



**EL PRINCIPIO IMPLÍCITO DE LA BUENA FE Y EL TRATO JUSTO
COMO MECANISMO MODIFICATORIO DEL CONTRATO DE
FRANQUICIA DENTRO DEL DERECHO NORTEAMERICANO**

ELIANA FERNANDA ROMERO VIVAS

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.54.2015.06>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho priv. No. 54

julio - diciembre de 2015. ISSN 1909-7794

El principio implícito de la buena fe y el trato justo como mecanismo modificadorio del contrato de franquicia dentro del derecho norteamericano

Resumen

En este artículo se establece cuál es el alcance del *principio implícito de la buena fe y trato justo* como mecanismo de afectación de la fuerza obligacional de los contratos (*pacta sunt servanda*), en el contrato de franquicia, dentro del derecho norteamericano. Para ello, se describe cómo el derrotero hace las veces de mecanismo *sui generis* de modificación, ya que se obvia la cláusula escrita, si esta lesiona los estándares de probidad exigidos implícitamente por este, en virtud de la naturaleza cooperativa del acuerdo. La metodología es cualitativa y aplicada de tipo jurídica y no experimental de tipo descriptivo. En este artículo de reflexión se concluye, en últimas, que el principio es una suerte de *mecanismo protectionista*, cuyo uso previene que una parte pueda manipular los términos o vacíos contractuales, en orden de tomar ventaja comercial sobre la otra, salvaguardando así las expectativas contractuales de los sujetos.

Palabras clave: franquicia, vacíos, modificación, asimetría de poder, estándar de probidad, principio implícito de la buena fe y el trato justo, abuso, oportunismo, expectativas legítimas, interés contractual, contrato de larga duración, contrato incompleto, sistema *common law*, protección, parte débil.

The implicit principle of good faith and fair dealing as mechanism for amending the franchise agreement in american law

Abstract

This article establishes the scope of the underlying principle of good faith and fair dealing as a mechanism that affects the obligatory nature of contracts (*pacta sunt servanda*) in the franchise agreement in American law. As such, it describes how the principle serves as a guiding mechanism *sui generis* for contract modification, since the written clause is obvious, if it harms the standards of integrity implicitly required by the cooperative nature of the agreement. A qualitative and legal, descriptive non-experimental applied methodology is used. This article concludes by reflecting upon the fact that, ultimately, the principle is a kind of *protective mechanism*, whose use can prevent a party from being able to manipulate the contractual terms or gaps, in order to take commercial advantage over the other, thus safeguarding the contractual expectations of the individuals involved.

KeyWords: franchise, gaps, amend, modify, asymmetry of power, standard of proof, implicit principle of good faith and fair dealing, abuse, opportunism, legitimate expectations, contractual interest, long-term contract, incomplete contract, common law system, protection, weak party.

O princípio implícito da boa-fé e o tratamento justo como mecanismo modificadorio do contrato de franquia dentro do direito norte-americano

Resumo

Neste artigo se estabelece qual é o alcance do *princípio implícito da boa-fé e tratamento justo* como mecanismo de afetação da força obrigacional dos contratos (*pacta sunt servanda*) no contrato de franquia dentro do direito norteamericano. Para isso, se descreve como o caminho se faz de mecanismo *sui generis* de modificação, já que se obvia a cláusula escrita, se esta lesiona os padrões de probidade exigidos implícitamente por este, em virtude da natureza cooperativa do acordo. A metodologia é qualitativa e aplicada, de tipo jurídica e não experimental de tipo descriptivo. Neste artigo de reflexão se conclui, em últimas, que o princípio é uma sorte de *mecanismo protectionista*, cujo uso previne que uma parte possa manipular os termos ou vazios contratuais, em ordem de tomar vantagem comercial sobre a outra, salvaguardando assim as expectativas contratuais dos sujeitos.

Palavras-chave: franquia, vazios, modificação, assimetria de poder, padrão de probidade, princípio implícito da boa-fé e o tratamento justo, abuso, oportunismo, expectativas legítimas, interesse contratual, contrato de longa duração, contrato incompleto, sistema *common law*, proteção, parte débil.

El principio implícito de la buena fe y el trato justo como mecanismo modificadorio del contrato de franquicia dentro del derecho norteamericano*

Eliana Fernanda Romero Vivas**

SUMARIO

Introducción – I. DESARROLLO Y APLICACIÓN DADO POR LA DOCTRINA AL PRINCIPIO IMPLÍCITO DE LA BUENA FE Y TRATO JUSTO DENTRO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL CONTEXTO NORTEAMERICANO – A. *Partiendo de lo básico: particularidades de la franquicia* – B. *Problema del tratamiento de cambio de condiciones (érase una vez... un contrato incompleto)* – C. *Antecedentes del uso del principio implícito de buena fe y trato justo como doctrina de cambio de las previsiones expresas* – D. *Uso del concepto del principio para cambiar las previsiones expresas del contrato de franquicia en el derecho americano* – II. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA – A. *Del conflicto de intereses* – B. *Poder de control y oportunismo* – C. *Oportunismo y modificación contractual* – D. *Limitación a la aplicación de los términos del contrato de franquicia: el principio de la buena fe y trato justo* – III. APARTE PROPOSITIVO: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE Y TRATO JUSTO DESDE LA ÓPTICA DE LA NATURALEZA RELACIONAL DEL CONTRATO – A. *Actividad judicial norteamericana: máximas que guían la aplicación del principio de buena fe y trato justo en la resolución de conflictos de franquicia* – B. *Enfoque propositivo: el principio de la buena fe y el trato justo como estándar de sujeción desde la óptica relacional o de cooperación dentro del contrato* – C. *Un caso hito: Vylene Enterprises vs. Naugles* – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Romero Vivas, E. F. (Diciembre, 2015). El principio implícito de la buena fe y el trato justo como mecanismo modificadorio del contrato de franquicia dentro del derecho norteamericano. *Revista de Derecho Privado*, 54. Universidad de los Andes (Colombia).

** Abogada, Universidad Católica de Colombia. Especialista en Derecho de los Negocios Internacionales, Universidad de los Andes (Colombia) y candidata a Magister en Derecho Privado de la misma Universidad. Asesora Jurídica de la Secretaría de Gobierno del municipio de Tabio, Cundinamarca. Correo: ef.romero10@uniandes.edu.co; elianaromeroivas@hotmail.com

Introducción

La franquicia, como forma contractual en auge, no ha sido ajena a ciertos avatares como la rigidez de la que adolece el contrato. Esta inmovilidad ha llevado, consecuentemente, a que cualquier modificación en sus condiciones inicialmente pactadas sea algo dificultoso. Dentro del derecho norteamericano se ha recurrido a una suerte de mecanismo *sui generis* de modificación, en aras de dar solución a esta dificultad: el *principio implícito de la buena fe y el trato justo*. En adelante, se verá cómo el derrotero limita la conducta de los sujetos, exigiéndoles la observancia de deberes implícitos, no expresos en el contrato. De allí se sigue, que en virtud de su aplicación y en casos extraordinarios, se llegue a prescindir de la cláusula escrita en aras de tutelarla. Este artículo tiene como propósito describir de qué forma los operadores jurídicos han hecho aplicación del mencionado principio, como un *mecanismo garante de los derechos y expectativas de las partes en el contrato de franquicia*, dentro de la actividad judicial estadounidense, ilustrando con fines expositivos su uso en la resolución de conflictos suscitados dentro de la franquicia. De esta forma, la cuestión a resolver será: ¿Cuál es el alcance del principio implícito de la buena fe y trato justo como mecanismo de afectación o modificadorio de la fuerza obligacional de los contratos (*pacta sunt servanda*) en el contrato de franquicia dentro del derecho norteamericano?

Con este fin, se hará una disertación sobre el uso dado al principio de la buena fe y el trato justo en el contexto norteamericano, cuya cultura

jurídica es influenciada por el *common law*. Para ello, en el primer capítulo se trata lo referente al desarrollo y aplicación dado por la doctrina al principio implícito de la buena fe y trato justo dentro del contrato de franquicia; en el segundo las cuestiones conflictivas dentro de la relación de franquicia, específicamente el problema del *oportunismo*; por último, el tercer acápite cumple, en primera medida, con un fin propositivo, donde se sugiere una óptica integradora que dé cuenta de las particularidades y conflictos de este tipo contractual, y como segundo fin, ilustrar el caso insigne *Vylene vs. Naugles* y de qué manera la aplicación del principio implícito de la buena fe y trato justo vino a constituir, en adelante, un paradigma de uso del derrotero dentro del derecho norteamericano.

I. DESARROLLO Y APLICACIÓN DADO POR LA DOCTRINA AL PRINCIPIO IMPLÍCITO DE LA BUENA FE Y TRATO JUSTO DENTRO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL CONTEXTO NORTEAMERICANO

A. Partiendo de lo básico: particularidades de la franquicia

En el tráfico comercial y jurídico la franquicia se perfila como un fenómeno de gran importancia, debido a su crecimiento exponencial como forma de posicionamiento comercial de empresarios independientes. A través de ella, estos empresarios ávidos de mercados potenciales ven realizado su sueño de desarrollar una actividad negocial. En la actualidad, la franquicia, que fue

concebida en un principio como un sistema de distribución, ha evolucionado tanto que es vista, desde una concepción más dinámica, como una figura comercial o *business format franchising*.

Desde esta óptica, la franquicia no es un sistema de distribución escogido por un comerciante sino un “conjunto de servicios adquirido por un empresario independiente” (Hadfield, 1988, pág. 54) que opera un negocio pequeño. El conocimiento del franquiciante está plasmado en un paquete que pone a disposición del franquiciado y que comprende: consultoría de gestión, estudios de mercado, diseño de publicidad, consultoría financiera y servicios jurídicos. Una vez suscrito el contrato, el empresario franquiciado contará con la asesoría del franquiciante sobre la forma como debe operar, a través del uso de una fórmula de negocio uniforme, desarrollada por este. Esta fórmula se traduce en prerrogativas de uso de estrategias de *marketing*, manuales de operación, uso de su nombre comercial y la garantía de asistencia y promoción. De allí se desprende que el propósito del negocio sea incrementar los rendimientos a escala, aprovechando todas estas ventajas, además de la información sobre el mercado facilitada por el franquiciante.

Se pone de presente que la franquicia de la que se hablará a lo largo del artículo es la franquicia comercial. De ella se destacan unas características sumamente diferenciadoras de otros contratos de distribución: es un contrato con 1) partes independientes, en el que “el franquiciado hace la inversión necesaria para el negocio, es independiente y no está subordinado al franquiciador” (Peña, 2012, pág. 424) y actúa en “su propio nombre y a su propio riesgo” (Marzortti, 2001, pág. 21); 2) obligación de asistencia de parte del franquiciante, como garante de un interés continuo en su propio *Know-how*¹ y el entrenamiento y soporte al sistema; 3) ejercicio de control acentuado de parte del franquiciante, en aras de recrear un negocio exitoso en una jurisdicción diferente, previniendo actos de disidencia del franquiciado cuando no se apega a lo que la estrategia de negocios manda.

De todos sus elementos, el que le aporta más diferenciación respecto de los contratos de distribución es la cooperación. En este entendido, se está frente a una relación que apareja un vínculo estrecho de ayuda y asistencia a lo largo del contrato, lo que no ocurre en una relación de distribución donde la función de quien distribuye es ser un eslabón en la cadena del proceso. En la franquicia, en cambio, se hace necesaria una suerte de asociación que permita reproducir de forma exitosa el negocio del franquiciante, de modo que produzca ganancia mutua.

Es por ello que la franquicia se clasifica dentro del conjunto de “contratos de colaboración o cooperación” (Peña, 2012, pág. 423), en el entendido de Messineo (1954), para quien “una parte desarrolla una actividad en concurrencia con una actividad ajena, si bien de mane-

1 “El *Know how* se transmite en un conjunto de documentos denominado paquete de franquicia (*package of franchising*). En este paquete debe encontrar el franquiciado respuesta a todas las dudas que se susciten durante el desarrollo de la actividad de su negocio. Este paquete ha de contener todas las instrucciones indispensables para instalar, desarrollar y poner en marcha el negocio, como los manuales de instalación, de control de calidad, jurídico, etc.” (Peña, 2012, pág. 425).

ra independiente” (citado en Peña, 2012, pág. 423). En estas relaciones se entiende que hay una verdadera colaboración, si hay un equilibrio de poderes y ganancias entre las partes (Peña, 2012, pág. 423).

De la finalidad de reproducir un negocio exitoso en una jurisdicción diferente se derivan los elementos de *estandarización* y *exclusividad territorial*, factores básicos que coadyuvan a la consecución del tan anhelado fin. El primer aspecto, esto es, la estandarización, está estrechamente ligado al éxito del negocio, ya que el lograr mantener unos estándares de calidad permitirá la identificación y consecuente predilección por un producto o servicio. Al respecto Peña (2012) expresa: “El franquiciado se convierte en parte de un sistema de establecimientos organizados de manera idéntica, lo cual lo obliga a mantener los estándares y procedimientos establecidos por el franquiciador, para mantener la imagen del sistema” (pág. 425).

De otra parte, es importante que los franquiciados cumplan fielmente con las instrucciones del sistema, para garantizar que los consumidores tendrán un nivel de calidad consistente. Para esto se debe asegurar, en primera instancia, que el producto sea consistente, es decir, idéntico en cuanto a su calidad y sus cualidades, en cada local de la franquicia. Es por esto que se cuenta con especificaciones contractuales que indican en detalle cómo un producto final debe ser elaborado o cómo un servicio debe ser ejecutado para mantener dichos estándares de calidad. La estandarización es una característica muy valorada por el consumidor final, y es con-

secuencia de que un producto o servicio que es desarrollado bajo unas condiciones —estudio de mercado, desarrollo de un sistema, estrategia publicitaria— sea luego difundido a varios empresarios pequeños, haciéndose de común conocimiento en un mercado justamente por tener ciertas particularidades.

De otra parte, la forma como se organiza el negocio dará cuenta de la sujeción a las instrucciones del franquiciante. Para estos efectos, la estandarización se predica no solo del producto o servicio ofrecido, sino de la imagen corporativa de los locales de la cadena: el mobiliario será estándar, es decir, idéntico al usado por el franquiciador, siguiendo unas exigencias en cuanto a forma, diseño y color en orden de lograr una homogeneidad que conduzca a la identificación de la marca. Cabe destacar que las indicaciones se encuentran contenidas en un *Manual de acondicionamiento*, en el cual hay instrucciones precisas que van desde la forma de ubicación del mobiliario, la decoración, la intensidad de la luz hasta la ambientación musical y cómo exhibir la mercancía en mostradores o vitrinas.

El otro elemento que contribuye a lograr los fines contractuales es la exclusividad territorial. Esta debe ser recíproca y “relativa a la provisión de productos o a la oferta de servicio” (Marzortti, 2001, pág. 15). Su importancia radica en que es garante de la no competencia. El franquiciado asegura mediante esta prerrogativa que *solo él* se beneficia y explota la marca, los letreros y la asistencia dentro de ese territorio.

B. Problema del tratamiento de cambio de condiciones (érase una vez... un contrato incompleto)

En el ámbito jurídico hay ciertas situaciones que no pueden ser previstas y por lo tanto englobadas por el derecho, al punto de afirmar que este último resulta insuficiente y hasta inocuo en su intento de “poder predecir”, ya que si bien se suscribe bajo unas condiciones determinadas, es imposible para las partes saber y, por ende, englobar situaciones que se puedan presentar en el devenir de la relación. Bajo estas circunstancias, ¿quién dará cuenta de lo que acaecerá en el *iter* de una relación que, como esta, se precia de estar sometida a un periodo largo de duración?

Cabe anotar que la franquicia es un contrato cuyas características intrínsecas le han valido estar en curso de situaciones problemáticas, por decir lo menos. Entre los avatares que enfrenta se pueden nombrar, según Caruso (2007), el hecho de ser: 1. necesariamente incompleto, derivado de ser un contrato relacional como se verá en adelante; 2. regir una relación de poder desigual, por la condición excesivamente dominante del franquiciante; 3. implicar una colisión entre los intereses de las partes, que puede resultar en cualquier momento, incluso desde la suscripción del contrato.

En cuanto a los elementos de la naturaleza del contrato de franquicia se deben destacar su larga durabilidad y la dificultad que esto acarrea en la actividad jurídica. Según Emerson (2010), este acuerdo cabe dentro de la categoría de

longterm arrangement por la larga duración a que se somete el plazo pactado. Es Marzortti (2001) quien acota que esta particularidad conlleva que durante su desarrollo, y de forma inevitable, ocurran cambios en el personal, en la competencia, con el aditamento de tener que enfrentar la toma de decisiones administrativas que causan estrés y desacuerdos.

Al respecto, Hadfiel (1988) manifiesta que no importa cuán arduo traten los abogados, continúa siendo imposible en la redacción (*drafting*) de acuerdos de franquicia de largo plazo anticipar todas las futuras dudas que quizá se susciten durante la vida de la relación. Por ello, concluye el mismo autor, “continúa siendo imposible definir los derechos y obligaciones mutuos de las partes, de forma tan precisa que toda pregunta futura sea resuelta anticipadamente en el momento en el que el acuerdo es firmado” (1988, pág. 67).

Otro elemento que caracteriza el acuerdo de franquicia es su naturaleza incompleta, que se desprende de la precitada imposibilidad de avizorar lo que sucederá en el desarrollo de la relación. Este señalamiento, lejos de ser peyorativo, es usado comúnmente por los expertos para definirlo como un acuerdo de textura abierta, adaptable a situaciones venideras. Este contrato es entendido luego como un acuerdo que rige relaciones de muy larga duración y que no logra englobar, como es natural, situaciones que no pudieron haber sido contempladas en el momento de su suscripción. El hecho de ser incompleto no es una falencia, sino una estrategia que aporta flexibilidad, procurando una solución

ante su indeterminación.

A ello se suma el que el vínculo que se crea desde este momento se precia de ser sumamente estrecho, definido en la jerga americana como *a tigh-knit relationship*, en referencia al grado de intimidad y sujeción de una parte a la otra. Es por ello que el provecho mutuo extraído de la relación dependerá de elementos como un alto grado de cooperación, integración y coordinación entre las partes (Emerson, 2010). Las dos partes del contrato se convierten en una suerte de equipo (*a team relationship*) que competirá contra otros equipos en el mercado, como lo expresa el mismo Emerson (2010). Se verá en el desarrollo de este escrito, cómo cuando alguna de las partes del equipo contraviene el espíritu de cooperación se suscitan grandes problemas.

Lo anteriormente descrito es conocido como *contrato de naturaleza relacional*, o sea, un acuerdo que envuelve principalmente un vínculo de interacción duradero en el tiempo, que requiere a su vez de una alta dosis de confianza y cooperación entre sus partes. En este último entendido se dice que cuando se cataloga una relación como tal, *“las obligaciones son, en muchas ocasiones, modificadas, complementadas o totalmente suplantadas por las normas de la relación en desarrollo”* (Hadfield, 1988, citado por Terry y Di Lernia, 2009, pág. 550). [Cursivas añadidas].

En este punto se cuenta con una caracterización somera que incluye el factor de duración, lo incompleto del contrato y su naturaleza relacional. Estos constituyen unos elementos de

juicio de gran importancia para entender por qué el contrato de franquicia se enfrenta a serias dificultades. En este orden de ideas, una de las consecuencias directas que aparejan estos elementos de su naturaleza es el hecho de que el acuerdo se *queda corto*. Esta expresión quiere significar que el acuerdo escrito no logra dar cuenta de aspectos tales como: a) la definición exacta de todas y cada una de las obligaciones que pueda encerrar en adelante el contrato, y b) la forma como habrán de ejecutarse las facultades discrecionales a lo largo de los años, en especial las dadas al franquiciante.

Sobre esta base no es de extrañar que una relación con vacíos y sometida a una duración larga propicie lides de diversa índole entre las partes. Así pues, nos encontramos de cara a una de las situaciones conflictivas más difíciles de tratar: *el cambio de las condiciones inicialmente pactadas*. ¿Cómo iniciar, entonces, la difícil labor de renegociar el contrato, cuando sus previsiones primigenias, esto es, la *lex negoti*, se torna inocua al no poder englobar situaciones posteriores a la suscripción del contrato, es decir, acaecidas durante el desarrollo contractual?

En este estado de cosas es cuando se acude a la aplicación del “principio implícito de la buena fe y el trato justo”, el cual actuará como *mecanismo modificador del contrato de franquicia*. Este actuar se materializa en el entendido que se produce una variación en la estructura inicial del acuerdo, si los sucesos acaecidos no se ajustan o contrarían los estándares de probidad exigidos por el principio. En síntesis, como se expone en adelante, dicha variación de las con-

diciones ocurrirá cuando se presenten supuestos de hecho que constituyan un *trato injusto*, que prive a la contraparte de su expectativa legítima dentro del contrato. Este trato injusto se deriva, en muchas ocasiones, de la estructura abierta del contrato, cuando ella da lugar a un ejercicio desmedido de las facultades discrecionales conferidas a las partes.

En aras de crear un contexto más completo, se procederá a ilustrar de dónde surge, en últimas, la idea de aplicar el principio implícito de la buena fe y el trato justo, respondiendo a la cuestión: ¿Qué llevó a las Cortes americanas a querer aplicar un principio de vieja data del *common law* en la resolución de controversias suscitadas dentro del contrato de franquicia?

C. Antecedentes del uso del principio implícito de buena fe y trato justo como doctrina de cambio de las previsiones expresas

Como se explicó con anterioridad, en el tráfico jurídico se ha hecho ineludible la modificación contractual ante el acaecimiento de nuevos hechos fácticos no comprendidos en el acuerdo inicial. Es así como la doctrina, ante la necesidad inexorable de *renegociación* o cambio en las condiciones pactadas, se ha dado a la tarea de elaborar diferentes teorías en aras de solucionar esta dificultad, dando como resultado la implementación de la aplicación del principio implícito de la buena fe y el trato justo. En orden a ser descriptivos, algunos como Marzorati ilustran un amplio espectro citando la teoría de la imprevisión, la mediación de un experto y el

arbitraje, como remedios ante la necesidad de renegociar el contrato (2001, pág. 369). En el contexto específico norteamericano se hace referencia a la teoría de la frustración contractual, a la del *hardship* o cambio de circunstancias económicas, y a teorías antiguas del *common law* como la buena fe y el trato justo.

La teoría de *Good faith and fair dealing*, como se conoce en el derecho norteamericano el principio de buena fe y trato justo, nació de la necesidad ineludible de defensa de una de las partes más débiles de la relación contractual, esto es, el franquiciado. En primera instancia se aplicó para evitar que el franquiciante diera por terminada la relación sin que mediase una “causa legítima”. Se consideró que el ejercicio de esta facultad discrecional, aunque prevista en el contrato, constituía una *acción injusta*, acción tal que no tenía en cuenta la inversión sustancial hecha por el franquiciado en el negocio y su consecuente derecho a recuperarla. Acto seguido, el tribunal, en aras de defender la parte débil, que es “tratada injustamente”, deja sin efecto la cláusula escrita del contrato, es decir, no se tendrá en cuenta la cláusula que confiere la facultad de terminación, obligando al franquiciante a que ajuste su comportamiento a los estándares de probidad del principio.

Se pasará, entonces, a dar cuenta de unos antecedentes de diferente índole, que erigieron la teoría de la buena fe y el trato justo en el *common law*. Entre las fuentes se destacan algunas jurisprudenciales (fallos de vieja data) y otras legales. En cuanto a los fallos, del primero del que se tenga noticia fue quizá la decisión de la

Corte de Nueva York (C.N.Y., 1914) que rezaba “hay una obligación de universal cumplimiento que subyace a todos los acuerdos escritos. Es la obligación de la buena fe, en el cumplimiento de todo lo escrito” (C.N.Y., 1914). Pero será el fallo *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.* (1933) el que contará con gran relevancia en el tráfico jurídico.

Este último estableció una máxima según la cual “los contratos contienen un pacto implícito por el que ninguna de las partes pueden adoptar medidas que menoscaben el derecho de la otra a recibir los frutos esperados del contrato” (*Kirke La Shelle*, 1933). De allí se sigue que la importancia de este fallo es *que es invocado en el ámbito específico de la franquicia, en orden de proteger los frutos esperados del acuerdo de franquicia* (Caruso, 2007, págs. 208), y que el fallo servirá como “piedra angular” (*bedrock*) del pacto implícito de la buena fe y el trato justo en la actividad contractual, específicamente en el contrato de franquicia.

Otras fuentes importantes, pero de carácter legal, fueron: en 1981, el Restatement (second) of Laws, una suerte de codificación no oficial del derecho estadounidense, que consagró para las partes del contrato la obligación bipartita de la observancia de la buena fe y trato justo en su cumplimiento y ejecución; posteriormente, el Uniform Commercial Code (ucc) la ratifica y da una connotación negativa a todo acto contrario a la buena fe (“mala fe”) considerándosele sancionable. En el ucc se definió, aunque muy vagamente, este principio en términos más morales. Allí se describió como “honesty in fact

and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing”. Por su parte, el Restatement, en la sección 205, consagró: “Good faith performance or enforcement of a contract emphasizes faithfulness to an agreed common purpose and consistency with the justified expectations of the other party”. En cuanto a la mala fe establecía: “It excludes a variety of types of conduct characterized as involving ‘bad faith’ because they violate community standards of decency, fairness or reasonableness.”

De estas conceptualizaciones es posible extraer elementos como la obligación de actuar honestamente y el observar estándares comerciales razonables de trato justo. Ello ha sido complementado, además, con lo estipulado en el Restatement, que exige que la buena fe en la ejecución y en el cumplimiento deba estar acorde con las expectativas legítimas de la otra parte. Cabe destacar, además, que la valía de estas fuentes legislativas reside en que la mención del principio le confiere una entidad de *figura con fuerza obligacional*, capaz de hacerse exigible en el desarrollo del contrato, *per se*.

En síntesis, afianzada en el guiño hecho por algunas normativas, la teoría de la buena fe y el trato justo se convertirá, en adelante, en un elemento flexible que permite, entre otros, el ajuste de contratos, llenar lagunas y dejar sin efecto normas contractuales (Marzorati, 2001, pág. 371). Esta teoría se ha erigido en un baluarte, ya que los tribunales norteamericanos, ante tanta rigidez e indeterminación de los términos del contrato, han encontrado en el derrotero una variante que los faculta, bajo la observan-

cia de ciertos parámetros, a *reescribir cláusulas contractuales*. Todo ello, fundamentado en una doctrina que originalmente estaba destinada a llenar vacíos contractuales (Marzorati, 2001, pág. 371).

D. Uso del concepto del principio para cambiar las previsiones expresas del contrato de franquicia en el derecho americano

Se pasará a explicar cómo este principio ha logrado, en la práctica judicial, hacerse a un lugar como doctrina usada por los tribunales para sustentar sus decisiones en casos de franquicia, cambiando la fuerza vinculante de las expresiones escritas del contrato.

En primera instancia, este principio responde a la acepción de “principio implícito de buena fe y trato justo” o *The Implied Covenant of Good faith and fair dealing*, como es conocido en Norteamérica. La naturaleza implícita significa que, aunque no esté consignado como cláusula del acuerdo, hay un deber contenido en este, por el que se sobreentiende la obligación de actuar con probidad. Cabe anotar que el hecho de no ser incluido como cláusula independiente no será óbice para obligar, ya que el principio, *per se*, tiene plena fuerza vinculante, en el entendido que ciñe a los sujetos a ciertos estándares obligacionales que de él se derivan.

Otra de sus particularidades es que preciará ser usado como una suerte de derrotero o estándar implícito, que salvaguarda “expectativas realistas y legítimas de ambas partes” protegiendo-

las del riesgo de afectación que constituye el ejercicio de una discrecionalidad desbordada, generalmente en cabeza del franquiciante. La discrecionalidad derivada de la ambigüedad honesta, resultante de los vacíos del contenido del contrato (Caruso, 2007, pág. 213), genera en adelante un serie de zonas grises que se derivan de: a) la *ambigüedad* en el lenguaje de las previsiones del contrato, o b) *facultades discrecionales no limitadas* en cuanto a su ejercicio y alcance.

Es así que expresiones relativas a los estándares de cumplimiento obligacional como “cuidado razonable” y “mejor esfuerzo” son un área gris en cuanto a su interpretación (significado y alcance), y objeto de amargas disputas que no pueden ser zanjadas por el lenguaje expreso del contrato (Makar, 1988). De las segundas, esto es, de las facultades discrecionales, hay que decir que aunque son contractualmente válidas deben ser atemperadas, ya que el contrato guarda silencio de forma intencional acerca de cómo deben ser ejercidas, dejando un espacio para actos arbitrarios y excesivos. Son ejemplo de ellas: la terminación, en cabeza del franquiciante y el manejo de los asuntos administrativos de los locales de la franquicia, en cabeza del franquiciado.

Respecto de las complicaciones derivadas de la indeterminación, es preciso destacar la penosa situación en que se encuentran los operadores jurídicos debido a que el típico contrato de franquicia provee, por ejemplo, poca guía acerca de cómo el franquiciante debe ejercer la discrecionalidad o de qué forma o bajo qué parámetros

las instancias judiciales determinan si la ejecución del franquiciado fue adecuada. En términos concretos del contrato, cómo decidir entonces, dentro de un pleito, si el franquiciado contravino el estándar de ejecución de sus obligaciones al montar un nuevo salón de exposiciones (*showroom*) o si la decisión del franquiciante de discontinuar el *marketing* de un producto en el territorio del franquiciado viola el término del contrato, aunque esté legitimado por el acuerdo para tomar tal decisión. Aunado a ello, el lenguaje del contrato no es fuente de esclarecimiento cuando lo único que aporta el clausulado es que el franquiciante tiene discrecionalidad sobre decisiones respecto de, por ejemplo, *showrooms* o *marketing*, sin que el contrato típico diga algo sobre cómo ha de ejercerse la discrecionalidad (Hadfield, 1988).

La precitada potencialidad lesiva de la ambigüedad llevará a buscar tutelar los derechos que por este motivo pudieran verse afectados. En adelante, serán el uso del principio se pretende que NINGUNA de las partes tome ventaja obscena en detrimento de los intereses de la otra. Ello se traduce en la labor proteccionista iniciada por los operadores jurídicos a través de la invocación del principio en la resolución de conflictos dentro de la franquicia.

En lo anteriormente expuesto se puede ver cómo, cuando hay tales niveles de indeterminación y apertura en el contrato, se precisa el uso de un mecanismo que permita solucionar o llenar estas lagunas. Es allí cuando tiene plena aplicación el “principio implícito de la buena fe y el trato justo”, en el entendido de preten-

der establecer ciertos estándares de ejecución. Dichos estándares son extensivos a cualquier término contractual, en cualquier tiempo del desarrollo del contrato, no limitándose solo al momento de su suscripción, como quiera que asegura que las expectativas legítimamente esperadas por ambas partes, en virtud del contrato, serán cumplidas. El uso del principio es evidenciado en los fallos americanos cuando por conducto de él se evita que cualquiera de las partes tome ventaja sobre la otra, en una forma que no hubiese podido ser contemplada en el momento en que el contrato fue diseñado o, lo que es lo mismo, evitar cualquier conducta que pudiera menoscabar el derecho de la otra parte de recibir el beneficio del contrato, exaltado en *Voyles v. Sandia Mortgage Co.* (2001), citando *Cramer v. Ins. Exch Agency* (1996).

En síntesis, los tribunales aplican el principio como un mecanismo proteccionista, sustentado en el hecho que su uso previene específicamente que una parte pueda manipular los términos contractuales, en orden de tomar ventaja comercial sobre la otra parte (*Zeidler v. A & W Rests., Inc.*, 2002). En adelante serán los operadores quienes adherirán al concepto de buena y trato justo como el deber de “evitar tomar ventaja de los vacíos en el acuerdo, en orden de explotar las vulnerabilidades que se presenten” en la ejecución (*Original Great Am Chocolate Chip Cookie Co. v. River Valley Cookie, Ltd.*, 1992).

En este estado de cosas, la teoría llega para atemperar el ejercicio discrecional de los derechos, imponiendo unos deberes de observan-

cia de comportamiento probo y honesto en la relación contractual. En últimas, sin importar si se está facultado según el contrato, el ejercicio de las prerrogativas debe ceñirse a unos estándares morales de rectitud para evitar afectar la expectativa legítima de la contraparte, la cual es consistente en recibir lo que le es debido en virtud del contrato. Son ejemplos del apoyo a esta postura de parte de los tribunales: *Loehr vs. Hot N Now Inc.* (1998) o *Carvel Corp vs. Baker* (1997), en donde se ilustra cómo, si bien la redacción del contrato permitía al franquiciante introducir determinadas modificaciones, el pacto implícito de buena fe y trato justo, según los jueces, obligaba al franquiciante a hacerlo razonablemente y con un motivo apropiado (Commerce Clearing House [CCH], 1998).

Para concluir, por conducto de este derrotero los sujetos deben ceñirse a una observación irrestricta, que de no ser atendida aparece como consecuencia el que la conducta sea reprochable por injusta o constituir un actuar de mala fe, sancionable. Es así como encontramos ejemplificada la protección en los casos de invasión de zona (*encroachment*) o la negativa de renovar el contrato, en los que a pesar de no tener cláusula de exclusividad o de caer en el área de prerrogativas ejercidas a discrecionalidad por el franquiciante, dichas facultades han venido a ser morigeradas en virtud del principio implícito de la buena fe y el trato justo. Se atempera cada conducta de la siguiente forma: de una parte, la invasión de zona se proscribió así no haya una cláusula de exclusividad, si de esta acción se deriva un perjuicio pecuniario para el franquiciado. De otra parte, una negativa de renovación,

aunque legítima, no debe obedecer a motivos deshonestos, como por ejemplo a que el franquiciante se negó a firmar un nuevo contrato que le era desventajoso.

Esta es la forma en que los operadores jurídicos aplican el principio como mecanismo que restablece el equilibrio en una relación dispar, debido al poder de ejercicio conferido a la parte fuerte de la relación, que es, en la mayoría de los casos, el franquiciante. A través de esta especie de tutela se evidencia cómo se pasa por alto, y de forma excepcional, la cláusula escrita del contrato, condicionando por tanto la fuerza vinculante de las obligaciones contraídas a la observancia del “principio implícito de la buena fe y el trato justo”.

II. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

En muchas ocasiones es difícil creer que en una forma contractual que se ufana de ser garante, casi que indiscutible, de éxito y rentabilidad se puedan presentar situaciones de abuso en las que se vean seriamente lesionados los intereses de las partes. Este segundo capítulo tendrá por objetivo desmitificar este paradigma de perfección, mediante la descripción de un aspecto problemático del contrato de franquicia: el *oportunismo* derivado del ejercicio de control. Adicionalmente, se analiza la relación de este con su naturaleza particularísima, de la que se habló en el primer capítulo, y se describirá sucintamente cómo las Cortes se enfrentan a una labor casi dantesca al interpretar el contrato, en

lo atinente a determinar el alcance de las obligaciones cuando se suscita un conflicto entre las partes. Se verá cómo esta situación se hace más gravosa si se tiene en cuenta que la interpretación ha de hacerse a la luz de los problemas precitados de control y oportunismo.

Para tal fin, se abordan los aspectos problemáticos del contrato de franquicia, tales como la naturaleza de la relación vista desde la óptica de la relación contractual independiente y sus consecuencias. Posteriormente se describe el problema del *Oportunismo* en cuanto a las situaciones que lo promueven, tales como: la colisión o conflicto de intereses y el abuso del ejercicio de poder de control en lo referente al problema principal-agente y los costos irre recuperables.² En este contexto se revisará el *Oportunismo* de parte del franquiciante, configurado a través de la modificación contractual de aspectos tales como la distribución dual, las acciones en respuesta a un cambio de mercado y los estudios para determinar la viabilidad económica de un nuevo mercado. Por último, la reflexión conducirá a reivindicar el concepto de buena fe y trato justo, como un estándar que limita la facultad de modificación contractual.

Empecemos reconociendo que la expresión “y vivieron felices...” no es más que simple retórica en la vida diaria y más aún en las relaciones contractuales, por lo que el objeto de este segundo capítulo es desmitificar el paradigma de perfección alrededor del contrato de franquicia.

2 Figura conocida como *sunk costs* en la literatura americana y de la que se hablará posteriormente en un acápite del capítulo.

Partiendo de lo básico y a modo de recapitulación, se tiene que la franquicia es un contrato que debido a su naturaleza intrínseca está llamado a regir relaciones de larga duración, en las que acaecen hechos futuros, imprevistos, no contemplados en el clausulado y que hacen que dicho contrato tenga que ser necesariamente incompleto. Esta característica, lejos de ser peyorativa es adecuada, ya que le aporta un elemento de adaptabilidad a circunstancias posteriores. La apertura o textura abierta del contrato se ve perfectamente recreada en el uso de facultades dadas principalmente al franquiciante, mediante el ejercicio del poder de terminación o el ejercicio de la facultad de control.

La relación franquiciante/franquiciado se enmarca en la disparidad, debido a la posición dominante del franquiciante. De allí se sigue que el ejercicio de facultades que aparejen una textura abierta —prerrogativas cuyos límites no se han definido con precisión— comporte una seria dificultad para las partes, cuando su uso es excesivo, llegando a lesionar los intereses de la parte débil dentro del contrato. En adelante, la conducta a describir será la conocida en la literatura como *Oportunismo*, ya que esta constituye la extralimitación del uso de facultades, con el fin repudiable de obtener un rédito o ventaja injusta a expensas de la contraparte —por lo general el sumiso franquiciado—, quien se verá afectado tanto en sus expectativas como en sus intereses contractuales.

A. Del conflicto de intereses

Antes de analizar con un poco más de detalle la

importante cuestión del conflicto de intereses se hará mención a un aspecto que antecede a este problema: el análisis del contrato de franquicia como contrato *independiente-ordinario*. Desde esta óptica, el contrato se enmarcará en la independencia total de las partes y la consecuente toma de decisiones sobre la base de un criterio negocial (*business judgment approach*). Esta teoría, que cuenta con una acogida mayoritaria en la resolución de disputas dentro de la franquicia, se erige como una negación clara de la naturaleza particularísima del contrato de franquicia en cuanto al elemento de cooperación, que se ha querido poner de presente en este escrito. Sin más, la franquicia vista desde esta óptica es un contrato como cualquiera, en el que sus partes se precian de no tener un vínculo de cooperación, sino una total autonomía e independencia en la toma de decisiones. Dichas decisiones tendrán como motivación única el obedecer a una conveniencia de tipo negocial,³ lo cual crea las condiciones perfectas que redundarán en abuso y consecuente oportunismo.

Ahora bien, el conflicto de intereses es, por mucho, la situación que más contribuye a que una

de las partes de la relación vea lesionados sus intereses; es por ello que se perfila como una de las principales causas de problemas al interior de la relación. En primera medida, el franquiciante tiene interés en valorizar su marca, esto es, aumentar el valor intrínseco adquirido por su creación. Pero, ¿qué pasaría si este propósito no es compartido por el franquiciado? Se estará, entonces, ante una situación de colisión de intereses. Este simple ejemplo denota un gran contrasentido en el contrato, ya que una vez establecido los intereses empiezan a ser divergentes, lo cual obvia el espíritu cooperativo en aras de un bien común, propio de su naturaleza relacional, para dar paso a la defensa exclusiva del interés de cada cual.

Ilustrándolo más claramente, se tiene cómo, de una parte, el franquiciado desea maximizar las ganancias producto de la operación de su local y, de otra, el franquiciante quiere vender más franquicias, además de incrementar la colecta de regalías de las franquicias existentes. En adelante, la estrategia del franquiciante es simple: incrementar la exposición de la marca y maximizar ingresos. Según sus planes sería: a mayores ventas, más contacto de los consumidores con la marca y, por ende, mayor posicionamiento, de lo que se sigue un mayor porcentaje de regalías. El costo de la operación es obviado por el franquiciante utilizando su posición autoritaria para imponer al franquiciado políticas que le obliguen a soportar la carga económica que ello apareje y de las que solo él (franquiciante) se beneficia. Esta conducta es conocida como oportunismo, y su causa directa es el conflicto de intereses, ya que la consigna es: todo es válido en orden de

3 En el caso *Vaughn v. General Foods Corp.* la Corte no censuró la decisión del franquiciante (General Foods) de ocultar los planes a futuro para el sistema Burger chef, consistentes en la venta y declive del sistema, ya que la opción de venta resultaba más rentable según estudios de viabilidad hechos por el franquiciante y no revelados al franquiciado. Y en *Picture Lake Campground, Inc. v. Holiday Inns, Inc.*, comete un yerro al no analizar la relación como una relación de *fiduciary duty* sino como una simple relación negocial. Por ello, cuando el franquiciante cesa de desarrollar el Trav-L-Park system (a franchised recreational vehicle campground system offering camper rental spaces, recreation, food, and other accommodations, and using Holiday Inns trade names, trademarks, and service marks), objeto de franquicia, la Corte considera que no hay responsabilidad alguna de parte de Holiday Inns. (franquiciante), ya que la decisión de no continuar con el sistema responde a una razón de negocios.

la defensa de intereses propios; poco importa si para ello hay que actuar en desmedro del otro, afectando sus expectativas iniciales dentro del contrato.

La diferencia de intereses tocará, en adelante, cada aspecto de la franquicia. Se desprenderán, entonces, una seguidilla de intereses contrapuestos que pueden contribuir a configurar una conducta oportunista: el franquiciante quiere maximizar las ganancias, el franquiciado maximizar los ingresos de su local; el franquiciante, una vez vendida la primera franquicia, quiere saturar el mercado con estas, mientras el franquiciado quiere explotar todo lo posible la licencia de marca y ver limitado el número de franquicias concedidas. Se entiende entonces cómo de esta colisión se desprenden situaciones de abuso que conducen al oportunismo, por la sencilla razón de que cada parte hará todo con tal de defender su interés particular, llegando incluso, como se verá adelante, a lesionar las expectativas y derechos del otro.

B. Poder de control y oportunismo

Partiendo de la base que la franquicia es un complejo sistema que funciona como un todo, se tiene que opera bajo el principio: hay que seguir fielmente el sistema implementado por el franquiciante. Observar esta máxima redundará en la valorización de la marca, valorización que no entusiasma al franquiciado y lo lleva a actuar en forma descuidada, a tomar medidas autónomas contrarias al protocolo establecido, y que de ser aplicadas a gran escala pueden afectar el sistema. Si se piensa, por ejemplo, en

un franquiciado de McDonalds que para abaratar costos reduce la cantidad de papa frita por porción y no hay afectación al sistema ya que el consumidor sigue viniendo, se está ante una situación conocida como *free-riding action*. Otra es la consecuencia que aparejan acciones que de ser seguidas en masa sí pueden llevar a un sistema a su destrucción.

El franquiciante, ante la dificultad que comporta controlar todos los locales de su sistema (problema agente-principal) y la necesidad de preservar el funcionamiento estandarizado de este, tomará medidas tendientes a fortalecer su poder de control sobre los franquiciados. Este poder de control se expresa mediante la imposición de unas obligaciones de observancia del protocolo del sistema. El problema se genera por defecto, cuando bajo pretexto de ejercer control se toman medidas excesivas que constituyen un abuso, materializado en una conducta oportunista.

A continuación se describirán conductas oportunistas que se desprenden del ejercicio excesivo del poder de control, derivadas de políticas corporativas oportunistas. Aquí se verá cómo el franquiciante será quien imponga medidas tendientes a consolidar su beneficio a expensas del franquiciado. Es decir, se hará uso de una posición autoritaria (uso de poder de control) para ganar un rédito, gracias a unas políticas corporativas soportadas por el franquiciado y disfrutadas por el franquiciante en forma de ganancia. El ejemplo más notorio de estas medidas son los costos irrecuperables (*sunk costs* o *sunk investments*).

La figura de las inversiones irre recuperables es una forma evidente del poder del ejercicio del control mediante la imposición de unas políticas corporativas. Hay que partir del supuesto del que se precia la franquicia a nivel económico: la distribución de las inversiones de capital. Particularidad resultante de haber hecho las inversiones en el capital del negocio y que es fácilmente controvertida, ya que el conjunto de bienes en los que se ha invertido pierden significativamente su valor en el entendido de querer ser usados en un negocio diferente al de la franquicia. Es decir, en caso de reventa su valor será obscenamente bajo en relación con su costo de adquisición. Consecuentemente, gracias a que muchos de los costos de establecer un local de franquicia constituyen costos irre recuperables, la franquicia se perfila como un negocio significativamente riesgoso por el hecho de incurrir en inversiones que, una vez efectuadas, no son susceptibles de ser recuperadas si se abandona el negocio.

Contrario a lo que se pudiera pensar, los costos irre recuperables sí importan, ya que definen los incentivos que operarán dentro de la relación. Para ello hay que diferenciar los costos iniciales recuperables de aquellos que no lo son. Considérese un negocio en el que el costo variable de producción (v. gr. costo de un ingrediente) aumenta de una forma tan excesiva que el mejor precio obtenido del mercado por él cubre solo su costo marginal de producción, pero no deja nada para cubrir los costos iniciales (gastos generales). Consecuentemente, aunque el negocio gane lo suficiente para cubrir salarios e insumos está perdiendo dinero porque no está

recuperando nada de los activos fijos. Como se está hablando de activos cuya inversión no es susceptible de ser recuperada mediante la venta, el franquiciado hace mejor sacando algún partido de su inversión, antes que arrumándolos y perdiendo todo su costo. En conclusión, un negocio con inversiones irre recuperables continuará operando así pierda dinero. De esta forma, el franquiciado no solo se enfrenta al riesgo ordinario de la actividad negocial (v. gr. poca demanda de su producto) sino al generado en el ejercicio de control de parte del franquiciante. La conducta oportunista se presenta cuando, como ya se advirtió, se sigue operando a pesar de las pérdidas y de no recuperar las inversiones, hecho que es aprovechado por el franquiciante para seguir creando políticas inversionistas de las que saque un gran beneficio —directamente incrementando el valor de mercancías vendidas al franquiciado o indirectamente por el aumento de las regalías producto de una campaña publicitaria mediante la cual la franquicia se ha expandido—, a sabiendas de que la parte débil continuará en el negocio. Es, precisamente, la existencia de tantos costos irre recuperables impuestos de forma indiscriminada por el franquiciante a través de políticas corporativas, lo que hace impostergable la necesidad de morigerar esta facultad ejercida a través del poder de control.

C. Oportunismo y modificación contractual

El oportunismo de parte del franquiciante puede encontrar su nicho mediante la modificación de términos contractuales, es decir, la altera-

ción de los términos que rigen la relación desde el primer momento de la suscripción del contrato. El elemento constitutivo de oportunismo será en algunos casos, como ocurrió en *Arnott v. American Oil Co.*, cuando luego de hecha la inversión —convirtiéndose por ende en irrecuperable y susceptible de extracción— sobrevenga una modificación al contrato, la cual reduce la ganancia del franquiciado y colma de beneficios al franquiciante.

Otra tipología del oportunismo demuestra una conexión entre la modificación y la subsiguiente renovación o terminación del contrato, luego de que el franquiciado se niegue a firmar un nuevo acuerdo que cambie las condiciones iniciales. En *Zapatha v. Dairy Mart Inc.* el franquiciante ejercita una cláusula de terminación sin justa causa, debido a la negativa de la contraparte a firmar un acuerdo que aumentaba el pago por incremento en utilidades futuras. Igual pasó en *Radecki v. Amoco Oil Co.*, en donde se obligó a aceptar una modificación que suprimía la cláusula de compensación al franquiciado en caso de una modificación sustancial de sus actividades, modificación realizada un año después por el franquiciante.

Siguiendo con la modificación contractual, se pasará a mencionar tipologías de casos que ejemplifican formas más o menos sutiles de cambio de las condiciones durante el desarrollo de la relación. De una parte, el fenómeno de distribución dual encierra en sí mismo la posibilidad de acciones oportunistas, partiendo de la base de que es una actividad en la que el franquiciante compete con el franquiciado en

materia de ventas al detal, y que será el primero quien tome acciones en orden a beneficiar su éxito en este sector a costa del último. La típica conducta es aquella en la que, usando el poder de control mediante la introducción de nuevas condiciones, se busca reducir la rentabilidad en una proporción tal que se obligue al franquiciado a salir del negocio. Ello se vio en *Diehl & Sons v. International Harvester*, en el que modificaciones como el retraso en las entregas y el aumento en el precio tenían como fin forzar la terminación “voluntaria” del contrato por parte del acorralado franquiciado.

De otra parte, la necesidad de actuar en respuesta a un cambio en el mercado también puede dar pie al oportunismo. Este actuar se configura cuando, para afrontar una situación emergente, se establecen nuevas condiciones que puedan esconder un interés de beneficio a expensas del franquiciado. La Corte ha hecho análisis desde diferentes ópticas. Así, en *David R. McGeorge v. Leyland Motor* no censuró el modificar el objeto del contrato aduciendo que el cambio era en el mejor interés, atendiendo a la demanda del mercado (enfoque negocial), o como en el caso del éxito repentino de un concepto de marketing que hizo que el franquiciante quisiera entrar al mercado como competidor (*Photovest v. Fotomat*), que fue censurado pero como una conducta anticompetitiva. El reto de las Cortes será lograr el balance entre lo que espera, *ex ante*, un franquiciante que requiere en términos de flexibilidad responder a un mercado cambiante y el empeño del franquiciado que busca prevenir que este cambio dé pie al franquiciante para excederse en el costo del cambio.

Se hace necesario para este fin, que las Cortes conceptualicen el contrato y sus obligaciones en una forma que tenga en cuenta el problema del oportunismo, necesidad que no es satisfecha por la teoría del enfoque negocial.

De su parte, el estudio de prospecto de mercado puede aparejar oportunismo debido a que los estudios de factibilidad de ganancia de un local se harán a expensas del franquiciado —introducido mediante un nuevo clausulado, por ejemplo, en *White Hen Pantry v. Johnson E.D. Wisc*— y a que de resultar exitoso se establecerá un nuevo local cercano al que probó ser rentable (*Domed Stadium vs. Holiday Inns.*).

D. Limitación a la aplicación de los términos del contrato de franquicia: el principio de la buena fe y trato justo

A modo de cierre conclusivo se tiene que, como lo afirma Hadfield (1988): todo el repertorio de abusos se basa en la situación de ventaja tomada por el franquiciante en el contrato de franquicia, cuando la Corte falla (ante la existencia de vacíos) en respaldar los acuerdos implícitos que debieron haber sido observados partiendo de la base de que la relación fue establecida por partes “racionales”.

Se desprende, entonces, la necesidad no solo de limitar el alcance de las prerrogativas consignadas en el contrato escrito, sino también la de incorporar el oportunismo como elemento de análisis dentro del contrato. De estas exigencias surgen conceptos como la libertad contractual o doctrinas que actúan como herramientas de

límite, que se perfilan como un esfuerzo judicial en respuesta a la necesidad de interpretar el alcance del contrato reconociendo las tensiones inherentes de este. Es momento, por tanto, de introducir nuevamente el concepto de buena fe y trato justo como doctrina que limita el contrato de franquicia.

El principio de la buena fe y trato justo ha sido aplicado desde varias perspectivas por las Cortes americanas. Ha sido equiparado con un deber fiduciario (*fiduciary duty*). Al actuar de buena fe se está honrando la confianza depositada por la contraparte, aplicada a manera de analogía según lo exigido en el Uniform Commercial Code para el contrato de compraventa. En una gran cantidad de casos será incorporado a las obligaciones que rigen la terminación de franquicias de automóviles y de venta de gasolina al detal.

Los primeros casos han envuelto terminación “sin justa causa”, ya que como el contrato en sí encierra una suerte de *adhesión* a los términos en él suscritos, es la “justa causa” un requerimiento, es decir, para que haya sido una terminación ejercida de buena fe ha debido acreditar una justa causa. Por esta razón, cuando las partes entran en un contrato como este, y no habiendo provisiones expresas que digan que es terminado sin justa causa, pareciera justo y razonable asumir que ambas partes contrataron de buena fe, en el entendido que si la ejecución es realizada en forma satisfactoria no será cancelado arbitrariamente (*Seegmiller v. Western Men, Inc.*). En otros casos las Cortes han ido más lejos, llegando a modificar la cláusula de terminación sin justa causa estableci-

da dentro del contrato. En *Treville v. Outboard Marine Corp.* la Corte rechazó la decisión de terminar una franquicia de nueve años aduciendo “the standard of good fair may apply to an unconscionable reason for termination as well as to the causing of needless injury in the course of termination.”

Aplica además en la ejecución de las obligaciones (*Ashland Oil v. Donahue*); en los términos bajo los que la terminación es hecha, exigiendo una compensación al franquiciado (*Westfield Centre Service v. Cities Service Oil Co.*); previniendo terminaciones por motivos nimios (*Universal Computers v. Datamedia*). Puede regir reclamos sobre acciones tomadas en el íter del contrato (*Phillips v. Chevron, 1986*) haciendo extensiva la obligación a diferentes situaciones aparte de la terminación. Este principio se muestra de gran utilidad en casos de silencio en el contenido contractual, de lo que es ejemplo *Williams Co. v. Exxon Corp. (1985)*, que establece que el propósito de la obligación de la buena fe y trato justo es *determinar los términos implícitos en el contrato cuando los términos no son expresos*.

En otros casos se ha limitado su uso restringiendo su aplicación a no contradecir los términos del contrato. En *Domed Stadium Hotel v. Holiday Inns Inc. (1984)* la Corte se negó a dar primacía al principio mencionado en la revisión de la decisión del franquiciante de abrir un hotel que compitiera con una franquicia de su sistema, ya que no habían términos que establecieran exclusividad de territorio.

En adelante, algunos han implementado un test para determinar la aplicación del principio en casos de terminación. Ello con el fin de probar que la terminación fue hecha de buena fe y debe acreditar un factor objetivo: circunstancias objetivas que fundamenten ampliamente la decisión, y uno subjetivo: motivación no dolosa ni a modo de venganza. Este esfuerzo ha sido objeto de múltiples reproches, ya que el elemento subjetivo da en sí mismo cabida a acciones tomadas según el juicio negocial (*business judgment*) y que harían innecesario el escrutinio judicial.

Lo mismo se puede predicar de la aplicación del principio de la buena fe y del trato justo, el cual, si bien constituye un gran esfuerzo de parte de la comunidad jurídica por dar solución a situaciones conflictivas, cuenta con grandes detractores que esgrimen contundentes argumentos en su contra como su indeterminación y su trasgresión a lo pactado en los contratos o violación al principio de *Pacta sunt servanda*.

III. APARTE PROPOSITIVO: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE Y TRATO JUSTO DESDE LA ÓPTICA DE LA NATURALEZA RELACIONAL DEL CONTRATO

Ya se puso de presente en los acápite I y II, respectivamente, la naturaleza singularísima del contrato de franquicia y su consecuente tendencia a suponer problemas como el del oportunismo. De igual forma, se ha querido destacar el principio de buena fe y trato justo como una herramienta *sui generis* empleada en la

resolución de controversias en el contrato de franquicia, que ha generado, quizá sin querer, efectos colaterales tales como la modificación contractual.

En este estado de cosas, se pasará a analizar la labor realizada por las Cortes en lo que tiene que ver con la aplicación de este principio. Esta labor que, como se destacó previamente, ha sido más bien dificultosa, lo será aún más en el supuesto de solucionar los conflictos derivados del contrato de franquicia, debido a la complejidad de la relación. Las Cortes, en un intento de hacer uso de esta herramienta han activado, de forma aparentemente involuntaria, una forma modificatoria de la estructura del contrato mismo. El *modus operandi* de aplicación lleva a obviar, de forma excepcional, lo estipulado en el contrato en los casos en los que al cumplir lo pactado se trasgredan los estándares de probidad exigidos por el principio de buena fe y trato justo.

Se pasará a describir detalles de la actividad judicial cuando se toma el principio de la buena fe y el trato justo como estándar de resolución de conflictos en la franquicia. Por ello, este último capítulo tratará: a) la labor judicial norteamericana, concretamente cómo se ha abordado el principio en la resolución de controversias, visto desde las máximas que guían dicha resolución, para describir sucintamente la disparidad entre facultades discrecionales vs. deberes contractuales; b) un aparte propositivo en el cual se sugiere una aplicación, desde una óptica integradora que dé cuenta de los problemas particulares del contrato, entre los que se encuentra el oportunismo.

Por último, se ilustrará el caso hito *Vylene Enterprises v. Naugles* (1989) y cómo este constituye dentro del *common law* un precedente relevante que llevará a la sucesiva aplicación del principio de la buena fe y trato justo para resolver lides resultantes de la relación de franquicia.

A. Actividad judicial norteamericana: máximas que guían la aplicación del principio de buena fe y trato justo en la resolución de conflictos de franquicia

Los operadores jurídicos en el ámbito de Estados Unidos han basado sus disertaciones en unos postulados contundentes que han guiado la aplicación del principio de la buena fe y trato justo (*implied covenant of good faith and fair dealing*) en la resolución de los conflictos resultantes de la relación de franquicia. Lo primero que se debe destacar es que “el principio es utilizado como un deber interpretado (*interpretative duty*) para determinar unas expectativas legítimas (*justifiable expectations*) de las partes en caso de incumplimiento del contrato” pero limitado en el entendido de que “no está divorciado de las cláusulas específicas del contrato y *no puede ser usado para prevalecer sobre los términos contractuales expresos*” [cursivas añadidas], como se extrae de *Northview Motors Inc v. Chrysler Motors Corp.* (2000).

De ello se desprende que la óptica de aplicación mayoritaria, en la actualidad, es la que obedece al uso del principio como forma de proteger las expectativas legítimas de las partes, expectativas que surgen de los mismos términos del acuerdo. Este uso ha permitido “traer a la vida”

no solo los términos del contrato, reivindicándolos como parte primordial de la relación, sino sustentar las demandas por incumplimiento dentro del tráfico jurídico.

El segundo postulado será una prerrogativa de protección, que impone que:

Las partes no tratarán de tomar ventaja de la otra en una forma que no pudo haber sido prevista en el momento de la suscripción del contrato o de hacer cualquier cosa que pudiera destruir el derecho de la otra parte de percibir los beneficios del contrato. (*Voyles v. Sandía Mortgage*, 2001).

La finalidad guía de este fallo es la protección de los frutos, en concordancia con el fallo de Nueva York, como afirma Fink (1999). También la compilación del Restatement ha consignado en sus apartes una mención al principio. En ella se alude a la mala fe y cómo esta constituye una causal de incumplimiento, sobre todo en lo que tiene que ver con la falta al deber de cooperar con la ejecución obligacional de la otra parte, acompañamiento absolutamente necesario según los principios de cooperación y asistencia derivados de la naturaleza relacional del contrato de franquicia.

Otra de las máximas que guía la actividad judicial es el definir la buena fe y el trato justo desde la precitada óptica del Restatement, según la base de análisis caso por caso (*case-by-case basis*), en donde a pesar de la falta de criterios unánimes de aplicación del principio este es morigerado en razón de la evaluación de cada situación fáctica. Por consiguiente, cada hecho,

sin importar lo ligeramente diferente, será analizado bajo una óptica nueva, independiente de otros casos similares, ya que una diferencia nimia hará que la balanza se incline para uno u otro lado al momento de fallar.

El punto álgido y que constituye quizá la cuestión conflictiva de mayor relevancia que se resalta en este artículo es el problema “congénito” de disparidad de poder dentro de la relación, y que produce, a su vez, una marcada asimetría entre las facultades discrecionales vs. los deberes contractuales dentro de esta. Ello tiene como efecto dejar abierta una peligrosa brecha que da lugar a un gran riesgo de afectación de los intereses de las partes, derivado de la explotación inescrupulosa de la discreción contractual. Para ilustrar la idea de la disparidad entre discrecionalidad y deberes contractuales bastará poner de presente la diferencia de cargas obligacionales, si se tiene en cuenta que pocos franquiciantes aceptan normas que impongan unos lineamientos de ejecución aparte de las relativas a la concesión de licencia de la marca.⁴ Todo lo demás, desde la sustancia y la calidad del entrenamiento hasta el soporte durante la franquicia respecto del desarrollo y soporte para la marca es dejado a discrecionalidad del franquiciante (Carusso, 2007, pág. 209).

4 Las marcas son las palabras y símbolos que identifican al sistema de franquicia y lo distinguen de otros. El franquiciador normalmente proporcionará al subfranquiciador *know-how* referente al negocio, una licencia de marca y cualesquiera otros derechos de propiedad intelectual que estén incluidos en el tipo de negocio en cuestión (UNIDROIT, 2005).

Este problema viene a ser auspiciado por las falencias del contrato. Primero, la *carencia de cláusulas* que creen obligación en cabeza del franquiciante y que lo constriñan respecto al desarrollo del sistema, a continuar en operación, continuar la promoción o mantener la marca (¡oportunidad de oportunismo # 1!). Segundo, la *discrecionalidad absoluta* sobre si puede o no competir con el franquiciado mediante el desarrollo de otro sistema, a través del establecimiento de locales de competencia o retirar su sistema de una región o de todo el mercado (¡oportunidad de oportunismo # 2!). Así mismo, el franquiciante tiene la discreción de cambiar los procedimientos operativos del sistema y cambiar el curso estratégico de la marca en respuesta a la competencia. Además, en ejercicio de la discrecionalidad, el franquiciante puede imponer costos sustanciales en la franquicia (costos irrecuperables o *sunk costs*) que puede llevar a reticencia por parte del franquiciado.

Al analizar esta seguidilla de vacíos, ambigüedades, contrasentidos..., no queda más sino compadecer a los operadores jurídicos y destacar que se han valido de los mecanismos a su alcance para dar solución a ¡tamaño problema! Muchos han sido los esfuerzos de estandarizar unos derroteros de sujeción. En el pasado, abogados de franquicia exigieron la imposición de una amplia *obligación fiduciaria* sobre los franquiciantes y una aplicación vigorosa de la Unconscionability Doctrine (Appleby, Griffith y Caruso, 2006). Un deber fiduciario en estricto sentido sería extremo, ya que la relación obliga a un deber de lealtad desbordado, asimilable con el del vínculo agente-principal, que llevaría

a considerar solo el bienestar del franquiciado a expensas, inclusive, del mismo sistema o la marca (Hadfield, 1988). Allí se ignoraría la naturaleza comercial del acuerdo en el cual las partes presumen negociar en igualdad de condiciones (*arm's length basis*), generando unos beneficios económicos. La Unconscionability Doctrine⁵ o del comportamiento

“inacceptable” ha fracasado también en su aplicación en la franquicia, ya que las Cortes ven al contrato como un acuerdo comercial y alegan que esta teoría quiere observarlo desde la óptica del contrato unilateral de consumidor, donde no se cuenta con un poder de decisión.⁶

No parecerá entonces descabellado encontrar propuestas de más precisión en la redacción de los contratos de franquicia. El simple contraargumento sería, como se ha expuesto en acápite previos, que es imposible crear un clausulado que abarque situaciones impensables en el momento de suscribir el contrato. Otra crítica sería que una mejor redacción contribuiría solo a un conocimiento mejor informado del franquiciado respecto de lo que firma, sin que pueda interferir negociando los términos allí plasmados. Por último se destaca cómo la redacción exhaustiva incita al conflicto, ya que entre más descriptivo el contrato más puntos de futuro desacuerdo

5 Es un concepto abierto que se interpreta de forma divergente, ya que en algunas ocasiones es un acto inescrupuloso y en otras tantas se equipara con la buena fe (Alcatel, 1998, citado en *Pierce Bell Sales Pty Ltd vs. Frazer*, 1973).

6 Hay una línea difusa que lleva a asimilar buena fe y *Unconscionability* “extent to which the supplier and the business consumer acted in good faith”, factor que determina si una conducta es “unconscionable” bajo la Trade Practices Act 1974 (Cth)s 51AC (3)(K).

(Caruso, 2007, pág. 212).

B. Enfoque propositivo: el principio de la buena fe y el trato justo como estándar de sujeción desde la óptica relacional o de cooperación dentro del contrato

Las preguntas principales que parecen surgir serían: ¿Cómo resolver las aparentes contradicciones que emergen de considerar el lenguaje del contrato, el sentido que engloba la relación y el tratamiento a las dinámicas económicas de la franquicia? ¿Cómo lograr una visión conciliadora, a la vez integradora, que permita poner en equilibrio las tensiones surgidas en la relación?

Si ninguna de las anteriores teorías⁷ pareciera ser la respuesta satisfactoria, un enfoque un poco más holístico se perfila como una solución más ceñida a las particularidades de la compleja relación de franquicia, dando cuenta de problemas como el oportunismo. Se hará en adelante referencia a una solución propositiva que se precia de conciliar las tensiones inherentes de la relación contractual: la óptica que engloba las particularidades de tipo económico.

Partiendo de esta solución, se tiene que la franquicia como forma contractual que pretenda ser económicamente viable, esto es, protegida de situaciones como el oportunismo, debe ser entendida a la luz del problema enfrentado por

⁷ Nótese cómo algunas plausibles soluciones como el Business Approach o la redacción contractual más detallada, siguen dejando a la parte contractual débil completamente inerte y no dan cuenta de los problemas intrínsecos de la relación en el caso de las conductas oportunistas.

las partes al pretender modificar la estructura de su relación. Uno de los fines de este artículo es resaltar que lo que vendrá a completar el contrato es la relación, es decir, el conjunto de normas que ambas partes entienden, como las que rigen su interacción subsiguiente en la dinámica de desarrollo de la vida del acuerdo. Es por ello que las Cortes están llamadas a examinar primero las normas de la relación, a la luz del dilema de limitar la autoridad de control del franquiciador, sin desactivar por completo la capacidad de las partes para asignar el control de esta manera.

Habría, en primer lugar, que identificar conductas potencialmente oportunistas. La presencia de inversiones irre recuperables de parte del franquiciado, la indeterminación excesiva, la completa ausencia de métodos como negociaciones posteriores respecto del ejercicio de la autoridad de control y el cómo compartir los costos creados por su ejercicio, son todas conductas sobre las que se debe ejercer un escrutinio juicioso. Se demanda, además, el escrutinio constante sobre las decisiones del franquiciante que puedan alterar sustancialmente la naturaleza del sistema de franquicia u ocasionar el cese de su operación (Hadfield, 1988, pág. 104). Otra necesidad impostergable es la de crear mecanismos que permitan al franquiciado demostrar que su contraparte ha fallado en cumplir las obligaciones referentes a su compromiso de soporte del sistema, además de ceñirle a unos estándares más equitativos de inversión.

Luego de tener en cuenta estas situaciones, lo siguiente será centrar la atención en el acuer-

do privado de las partes. Es decir, la solución se sitúa al interior del contrato, observando con atención los compromisos desprendidos de la relación. Esta actividad se deberá hacer considerando un principio básico: interpretar el contrato a la luz de lo que debe asumirse que pretendían las partes racionales en sus compromisos de intercambio. Resumiendo en una frase: si el oportunismo fuera previsto, *ex ante*, las inversiones no hubiesen sido efectuadas en primer lugar.

He aquí la piedra angular del argumento de aplicación del derrotero: la tan destacada naturaleza relacional adquiere una entidad tal, que permite que el contrato sea entendido no como un acuerdo escrito que es incompleto, sino como un conjunto de compromisos hechos por las partes en un esfuerzo por limitar lo incierto e irrestringido de una relación existente. El objeto del contrato relacional no es asignar o trasladar riesgos, sino imponer la obligación de honrar el compromiso de cooperar. Lo relacional de este tipo de contratos consiste en reconocer, *ex ante*, que el acuerdo es incompleto. Seguidamente, en un esfuerzo por controlar las tensiones dentro de este, se acude a las normas de la relación en aras de proveer la sujeción necesaria para justificar la cooperación continua.

Poniéndolo en términos simples, las expectativas de ganancia contractual mutua estrechamente concebidas, sustentadas solo por la teoría de las obligaciones clásica de la propiedad y el derecho contractual, despliegan unos vínculos que se quedan *cortos* para inducir a acciones cooperativas a larga escala, cooperación

necesaria para responder a los cambios en el futuro (Macneil, 1985, pág. 569).

En este entendido, algo más debe ser implementado para crear los cimientos de confianza mutua y solidaridad sobre los que se erigen los acuerdos económicos (Macneil, 1985, pág. 570). Ese “algo más” es, como lo define el autor, una constelación de normas dentro de la relación, normas que forman por asociación un componente intrínseco de los contratos como el de franquicia y que estructuran una serie de compromisos a ser exigidos por las Cortes. El punto es que los sujetos contractuales no se sometan al control de otro sin el compromiso de que no se abusará de esta facultad, lo cual constituye la esencia que da valor a la relación. El estándar que permite esta protección no puede ser otro que el del *Principio de buena fe* y trato justo, el cual se ha abierto camino en el tráfico jurídico gracias a ser un mecanismo que, si bien no es perfecto, se muestra flexible en cuanto ha logrado tomar en consideración las incidencias y particularidades de la forma contractual de la franquicia.

A continuación se verá cómo un caso insigne de la jurisprudencia norteamericana da cuenta de la aplicación del principio en la resolución de una situación conflictiva dentro del contrato de franquicia.

C. Un caso hito: Vylene Enterprises vs. Naugles

En este fallo se destaca un problema jurídico: ¿deberá la Corte dar al franquiciado una zona de

exclusividad territorial cuando en el acuerdo de franquicia no se provee una? En él la Corte sostiene que el franquiciante ha violado el principio de buena fe y trato justo al abrir un restaurante competidor a tan solo 1.4 millas de distancia del local del franquiciado. En adelante, se analiza cómo el poder de mercado del franquiciante puede aparejar conductas abusivas a través de actos de invasión de zona, conocidos en el tráfico jurídico americano como *encroachment*.

Los siguientes son los hechos del fallo. A. En 1975, Vylene Enterprises, Inc. (Vylene) entra en un acuerdo de franquicia de diez años de duración con Naugles, Inc. (Naugles) una cadena mexicana de restaurantes. B. En 1984, Vylene se retrasa en la obligación de pagos establecida en el acuerdo, y en los meses de febrero, junio y julio del mismo año recibe sucesivas notificaciones de terminación del contrato. Ello lleva a que Vylene resuelva declararse en bancarrota. C. Para el 30 de octubre de 1985 Vylene ejerció su derecho contractual de renovar el acuerdo de franquicia. Naugles, por su parte, exigió una cuota de renovación de US\$ 104.522, la cual Vylene encontró excesiva por cuanto en el acuerdo original se prometió que tal cifra no excedería de US\$40.000. D. Vylene cesa de efectuar pagos y la Corte concede la petición de Naugles de tomar posesión de la franquicia.

Sobre la base de estos hechos, la Corte procede a resolver la cuestión de la reclamación de daños de parte de Vylene por la no renovación del acuerdo. Para tal fin la Corte se concentró en dos actos reprochables:

- a) La imposición de un programa de cupones de descuento de parte del franquiciante fue excluido, sin que se le hiciera partícipe de él.
- b) El abrir un nuevo local solo un mes antes de que la fecha de renovación tuviera lugar, a 1.4 millas de distancia de la franquicia de Vylene. Nuevo local que con una política de precios ostensiblemente más bajos produjo una reducción del 35% en ventas de Vylene.

La Corte de bancarrota encontró que esta invasión constituía “un acto particularmente censurable”, y sostuvo que Naugles había infringido la obligación de observancia del principio de la buena fe y trato justo que tenía para con su franquiciado, en el momento en que abrió este local competidor. Por su parte, Naugles apeló esta decisión en la U.S. District Court for the Central District of California, la cual declinó la decisión anterior. El último “pulso” de este conflicto tuvo lugar en la apelación hecha por Vylene en la Ninth Circuit Court of Appeals.

Esta Corte de apelación fue la encargada de dar una vívida aplicación al principio. Primero, sostiene que hay una efectiva violación del estándar de la buena fe y el trato justo: “Vylene no tiene ningún derecho de exclusividad territorial bajo los términos del contrato de franquicia y no leemos implícitamente semejantes prerrogativas en el contrato” y pasa a citar el caso *Sheck*⁸

8 El caso *Sheck vs. Burger King Corp.* (1992) constituye un precedente de gran relevancia, pero no seguido en adelante por las Cortes. La Corte sostuvo que Burger King en su calidad de franquiciante había violado el principio implícito de buena fe y trato justo al abrir una franquicia de competencia que redujo significativamente las ventas de la que ya existía y que pertenecía a su sistema.

diciendo: “Aunque no se ha conferido ningún derecho de exclusividad territorial, continúa teniendo el derecho de esperar que el *franquiciante no actuará destruyendo el derecho del franquiciado de disfrutar los frutos del contrato*” [cursivas añadidas]. En mi sentir, es este último postulado la finalidad que guía la aplicación del principio de la buena fe y el trato justo en el derecho americano. Después de los casos *Sheck* y *Vylene*, futuras Cortes han estado más dispuestas a utilizar el principio implícito para llevar a reivindicar a los franquiciados, cuando estos de alguna forma han sido despojados de la prerrogativa de disfrutar de los frutos del contrato.

De su parte, la conducta de invasión de territorio puede llegar a constituir una amenaza seria, que pone en riesgo el goce de los frutos legítimamente esperados dentro de un contrato. Como se explicó previamente, uno de los problemas intrínsecos de la franquicia es el conflicto de intereses, y es gracias a esta divergencia que el franquiciante se va a fijar un único propósito: incrementar el valor de su marca a través de la expansión geográfica de su perímetro de mercado, como lo expresaran Knack y Bader (1993). Al tener un poder decisional y de control tan amplio, el franquiciante puede caer en exceso degenerando en una invasión de zona, definida como una “dilución” del radio de acción del mercado del franquiciado mediante el establecimiento de locales de competencia (Grimes, 1996), lo que trasgrede la prerrogativa de exclusividad de zona y su garantía de no competencia, que se entendería protegida implícitamente.

En contraste, también podemos encontrar apli-

caciones divergentes de este precedente. Es así como en *Domed Stadium Hotel, Inc. v. Holiday Inns* se negó la defensa del principio implícito porque:

Los términos del acuerdo de franquicia *no garantizan* al franquiciante una licencia territorial (...) *la obligación implícita de ejecutar el contrato de buena fe usualmente modifica los términos expuestos* y como quiera dicha obligación no debe contradecir ni prevalecer sobre ellos [cursivas añadidas].

Similar solución se dio en *Fickling v. Burger King Corp.* que no consideró aplicable el principio ya que “se tiene el derecho de construir una franquicia competidora en *cualquier* locación” (cursivas añadidas).

En conclusión, este caso muestra la correcta aplicación del principio de la buena fe y el trato justo dentro de conflictos gestados en la relación de franquicia, puesto que garantiza que ninguna parte hará algo para destruir el derecho de la otra a recibir los frutos del contrato. Los fallos de *Scheck* y *Vylene* son expresión pura de la teoría relacional de los contratos: se trata a las partes como compañeros en una relación continua, obligados a observar unos deberes interpretados dentro del contrato. Asumiendo que no todas las situaciones pueden ser previstas en la redacción del contrato, es comprensible que las obligaciones de cualquiera de las partes quizá cambien si las circunstancias así lo hacen. El estándar de trato justo garantiza que los contratos que puedan conducir a comportamientos oportunistas deben ejecutarse de una manera que proteja las expectativas razonables de am-

bas partes de disfrutar los frutos. De otra forma, sería ilógico que el franquiciado hubiese entrado en un acuerdo con la expectativa de que el franquiciante pudiera abrir un local justo al lado del suyo.

IV. CONCLUSIONES

1. El contrato de franquicia es de naturaleza compleja. Es un acuerdo sometido a una larga duración e incompleto. Su larga duración hace que sea objeto de cambios inevitables en su desarrollo y que sea imposible definir con precisión los derechos y obligaciones de las partes, ya que estas pueden de igual forma variar. El tener lagunas, por su parte, le aporta un elemento de flexibilidad haciéndole adaptable a contingencias futuras, pero también deja espacios para excesos en el ejercicio de facultades no limitadas con precisión, como las dadas al franquiciante.

2. Con un contrato de larga duración se crean vínculos estrechos de cooperación, en relación con el grado de intimidad y sujeción de una parte a la otra. En la franquicia se hace necesaria una suerte de asociación que permita reproducir de forma exitosa el negocio del franquiciante, en cuanto produzca ganancias mutuas. Para ello hay una obligación cualificada de asistencia del franquiciante, que asegura su interés continuo en el sistema respecto al mantenimiento y actualización del *know-how* y la garantía de entrenamiento y soporte durante la relación. De parte del franquiciado se obliga a seguir fielmente el protocolo del sistema, deber fiscalizado por el

franquiciante a través del ejercicio de control.

3. Este contrato, que por su larga duración y sus zonas grises presenta sendos niveles de indeterminación y apertura, precisa el uso de un mecanismo que permita modificarlo en el momento en que sus cláusulas contractuales se tornen insuficientes, ya que no abarcan situaciones sobrevenidas en el desarrollo del contrato. De allí se desprende que las obligaciones llegan a ser modificadas, complementadas o suplantadas por las normas resultantes de la relación en desarrollo, que dan cuenta de las nuevas circunstancias.

4. El principio de la buena fe y el trato justo se perfila como una suerte de mecanismo *sui generis* de modificación, atendiendo a la necesidad de abarcar nuevas situaciones fácticas. El estándar produce una variación en la estructura inicial del acuerdo si los sucesos acaecidos no se ajustan o contrarían los estándares de probidad por él exigidos, en virtud de sus vínculos de cooperación (naturaleza relacional del contrato). Su forma de operar es obviando la aplicación de la cláusula escrita, en aras de proteger los frutos esperados a consecuencia del contrato. Los tribunales aplican el principio como una forma de mecanismo proteccionista, en el entendido que su uso previene específicamente que una parte pueda manipular los términos o vacíos contractuales, en orden a tomar ventaja comercial sobre la otra parte.

5. La variación de las condiciones por conducto del principio ocurrirá cuando se presenten supuestos de hecho que constituyan un trato

injusto que prive a la contraparte de su expectativa legítima dentro del contrato. Este trato injusto se deriva, en muchas ocasiones, de la estructura abierta del mismo acuerdo, cuando ella da lugar a un ejercicio desmedido de las facultades discrecionales conferidas a las partes.

6. La apertura o textura abierta del contrato se presenta cuando hay ejercicio de facultades dadas principalmente al franquiciante, mediante el ejercicio de poder de terminación o de poder de control. El poder de control garantiza que el franquiciado se ciña y siga fielmente el modelo de negocio. Cuando hay un exceso en el ejercicio de esta última se puede caer en oportunismo, lo que constituye un grave problema dentro de la relación porque se extralimita en el uso de su poder para obtener una ventaja económica de la parte débil del acuerdo, afectando sus expectativas legítimas.

7. Las causas que contribuyen al oportunismo son, entre otras: el conflicto de intereses, cifrado desde la suscripción del contrato dado que el franquiciante desea valorizar la marca y el franquiciado obtener rédito, de allí que cada cual haga lo necesario en la defensa de sus intereses; y el considerar la franquicia desde la óptica del criterio negocial, según la cual las decisiones son tomadas sobre la base de la conveniencia económica: el ejercicio de control del sistema a través de políticas corporativas altamente beneficiosas para quien las impone y excesivamente onerosas para el que las soporta, como es el caso de las inversiones no recuperables.

8. El problema de la modificación del contrato

de franquicia debe dar cuenta de contradicciones del lenguaje del contrato y el tratamiento de las dinámicas económicas de este. Para lograr una visión conciliadora que solucione también el problema de su modificación, debe verse al acuerdo como económicamente viable, esto es, protegido de conductas oportunistas. Es así, que lo que vendrá a complementar el contrato es la relación, es decir, el conjunto de normas que ambas partes “entienden”, rigen su interacción subsiguiente en la dinámica de desarrollo de la vida del contrato, a saber: deberes de cooperación, solidaridad y probidad enmarcados en la rectitud exigida por el principio implícito de la buena fe y el trato justo.

9. La naturaleza relacional permite que el contrato sea entendido no como un acuerdo escrito que es incompleto, sino como un conjunto de compromisos acordados por las partes en un esfuerzo por limitar lo incierto e irrestringido de una relación existente. El objeto del contrato relacional no es asignar o trasladar riesgos, sino llevar a honrar el compromiso de cooperar. Son necesarias normas que por asociación formen parte del componente intrínseco de los contratos como el de franquicia y que estructuren una serie de compromisos, como lo hace el principio implícito de buena fe y trato justo.

10. Los fallos de *Scheck* y *Vylene* son expresión de la teoría relacional de los contratos: se trata a las partes como compañeros de una relación continua, obligados a observar deberes interpretados dentro del contrato (actuar de buena fe). Asumiendo que no todas las situaciones de una larga relación pueden ser previstas en la

redacción del contrato, es comprensible que el cambio de situaciones apareje también el cambio de las obligaciones. Lo justo demanda que los contratos que puedan conducir a conductas oportunistas deben ser ejecutados en cuanto a su fuerza obligacional, en una forma que proteja las expectativas razonables de ambas partes de disfrutar los frutos del contrato. De otra forma, hubiese sido ilógico que el franquiciante hubiese suscrito el acuerdo, de haber sabido que iban a poner un local al lado del suyo.

Referencias

1. Appleby, B. L., Griffith Towle, C., & Caruso, C. D. (October, 2006). *Unconscionability and franchise litigation*. Boston: American Bar Association on Franchising.
2. *Arnott v. American Oil Co.*, 609 F.2d 873 (8th Cir, 1979).
3. *Ashland Oil, Inc. v. Donahue, W.Va.*, 223 S.E.2d 433 (1976).
4. Caruso, C. D. (2007). Franchising's Enlightened Compromise: The Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing. *Franchise Law Journal*, (207), 207-208.
5. *Carvel Corp vs. Baker*. No. 3:94CV1882 (AVC). (July 22, 1997).
6. *Commerce Clearing House [cch]*. (1998). *Business franchise guide*. U. S. A.: Wolters Kluwer Law & Business.
7. *Cramer v. Insurance Exchange Agency*, 174 Ill. 2d 513, 675 N.E.2d 897 (1996).
8. *David R. McGeorge Car Co., Inc. v. Leyland Motor Sales, Inc.*, 504 F.2d 52 (4th Cir. 1974).
9. *Domed Stadium Hotel, Inc. v. Holiday Inns, Inc.* 479 F. Supp. 465 (E.D. La. 1979). Civ. A. No. 78-4115 (October 29, 1979).
10. *Diehl & Sons v. International Harvester*. 426 F. Supp 110 (E.D. NY 1976).
11. Emerson, R. W. (Summer 2010). Franchise Encroachment. *American Business Law Journal*, 47(2), 191-290.
12. Fink, L. H. (1999). The splintering of the Implied Covenant of Good faith and fair dealing in Illinois Courts. *Loyola University Chicago Law Journal*, 30(2), 246-279.
13. *Flickling v. Burger King Corp.* (4th Cir. 1988). No. 87-1725 (April 4, 1988).
14. *Photovest v. Fotomat*. 606 F2d 704 (7th Cir. 1979).
15. International Institute for the Unification of Private Law [Unidroit]. (2005). *Guía Unidroit de franquicia*. Roma: Unidroit.
16. Grimes W. S. (Fall, 1996). When do franchisors have market power? Antitrust remedies for franchisor opportunism. *Antitrust Law Journal* 65(1), 105-155.

17. Hadfield, G. K. (1988). Problematic Relations: franchising and the Law of incomplete contract. *Standford Law Review*, 42(4), 927-992.
18. Knack G. L y Bader, A. T. (Fall, 1993). Franchisor liability in the market development and site-selection process: location, location... liability? *Franchise Law Journal*, 13(2), 39.
19. Kirke La Shelle Company, Apellant v. The Paul Armstrong Company et al. 263 N.Y. 79; 188 N.E. 163; 1933 N.Y. LEXIS 802 (November 21, 1933).
20. Loehr v. Hot N Now Inc. No. 95-6253-civ-gonzalez, Bus. Franchise Guide (CCH), párr. 11352 (February 11, 1998).
21. Macneil, I. (1985). Relational contract: what we do and do not know. *Wisconsin Law Review*, 3(2), 483-525.
22. Makar, S. (1988). In Defense of franchisors: the law and economics of franchise quality assurance mechanisms. *Villanova Law Review*, 33(5), 720-765.
23. Marzorati, O. J. (2001). *Franchising*. Buenos Aires: Astrea.
24. Messineo, F. (1954). *Manual del derecho civil y comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
25. Northview Motors Inc v. Chrysler Motors Corp. (3rd Cir. 2000, Penns.). No. 99-3873 (September 8, 2000).
26. Office of Legislative Drafting, Attorney-General's Department. Trade practices act 1974. (Cth)s 51AC (3)(K). Camberra: Autor.
27. Peña, L. (2012). *Contratos mercantiles, nacionales e internacionales*. Bogotá: Temis.
28. *Phillips v. Chevron U.S.A., Inc.* 792 F.2d 521 (5th Cir. 1986).
29. *Pierce Bell Sales Pty Ltd. v. Frazer*. 130 C.L.R. 575 at 592 (May 10, 1973).
30. *Picture Lake Campground, Inc. v. Holiday Inns, Inc.*, 497 F. Supp. 858, 863-64 (E.D. Va. 1980).
31. *Radecki v. Amoco Oil Co.*, 858 F.2d 397 (8th Cir. 1988).
32. *Seegmiller v. Western Men, Inc.* - 20 Utah 2d 352, 437 P.2d 892.
33. *Sheck v. Burger King Corp.* 798 F. Supp. 692 (S.D. Fla. 1992) (July 6, 1992).
34. Terry, A. y Di Lernia, C. (August 2009). Franchising and the Quest for the Holy Grail: Good Faith or Good Intentions? *Melbourne University Law Review*, 33(2), 542-578.
35. *The Original Great American Chocolate Chip Cookie Co. v. River Valley Cookies, Ltd.* United States Court of Appeals, Seventh Circuit.

- 970 F.2d 273 (1992).
36. *Treville v. Outboard Marine Corp.*, 439 F.2d 1099 (4th Cir.1971).
37. *Universal Computers (Systems), Ltd., Drescher (Nicholas A.), Holman (Christopher), Wilson (Alan B.) v. Datamedia Corporation*, 838 F.2d 1208 (3rd Cir. 1988).
38. *Vaughn v. General Foods Corp.*, 797 F.2d 1403, 1411 (7th Cir. 1986).
39. *Voyles v. Sandia Mortgage Corp*, 311 Ill App 3d 649, 724 NE2d 1276, 244 Ill Dec 192 (2nd D 2000).
40. *Vylene Enters, Inc. v. Naugles, Inc.*, 105 B.R. 42, 43 (Bankr CD Cal 1989). No. 94-56470 (June 29, 1992).
41. *Westfield Centre Serv., Inc. v. Cities Serv. Oil Co.* 172 N.J. Super. 196 (1980). 411 A.2d 714.
42. *White Hen Pantry, Div. Jewel Companies v. Johnson*, 599 F. Supp. 718 (E.D. Wis. 1984).
43. *Williams Co. v. Exxon Corp.*, 625 F. Supp. 477 (M.D.N.C. 1985).
44. *Zapatha v. Dairy Mart, Inc.*, 381 Mass. 284, 408 N.E.2d 1370 (1980).
45. *Zeidler v. A & W Restaurants, Inc.*, 301 F.3d 572, 574 (7th Cir. 2002).