecho de entrada y (ii) las regalías.
--	------------------------------------	--

Conceptualizado de esa forma, se advierte que el contrato de franquicia es una red empresarial. En efecto, en dicha figura se tiene que franquiciante y franquiciado cooperan entre sí para replicar exitosamente un negocio probado por el franquiciante y que previamente este concentraba para sí mismo. Esto es de interés de ambas partes. El franquiciante no solo recibe las regalías que le paga el franquiciado si el contrato se mantiene, sino que, además, logra expandir el alcance y la influencia de su marca en otros territorios. Por su parte, el franquiciado logra recuperar su inversión y genera rendimientos positivos administrando el negocio en que ha invertido.

Sanguinetti concuerda con la calificación de la franquicia como una red empresarial. Específicamente, señala que se trataría de una “red contrato”; esto es, una red empresarial donde las unidades empresariales que la integran deciden coordinar sus actividades mediante el establecimiento de obligaciones y deberes que constan en contratos (2016, pp. 19-24).

Siendo el contrato de franquicia una manifestación de las redes empresariales, las conclusiones anotadas en la Sección 1.2 de este trabajo académico son también predicables de aquel. En el contrato de franquicia, el franquiciado no es el único que se beneficia de la prestación de servicios de los trabajadores que tiene en su planilla ni es el único que ostenta un poder fáctico para decidir las condiciones de trabajo de aquellos. El franquiciante, de un lado, también se beneficia de la prestación de servicios de los trabajadores del franquiciado, toda vez que

sus labores inciden directamente en el mejoramiento de la posición de su marca en el mercado. De otro lado, la ejecución de las prestaciones a cargo del franquiciante (principalmente, la transferencia de *know-how* y el otorgamiento de asistencia técnica) revelan que este, en los hechos, tiene un poder económico y material para incidir, al menos indirectamente, en la determinación de las condiciones de trabajo. En efecto, en aras de conseguir la exitosa replicación del modelo de negocio franquiciado y garantizar la uniformidad con la imagen del franquiciante, este último termina incidiendo en cuestiones como el horario de trabajo, el uniforme de trabajo y hasta en las funciones del personal del franquiciado.

Esa realidad, pues, dificulta la identificación de un empleador único a quien atribuirle obligaciones en beneficio de los trabajadores que el franquiciado registra en su planilla. Las mismas interrogantes planteadas líneas arriba como ejemplo para ilustrar dichas dificultades en la generalidad de las redes empresariales pueden ser perfectamente formuladas en los términos específicos de la franquicia:

- ¿Quién debe indemnizar al trabajador del franquiciado que fue despedido porque el franquiciante resolvió unilateralmente el contrato de franquicia?
- ¿De las utilidades de qué empresa participa el trabajador que presta servicios en un establecimiento franquiciado?
- ¿Quién tiene el deber de prevención respecto de los peligros y riesgos asociados a las labores de los trabajadores que prestan servicios en un establecimiento franquiciado?

Todas estas preguntas hipotéticas, nuevamente, parten de reconocer que el franquiciante, de un lado, se beneficia de la prestación de servicios de los trabajadores del franquiciado y,

de otro lado, ostenta un poder económico y material para incidir, al menos indirectamente⁴, en la determinación de las condiciones de trabajo de los trabajadores del franquiciado. Todas esas interrogantes (y cualquier otra planteada en términos similares), además, seguirán siendo de difícil solución si el derecho del trabajo se aferra a las categorías jurídicas del modelo ortodoxo. Dicho de otra forma, el primer paso para que el derecho del trabajo pueda controlar el poder empresarial en el contrato de franquicia es, al igual que para cualquier otra red empresarial, el abandono del contractualismo bilateral como premisa del contrato de trabajo y de la naturaleza de sus partes.

2. LA PLURALIDAD DE SUJETOS EN LA POSICIÓN DE EMPLEADOR EN LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA

2.1. La noción del “empleador plural” como respuesta al contractualismo bilateral en las redes empresariales⁵

Al día de hoy, reconocer que el paradigma de la organización empresarial ya no es el modelo ortodoxo resulta empíricamente sencillo de advertir. No resulta igualmente sencillo, sin embargo, dejar de lado una de las nociones sobre las cuales aquel se asienta: el contractualismo bilateral como premisa del contrato de trabajo y de la naturaleza de sus partes.

⁴ Con la referencia a una incidencia “indirecta” se quiere hacer notar que, a diferencia de lo que sería una incidencia “directa”, el franquiciante no necesariamente es quien individualmente determina las condiciones que rigen cada una de las relaciones laborales. Sin embargo, sí determina las condiciones de operación de la franquicia y estas últimas, a su vez, necesariamente condicionan ciertos aspectos de las condiciones de trabajo. Por ejemplo, el franquiciante no asigna los horarios de trabajo del personal, pero válidamente sí puede determinar los horarios de atención de los establecimientos franquiciados para garantizar la uniformidad en toda la franquicia. Los horarios de atención, sin embargo, condicionan los horarios de trabajo del personal, toda vez que el franquiciado deberá asegurar la presencia de trabajadores dentro de los parámetros temporales establecidos por el franquiciante, aunque organizando los turnos de la fuerza de trabajo a su discreción.

⁵ Esta sección contiene material previamente elaborado por el mismo autor durante el ciclo lectivo 2023-1, para el curso “Seminario de Trabajo Académico 1” del Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lo anterior es una tarea de compleja envergadura porque el abandono del contractualismo bilateral supone, a su vez, el abandono del formalismo jurídico. Dicho de otra forma, en palabras de Miranda, supone liberar al derecho del trabajo del enfoque positivista, que aún proyecta su sombra en muchas áreas del derecho, para abrir paso a un enfoque pospositivista de carácter tridimensional: formal, material y pragmático (2024, pp. 136-137).

Lo anterior quiere decir que, en el contexto económico contemporáneo, donde predominan las redes empresariales, la aplicación del derecho del trabajo no puede agotarse ahí donde existan formas y normas jurídicas escritas que autoricen su actuación. Desde un enfoque pospositivista, resulta imperioso que el derecho del trabajo despliegue su protección también cuando existan argumentos de orden material y pragmático que así lo exijan, y que partan de atribuir relevancia jurídica, para la calificación de las relaciones laborales, a las formas y prácticas habituales y fácticas de organización empresarial.

Ello, quizá, supone que los distintos actores replanteen la forma en que abordan el derecho del trabajo. Sin embargo, la propuesta, así descrita, no necesariamente es innovadora. Desde el propio derecho del trabajo, se cuenta, desde hace tiempo, con una herramienta que permite (o debería permitir) este “nuevo” abordaje que atiende a las dimensiones materiales y pragmáticas del enfoque pospositivista: el principio de primacía de la realidad.

El contenido del principio de primacía de la realidad, según afirma Miranda, no es otro que la constitutividad contingente de los actos del empleador. Esto quiere decir que los actos del empleador, que muchas veces pueden parecer cubiertos por un manto de absoluta validez y discrecionalidad, en realidad, no lo están⁶. Los actos del empleador

⁶ Ciertamente, hay actuaciones prohibidas para cualquier empleador. No obstante, en este extremo, el autor se refiere a aquellos actos que no se encuentran expresamente proscritos

pueden ser derrotados cuando existan suficientes argumentos materiales y pragmáticos que así lo permitan, mediante el establecimiento de una norma constitutiva, que el autor caracteriza con la siguiente estructura: A es B en el contexto C (2024, pp. 143-145).

Nótese que los actos del empleador, que ya se precisó pueden ser derrotables, incluyen también aquellos referidos a su propia organización y estructuración como tal. Es decir, desde una perspectiva subjetiva, la constitutividad contingente que dota de contenido al principio de primacía de la realidad también puede predicarse respecto de qué sujeto ostenta la calificación de empleador (2024, pp. 145 y 152). Es perfectamente válido y razonable que distintas empresas establezcan voluntariamente relaciones de interdependencia para perseguir objetivos económicos comunes. La pretendida autonomía que, se supone, mantiene cada integrante de la red empresarial, sin embargo, no es algo definitivo para el derecho del trabajo. Aquella puede ser derrotada y, por tanto, abrir paso a la actuación del derecho del trabajo si, en aplicación del principio de primacía de la realidad, existen suficientes argumentos materiales y pragmáticos para establecer normas constitutivas que permitan afirmar que una persona (A) es trabajadora (B) de una empresa (C).

La evaluación de dichos argumentos materiales y pragmáticos, según se adelantó, parte de atender a las formas y prácticas habituales y fácticas de la organización empresarial. En otras palabras, se debe constatar cómo es que la red de empresas, en su conjunto, actúa en el mercado para la colocación de sus bienes y/o servicios. Esto último resulta fundamental para el establecimiento de normas constitutivas como las antedichas porque, tal como afirma Miranda, la comprensión de la organización empresarial permite identificar en ella roles

por las formas y normas jurídicas características del positivismo jurídico, y que, por tanto, se asientan (o pretenden asentarse) en disposiciones constitucionales como la libertad general, la libertad de empresa o, en el ámbito nacional, el frecuentemente invocado “axioma” del literal a) del artículo 24 de la Constitución Política del Perú: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

normados para su funcionamiento⁷. Una vez identificados dichos roles, conviene preguntarse, adoptando una visión contrafáctica, si la red empresarial podría seguir colocando sus bienes y/o servicios en el mercado si se eliminase dicho rol (es decir, no a una persona individualmente considerada que cumpla con dicho rol, sino a todo el rol como clase o categoría). Si la respuesta es negativa; entonces, parecería que existen relevantes argumentos materiales y pragmáticos para que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se construyan las bases para el establecimiento de una norma constitutiva que derrote la autonomía jurídica de los miembros de la red empresarial y permita afirmar que una persona (A) es trabajadora (B) de una empresa (C), pero también de otra empresa (D) (2024, pp. 155-160).

Todo lo expuesto hasta el párrafo previo se presenta como el trasfondo doctrinario, visto desde una perspectiva teórica de filosofía del derecho, que permite construir las bases de la noción que reemplazará al contractualismo bilateral en el paradigma de las empresas red: el empleador plural. Este concepto implica, sencillamente, que, en una relación laboral, la parte empleadora puede estar compuesta por una pluralidad de sujetos. Se abandona, pues, completamente, al contractualismo bilateral como premisa del contrato de trabajo y de la naturaleza de sus partes para admitir que, en el contexto económico actual, el beneficio de una prestación de servicios y el poder material para determinar las condiciones de trabajo en una relación laboral no necesariamente recae en la titularidad exclusiva de una empresa.

⁷ Usualmente, sobre todo en el modelo ortodoxo, la calificación del empleador se centra en identificar al sujeto que aplica esas normas. Empero, debe tenerse presente, como anota el propio Miranda, que no siempre quien aplica las normas es quien las establece. En otras palabras, la subordinación normativa y subordinación aplicativa no siempre se reconducen al mismo sujeto, sin que por ello uno sea menos empleador que el otro (2024, pp. 160-162). Esto es, precisamente, lo que suele ocurrir en las redes de empresas, según fue explicado en los acápites previos y como se continuará explicando en los siguientes. Conviene enfatizar, por el momento, que, en línea con lo señalado por Miranda, a quien ejerce subordinación normativa (en los supuestos en que esta se encuentre totalmente unificada con la subordinación aplicativa) es a quien también se debe identificar para la calificación de las relaciones laborales en el contexto de una red empresarial.

Lo anterior, precisamente, puede ocurrir en el marco de las redes de empresas. Este fenómeno empresarial, según las características perfiladas en los acápites previos de este trabajo académico, evidencia que el ejercicio directo y ortodoxo de una facultad de dirección laboral ya no es la única forma de beneficiarse del trabajo personal, sino que también es posible articular una organización empresarial que permita obtener dicho beneficio. Dicho beneficio o recepción del esfuerzo de trabajadores “ajenos” lleva a considerar a Sanguinetti que en las redes empresariales se debe reconocer que la posición del empleador la asumen concurrentemente, por un lado, la empresa que formalmente los registra en su planilla y, por otro lado, la empresa con las referidas facultades sobre los otros integrantes de la red (2008, pp. 156-157). Nótese, sin embargo, que Sanguinetti precisa que la consecuencia jurídica antes descrita únicamente debe gatillarse cuando se está ante redes empresariales donde alguno de sus integrantes ostente estas facultades “significativas” sobre la gestión del personal ajeno. No todas las redes empresariales comparten dicha característica. Las que no, en principio, no presentarían los problemas advertidos de evanescencia y escisión de la posición del empleador que ameritan la introducción del empleador plural para su solución.

¿Qué redes empresariales sí presentan los referidos problemas o, dicho de otra forma, en qué supuestos se verifican las facultades de gestión del personal ajeno que permiten afirmar la existencia de un empleador plural? Sanguinetti postula tres situaciones (2018, pp. 120-128) que se explican seguidamente:

- a. **Utilización conjunta de la prestación laboral.** Es un supuesto en el cual un trabajador presta sus servicios directamente a más de una de las empresas de la red, de forma simultánea, sucesiva o alternativa. Piénsese, por ejemplo, en un grupo empresarial cuyos cargos directivos rotan entre una y otra de las empresas con el objetivo de alinear las directrices a seguir para la implementación

de un plan global que todas han elaborado conjuntamente para alcanzar determinado objetivo en el mediano plazo⁸.

b. Ejercicio compartido o reparto de los poderes empresariales.

Es un supuesto en el que dos o más empresas de la red intervienen en el desarrollo de una misma relación laboral, pero en distintos grados o niveles. Unas adoptan decisiones globales y generales sobre la organización y planificación de la fuerza de trabajo (nivel macro). Las otras adoptan decisiones individuales y específicas sobre el personal de forma más cotidiana (nivel micro). Existe, pues, una distribución de las facultades del empleador entre varias empresas, siendo que ninguna de ellas concentra para sí el ejercicio exclusivo de todas ellas. Cada una de ellas, vistas aisladamente, es un empleador “incompleto”, pero todas reunidas se complementan y conforman un empleador “complejo” que se presenta como un supuesto de empleador plural.

Sería⁹ el caso, por ejemplo, de la intermediación laboral, donde, al menos según el marco normativo de la Ley N° 27626 y el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, la empresa usuaria puede contar con facultades generales de dirección de la fuerza de trabajo cedida. Sin embargo, la empresa intermediaria conserva para sí exclusivas

⁸ Sanguineti también propone de ejemplo la rotación de cargos directivos como un supuesto típico de empleador plural por utilización conjunta de la prestación laboral. Conviene precisar, sin embargo, que el autor no se refiere al grupo de empresas en concreto, sino que únicamente alude a una red empresarial innominada (2018, pp. 121-122). Sin que la intención de este trabajo académico sea abordar esta materia, únicamente resulta prudente anotar que la calificación del grupo empresarial como un tipo de red empresarial es aún discutida en la doctrina. El propio Sanguineti se ha referido previamente a la falta de una verdadera autonomía funcional entre las empresas del grupo y a la dirección unitaria de todas ellas por una que “interpreta la voluntad grupal” como el factor determinante que diferencia a este fenómeno de las redes de empresas, donde sus integrantes, funcionalmente autónomos los unos de los otros, solo mantienen vínculos de interdependencia (2016, pp. 9-10). Empero, otros autores, como Cruz, aluden a los grupos de empresas como otro ejemplo de la desmembración de la empresa fordista-taylorista que, precisamente, da paso al fenómeno de las redes empresariales (1999, pp. 39-41).

⁹ Se precisa que “sería” el caso porque, como se verá en las siguientes líneas, si bien conceptualmente la institución de la intermediación laboral apunta a la existencia de un empleador plural, legislativamente, el marco normativo invocado no recoge realmente dicha noción como premisa para su regulación.

facultades individuales de punición respecto de los mismos trabajadores destacados.

- c. **Influencia externa decisiva sobre decisiones del empleador.** Es un supuesto en el que una empresa de la red influencia significativamente la gestión laboral de las otras, pero sin que ejerza propiamente ninguna atribución característica del empleador. La influencia se sustenta, netamente, en factores de índole económico que, sin necesidad de materializarse en actuaciones concretas, determinan que la gestión del personal de una de las empresas se vea condicionada por la posición de las otras.

Sería el caso, por ejemplo, de una pequeña empresa de tercerización de servicios de transporte de personal que tiene como único cliente a una gran compañía que frecuentemente le solicita transporte en distintas oportunidades y hacia distintas locaciones,. Ello, naturalmente, hace que la empresa tercerizadora deba establecer muy variadas y específicas condiciones laborales para sus choferes (especialmente, en cuanto a la oportunidad y lugar de prestación de servicios) para cumplir con las obligaciones contractuales que ha adquirido.

En escenarios como los previamente descritos resulta admisible afirmar la existencia de un empleador plural; es decir, la reunión de varios sujetos o empresas en la posición jurídica de empleador de una relación laboral.

Identificado así al empleador plural, toca indagar acerca de cuáles serían los efectos prácticos que dicha institución tendría en los ordenamientos jurídicos y, específicamente, en el nacional. La respuesta que, podría pensarse, se asoma rápidamente es a la que parecen recurrir los magistrados nacionales siempre que les llega un “caso difícil” de identificación del empleador: responsabilidad solidaria.

Bajo esta perspectiva, serían solidariamente responsables las empresas de la red por las obligaciones que las otras empresas tengan frente a sus trabajadores.

La responsabilidad solidaria, sin embargo, no es la respuesta a la interrogante formulada. En efecto, debe enfatizarse que la atribución de responsabilidad solidaria a todos los integrantes de la red empresarial no es necesariamente el mandato lógico y jurídico que se desprende de aquellos supuestos en los que se identifica un empleador plural.

Esta posición no solo no se condice con la naturaleza del empleador plural, sino que, además, es evidencia de que liberar al derecho del trabajo del contractualismo bilateral es complejo. La responsabilidad solidaria, como respuesta inmediata a las dificultades a las que se enfrenta el derecho del trabajo en el contexto de las redes empresariales, es sintomática de la supervivencia del contractualismo bilateral y del modelo ortodoxo de organización empresarial como ideas que, pese a tener que haber sido superadas, aún rondan el racional de los actores jurídicos.

La responsabilidad solidaria que estipulan la Ley N° 27626 y la Ley N° 29245 son un claro ejemplo de ello. Podría pensarse que la atribución de responsabilidad solidaria a las empresas usuarias y principales en el marco de una intermediación laboral y tercerización de servicios, respectivamente, parten de la premisa de que el legislador reconoce que se está ante supuestos de empleadores plurales (empresa usuaria / empresa intermediadora y empresa principal / empresa tercerizadora) donde, así como existe el ejercicio de facultades patronales por más de una empresa, también deben ser varias empresas las llamadas a cumplir con las obligaciones patronales.

Sin embargo, tal como están redactadas ambas normas, la responsabilidad solidaria refuerza el discurso bilateral y ortodoxo

mediante el cual, de un lado, existe una única empresa empleadora que debe cumplir con las obligaciones laborales de los trabajadores de su planilla (las empresas intermediadoras y tercerizadoras) y, de otro lado, existe una segunda empresa que, ajena a esas relaciones laborales, debe “rescatar” a la empresa empleadora cuando esta no pueda cumplir con sus obligaciones laborales a favor de sus trabajadores (las empresas usuarias y principales). Se advierte esta narrativa, quizá, con mucha mayor facilidad, en el caso de la intermediación laboral, donde la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria ni siquiera existe *a priori*, sino que únicamente se despliega cuando se agota la carta fianza; es decir, cuando la empresa intermediadora ya no cuenta con patrimonio para respaldar sus propias obligaciones laborales.

En cualquier caso, en el hipotético escenario en que las empresas usuarias y principales deban efectuar algún pago a favor de los trabajadores desplazados a sus instalaciones, lo harán para que la obligación de otra empresa (las empresas intermediadoras y tercerizadoras), que son el verdadero y único empleador, quede cancelada. Nunca lo hacen en cumplimiento de obligaciones laborales propias, como necesariamente exigiría la noción del empleador plural, sino en cumplimiento de obligaciones laborales de otros (evidencia irrefutable de ello es el derecho legal de repetición que el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1038 confiere a las empresas principales). El empleador, pues, sigue siendo una única empresa.

Nótese que lo anterior no quiere decir que se esté en contra del establecimiento de responsabilidad solidaria entre los miembros de la red. La responsabilidad solidaria es positiva, pero, como se ha visto, no encuentra su fundamento en la noción del empleador plural, sino en constituirse como un mecanismo para reforzar la protección del crédito laboral, en observancia del mandato constitucional que emana del artículo 24 de la Constitución Política del Perú (Arce 2008, pp. 33-34).

La respuesta del ordenamiento jurídico que verdaderamente acoja la noción del empleador plural debe ser la corresponsabilidad patronal, entendida como la atribución de obligaciones laborales a cada empresa que conforme la posición del empleador, pero atendiendo a la forma específica en que cada una contribuye a dicha pluralidad. En otras palabras, no es lo mismo un supuesto de empleador plural por utilización conjunta de la prestación laboral (donde cada una de las empresas que conforman la posición de empleador recibe directamente la prestación de servicios del trabajador y, por tanto, está en capacidad de ejercer todo el abanico de las facultades que conforman el poder de dirección) que un supuesto de empleador plural por ejercicio compartido o reparto de poderes empresariales (donde existe una distribución del ejercicio de las facultades del poder de dirección entre las distintas empresas que conforma la posición de empleador). La asignación de obligaciones patronales, pues, tampoco puede ser la misma en ambos casos.

Así definida, la corresponsabilidad patronal, para la atribución de obligaciones laborales a cada empresa, exige atender a las características propias de cada uno de los tres tipos de empleador plural propuestos en la clasificación de Sanguineti y, además, a las distintas manifestaciones de las redes empresariales que en cada uno de esos tipos se puede encontrar. En ese sentido, en el siguiente acápite, se esbozarán las bases de lo que podría inspirar una regulación de la corresponsabilidad patronal en un supuesto específico de red empresarial donde se advierte la existencia de un empleador plural: la franquicia.

**Poniendo a prueba al empleador plural en las redes
empresariales: el derecho de sindicación**

Los problemas que plantean las redes empresariales en el ejercicio de los derechos laborales colectivos y, particularmente, en la libertad

de sindicación han sido identificados por la doctrina. En líneas generales, la cooperación horizontal que caracteriza a este fenómeno empresarial socaba las bases materiales sobre las que se asienta el ejercicio de la libertad de sindicación (Sanguinetti, 2016, p. 67). Lo anterior se manifiesta, entre otras, a partir de dos situaciones fácticas. Por un lado, la personería jurídica diferenciada de las empresas que conforman la red impide que los trabajadores puedan constituir órganos con legitimidad jurídica para representarlos ante la empresa principal de la red, pese a que existe un claro vínculo de facto entre dichos trabajadores y la empresa principal, quien suele contar con amplias facultades para, directa o indirectamente, determinar sus condiciones laborales. Por otro lado, a veces, la desagregación de las actividades de la empresa principal de la red es tan fragmentada y especializada que las empresas que ingresan a la red requieren de un número reducido de personal para llevar a cabo sus actividades. Lo anterior determina que, en algunos casos, ni siquiera se llegue al número mínimo legal para la constitución de una organización sindical.

El escenario descrito se verificaba legislativamente en Perú. El Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, "TUO de la LRCT"), aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, no hace ninguna referencia al ejercicio de los derechos laborales colectivos en las redes de empresas. En ese sentido, hasta antes de la publicación del Decreto Supremo N° 014-2022-TR, que modificó el Reglamento del TUO de la LRCT, algunos consideraban que el artículo 5 del TUO de la LRCT establecía una lista cerrada de organizaciones sindicales. Ninguna de ellas, en principio¹⁰, parecía por su literalidad que pudiera reunir a los trabajadores de las empresas de la red para representarlos frente a la empresa principal.

¹⁰ Hacemos esta precisión porque, en Perú, especialmente en el sector minero, existen casos de trabajadores de contratistas que se asocian colectivamente frente a la empresa principal, bajo un sindicato de actividad. Empero, habría que evaluar si dicha tipología puede ser extendida a otras redes empresariales y, particularmente, a la franquicia.

Ante esta problemática, la principal solución que se solía ofrecer desde la doctrina consistía en el reconocimiento de un “sindicato de red empresarial”; es decir, un único ente gremial que pueda agrupar a todos los trabajadores de la red para representarlos frente a la empresa principal (Ugaz, 2008, pp. 334-335). Ello parte por superar la premisa del contractualismo bilateral y adoptar la noción del empleador plural. Con ello se solucionan los problemas antes identificados. Por un lado, se reconoce expresamente la existencia de un vínculo jurídico (que parte de un vínculo fáctico) para el ejercicio de la libertad de sindicación en el marco de este fenómeno empresarial. Por otro lado, el número mínimo de trabajadores que pudiera exigir la legislación nacional para la constitución de organizaciones sindicales será verificado, no a partir de cada empresa individualmente considerada, sino respecto de la totalidad de trabajadores de las empresas que conforman la red.

Desde una perspectiva formal o legislativa, aplicar la solución antedicha no presentaba mayor problema. Bastaría modificar la normativa de relaciones colectivas del trabajo para regular al “sindicato de red empresarial” (como efectivamente se hizo, en 2022, con la modificación del artículo 4 del Reglamento del TUO de la LRCT). Alternativamente, sin que fuera necesaria una modificación legislativa, llevado el asunto ante las autoridades jurisdiccionales, se hubiera podido aplicar el control convencional para, a la luz del artículo 2 del Convenio 87 OIT (que reconoce a los trabajadores el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes), “abrir” la lista del artículo 5 del TUO de la LRCT y reconocer la posibilidad de que se constituyan sindicatos de redes empresariales.

La superación de la premisa del contractualismo bilateral y la adopción del empleador plural es, pues, un primer paso necesario para que el derecho del trabajo pueda seguir cumpliendo su objetivo

bajo la predominancia de la red empresarial. No obstante, como se advirtió en la Sección 1.1 de este trabajo académico, atendiendo a la multiplicidad de manifestaciones de las redes empresariales, pueden presentarse especificidades en cada caso que exijan pasos adicionales. Este es uno de ellos.

El problema para la constitución de organizaciones sindicales como las comentadas se presenta, adicionalmente, desde el plano fáctico. En efecto, aunque se cuente con sustento jurídico para su creación, la existencia de los sindicatos de red empresarial se ve amenazada por, al menos, dos circunstancias. Por un lado, pese a que son coordinadas por la empresa principal bajo un mismo ciclo productivo, las empresas que conforman la red muchas veces se encargan de ejecutar distintas actividades entre sí, lógicamente bajo condiciones de trabajo también diferenciadas. Ello hace que los trabajadores de la red tengan intereses diferenciados que dificultan la unión material requerida para la constitución de niveles superiores de representación. Por otro lado, la temporalidad en la cooperación de algunas redes empresariales y, consecuentemente, la alta rotación de los trabajadores de las empresas de la red también menoscaba la posibilidad de concretar una unión material que sirva de presupuesto para la asociación sindical (Sanguineti, 2016, pp. 68-69).

2.2. El empleador plural en el contrato de franquicia y sus consecuencias prácticas en el ordenamiento jurídico peruano

Según se concluyó en la Sección 1.2 de este trabajo académico, la franquicia es un tipo de red de empresas. Pero es, además, una red empresarial donde el franquiciado suele contar con las “significativas” facultades a que se refiere Sanguineti para influenciar en la gestión del personal de la planilla del franquiciado. En efecto, como se ha visto a lo largo del presente trabajo académico, la ejecución del contrato de franquicia usualmente supone que el franquiciante (como manifestación de sus prestaciones de transferencia de *know how* y

otorgamiento de asistencia técnica) cuente con atribuciones que indirectamente repercuten en la organización del personal de la planilla del franquiciado.

Dichas atribuciones, sin embargo, inciden sobre la organización general y global de la fuerza de trabajo de la planilla del franquiciado, pero no implican la adopción de decisiones individuales y específicas sobre las condiciones laborales aplicables a cada trabajador individualmente considerado de la planilla del franquiciado. Así, por ejemplo:

- El franquiciante establece los horarios de atención de los establecimientos franquiciados. Ello, probablemente, incide en los horarios de trabajo del personal de la planilla de los franquiciados. Sin embargo, siguen siendo los franquiciados quienes organizan a la fuerza de trabajo en turnos y los horarios que estimen pertinentes para cumplir con tener personal dentro de los horarios de apertura del establecimiento.
- El franquiciante establece el diseño de los uniformes que el personal de atención al cliente de los franquiciados debe usar. Sin embargo, siguen siendo los franquiciados quienes determinan qué integrantes de la fuerza de trabajo son los que ocuparán puestos de atención al cliente.
- El franquiciante establece lineamientos de forma escrita (ej. a través de manuales) y verbal (ej. a través de capacitaciones) acerca de cómo operar el negocio franquiciado, y observará que los franquiciados se apeguen a dichos lineamientos. Sin embargo, siguen siendo los franquiciados quienes incurrirán en los principales costos de agencia necesarios para que cada uno de los integrantes de la fuerza de trabajo cumpla dichos lineamientos, siendo ellos los únicos en sancionar disciplinariamente cualquier conducta contraria a la buena marcha del negocio franquiciado.

Estando a ello, es evidente que la franquicia es una red de empresas donde, al verificarse el ejercicio de facultades generales y globales sobre la fuerza de trabajo franquiciada por parte del franquiciante y facultades específicas e individuales sobre cada uno de los integrantes de dicha fuerza de trabajo por parte del franquiciado, se advierte la existencia de un empleador plural por ejercicio compartido o reparto de los poderes empresariales.

Si franquiciante y franquiciado concurren en la posición de empleador de los trabajadores formalmente registrados en la planilla del franquiciado en distintos grados y mediante el reparto de las distintas facultades del poder de dirección empresarial; entonces, la corresponsabilidad patronal exige también repartir entre ellos las distintas obligaciones patronales. A efectos de dar contenido práctico a la proposición anterior, a continuación, se esbozan posibles respuestas a las interrogantes formuladas al final de la Sección 1.2, siempre teniendo en cuenta la clasificación específica de la franquicia como empleador plural, pero también atendiendo a sus particulares características como una de las tantas manifestaciones que pueden adoptar las redes empresariales:

- **¿Quién debe indemnizar al trabajador del franquiciado que fue despedido porque el franquiciante resolvió unilateralmente el contrato de franquicia?**

Para responder esta respuesta se puede empezar con otra pregunta. ¿Tiene el franquiciante la facultad patronal de escoger qué personas forman parte de la fuerza de trabajo franquiciada y cuáles no? La respuesta, siempre partiendo desde la premisa de un contrato de franquicia fisiológico, es negativa. Es siempre el franquiciado quien compone, modifica y, eventualmente, recorta la fuerza de trabajo franquiciada. Si ello es así, no parece que, desde la corresponsabilidad patronal, exista algún motivo razonable para

atribuir al franquiciante una obligación que se derive del incorrecto ejercicio de una facultad patronal que no posee. En consecuencia, hasta este extremo, parece que quien debe indemnizar al trabajador de la fuerza de trabajo franquiciada incorrectamente despedido es el franquiciado.

La pregunta, sin embargo, es un poco más específica. Esta plantea el escenario en que el trabajador de la fuerza de trabajo franquiciada debe ser despedido porque se resuelve el contrato de franquicia. Ello, lógicamente, implica que el negocio franquiciado no puede continuar. Nótese, sin embargo, que con la conclusión del negocio franquiciado concluye también la red empresarial y, por tanto, la pluralidad en la posición del empleador. Es decir, en este supuesto, el franquiciante no solo no ostenta la facultad de remover a la fuerza de trabajo franquiciada, sino que ahora ni siquiera estaría en capacidad material de hacerlo (asumiendo un uso patológico del contrato de franquicia). La razonabilidad de atribuir una obligación por el incorrecto uso de dicha facultad, entonces, disminuye aún más.

Conviene puntualizar que el hecho de que la resolución opere por decisión unilateral del franquiciante no parece añadir alguna diferencia relevante para modificar la respuesta antedicha. Podría pensarse que la resolución unilateral, al impedir la continuidad del negocio franquiciado, implica que al franquiciado le ha sido impuesta (por el franquiciante) la necesidad de despedir a la fuerza de trabajo franquiciada. Sin embargo, ello no necesariamente es así.

El franquiciado puede ser perfectamente una empresa preexistente al contrato de franquicia resuelto, que tiene sus propios negocios (inclusive, podría ser otra franquicia) y con los que seguirá pese a la terminación de su relación comercial con el franquiciante. No habría ninguna justificación, entonces, para atribuir al franquiciante

la decisión de haber indirectamente despedido a la fuerza de trabajo franquiciada. Ahora bien, en caso el franquiciado realmente no contase con los recursos económicos ni materiales para continuar operando luego de la resolución del contrato de franquicia, bastaría seguir los procedimientos regulares de cese colectivo aplicables, según se trate de un cese colectivo por motivos económicos o por disolución y liquidación de la empresa, en concordancia con lo dispuesto por el Capítulo VII del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

No hay nunca, pues, una “necesidad de despedir incorrectamente” a la fuerza de trabajo que pueda ser atribuida al franquiciante para imputarle la obligación de indemnizar. Los despidos incorrectamente ejecutados de la fuerza de trabajo franquiciada deben ser indemnizados por el franquiciado.

- **¿De las utilidades de qué empresa participa el trabajador que presta servicios en un establecimiento franquiciado?**

A diferencia de otros beneficios donde la naturaleza alimentaria o social suele predominar para justificar su otorgamiento (ej. asignación familiar, compensación por tiempo de servicios, etc.), la participación en las utilidades apunta a recompensar a los trabajadores por su contribución a los resultados positivos del negocio. La compensación es proporcional a dicha contribución, toda vez que, siguiendo las reglas previstas en los Decretos Legislativos N° 677 y 892, el cálculo individual para cada trabajador toma en cuenta sus días de labor y las remuneraciones percibidas en el ejercicio¹¹.

¹¹ Ciertamente, es discutible si las remuneraciones son un criterio válido para medir el grado de contribución del trabajador a la generación de los resultados positivos del negocio. Sin pretender agotar esta cuestión en este trabajo académico, podría considerarse que, al menos, podría ser relevante para comparar el grado de contribución entre los distintos trabajadores. Y es que, en principio, siempre partiendo desde la corrección en la actuación empresarial

En un contrato de franquicia es empíricamente verificable (quizá más que en otras redes empresariales) que tanto los trabajadores de la planilla del franquiciante como los trabajadores de la planilla del franquiciado prestan servicios en aras de un mismo negocio: aquel identificado con la marca cedida en uso y objeto de dicho contrato. Consecuentemente, siguiendo el racional específico que justifica la configuración de un derecho a la participación en las utilidades, parece razonable considerar que la fuerza de trabajo franquiciada, de alguna forma, deba participar de los buenos resultados que genere el negocio franquiciado. Ello, empero, no necesariamente implica reconocer que la fuerza de trabajo franquiciada deba participar de la bolsa de utilidades que el franquiciante reparte entre los trabajadores de su planilla.

No es así, principalmente, por la siguiente razón: la fuerza de trabajo franquiciada ya participa de los resultados que produzca la red de franquicia en su conjunto, a través de las utilidades que el propio franquiciado genera al operar el negocio franquiciado. En efecto, nótese, de un lado, que, a diferencia de otras redes empresariales, en la franquicia es el franquiciado quien retribuye económicamente al franquiciante. Lo hace, como fue explicado en la Sección 1.2, porque es el franquiciado quien invierte en aprender a operar un negocio respecto del cual percibirá directamente sus frutos. En la franquicia, la empresa principal de la red (el franquiciante) no se interpone entre las otras empresas (los franquiciados) y los consumidores finales de la red, como sí podría ocurrir en otras redes empresariales, como la tercerización de servicios, donde podría pensarse -razonablemente- que la empresa principal, único contacto con los consumidores finales, descuenta del precio de venta de los productos o servicios de la red

como premisa y sin desconocer los muy reales casos de discriminación salarial que abundan en nuestra realidad, el deber ser prescribe que un trabajo de mayor valor (para cada empresa) será merecedor de una mayor remuneración.

el precio que ella debe pagar a la empresa tercerizadora por sus servicios.

De otro lado, a efectos de advertir cómo es que la fuerza franquiciada ya participa de los resultados de la franquicia a través de las utilidades generadas por el franquiciado, debe tenerse en cuenta que las actividades de todos los miembros de la red de franquicia (tanto del franquiciante como de los demás franquiciados) retroalimenta a cada uno de ellos permanentemente. Dicho de otra forma, la buena marcha del negocio del franquiciado 1, beneficia tanto la buena marcha del negocio del franquiciado 2 como del negocio del franquiciante. Del mismo modo, la buena marcha del negocio del franquiciante (en sus establecimientos no franquiciados) beneficia a la buena marcha del negocio del franquiciado 1 y 2. El pollo a la brasa de *Pardo's Chicken* de Santiago de Surco es tan rico como el del *Pardo's Chicken* de Miraflores. En tanto lo sigan haciendo igual, y se me antoje un pollo de *Pardo's Chicken*, yo comeré indistintamente en el local de Santiago de Surco o el de Miraflores, dependiendo únicamente de a cuál me encuentre más próximo y sin que para mí sea relevante (o si quiera cognoscible) si los locales son franquiciados o si pertenecen al franquiciante.

La fuerza de trabajo franquiciada, entonces, no necesita acceder a la bolsa de utilidades que el franquiciante reparte entre su planilla para participar de los buenos resultados de la franquicia. Ya lo hace, a través de las utilidades que genera directamente el franquiciado¹².

¹² Alguien podría cuestionar si la respuesta brindada se mantiene si es que el franquiciado no reúne el número mínimo de trabajadores que exige la legislación nacional para el reparto de utilidades entre los trabajadores. Ciertamente, en esos supuestos la fuerza franquiciada se vería privada de participar de los buenos resultados de la franquicia. Sin embargo, ello, como se advierte a simple vista, es un problema únicamente generado por el legislador. ¿Por qué solo las empresas con más de 20 trabajadores están obligadas a repartir utilidades entre su personal? ¿Acaso las planillas más reducidas contribuyen menos a los buenos resultados del negocio? En principio, no parece que exista alguna justificación razonable, desde el derecho del trabajo, para tal diferenciación. Se trata, pues, de un problema a resolver de forma previa

- **¿Quién tiene el deber de prevención respecto de los peligros y riesgos asociados a las labores de los trabajadores que prestan servicios en un establecimiento franquiciado?**

Por la forma en que ha sido legalmente configurado el principio de prevención, según lo recoge el Título Preliminar de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, “LSST”), parecería que el deber de prevención de una empresa únicamente se extiende respecto de los espacios que estén bajo su ámbito de control material. Ello nos llevaría a concluir que, en tanto los establecimientos franquiciados se encuentran exclusivamente bajo el ámbito de control material de los franquiciados (ninguna prestación típica del franquiciante nos llevaría a considerar lo contrario), el deber de prevención respecto de los peligros y riesgos asociados a las labores de la fuerza de trabajo franquiciada lo ostentan únicamente los franquiciados.

La corresponsabilidad patronal del empleador plural, sin embargo, exige un matiz. Los peligros y riesgos asociados a una labor no solo se desprenden del lugar donde ella se ejecuta, sino también de la forma en que se ejecuta y de las herramientas que se utilizan para su ejecución. En ese sentido, conviene preguntarse lo siguiente: ¿tiene el franquiciante la facultad patronal de determinar la forma en que se ejecutan las labores y las herramientas que se utilizan para ello? La respuesta es afirmativa. El franquiciante, al menos indirectamente, haciendo uso de sus atribuciones generales y globales sobre la fuerza de trabajo de la red empresarial, y en cumplimiento de sus obligaciones de transferir el *know-how* y otorgar asistencia técnica, influye directamente en la manera específica en que la fuerza de trabajo franquiciada presta sus

al objeto del presente trabajo académico que no tendría por qué cambiar una respuesta que, pese a las arbitrariedades de la técnica legislativa nacional, resulta armoniosa con la naturaleza jurídica de la red empresarial bajo análisis.

servicios y las herramientas que deben utilizar para ello. En ese sentido, parece razonable asignar al franquiciante determinadas obligaciones directas para la prevención de los peligros y riesgos que sus decisiones pueden crear.

Estas obligaciones, sin embargo, deben conciliarse con una realidad fáctica previamente anotada: el franquiciante no tiene control directo del espacio de trabajo donde opera el franquiciado. Estando a ello, parece ser que la obligación patronal idónea que se puede atribuir al franquiciante respecto de la fuerza de trabajo franquiciada es el deber de formación e información acerca de los peligros y riesgos de las labores a desempeñar (recogida también por el Título Preliminar de la LSST y que inspira diversas obligaciones concretas en ese cuerpo normativo). El franquiciante las conoce perfectamente, no solo porque, como se anotó líneas arriba, él los determina al influenciar en la forma en que se prestan los servicios, sino también porque él ya viene operando ese negocio de forma previa. Por tanto, resulta coherente que el saber adquirido durante su experiencia, acerca de las amenazas a la seguridad y salud en el trabajo típicas del negocio franquiciado, deba ser directamente transmitido a la fuerza de trabajo franquiciada. Ya será el franquiciado quien, evidenciando este reparto de obligaciones patronales que exige la corresponsabilidad patronal, ostente el deber de vigilancia para verificar si los controles que corresponden a los peligros y riesgos identificados e informados por el franquiciante están siendo observados por la fuerza de trabajo franquiciada, en tanto es el franquiciado quien se encuentra en capacidad material de verificar dicho cumplimiento en su propio establecimiento.

- **¿Quién tiene el deber capacitar al trabajador que presta servicios en un establecimiento franquiciado acerca de los cambios en la tecnologías aplicables a su puesto de trabajo?**

Los artículos 84 y siguientes del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, establecen la obligación del empleador de capacitar funcionalmente a sus trabajadores, a efectos de que estos puedan “mejorar su productividad y sus ingresos”. Se trata, pues, de una formación no en materia de seguridad y salud en el trabajo, sino en aspectos operativos y funcionariales de la labor propia del puesto de trabajo.

La obligación antedicha, naturalmente, presupone que el empleador tiene o debería tener los conocimientos necesarios acerca de la mejor forma de desempeñar las actividades laborales del cargo, de tal forma que pueda transmitírselas a su fuerza de trabajo. Estando a ello, en el contrato de franquicia no debería ofrecerse resistencia a la idea de que, en el marco del negocio franquiciado, es el franquiciante quien cuenta con dichos conocimientos, los cuales forman parte del *know how* adquirido durante su experiencia y que aquel se encuentra obligado a transmitir el franquiciado.

Si ello es así, no cabe duda de que, como manifestación de la corresponsabilidad patronal, así como de las típicas prestaciones mercantiles que tiene a su cargo el franquiciante (transferencia del *know how* y otorgamiento de asistencia técnica), aquel debe garantizar que los trabajadores que prestan servicios en un establecimiento franquiciado cuenten con toda la información necesaria acerca de cómo ejercer las funciones propias del cargo, en tanto este último forma parte del negocio franquiciado y, consecuentemente, alimenta directamente la reputación de la marca que cubre las actividades.

El deber de formación antedicho, empero, debe estar sujeto a límites, a efectos de que no interfiera con facultades propias del franquiciado que resultan individuales y cotidianas respecto de la

gestión cotidiana de la fuerza de trabajo. De un lado, no debe perderse de vista que, en principio, la transferencia del *know how* y el otorgamiento de asistencia técnica es desde el franquiciante hacia el franquiciado, y no hacia el personal del establecimiento franquiciado. Dicho de otra forma, durante la marcha del negocio franquiciado, lo ideal sería que el franquiciado pueda transmitir a la fuerza de trabajo franquiciada los conocimientos en el desempeño de la labor que, a su vez, le fueron transmitidos originalmente por el franquiciante. Esto último, sin embargo, necesariamente presupone un primer momento en que el franquiciante transmite dichos conocimientos. Por tanto, el deber formación directo del franquiciante hacia el personal del franquiciado parece encontrar justificación únicamente en el momento inicial del contrato de franquicia, respecto de los primeros trabajadores del establecimiento franquiciado, y cuando se actualice el *know how* del franquiciante, de tal forma que resulte necesario que este se vuelva a transmitir de forma directa.

Las respuestas a las preguntas previas son únicamente un esbozo de lo que podrían ser los efectos prácticos de una regulación laboral del contrato de franquicia, partiendo de la premisa del empleador plural y de la corresponsabilidad patronal que ella exige. En el **Anexo 1** de este trabajo académico se ofrecen detalles adicionales de esta posible propuesta normativa.

**Poniendo a prueba al empleador plural en la franquicia: el
derecho de sindicación**

Siguiendo con el análisis individual emprendido al final de la Sección 2.1, acerca del derecho de sindicación en las redes empresariales, nótese que los problemas materiales, identificados en dicho extremo de este trabajo académico, para la efectiva constitución de un sindicato de red empresarial son reales. Sin embargo, estos parecen

haber sido analizados teniendo en consideración, principalmente, al supuesto arquetípico de la red de empresas: la tercerización. Efectivamente, por un lado, aunque puedan prestar servicios dentro del mismo centro de trabajo u operaciones, los trabajadores de las distintas empresas tercerizadoras tienen determinados intereses propios y específicos a la actividad que su empleador ejecuta a favor de la empresa principal. Por otro lado, los contratos de tercerización se caracterizan por su temporalidad. Ello no se debe tanto a que el servicio contratado sea temporal (de hecho, muchas veces es permanente), sino a que el propio acuerdo para la prestación de servicios es temporal, pudiendo la empresa principal recurrir a otra empresa tercerizadora a la culminación del vínculo contractual.

Lo particular de las franquicias, como redes empresariales, es que las dificultades materiales antes anotadas no parecen resultar tan problemáticas para la constitución de un sindicato de red de empresas. Por un lado, debe recordarse que la finalidad del contrato de franquicia es que el franquiciado pueda replicar exitosamente un modelo empresarial previamente utilizado y probado por el franquiciante. Dicho negocio, en la mayoría de casos, será uno solo: aquel que se asocia directamente a la marca. Por tanto, en los hechos, se tiene que todos los franquiciados de la red ejecutan la misma actividad y bajo las mismas condiciones. En consecuencia, sus trabajadores comparten intereses similares que podrían presentar colectivamente ante el franquiciante, en tanto empresa principal de la red. Por otro lado, si bien no existe una temporalidad predefinida del contrato de franquicia, es usual que la cooperación con una misma empresa franquiciada se proyecte en el mediano o largo plazo. Ello se debe a que, a diferencia de la tercerización (donde se espera que la empresa tercerizadora cuente con su propio *know-how* para realizar las actividades contratadas, sin necesidad de la intervención de la empresa principal), en la franquicia es el franquiciante quien transmite su *know-how* y otorga su asistencia

técnica al franquiciado para garantizar la replicación exitosa del negocio. Dicho de otra forma, el franquiciante invierte tiempo y recursos en “educar” al franquiciado. Dicha inversión no es algo que resulte económicamente eficiente de interrumpir al sustituir franquiciados (Olmo, 2003, pp. 156-157).

Parece, en realidad, que el verdadero problema material para la constitución de un sindicato de red empresarial en el marco de una red de franquicias se vincula con un aspecto locativo. En efecto, como señala Sanguineti, es más fácil que los trabajadores desarrollen una “cultura de red” cuando sus actividades están interconectadas y se ejecutan dentro del mismo espacio físico (2016, p. 73). En el caso de las franquicias, sin embargo, los franquiciados ejecutan sus actividades en su propios locales, muchas veces diametralmente distantes los unos de los otros (precisamente para que la marca franquiciada pueda abarcar mayores territorios). Así, aunque realicen las mismas actividades, tengan los mismos intereses y cuenten con una vocación de permanencia en el mediano y largo plazo, la ausencia de relacionamiento material genera que los trabajadores de las distintas empresas franquiciadas pueden perder de vista las circunstancias antedichas y, consecuentemente, el vínculo fáctico que los une frente al franquiciante. Se plantea un problema similar -vinculado a la falta de identificación y pertenencia a un colectivo- al advertido con ocasión de la prestación de servicios a distancia (fuera del centro de trabajo) que caracteriza al teletrabajo (Puntriano, 2016, p. 335).

Aunque se proponen soluciones a la problemática descrita, como el establecimiento de un deber de las empresas de la red de informar periódicamente acerca de la existencia de la organización sindical o el uso de las tecnologías de la información para difundir su existencia entre los trabajadores de la red, nótese que estas propuestas operan *ex post* a la constitución del sindicato de red y no abordan los

problemas mismos que se presentan para, precisamente, alcanzar el acto constitutivo. Por tanto, el problema, lejos de estar resuelto, amerita todavía un mayor debate para, a partir del intercambio de ideas, hacer efectivo el derecho a la libertad de sindicación de los trabajadores de una franquicia.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Seguidamente, se exponen las conclusiones de cada apartado del presente trabajo académico, en el orden en que aparecen en el texto:

- La finalidad del derecho del trabajo es controlar el poder fáctico que ostenta el empleador para determinar las condiciones de trabajo. Ello presupone que el derecho del trabajo debe calificar a alguien como “empleador”.
- El derecho del trabajo surgió en una etapa histórica en la que el modelo de organización empresarial predominante era uno “ortodoxo”, caracterizado porque las empresas eran de dimensiones medianas o grandes y de titularidad de una única persona natural o jurídica que ejecutaba ella misma, con sus propios trabajadores y medios de producción de su propiedad, todas las actividades principales del ciclo productivo de los bienes y servicios que ofrecían al mercado.
- El contractualismo bilateral es la noción de que las partes del contrato de trabajo solo pueden estar ocupadas por un solo individuo. Bajo el modelo ortodoxo tenía vigencia el contractualismo bilateral, toda vez que cada empresa era asociada a una única persona natural o jurídica que, a su vez, era el único empleador.
- El modelo ortodoxo, sin embargo, ha sido superado. Actualmente, el modelo de organización predominante es la “red empresarial”. Esta es un fenómeno económico por el que las empresas fragmentan y externalizan las actividades principales que forman parte del ciclo productivo de los bienes y

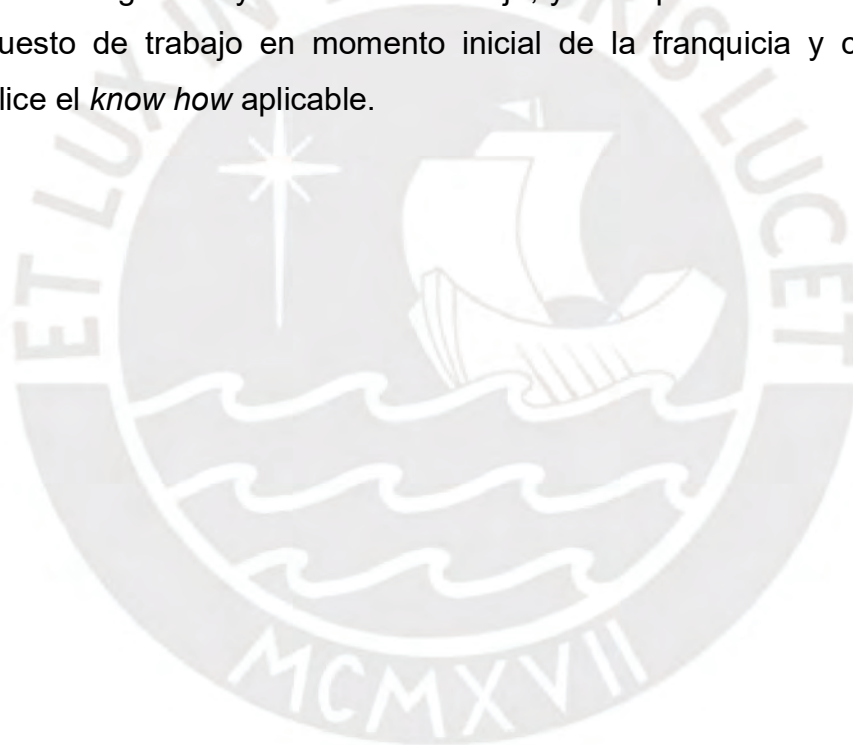
servicios que ofrecen al mercado en otras empresas, usualmente pequeñas y especializadas, que, con sus propios trabajadores y medios de producción de su propiedad, se hacen cargo de ellas, aunque coordinando con la empresa que las externalizó, quien mantiene para sí el control del ciclo productivo pese a su fragmentación.

- Durante la vigencia del modelo de la red empresarial, la finalidad del derecho del trabajo sigue siendo la misma: controlar el poder fáctico que ostenta el empleador para determinar las condiciones de trabajo. Sigue siendo necesario, pues, calificar a alguien como “empleador” para tales efectos.
- En las redes empresariales, sin embargo, al derecho del trabajo se le dificulta identificar a alguien a quien calificar efectivamente como empleador. Dicha dificultad obedece a que el derecho del trabajo parte de la errada idea de que aún tienen vigencia el modelo ortodoxo y su presupuesto, el contractualismo bilateral. Es necesario, pues, abandonar ambas nociones para que el derecho del trabajo pueda cumplir su finalidad bajo el actual paradigma de la organización empresarial.
- La franquicia es aquel contrato en virtud del cual una parte, denominada “franquiciante” o “franquiciador”, cede temporalmente a otra, denominada “franquiciado”, la utilización de determinados derechos de propiedad intelectual y el *know how* necesario para llevar a cabo determinado modelo empresarial previamente utilizado y probado por el franquiciante, a cambio de una contraprestación económica.
- La franquicia es un tipo de red empresarial en el que se verifica la dificultad que enfrenta el derecho del trabajo para identificar al empleador de las personas de las que se vale el franquiciado para conducir el negocio franquiciado, toda vez que se parte del presupuesto del contractualismo bilateral para afirmar que solo el franquiciado podría serlo cuando, en los hechos, el franquiciante también cuenta con un significativo poder fáctico para indirectamente determinar las condiciones de trabajo.

- Bajo la vigencia del modelo de la red empresarial, el contractualismo bilateral debe ser reemplazado por la noción de “empleador plural”. Esta última es la premisa de que es posible concebir que, en una relación de trabajo, la posición del empleador esté ocupada por más de un único individuo, en atención a que más de uno podría ostentar el poder fáctico de determinar las condiciones de trabajo.
- En las redes empresariales tiene cabida la institución del empleador plural, pero no en todas. Solo resulta de utilidad en aquellas en las que se verifican facultades de gestión del personal ajeno por: (i) utilización conjunta de la prestación laboral, (ii) ejercicio compartido o reparto de los poderes empresariales o (iii) influencia externa decisiva sobre decisiones del empleador.
- La consecuencia jurídica de la existencia de un empleador plural no es la imputación de responsabilidad solidaria entre las empresas que conforman la posición del empleador. La responsabilidad solidaria, en realidad, es un rezago del contractualismo bilateral que presupone la existencia de un único empleador al que lo auxilia un tercero ajeno a la relación de trabajo. El verdadero propósito de la responsabilidad solidaria es reforzar la protección del crédito laboral.
- La consecuencia jurídica de la existencia de un empleador plural es la corresponsabilidad patronal, entendida como la atribución de obligaciones laborales a cada empresa que conforme la posición del empleador, pero atendiendo a la forma específica en que cada una participa de dicha pluralidad. En otras palabras, las obligaciones patronales se distribuyen entre las empresas que conforman la posición del empleador, según las características del funcionamiento de la red empresarial.
- La franquicia es una red empresarial en la que se verifican en el franquiciante facultades de gestión del personal del franquiciado por un ejercicio compartido o reparto de los poderes empresariales. Dicho de otra forma, en la franquicia, la posición del empleador de las personas de que se

vale el franquiciado para conducir el negocio franquiciado está conformada por un empleador plural compuesto por el franquiciante y franquiciado. El primero incide en la organización general y global de la fuerza de trabajo, mientras que el segundo adopta decisiones individuales y específicas sobre las condiciones laborales aplicables a cada trabajador.

- En el caso de la franquicia, por la forma en que opera esta red empresarial, la corresponsabilidad patronal del franquiciante y franquiciado genera que, por ejemplo, el franquiciado tenga a su cargo la obligación patronal de indemnizar por despidos arbitrarios y repartir utilidades, mientras que el franquiciante tiene a su cargo la obligación patronal de formar e informar en materia de seguridad y salud en el trabajo, y de capacitar en las funciones del puesto de trabajo en momento inicial de la franquicia y cuando se actualice el *know how* aplicable.



BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, W. (2014). El contrato de franquicia: multiplicador de negocios exitosos. *Revista de Actualidad Mercantil*, (3), pp. 13-21. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/92245>
- Álvarez, D. (2017). *El futuro del trabajo y su regulación jurídica entre los retos de la “atomización” y la fragmentación empresarial* [monografía]. https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-y-sociedad/WCMS_548570/lang--es/index.htm
- Arce, E. (29 de octubre de 2008). *Imputación de cargas laborales en la subcontratación. ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento?* [ponencia]. Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chiclayo, Perú. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/11/Congreso-III-Nacional-Full-12-27.pdf>
- Arce, E. (2019). La crisis del concepto de empleador en las redes empresariales. Análisis de casos sobre el empleador putativo o instrumental en Perú. En W. Sanguinetti y J. Vivero (Eds.), *La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales* (pp. 93-101). Editorial Comares.
- Arce, E. (2021). *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra.
- Cámara Peruana de Franquicias (2018). *El mercado peruano de franquicias*. <https://cpfranquicias.com/estadisticas/>
- Carrasco, P. (2005). El contrato de franquicia en Ecuador, aspectos jurídicos y económicos [Tesis de doctorado, Universidad Internacional SEK]. <https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/63/3/CONTRATO%20DE%20FRANQUICIA.pdf>
- Castello, Alejandro. (2019). El empleador complejo. En W. Sanguinetti y J. Vivero (Eds.), *La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales* (pp. 77-91). Editorial Comares.
- Cruz, J (1999). Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales. En M.

Rodríguez-Piñero (Coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos-Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

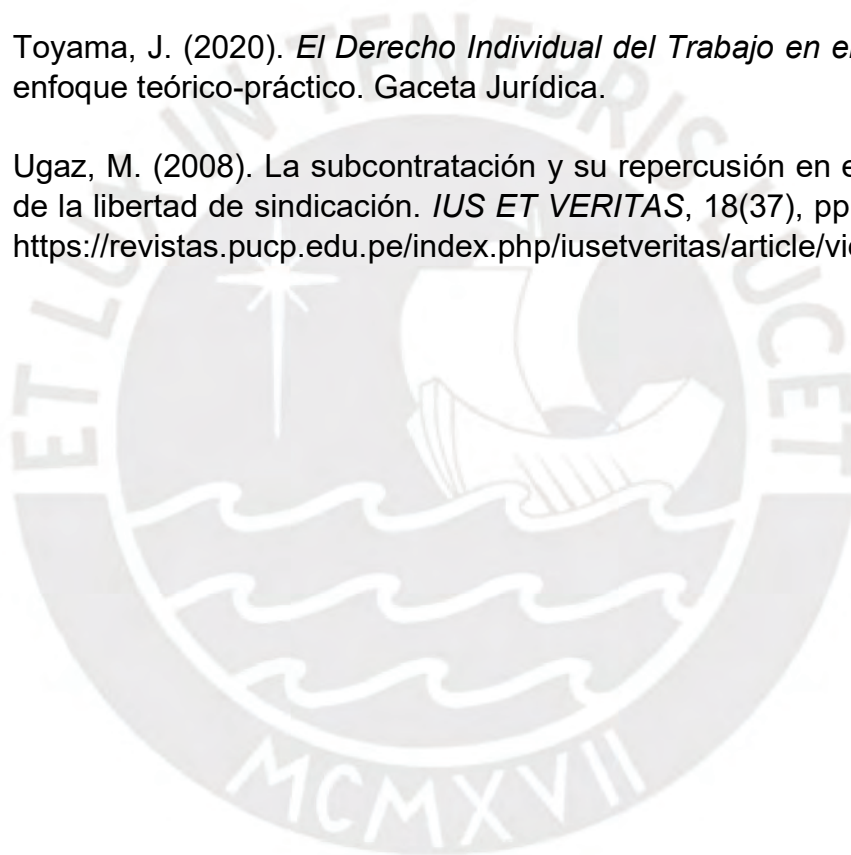
- Cruz, J. (2009). *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Grijley.
- Gallo, J. (2014). El Contrato de Franquicia en la doctrina y jurisprudencia. *Foro Jurídico*, (13), pp. 44-50. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13772>
- International Franchise Association (s.f.). *The history of modern franchising*. <https://www.franchise.org/blog/the-history-of-modern-franchising>
- Lantarón, D. (2018). Problemática jurídico-laboral del contrato de franquicia: su proyección sobre la condición de empleador. En W. Sanguinetti y J. Vivero (Eds.), *Impacto laboral de las redes empresariales* (pp. 29-50). Editorial Comares.
- Miranda, G. (2024). El contexto institucional de la organización empresarial para la imputación de la relación laboral desde una mirada pospositivista. *Soluciones Laborales* (194), pp. 135-163.
- Morejón, A (2009). *El contrato de franquicia*. Universidad de Cienfuegos Carlos Rafael Rodríguez. <https://www.eumed.net/libros-gratis/2009a/478/index.htm>
- Navas, M y Mosqueira, A. (2009). El contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador. *Vniversitas* (119), pp. 279-304. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602009000200017
- Neves, J. (2020). *Introducción al Derecho del trabajo* (4.^a ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Olmo, A. (2003). *La franquicia: un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente*. Tirant lo Blanch.
- Paz de la Iglesia, A. (2006). La franquicia: aspectos laborales. *Boletín Social Quantor*, (73), pp. 2-5. https://www.asnala.com/media/docs/quantor/quantor_social_73.pdf
- Pino, N. (2006). El contrato de franquicia y su repercusión en las relaciones laborales. *Economist & Jurist*, (99), pp. 62 y ss.

<https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-contrato-de-franquicia-y-su-repercusion-en-las-relaciones-laborales/>

- Puntriano, C. (7-10 de setiembre de 2021). *La transformación del empleador y su impacto en el ámbito de protección del derecho del trabajo. Reflexiones en torno a la respuesta del ordenamiento jurídico* [ponencia]. Retos de los sistemas de legislación laboral y seguridad social. Sociedad Internacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Perú.
https://2e8481ca-584b-405b-a820-57051d457355.usrfiles.com/ugd/2e8481_e74c468176a5490cb15c1776a9bceb6c.pdf
- Puntriano, C. (2016). *La “telenegociación colectiva” como derecho fundamental de los teletrabajadores*. VII Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 329-346.
<https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/Congreso-Nacional-VII-Full.pdf>
- Puntriano, C. (2011). Los efectos de la Subcontratación en las Relaciones Laborales. Análisis de la Responsabilidad Solidaria como Mecanismo de Tutela. *Derecho & Sociedad*, (37), pp. 151-165.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13168>
- Rodríguez, S y Barreiro, G. (2006). La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social: especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia. *La Ley*, (4), pp. 1832-1842.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2108611>
- Ruíz, J. (2019). La franquicia como red empresarial. En W. Sanguinetti y J. Vivero (Eds.), *La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales* (pp. 3-11). Editorial Comares.
- Sanguinetti, W. (2008). Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo. *Laborem* (8), pp. 133-166.
<https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem8-133-166.pdf>
- Sanguinetti, W. (2016). *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*. Editorial Comares.
- Sanguinetti, W. (2018). El empleador plural, el empleador complejo y el empleador instrumental en las redes empresariales. En W.

Sanguinetti y J. Vivero (Eds.), *Impacto laboral de las redes empresariales* (pp. 115-150). Editorial Comares.

- Sanguinetti, W. (2019). El empleador plural: articulación jurídica y responsabilidades. En W. Sanguinetti y J. Vivero (Eds.), *La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales* (pp. 53-72). Editorial Comares.
- Todolí, A (2017). Los falsos autónomos en el contrato de franquicia: la importancia de la prestación de servicios bajo una marca ajena como indicio de laboralidad en el contrato de trabajo”. *Revista de Derecho Social*, (77), pp. 105-124.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5964326>
- Toyama, J. (2020). *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Un enfoque teórico-práctico. Gaceta Jurídica.
- Ugaz, M. (2008). La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación. *IUS ET VERITAS*, 18(37), pp. 112-123.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12219>



ANEXO 1
PROPUESTA DE ARTÍCULOS PARA REGULAR LAS IMPLICANCIAS
LABORALES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO¹³

Artículo 1.- Definición del contrato de franquicia

A efectos de la presente ley, se entiende por contrato de franquicia aquel en virtud del cual una parte, denominada franquiciante, cede temporalmente a la otra, denominada franquiciado, la utilización de determinados derechos de propiedad intelectual y el *know how* necesario para llevar a cabo determinado modelo empresarial previamente utilizado y probado por el franquiciante, a cambio de una contraprestación económica.

Artículo 2.- Elementos del contrato de franquicia

Los elementos del contrato de franquicia son su finalidad y las prestaciones características que tienen a su cargo las partes.

La finalidad del contrato de franquicia es que el franquiciado pueda replicar exitosamente un modelo empresarial previamente utilizado y probado por el franquiciante.

Las prestaciones características que las partes del contrato de franquicia tienen a su cargo para la consecución de dicha finalidad son, por un lado, de cargo del franquiciante, la cesión del uso de una marca y, voluntariamente, otros derechos de propiedad intelectual de su titularidad a favor del franquiciado, la transferencia del *know how* a favor del franquiciado y el otorgamiento de asistencia técnica a favor del franquiciado, y, por otro lado, de cargo del franquiciado, el pago de una contraprestación económica a favor del franquiciante.

¹³ Esta propuesta ha sido elaborada a partir de las conclusiones del presente artículo y del trabajo académico del mismo autor, denominado, “Responsabilidad laboral en el contrato de franquicia: informe jurídico sobre Resolución N° 14 del Expediente N° 02500-2017-0-1601-JR-LA-07”, y elaborado durante el ciclo lectivo 2023-1, para el curso “Seminario de Trabajo Académico 1” del Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Artículo 3.- Empleador en el contrato de franquicia

Ambas partes del contrato de franquicia, franquiciante y franquiciado, ocupan la posición de empleador en el contrato de trabajo que el franquiciado pudiera celebrar con personas naturales para la ejecución de las obligaciones a su cargo asumidas en virtud del contrato de franquicia. Ambas partes del contrato de franquicia, franquiciante y franquiciado, son corresponsables de las obligaciones patronales, según las reglas de distribución estipuladas en la presente ley, toda vez que típicamente, de un lado, el franquiciante cuenta con atribuciones generales y globales para incidir en la prestación de servicios de dichas personas y, de otro lado, el franquiciado cuenta con facultades específicas e individuales respecto de la prestación de servicios de cada una de ellas.

Artículo 4.- Corresponsabilidad patronal

4.1. El franquiciado, como empleador de las personas naturales con quienes celebre un contrato de trabajo para la ejecución de las obligaciones a su cargo asumidas en virtud del contrato de franquicia, debe cumplir con todas las obligaciones patronales como cualquier otro empleador del régimen laboral que le resultase aplicable, con excepción de lo indicado en el siguiente párrafo.

4.2. El franquiciante, como empleador de las personas naturales con quienes el franquiciado celebre un contrato de trabajo para la ejecución de las obligaciones a su cargo asumidas en virtud del contrato de franquicia, debe:

- a) Cumplir con el deber patronal de formación e información en materia de seguridad y salud en el trabajo, según lo previsto en la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, o norma que la sustituya, y las normas sectoriales o complementarias de la materia que pudieran resultar de aplicación, únicamente respecto de los trabajos que correspondan al modelo empresarial previamente utilizado y probado por el franquiciante, y que, en virtud del contrato de franquicia, el franquiciado debe replicar. El reglamento de la presente ley establecerá las precisiones pertinentes.
- b) Cumplir con el deber de capacitación en las funciones o en el trabajo, según lo previsto en los artículos 84 y siguientes del Texto Único Ordenado de la

Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, exclusivamente:

- b.1. En la etapa inicial del contrato de franquicia, como máximo, durante los tres (3) primeros meses del inicio de su ejecución.

- b.2. Cuando se actualicen significativamente los conocimientos, las tecnologías, las técnicas, los procedimientos y/o, en general, el *know how* aplicable al modelo empresarial previamente utilizado y probado por el franquiciante, de tal forma que su correcta replicación no pudiera ser posible para el franquiciado si no se imparte una nueva capacitación.

Artículo 5.- Libertad de sindicación

5.1. De conformidad con lo previsto en el artículo 2 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo y el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR, las personas naturales con quienes el franquiciado celebre un contrato de trabajo para la ejecución de las obligaciones a su cargo asumidas en virtud del contrato de franquicia pueden constituir o afiliarse a sindicatos de cualquier ámbito y ejercer, respecto de su empleador, conformado por franquiciante y franquiciado, los derechos colectivos que la normativa aplicable les reconoce.

5.2. Durante los primeros cinco (5) días hábiles de cada año calendario, el franquiciante debe informar, a las personas naturales con quienes el franquiciado celebre un contrato de trabajo para la ejecución de las obligaciones a su cargo asumidas en virtud del contrato de franquicia, la identidad de los sindicatos que pudieran existir en contexto en que opera el modelo empresarial previamente utilizado y probado por el franquiciante, y que, en virtud del contrato de franquicia, el franquiciado debe replicar.

Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, dentro de los treinta (30) días hábiles de la entrada en vigor de la presente ley, , bajo responsabilidad del titular del sector, garantiza la existencia y actualización

de un registro público de las organizaciones sindicales nacionales del sector privado asociadas a cada empresa, incluidas aquellas que puedan funcionar como franquiciantes.

Artículo 6.- Responsabilidad solidaria y subsidiaria

6.1. Exclusivamente con el objetivo de reforzar la protección del crédito laboral, en caso el franquiciado no cumpliera con sus obligaciones patronales, el franquiciante será solidariamente responsable por ellas.

6.1. La responsabilidad subsidiaria y solidaria a que se refiere el presente artículo únicamente aplicará:

- a) Respecto de las personas naturales con quienes el franquiciado celebre un contrato de trabajo para la ejecución de las obligaciones a su cargo asumidas en virtud del contrato de franquicia;
- b) Por las obligaciones patronales, de fuente legal o convencional, de naturaleza laboral o de seguridad social, que consistan en prestaciones pecuniarias, y
- c) Durante la participación del trabajador en la ejecución del contrato de franquicia.

Artículo 7.- Prohibiciones del franquiciante

En virtud de la corresponsabilidad patronal, y según lo especificado en la presente ley, franquiciante y franquiciado no solo se distribuyen las obligaciones patronales, sino también las facultades. En ese sentido, el franquiciante se encuentra proscrito de ejercer las siguientes atribuciones respecto de las personas naturales con quienes el franquiciado celebre un contrato de trabajo para la ejecución de las obligaciones a su cargo asumidas en virtud del contrato de franquicia, en tanto son facultades patronales exclusivas del franquiciado:

- a) Establecer o modificar los horarios y las jornadas de trabajo.
- b) Aprobar, condicionar, dirigir o intervenir directamente en los procedimientos de convocatoria, selección y contratación.

- c) Aprobar, condicionar, dirigir o intervenir directamente en terminaciones de la relación de trabajo o en los procedimientos disciplinarios.
- d) Aprobar, condicionar, dirigir o intervenir directamente en procedimientos de evaluación de desempeño o en acciones vinculadas a felicitaciones, premiaciones o recompensas por la prestación de servicios.
- e) Establecer el diseño de los uniformes o la indumentaria de trabajo respecto de aquellos trabajadores que no interactúan con los clientes de la marca asociada al modelo empresarial previamente utilizado y probado por el franquiciante, y que, en virtud del contrato de franquicia, el franquiciado debe replicar.
- f) Aprobar, condicionar, dirigir o intervenir directamente en la determinación de la estructura organizacional, en la jerarquización de puestos o en las políticas salariales.
- g) Intervenir en la actividad del franquiciado o de sus trabajadores de manera tal que constituya una injerencia manifiestamente desproporcional a los alcances del artículo 2.

8.- Desnaturalización de contrato de franquicia

8.1. Si el contrato de franquicia se desnaturaliza, las personas naturales con quienes el franquiciado celebró un contrato de trabajo para la ejecución de las obligaciones a su cargo asumidas en virtud del contrato de franquicia son consideradas trabajadores exclusivamente del franquiciante, como único empleador, desde el inicio de su participación en la ejecución del contrato de franquicia.

8.2. El contrato de franquicia se desnaturaliza en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Si no concurren todos los elementos indicados en el artículo 2.
- b) Si el franquiciante incumple lo previsto en el artículo 7.
- c) Si, copulativamente, la marca cedida en uso por el franquiciante no cuenta con suficiente reconocimiento a nivel nacional y no se verifican altos costos en los que tuviera que incurrir el franquiciado para poder replicar el modelo empresarial previamente utilizado y probado por el franquiciante.