

Tabla de contenido

I. ANTECEDENTES	3
1. EL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS.	3
2. EL PACTO ARBITRAL.....	3
3. PARTES PROCESALES	4
4. TRÁMITE PROCESAL.....	4
5. TÉRMINOS DEL PROCESO	7
6. PRESUPUESTOS PROCESALES	7
7. PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA.....	9
8. LOS HECHOS PLANTEADOS EN LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA.....	15
9. EXCEPCIONES DE MÉRITO FORMULADAS POR SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAÚS SAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA	18
10. JURAMENTO ESTIMATORIO DE MARCO ALDANY COLOMBIA SAS.	22
11. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.....	22
12. LOS HECHOS PLANTEADOS EN LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.	25
13. EXCEPCIONES DE MÉRITO FORMULADAS POR MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S. EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.	26
14. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS.....	28
15. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	30
II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	30
1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	31
1.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN GENERAL.....	31
1.2. VALIDEZ DEL CONTRATO DE FRANQUICIA CELEBRADO EL 13 DE OCTUBRE DE 2015 ENTRE MARCO ALDANY COLOMBIA SAS Y SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS SAS.....	39
1.3. PRINCIPIO DE LA BUENA FE. (ART. 83 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL).....	43
1.3.1. LOS ACTOS PROPIOS.	44
1.3.2. LA BUENA FE CONTRACTUAL	44
1.4. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. EL DAÑO.....	47

1.5. RESCISIÓN, RESOLUCIÓN, TERMINACIÓN POR INCUMPLIMIENTO:	57
1.6. CLÁUSULA PENAL.....	66
2. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES FORMULADAS POR LAS PARTES	67
2.1. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN INTERPUESTA POR SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAÚS SAS:.....	67
2.2. EXCEPCIONES DE MÉRITO PLANTEADAS POR MARCO ALDANY	76
2.3. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE MARCO ALDANY COLOMBIA SAS. Y LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS SAS	78
3. JURAMENTO ESTIMATORIO DE LA CUANTÍA	102
4. COSTAS	104
III. DECISIÓN	105

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S.
Vs.
SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S.

LAUDO

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Agotado el trámite procesal correspondiente, con observancia de los requisitos legales, sin que se advierta causal alguna de nulidad y dentro de la oportunidad para hacerlo, se procede a proferir en derecho el Laudo que finaliza el proceso arbitral entre las sociedades **MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S.** y **SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S.**

I. ANTECEDENTES

1. El contrato origen de las controversias.

Con la demanda arbitral la parte convocante aportó copia del Contrato de Franquicia celebrado el 13 de octubre de 2015, entre las sociedades **MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S.** y **SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S.** del cual obra copia en el expediente a folios 3 a 40 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

2. El Pacto Arbitral

En el Contrato de Franquicia las partes pactaron arbitraje en la Cláusula Vigésima Sexta en los siguientes términos:

“Toda controversia o reclamación relacionada con el presente contrato que se suscribe entre las partes, deberá ser informada por escrito por la parte interesada a la otra, la cual deberá contestar expresando su posición ante la reclamación o controversia, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación, de no ser contestada oportunamente se entenderá que no se acepta; de no ser resuelta la situación directamente por estos, a solicitud unilateral o conjunta se someterá inicialmente a conciliación extrajudicial en derecho ante conciliador

designado por un CENTRO DE CONCILIACIÓN que funcione en Bogotá, entendiéndose que tendrá competencia el CENTRO DE CONCILIACIÓN que primero reciba la solicitud. Agotada la instancia anterior sin solución, o con acuerdo parcial, a solicitud de cualquiera de las partes las controversias susceptibles de conciliación en derecho, sometidas a conciliación, no conciliadas, distintas al cobro ejecutivo de sumas de dinero asociadas con este contrato serán sometidas a decisión arbitral institucional, ante un (1) árbitro designado por un CENTRO DE ARBITRAJE que funcione en Bogotá entendiéndose que tendrá competencia el CENTRO DE CONCILIACIÓN que primero reciba la solicitud. El arbitramento se sujetará a las siguientes normas: a. El árbitro actuará en Bogotá, sujetándose a las reglas previstas para el efecto por el respectivo Centro de Arbitraje. B. El árbitro decidirá en derecho, aplicando las leyes colombianas”

3. Partes procesales

3.1. Parte convocante/convocada en reconvenición:

MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S. es una sociedad por acciones simplificada comercial, domiciliada en la ciudad de Bogotá, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que obra a folios 56 a 71 del Cuaderno Principal No. 1. Compareció al proceso representada por el señor **FRANCISCO JAVIER MARTÍNEZ BONAFONTE**, en su calidad de Representante Legal quien otorgó el poder para la actuación judicial.

3.2. Parte convocada/convocante en reconvenición:

SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S. es una sociedad comercial por acciones simplificada de carácter privado, domiciliada en la ciudad de Bogotá, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que obra a folios 72 y 73 del Cuaderno Principal No. 1. Compareció al proceso representada por la señora **MARCELA CÁRDENAS MUÑOZ (q.e.p.d.)**, en su calidad de Representante Legal quien otorgó el poder para la actuación judicial.

4. Trámite procesal

4.1. La demanda arbitral: El 11 de abril de 2016, la sociedad **MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S.**, por intermedio de apoderada especial solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la integración de un

Tribunal de Arbitramento para dirimir sus controversias con la sociedad **SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S.**¹.

4.2. Árbitro: Mediante sorteo público realizado el día 14 de abril de 2016 por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá², fue designada como Árbitro único la doctora **Marlene Beatriz Durán Camacho**, quien informada de su nombramiento aceptó dentro del término legal.

4.3. Instalación: Previa las citaciones correspondientes, el Tribunal de Arbitramento se instaló el 12 de mayo de 2016, en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá³; en la audiencia fue designada como secretaria la doctora **Laura Barrios Morales**, quien aceptó el cargo y tomó posesión del mismo.

4.4. Admisión de la demanda: En la misma audiencia de instalación el Tribunal asumió competencia para adelantar los trámites iniciales del proceso arbitral, reconoció personería a los mandatarios judiciales e inadmitió la demanda, la cual fue subsanada con memorial de 19 de mayo de 2016. Mediante Auto de 3 de junio siguiente el Tribunal admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella, en los términos del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012⁴.

4.5. Vinculación de la convocada: El 7 de junio de 2016 la Secretaria notificó personalmente al apoderado de la convocada⁵.

El 6 de julio de 2016 la convocada contestó en tiempo la demanda, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas⁶. En esa misma fecha, presentó demanda de reconvención⁷.

4.6. Reforma de la demanda principal: El 11 de julio de 2016 la parte convocante presentó reforma integrada de la demanda arbitral⁸.

Mediante Auto de 11 de julio siguiente⁹, el Tribunal admitió la reforma de la demanda arbitral y ordenó correr traslado de ella a la parte convocada.

¹ Folios 1 a 54, Cuaderno Principal N° 1

² Folios 93, Cuaderno Principal N° 1

³ Acta N° 1, folios 137 a 140 del Cuaderno Principal N° 1

⁴ Folios 147 y 148, Cuaderno Principal N° 1

⁵ Folio 149 Cuaderno Principal N° 1

⁶ Folios 220 a 259, Cuaderno Principal N° 1

⁷ Folios 260 a 342, Cuaderno Principal N° 1

⁸ Folios 150 a 217 del Cuaderno Principal N°1

⁹ Acta No. 3 Folios 343 a 346 Cuaderno Principal N°1

4.7. Contestación de la reforma de la demanda principal: El 26 de julio de 2016 el apoderado de la parte convocada contestó la reforma de la demanda arbitral, mediante la cual se opuso a la totalidad de las pretensiones, formuló excepciones de mérito, pidió pruebas y objetó el juramento estimatorio¹⁰.

4.8. Contestación de la demanda de reconvencción: El 31 de agosto de 2016 la convocante contestó la demanda de reconvencción mediante la cual se opuso a la totalidad de las pretensiones, formuló excepciones de mérito, pidió pruebas y objetó el juramento estimatorio¹¹.

4.9. Reforma de la demanda de reconvencción: El 15 de septiembre de 2016 la convocante radicó reforma de la demanda de reconvencción¹², la cual el Tribunal admitió por auto de fecha 22 de septiembre de 2016¹³.

4.10. Contestación de la reforma de la demanda de reconvencción: El 5 de octubre de 2016 la apoderada de la parte convocante contestó la reforma de la demanda de reconvencción, mediante la cual se opuso a la totalidad de las pretensiones, formuló excepciones de mérito, pidió pruebas y objetó el juramento estimatorio¹⁴.

4.11. Traslados: Los traslados de las excepciones y de las objeciones al juramento estimatorio de la cuantía fueron debidamente surtidos en los términos previstos por la ley¹⁵. Las partes radicarón dentro del término de ley sus memoriales¹⁶.

4.12. Audiencia de conciliación: El 27 de octubre de 2016 se dio inicio a la audiencia de conciliación de este proceso arbitral, la cual fue suspendida por solicitud de ambas partes y reanudada el 31 de octubre siguiente, fecha en la que se declaró fallida al no presentarse ningún acuerdo concreto y se dispuso continuar con este trámite¹⁷.

4.13. Fijación y pago de los gastos del proceso: En la misma audiencia de 31 de octubre de 2016 el Tribunal fijó las sumas de gastos y honorarios del proceso arbitral a cargo de las partes. Dentro de la oportunidad legal, ambas partes consignaron.

¹⁰ Folios 348 a 405, Cuaderno Principal N° 1

¹¹ Folios 411 a 561, Cuaderno Principal N° 1

¹² Folios 42 a 127, Cuaderno Principal N° 2

¹³ Acta No. 6, Folios 128 a 129, Cuaderno Principal N° 2

¹⁴ Folios 131 a 290, Cuaderno Principal N° 2

¹⁵ Acta 7, Folios 299 y 300 Cuaderno Principal N° 2

¹⁶ Folios 1 a 37 y 302 a 316, Cuaderno Principal N° 2

¹⁷ Acta 9, folios 319 a 322, Cuaderno Principal N° 2

4.14. Primera Audiencia de Trámite: En la sesión de 23 de enero de 2017, se celebró la Primera Audiencia de Trámite que se desarrolló en la forma ordenada por el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012. En ella, previa lectura de la cláusula compromisoria, las pretensiones de la reforma de la demanda y las excepciones de mérito, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las cuestiones sometidas a su conocimiento por las partes, se fijó el término de duración del proceso arbitral en seis (6) meses, se resolvió sobre las pruebas solicitadas por las partes y se declaró finalizada la primera audiencia de trámite¹⁸.

5. Términos del proceso

Toda vez que en el pacto arbitral las partes no establecieron el término de duración del proceso arbitral, según lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal por Auto de 23 de enero de 2017¹⁹ lo fijó en seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite sin perjuicio de las prórrogas o suspensiones que puedan presentarse en su desarrollo.

Como la primera audiencia de trámite se cumplió el 23 de enero de 2017, el término de este proceso se extendía inicialmente hasta el 23 de julio de 2017, sin embargo, en el cómputo del término se deben considerar los días en que el proceso ha estado suspendido y, en tal sentido, consta en el expediente que los apoderados de las partes, de común acuerdo, solicitaron la suspensión del proceso del 3 de febrero al 20 de marzo de 2017 y del 28 de junio al 21 de julio de 2017 para un total de 46 días hábiles suspendidos²⁰.

Así las cosas, el término de este proceso se extiende hasta el día 27 de septiembre de 2017, lo que significa que este Laudo se profiere dentro de la oportunidad legal.

6. Presupuestos procesales

De lo expuesto en precedencia, resulta claro que la relación procesal se constituyó en regular forma y se corrobora que las partes que han concurrido a este proceso, son legalmente capaces, con facultad y posibilidad legal para transigir, estuvieron representadas en este trámite arbitral por abogados inscritos, amén de que las demandas cumplen con las exigencias legales, de suerte que los presupuestos

¹⁸ Acta N° 10, folios 323 a 335 Cuaderno Principal N° 2

¹⁹ Acta N° 10, folios 232 a 335 Cuaderno Principal N° 2

²⁰ Acta N° 12, folios 354 y 355 y Acta No. 17, folios 402 a 405 Cuaderno Principal No. 2

procesales de competencia del juez, capacidad para ser partes y su debida representación, están satisfechos, lo que permite al Tribunal proferir una decisión de fondo.

En este orden de ideas, como quiera que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado en regular forma y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno que, tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado, es de rigor decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes consideraciones. Así mismo, en ejercicio del control oficioso de legalidad del artículo 25 de la Ley 1285 de 2009, el Tribunal dispuso que tampoco existían vicios que generaran la nulidad de lo actuado hasta esa etapa procesal.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso y que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales. Además, no se advierte causal alguna de nulidad procesal, lo cual fue advertido por el Tribunal desde la primera audiencia de trámite y al finalizar cada una de las etapas procesales como lo ordena el artículo 132 del C. G. del P. El más reciente control de legalidad se realizó en audiencia de 1 de agosto de 2017²¹, frente a lo cual, habiendo sido preguntados, los apoderados de las partes manifestaron expresamente que no vieron vicio o irregularidad constitutivo de nulidad que debiera ser saneada hasta ese momento.

Por lo anterior, es procedente dictar Laudo de mérito, que según lo acordado en la cláusula compromisoria debe proferirse en derecho, para lo cual se tiene en cuenta que de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

6.1. Demanda en forma: En su oportunidad se verificó por el Tribunal que tanto la demanda principal y su reforma, como la demanda de reconvencción y su reforma, cumplían las exigencias procesales y, por ello, las sometió oportunamente a trámite.

6.2. Competencia: Conforme se declaró por Auto de fecha 23 de enero de 2017, el Tribunal es competente para conocer y decidir en derecho las controversias de que da cuenta la demanda de **MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S** contra **SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S**, así como la demanda de reconvencción y las excepciones propuestas en las contestaciones respectivas.

²¹ Acta No. 18, folios 406 a 408 Cuaderno Principal No. 2

6.3. Capacidad: Del estudio de los documentos aportados por las partes al expediente se observa que tanto la sociedad convocante así como la convocada son sujetos plenamente capaces para comparecer a este proceso; su existencia y representación legal están debidamente acreditadas y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados, debidamente constituidos.

7. Pretensiones de la Demanda Principal Reformada

La parte Convocante solicitó se profieran las declaraciones y condenas que relacionó en la reforma de la demanda, así:

PRIMERA. *Declare incumplida la obligación contenida en la cláusula segunda (2) concerniente a sus contraprestaciones y aportaciones por el contrato de franquicia y transmisión del “saber hacer”, conocimiento, asistencia técnica inicial y continua, y el uso continuo de las marcas y los elementos de propiedad industrial; En particular, por incumplimiento de la tercera cuota correspondiente a la REGALIA INICIAL, a la que hace referencia el numeral dos punto uno (2.1) del contrato, pago que debió ser cancelado en fecha cierta e indiscutible contractualmente estipulada, esto es, 01 de marzo de 2016.*

SEGUNDA. *Que como consecuencia de la pretensión PRIMERA, se condene al demandado a pagar las sumas que corresponden a la regalía inicial, que se hubieren causado e incumplido con ocasión de la celebración y por el término de ejecución del contrato de franquicia. Lo anterior, en los términos de la cláusula segunda del contrato de franquicia.*

TERCERA. *Que como consecuencia de la pretensión PRIMERA, se condene al demandado a pagar los intereses moratorios a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia financiera y que se hubieren causado, o se causen hasta la fecha del pago total de los valores adeudados concepto de contraprestaciones y aportaciones pactadas en el contrato de franquicia, en particular, las causadas por la mora en el pago de la tercera cuota de la regalía inicial Lo anterior, en los términos de la cláusula segunda del contrato de franquicia.*

CUARTA. *Declare incumplida la obligación contenida en la cláusula segunda (2) concerniente a sus contraprestaciones y aportaciones por el contrato de franquicia y transmisión del “saber hacer”, conocimiento, asistencia técnica inicial y continua, y el uso continuo de las marcas y los elementos de propiedad industrial; En particular, por*

incumplimiento en el pago de las CONTRIBUCIONES AL FONDO DE PUBLICIDAD Y MERCADOTECNIA de los meses de operación del punto de red franquiciado (diciembre 2016, enero, febrero y marzo de 2016) a que hace referencia el numeral dos punto uno (2.3) del contrato, pago que debió ser cancelado en fecha cierta e indiscutible contractualmente estipulada.

QUINTA. *Que como consecuencia de la pretensión CUARTA, se condene al demandado a pagar las sumas que corresponden a aportes al fondo de publicidad que se hubieren causado e incumplido con ocasión de la celebración y por el término de ejecución del contrato de franquicia. Lo anterior, en los términos de la cláusula segunda del contrato de franquicia y que corresponden a los siguientes:*

RESUMEN FONDO PUBLICIDAD 2%					
MES	VENTAS BRUTAS DEL PUNTO DE RED	SUBTOTAL	IVA	TOTAL CONTRIBUCIÓN CAUSADA AL FONDO DE PUBLICIDAD Y MERCADOTECNIA	FACTURA DEVUELTA SIN PAGO
DICIEMBRE	9918265	\$ 198.365	\$ 31.738	\$ 230.103	640-7 DEL 10-03-2016
ENERO	9724500	\$ 194.791	\$ 31.167	\$ 225.958	640-13 DEL 10-03-2016
FEBRERO	9562026	\$ 191.240	\$ 30.598	\$ 221.838	640-14 DEL 10-03-2016
MARZO	8705904	\$ 174.118	\$ 27.859	\$ 201.977	640 - 18 DEL 04-04-2016

SEXTA. *Que como consecuencia de la pretensión CUARTA, se condene al demandado a pagar los intereses moratorios a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia financiera y que se hubieren causado, o se causen hasta la fecha del pago total de los valores adeudados concepto de contraprestaciones y aportaciones pactadas en el contrato de franquicia, en particular las causadas por la mora en el pago de las contribuciones al fondo de publicidad y mercadotecnia de los meses de operación del punto de red franquiciado (diciembre 2016, enero, febrero y marzo de 2016) a que hace referencia el numeral dos punto uno (2.3) del contrato.*

SÉPTIMA. *Declare incumplida la obligación contenida en la cláusula décima primera (11) del contrato, consistente en el deber de adquirir las pólizas de seguro de cubrimiento de riesgo de la operación del establecimiento de comercio franquiciado, obligación ésta para la cual también fue señalada contractualmente fecha cierta para su cumplimiento, esto es, treinta (30) días previos al inicio de operación del punto de red, debiendo entregarse al franquiciado dichas pólizas dentro de los diez (10) días previos a la apertura del establecimiento.*

OCTAVA. *En subsidio de la anterior, declare imperfecto el cumplimiento de la obligación contenida en la cláusula decima primera (11) del contrato, consistente en el deber de adquirir las pólizas de seguro de cubrimiento de riesgo de la operación del establecimiento de comercio franquiciado, obligación ésta para la cual también fue señalada contractualmente fecha cierta para su cumplimiento, esto es, treinta (30)*

días previos al inicio de operación del punto de red, debiendo entregarse al franquiciado dichas pólizas dentro de los diez (10) días previos a la apertura del establecimiento y debiendo aquellas amparar el total del tiempo de operación del punto de red franquiciado.

NOVENA. Declare incumplida la obligación contenida en la cláusula quinta (5) numeral cinco punto doce (5.12) concerniente al deber de adquirir e instalar los muebles y rótulos no entregados por EL FRANQUICIANTE.

DÉCIMA. Que como consecuencia de la pretensión NOVENA, se condene al demandado a pagar la Pena Convencional de CINCO MIL DOLARES AMERICANOS (\$5,000) o su equivalente en Moneda Nacional de acuerdo a la tasa representativa del mercado TRM el día de su pago, a dicha cantidad deberá adicionársele el correspondiente IVA por facturación. Lo anterior, por el incumplimiento de la obligación a que se refiere el numeral 5.12 del contrato de franquicia.

DÉCIMA PRIMERA. Declare incumplida la obligación de mantención de la imagen interna y externa del local comercial, contenida en la cláusula sexta (6) numerales seis punto tres y seis punto cuatro (6.3 y 6.4).

DÉCIMA SEGUNDA. Que como consecuencia de la pretensión DÉCIMA PRIMERA, se condene al demandado a pagar la Pena Convencional de CINCO MIL DOLARES AMERICANOS (\$5,000) o su equivalente en Moneda Nacional de acuerdo a la tasa representativa del mercado TRM el día de su pago, a dicha cantidad deberá adicionársele el correspondiente IVA por facturación. Lo anterior, por el incumplimiento de la obligación a que se refiere el parágrafo de la cláusula sexta del contrato de franquicia.

DÉCIMA TERCERA. Declare incumplida la obligación expresa en las cláusulas quinta (5) y séptima, numerales cinco punto doce (5.12) y (7.2) concernientes al deber de adquirir los productos cosméticos y de belleza uniformes y demás materiales suministrados por el FRANQUICIANTE o sus proveedores autorizados.

DÉCIMA CUARTA. Que como consecuencia de la pretensión DÉCIMA TERCERA se condene al demandado a pagar la Pena Convencional de CINCO MIL DÓLARES AMERICANOS (\$5,000) o su equivalente en Moneda Nacional de acuerdo a la tasa representativa del mercado TRM el día de su pago, a dicha cantidad deberá adicionársele el correspondiente IVA por facturación. Lo anterior, por el incumplimiento de la obligación a que se refiere el parágrafo de la cláusula quinta y el parágrafo de la cláusula séptima del contrato de franquicia.

DÉCIMA QUINTA. Ratifique la rescisión del contrato de Franquicia celebrado el pasado trece (13) de octubre de 2015 entre el FRANQUICIANTE MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S y el FRANQUICIADO SUEÑOS Y FRANQUICIAS S.A.S, por haber incumplido el FRANQUICIADO SUEÑOS Y FRANQUICIAS S.A.S una o algunas de las obligaciones contractuales.

DÉCIMA SEXTA Que como consecuencia de la pretensión DÉCIMA QUINTA, se condene al demandado a pagar la penalidad equivalente SESENTA MIL DOLARES AMERICANOS (USD 60,000.) por dicho incumplimiento. Así mismo, el FRANQUICIANTE tendrá el derecho de reclamar al FRANQUICIADO la reparación de cuantos perjuicios hubiera sufrido por causa de esta terminación anticipada (rescisión sin necesidad de declaración judicial), como consecuencia de los incumplimientos cometidos por el FRANQUICIADO. Lo anterior, con fundamento en el inciso final de la cláusula décima quinta (15) del contrato de franquicia.

DÉCIMA SÉPTIMA. Que como consecuencia de la pretensión DÉCIMO SEXTA se condene al demandado a indemnizar a mi poderdante los perjuicios causados por costos, gastos o pérdidas generadas como consecuencia del incumplimiento del contrato (diferentes del saldo de la regalía inicial, la contribución al fondo de publicidad y mercadotecnia, el lucro cesante y perjuicios por afectación de marca) que se estiman razonadamente y bajo la gravedad de juramento en los términos del numeral séptimo del artículo 82 y el artículo 206 del Código General del Proceso, en la suma de CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS (\$159.792.970) de acuerdo a la siguiente relación y al anexo número 4 de la demanda primigenia:

ANEXO 4 ESTIMACIÓN RAZONABLE DE PERJUICIOS				
concepto	valor hora	HORAS CONSUMIDAS	subtotal	Prueba
Costos de asesoría de la franquicia	500000	50	\$ 25.000.000,00	condiciones de reserva
Costos de acompañamiento legal hasta antes de la presentación de la demanda.	375000	40	\$ 15.000.000,00	factura de servicios
costos asociados a búsqueda de nuevo local en el territorio			\$ 15.000.000,00	costo promedio corretaje
Costos de búsqueda de nuevo franquiciado	500000	15	\$ 7.500.000,00	costos de promoción
otros (pagos de reclutamiento / publicidad)			\$ 15.000.000,00	facturas
costos de publicidad y promoción			\$ 15.000.000,00	prorrato por puntos de venta de los costos totales de publicidad causados y de los cuales se benefició el franquiciado
costo mobiliario			\$ 11.078.000,00	Factura de venta de Julio Barriga Corredor del 03 de diciembre de 2015
costo mobiliario			\$ 16.349.072,00	facturas de compra No. 2672 del 11 de diciembre de 2015 de NOVATEC LTDA
computador			\$ 849.000,00	Factura de compra falabella 23 -11-2015
impresora			\$ 570.000,00	Factura de compra 15387 del 10/12/2015
lavacabezas			\$ 13.999.998,00	Factura de compra 72460 de zobhana cosmetiks colombia sas
mueble de caja, ropera , bar manicura, otros muebles			\$ 8.206.900,00	Factura No.0592 Vertical Design/ Nidia Ortiz Sarmiento
AVISO EXTERIOR			\$ 16.240.000,00	Factura de venta 40607 ACRILINEA INDUSTRIA PUBLICITARIA
			\$ 159.792.970,00	

DÉCIMA OCTAVA. Que como consecuencia de la pretensión DÉCIMA QUINTA se condene al demandado a pagar a título de indemnización de perjuicios por lucro cesante relativos al provecho dejado de percibir por el demandante a título de regalía continua mensual por el término total del contrato, estimándose razonadamente estos perjuicios y bajo la gravedad de juramento en los términos del numeral séptimo del artículo 82 y el artículo 206 del Código General del Proceso en la suma de **CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO SESENTA Y SEIS PESOS CON CUATRO CENTAVOS (\$439.725.166,4)**, tal y como se explicó con anterioridad en el acápite de fundamentos de derecho referente al lucro cesante y acorde a la siguiente relación.

AÑO	IPC	PROMEDIO AUMENTO IPC ANUAL	PROMEDIO DE VENTAS ANUAL CON AUMENTO DEL IPC	REGALÍA 6% ANUAL
2015	6,4%	-	507.006.380	-
2016	8,2%	41.574.523	548.580.903	32.914.854,2
2017	6,43%	35.273.752	583.854.655	35.031.279,32
2018	6,43%	32.600.510	616.455.166	36.987.309,93
2019	6,43%	39.638.067	656.093.233	39.365.593,96
2020	6,43%	42.186.795	698.280.028	41.896.801,66
2021	6,43%	44.899.406	743.179.433	44.590.766

2022	6,43%	47.786.438	790.965.871	47.457.952,26
2023	6,43%	50.859.106	841.824.976	50.509.498,59
2024	6,43%	54.129.346	895.954.322	53.757.259,34
2025	6,43%	57.609.863	953.564.185	57.213.851,12
TOTAL			47.835.759.153	\$439.725.166,4

DÉCIMA NOVENA. *Que como consecuencia de la pretensión DÉCIMA QUINTA, se condene al demandado a indemnizar al demandante por los perjuicios causados por el daño a la imagen de la marca MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S. frente a otros centros comerciales que se reúsan a permitir el ingreso de la marca a sus copropiedades lo cuales se estiman razonadamente y bajo la gravedad de juramento en los términos del numeral séptimo del artículo 82 y el artículo 206 del Código General del Proceso en la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000) M/CTE.*

VIGÉSIMA. *Que como consecuencia de la pretensión DÉCIMA QUINTA, se condene al demandado a los efectos de la rescisión del contrato descritos en la cláusula decima sexta (16) del contrato tendientes a:*

- 20.1. *Cesar el negocio por un periodo de dos (2) años.*
- 20.2. *Cubrir de inmediato todos los pagos pendientes por regalías, compra de productos o por cualquier otro concepto al FRANQUICIANTE y/o proveedores. Y si hubiere lugar a liquidar en cumplimiento de las normas legales vigentes a sus trabajadores y pagar dichas liquidaciones con el lleno de las formalidades legales, siendo de su exclusiva responsabilidad cualquier omisión a esta disposición.*
- 20.3. *Devolver de inmediato los manuales entregados en calidad de comodato al FRANQUICIANTE, así como cualquier comunicación e información.*
- 20.4. *Modificar en un plazo que no exceda de diez (10) hábiles la imagen externa e interna del local de tal manera que no se identifique como parte integrante de la red de franquicias.*
- 20.5. *Cesar de inmediato el uso de todas las marcas del contrato retirando en un plazo que no exceda de cuarenta y ocho (48) horas cualquier señalamiento que contenga las mismas. En caso de incumplimiento de la presente obligación, el FRANQUICIANTE se reserva el derecho de reclamar al FRANQUICIADO una indemnización pactada de común acuerdo por las partes por la cantidad de mil dólares americanos (USD 1,000) más IVA, o su equivalente por cada día de demora a partir de la fecha de notificación, cantidad que además se actualizará de conformidad con la tasa de interés legal máxima corriente.*

- 20.6. Continuar observando por un periodo de cinco (5) años las obligaciones de confidencialidad y no competencia asumidas en virtud del presente contrato y en el contrato de confidencialidad.
- 20.7. Una vez declarada la rescisión del contrato bajo ninguna circunstancia, ni pretexto a no permitir ni usar la combinación de signos distintivos, elementos operativos y de imagen que permitan identificar productos o servicios iguales o similares en grado de confusión a los del sistema "MARCO ALDANY" y que por su uso causen o induzcan al público a confusión, error o engaño, por hacer creer o suponer la existencia de una relación entre "MARCO ALDANY" titular de los derechos protegidos y el usuario no autorizado, configurándose de esta forma la Competencia desleal descrita en la Ley 256 de 1996.

VIGÉSIMA PRIMERA. Que se declare que el FRANQUICIADO, no tendrá derecho a exigir suma alguna a cualquier título como primas, good will, valorizaciones o similares para cesar sus actividades y/o restituir el "Saber-Hacer" que le haya suministrado el FRANQUICIANTE, ya que el disfrute que este hace del "Saber-hacer", de los clientes y visitantes y del posicionamiento del FRANQUICIANTE en el establecimientos de comercio se deriva exclusivamente de este contrato, sin ningún título especial que le ampare retener dicho "Saber-Hacer" y todo lo relacionado a este y al punto red de la Franquicia.

VIGÉSIMA SEGUNDA. Que se condene en costas al demandado."

8. Los hechos planteados en la demanda principal reformada.

Los hechos que soportan las pretensiones de la parte convocante están relacionados en el texto de la demanda arbitral reformada y organizados en diversos capítulos así:

I. El primer capítulo se refiere al Contrato de Franquicia, su celebración, su objeto y las contraprestaciones y aportaciones incluidas en su cláusula segunda. Se limita a la transcripción de las cláusulas primera y segunda del contrato.

II. El segundo capítulo hace referencia a los incumplimientos del Contrato por parte del Franquiciado los cuales establece así:

(i) Incumplimiento en el pago de la regalía inicial que remunera la transferencia del "saber hacer" y licenciamientos de uso de marca y software.

Reitera la ausencia de pago de la tercera cuota de la regalía inicial y acompaña pruebas de que requirió al deudor para el pago en cumplimiento del mecanismo contractual previsto en la cláusula 7.3 del contrato en estudio.

(ii) Incumplimiento derivado del no pago de la contribución continua al fondo de publicidad por parte del franquiciado,

Reclama por ausencia de pago de la contribución del 2% de las ventas totales mensuales pactada en la cláusula 2.3 del contrato y acompaña copias de las facturas correspondientes, todas ellas fechadas el 10 de marzo de 2016, fecha anterior a la terminación del contrato.²² También acompaña copia de la carta mediante la cual el franquiciado devuelve las facturas aduciendo errores en el contenido de las mismas y la consecuente respuesta explicativa.²³

(iii) Incumplimiento de constitución de pólizas de seguro que amparen los riesgos derivados de la operación del punto de red franquiciado.

Aduce la convocante que la(s) póliza(s) de seguros exigidas en la cláusula décima primera para cubrir los riesgos de “:a. incendio, terremoto y pérdidas de caso fortuito; b. responsabilidad civil por actividades e inmuebles ; y c. robo con violencia y asalto, roturas de cristales, dinero y valores.”

Narra que existió una póliza No. 3778750 vigente del 29 de octubre de 2015 al 29 de octubre de 2016 y otra No. 895-73-99400000246 de fecha 16 de febrero de 2016. Y reclama que por no haber sido entregadas en los plazos contractualmente pactados o por no “corresponder a ninguna de las solicitadas por el contrato” no satisfacen el cumplimiento de la obligación pactada y “generan la rescisión del contrato”.

(iv) Incumplimiento de la obligación de mantención de la imagen interna y externa del local comercial, contenida en la cláusula sexta (6) numerales seis puntos tres y seis puntos cuatro (6.3 y 6.4)

Aduce que el franquiciado incumplió la obligación de mantener la imagen porque no instaló el aviso lateral; porque instaló vidrios en lugar de una reja eléctrica, e instaló solamente una televisión cuando lo solicitado eran dos (2).

²² Cuaderno de Pruebas No. 1 folios 61 a 66

²³ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 67 a 70

(v) Incumplimiento de la obligación expresa en la cláusula quinta (5) numeral cinco punto doce (5.12) y (7.2) concerniente al deber de adquirir los productos cosméticos y de belleza uniformes y demás materiales suministrados por el franquiciante o sus proveedores autorizados.

Narra la situación originada por que el franquiciado hizo un pedido a un proveedor no autorizado por el franquiciante de un producto denominado “keratina” y con ello pretende configurar un incumplimiento de las citadas cláusulas. Destaca la convocante que, ante la carencia del producto del proveedor autorizado inicial, ofreció uno sustituto, y éste fue rechazado por el franquiciado.

(vi) Daños a la reputación e imagen de la marca Marco Aldany Colombia S.A.S.

Describe las dimensiones internacionales de la marca, como que tiene gran prestigio y más de 400 locales en funcionamiento en todo el mundo. Se duele de que porque *“el mal proceder de Sueños y Franquicias Emaús SAS, le ha ocasionado la renuencia de otros Centros Comerciales a permitir el ingreso de la Marca”*. Sin embargo, se echa de menos el apoyo probatorio de esta afirmación.

III. El tercer capítulo de hechos tiene que ver con la declaración de incumplimiento y terminación unilateral del Contrato – Rescisión”.

Narra los intentos de buscar un acuerdo y acompaña pruebas de las comunicaciones cruzadas entre las partes a partir de febrero de 2016, y con motivo de la convocatoria a conciliación que hiciera Sueños y Franquicias Emaús SAS.²⁴

IV. Finalmente, el cuarto y último capítulo se titula Otros Hechos y hace referencia al actuar del Franquiciado quien según el dicho de la convocante actuó improvisadamente, con falta de diligencia y desinterés durante la vigencia del contrato sin tener en cuenta las tendencias de crecimiento en la rentabilidad de cualquier negocio de franquicia.

Se sorprende la convocante de que luego de tan pocos meses de haber iniciado la operación del establecimiento de comercio y de haber efectuado unas inversiones estimadas, según ella, cercanas a los \$350.000.000, el franquiciado haya desistido del negocio, le reprocha al franquiciado su cambio de opinión habiéndose presentado como experto de negocios, el escaso horario de atención al público

²⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 126 a 172.

frente a la competencia en el mismo centro comercial y la falta de impulso y diligencia para lograr los fines de contrato.

El Tribunal se referirá a los hechos planteados en la demanda principal al estudiar los temas materia de decisión.

9. Excepciones de mérito formuladas por Sueños y Franquicias Emaús SAS en la contestación de la demanda principal reformada

La parte convocada formuló las siguientes excepciones de mérito, repitiendo unas u otras según las veintidós (22) pretensiones de la demanda inicial.

1. Nulidad.

El franquiciado presenta esta excepción frente a todas las pretensiones.

2. Excepción de Contrato no Cumplido. (frente a pretensiones 1, 2 & 3).

La excepción de contrato no cumplido la fundamenta la convocada con idénticos argumentos a los que constituyen las pretensiones de la demanda de reconvencción: “negociación de un contrato no apto para la operación de la franquicia, no asistencia inicial”; y demás.

3. Inexistencia de la Obligación (frente a pretensiones 4, 5 y 6)

Considera la convocada que las obligaciones de pago de las contraprestaciones deben calcularse sobre las utilidades y no sobre las ventas totales.

4. Mala fe del Franquiciante (frente a pretensiones 4,5 y 6)

En este punto, considera la excepcionante que hay “mala fe” del franquiciante por presentar las facturas para el cobro de las contribuciones cuando ya se habían suscitado las controversias materia de este trámite arbitral.

5. Actos Propios (frente a pretensiones 7 & 8, por el incumplimiento en la contratación de los seguros)

Pretende el excepcionante configurar una vulneración a la doctrina de los actos propios por parte del franquiciante con el argumento de que las pólizas de

seguros no las contrató el franquiciado en la forma y tiempo debidos por causas imputables al mismo franquiciante.

6. Ausencia de requerimientos. (Frente a pretensiones 7 & 8)

Reclama el franquiciado que no puede estar incumplido en una obligación sin que haya mediado un requerimiento del franquiciante.

7. Concurrencia de culpas. (frente a las pretensiones 7 & 8)

Fundamenta esta excepción en la “responsabilidad que le cabe al franquiciante por los incumplimientos en que incurrió”.

8. Temeridad de la Franquiciante (frente a la pretensión 9 relativa a la obligación de adquirir e instalar muebles y rótulos no entregados por el franquiciante)

En este punto el convocado se limita a criticar el proceder del franquiciante.

9. Mala fe del Franquiciante (frente a la pretensión 9).

Reitera la convocante su apreciación de que hay mala fe en el franquiciante por el hecho de haber redactado el contrato.

10. Nulidad Parcial del Contrato (frente a la pretensión 10, consecuencial de la 9 y relativa a la pena Convencional).

11. Cumplimiento efectivo de la obligación (frente a la pretensión 11 relativa a la mantención de la imagen interna y externa del local.)

Se limita el excepcionante a declarar que a su juicio, la obligación está cumplida.

12. Mala fe del Franquiciante (frente a la pretensión 11)

Reitera la convocada su posición en justificar esta excepción indicando que *“a lo largo de la relación comercial ... la franquiciante nunca expresó a través de requerimientos ... que la franquiciada se encontrase en supuestos incumplimientos de las obligaciones de las cláusulas 6.3 y 6.4”*.

13. Temeridad del Franquiciante (frente a la pretensión 11.)

Se limita el excepcionante a criticar la conducta de la convocante.

14. Nulidad Parcial (frente a la pretensión 12, Pena Convencional, consecuencial de la pretensión 11)

Pide la convocada que se deniegue la pretensión 12 por estar fundamentada en una cláusula abusiva que debe ser declarada nula por nulidad total o parcial del contrato.

15. Incumplimiento del Franquiciante (frente a la pretensión 13, relativa a la obligación de comprar productos solamente de los proveedores autorizados.)

Justifica esta excepción en los incumplimientos, según él descritos en los hechos 105 a 108 de la demanda de reconvención.

16. Buena fe de la Franquiciada (frente a la pretensión 13.)

Justifica esta excepción aduciendo buena fe del franquiciado al haber acudido a otro proveedor por necesidad ante la ausencia del representante legal del franquiciante.

17. Abuso del derecho (frente a la pretensión 13).

Reitera el excepcionante su posición en el sentido de que existe abuso del derecho por razón de que las cláusulas del contrato fueron extendidas en por el franquiciante y que éste lo indujo al incumplimiento.

18. Inexigibilidad de la obligación y temeridad de la Franquiciante (frente a la pretensión 13.)

Repite el excepcionante su posición en cuanto a que la imposición de sanciones contractualmente solo es posible luego de “tres trasgresiones”.

19. Nulidad Parcial (frente a la pretensión 14 consecuencial de la 13).

Estima el excepcionante que la cláusula es abusiva y de contera nula.

20. Ilegalidad de la Rescisión. (Frente a las pretensiones 15 y 16).

Considera el excepcionante que la Franquiciante “ejerció la rescisión de manera abusiva y arbitraria”.

21. Abuso del derecho. (Frente a las pretensiones 15 y 16).

Estima el demandado que la declaración de la rescisión se hizo en ejercicio abusivo del derecho.

22. Nulidad Parcial. (Frente a las pretensiones 15 y 16).

Manifiesta el demandado que por ser abusivas, múltiples cláusulas deben ser declaradas nulas.

23. Contrato no cumplido, abuso del derecho, nulidad, actos propios, temeridad, “*inexistencia del bien jurídico cuya demanda se tutela*”, enriquecimiento sin causa, y concurrencia de culpas (Frente a las pretensiones 17, 18 y 19)

24. Cumplimiento efectivo de la obligación (frente a la pretensión 20, en la cual la franquiciante pide que se adopten las medidas señaladas en la cláusula 16 del contrato para el caso de la terminación de la franquicia.)

Pide el excepcionante que se tengan por probados los hechos numerados del 180 al 197 de su demanda de reconvención.

25. Inutilidad de la Pretensión. (frente a la pretensión 20).

Indica el excepcionante que a su juicio es innecesaria la pretensión porque a su juicio las medidas indicadas ya fueron cumplidas.

26. Temeridad y negligencia del Franquiciante (frente a la pretensión 20).

27. Nulidad Parcial (frente a la pretensión 21 que pide “*se declare que el FRANQUICIADO, no tendrá derecho a exigir suma alguna a cualquier título como primas, good will, valorizaciones o similares para cesar sus actividades y/o restituir el “Saber-Hacer” que le haya suministrado el FRANQUICIANTE, ya que el disfrute que este hace del “Saber-hacer”, de los clientes y visitantes y del posicionamiento del FRANQUICIANTE en el establecimientos de comercio se*

deriva exclusivamente de este contrato, sin ningún título especial que le ampare retener dicho “Saber-Hacer” y todo lo relacionado a este y al punto red de la Franquicia).

Estima el excepcionante que esta pretensión fundamentada en lo pactado en el inciso final de la cláusula décimo sexta del contrato en este caso es nula por objeto ilícito y la estima abusiva.

28. Enriquecimiento sin justa causa (frente a la pretensión 21 que se viene de comentar.)

Sustenta esta defensa como que por ser nula “de pleno derecho” esta cláusula, la pretensión conduciría a un enriquecimiento sin causa de la de la franquiciante.

29. Frente a la pretensión 22 mediante la cual la convocante pide la condena en costas, la convocada se opone argumentando que “*todas las controversias del contrato de franquicia que suscitan este procedimiento arbitral, tuvieron origen en el actuar de la franquiciada*”, y le atribuye conducta temeraria en las actuaciones contractuales y procesales.

10. Juramento Estimatorio de Marco Aldany Colombia SAS.

Ambas partes presentaron Juramento Estimatorio de la cuantía en sus respectivas demandas (principal y de reconvención) los cuales fueron objetados dentro de la oportunidad procesal por su contra parte. De las objeciones, el Tribunal corrió el correspondiente traslado mediante auto de fecha 7 de septiembre de 2016, en los términos del artículo 206 del C.G.P.

Sobre las pretensiones de indemnización y eventual aplicación del art. 206 del Código General del Proceso se pronunciará el Tribunal en el acápite pertinente más adelante en este laudo.

11. Pretensiones de la Demanda de Reconvención.

La parte Convocada solicitó se profieran las declaraciones y condenas que relacionó en la reforma de la demanda de reconvención, así:

“ PRETENSIONES PRINCIPALES:

1. *Declárese la nulidad absoluta del contrato de franquicia celebrado el trece (13) de octubre de 2015 entre Marco Aldany Colombia SAS y Sueños y Franquicias Emaús SAS.*
2. *En consecuencia, ordénense como parte de las restituciones mutuas y a favor de Sueños y Franquicias Emaús SAS, la suma equivalente a ciento treinta y un millones trescientos cuarenta y cinco mil ciento noventa y cinco pesos (\$131'.345.195.oo), según se explicará en el juramento estimatorio.*
3. *Asimismo, condénese a Marco Aldany Colombia SAS a la indemnización de perjuicios a favor de Sueños y Franquicias Emaús, por la suma de mil doscientos cuarenta siete millones cuatrocientos cincuenta cuatro mil ochocientos ochenta y ocho pesos (\$1'247.454.888.oo), según se explicará en el juramento estimatorio.*
4. *Además, condénese a Marco Aldany Colombia SAS, al pago de las costas procesales y de los gastos del procedimiento arbitral que se acrediten en el proceso.*

En caso que la Señora Árbitro encuentre que el contrato de franquicia es válido, de la manera más respetuosa, le solicito:

PRIMER GRUPO DE PRESTACIONES SUBSIDIARIAS:

1. *Declárese que Marco Aldany Colombia SAS incumplió su obligación de “negociar en favor del franquiciado locales comerciales aptos para ser adecuados para los fines de la instalación y operación comercial de un establecimiento Marco Aldany”, consagrada en la cláusula 3.2.9 del contrato de franquicia.*
2. *Declárese que Marco Aldany Colombia SAS incumplió su obligación de entregar al franquiciado el “mobiliario que según planos, se necesite para el local”, dentro del cual se comprende (entre otros) “un sillón de pedicura”, de acuerdo con la el penúltimo inciso del numeral 1 de la cláusula 2ª del contrato de franquicia.*
3. *Declárese que Marco Aldany Colombia SAS incumplió con su obligación de permitir el uso pleno de signos distintivos de la marca Marco Aldany, de conformidad con lo establecido en la cláusula XXXX. (sic.)*
4. *Declárese que Marco Aldany Colombia SAS incumplió con su obligación de asistencia durante la apertura del local, consagrada en la cláusula 3.2.13 del contrato de franquicia.*

5. *Declárese que Marco Aldany Colombia SAS incumplió con su obligación de capacitar el personal del franquiciado, de conformidad con la cláusula 3.2.4 del contrato de franquicia.*
6. *Declárese que Marco Aldany Colombia SAS incumplió con su obligación de “aprobar o no al personal del FRANQUICIADO que curse la capacitación a que el presente inciso se refiere”, incorporada en la cláusula 3.2.5 del contrato de franquicia.*
7. *Declárese que Marco Aldany Colombia SAS incumplió con su obligación de transferencia plena del “know-how”, de conformidad con la cláusula xxx (sic) del contrato de franquicia.*
8. *Declárese que Marco Aldany incumplió su obligación de “negociar en favor del FRANQUICIADO son (sic) los proveedores, tanto en precio como en calidad para la adquisición de los productos consumibles”, tales como la keratina y el alcohol antiséptico, de conformidad con la cláusula 3.2.8 del contrato de franquicia.*

PRETENSIONES CONSECUCIALES DEL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

1. *Declárese válida la procedencia de la excepción de contrato no cumplido propuesta por Sueños y Franquicias Emaús el primero (1º) de marzo de 2016.*
2. *Declárese ilegal la rescisión unilateral adelantada por Marco Aldany Colombia SAS del contrato de franquicia celebrado el trece (13) de octubre de 2015.*
3. *Condénese a Marco Aldany Colombia SAS a la indemnización de perjuicios a favor de Sueños y Franquicias Emaús, por la suma de mil trescientos setenta y ocho millones ochocientos mil ochenta y tres pesos (\$1'378.800.083.00), según se explicará en el juramento estimatorio.*
4. *Condénese a Marco Aldany Colombia SAS, al pago de las costas procesales y de los gastos del procedimiento arbitral que se acrediten en el proceso.*

En caso que la Señora Árbitro encuentre cumplidas las obligaciones enumeradas en el primer grupo de pretensiones subsidiarias, y como consecuencia de lo anterior, considere improcedente la excepción de contrato no cumplido, de la manera más respetuosa, le solicito:

SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

1. *Declárese ilegal la rescisión unilateral adelantada por Marco Aldany Colombia SAS del contrato celebrado el trece (13) de octubre de 2015.*

2. *Condénese a Marco Aldany Colombia SAS al pago de la indemnización de perjuicios a favor de Sueños y Franquicias Emaús SAS, por la suma de mil trescientos setenta y ocho millones ochocientos mil ochenta pesos y tres (\$1'378.800.083), según se explicará en el uni.(sic.)*
3. *Condénese a Marco Aldany Colombia SAS, al pago de las costas procesales y de los gastos del procedimiento arbitral que se acrediten en el proceso.”*

12. Los hechos planteados en la demanda de reconvención reformada.

Los hechos que soportan las pretensiones de la parte convocante en reconvención están relacionados en el texto de la demanda de reconvención reformada en 208 hechos y se refieren a los siguientes temas así:

- (i) Antecedentes de las partes
- (ii) De las tratativas entre las partes procesales
- (iii) Del pago de la regalía inicial a la suscripción del Contrato de Franquicia
- (iv) De la negociación del local para la operación de la Franquicia
- (v) De la adecuación del local S-12 del Centro Comercial Fontanar
- (vi) Del proceso de la solicitud de las pólizas de seguros
- (vii) De la apertura al público del establecimiento franquiciado Marco Aldany
- (viii) De los incumplimientos de la Franquiciante tales como:
 - Incumplimiento a la obligación de entregar mobiliario
 - Incumplimiento a la obligación de la asistencia inicial
 - Incumplimiento a la obligación de capacitar y aprobar el personal
 - Incumplimiento en la negociación de un local apto para la operación de la Franquicia
- (ix) Del primer pedido y la compra de la keratina

- (x) Del cumplimiento formal del último instalamento de la regalía inicial
- (xi) De la excepción de contrato no cumplido.
- (x) De las medidas de la franquiciada para mitigar el daño y las reacciones insólitas de la franquiciante
- (xi) De la terminación unilateral del Contrato de Franquicia por la Franquiciante
- (xii) De las actuaciones de la Franquiciada que responden a su deber de mitigación del daño
- (xiii) Del cumplimiento de las obligaciones de la franquiciada a la terminación unilateral del Contrato
- (xiv) De las actuaciones muy puntuales de la Franquiciante tras su terminación unilateral del Contrato

La convocante/demandada en reconvención se pronuncia sobre todos y cada uno de los hechos aceptando unos, aclarando otros y negando rotundamente los que se refieren a unas presuntas “promesas del franquiciante” (hecho 18), a la posición del franquiciado durante la negociación del contrato de concesión sobre el local S-12 del Centro Comercial Fontanar (hechos 52 a 59), sobre la entrega de las pólizas de seguros (hecho 69), sobre la entrega del mobiliario (hecho 73), entre otros.

El Tribunal se referirá a los hechos planteados en la reconvención al estudiar los temas materia de decisión.

13. Excepciones de mérito formuladas por MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S. en la contestación de la demanda de reconvención reformada.

En el capítulo “Excepciones de Mérito” la parte convocada en reconvención hace primero un recuento y análisis de lo que considera incumplimientos de Sueños y Franquicias Emaús SAS, y a continuación formula sus excepciones de mérito:

Incumplimientos:

- 1) Incumplimiento en el pago del canon inicial que remunera la transferencia del “saber hacer” y licenciamientos de uso de marca y software contenida en la cláusula segunda (02) del contrato de franquicia.
- 2) Incumplimiento derivado del no pago de la contribución continua al fondo de publicidad por parte del franquiciado conforme a la cláusula segunda (02) del contrato de franquicia.
- 3) Incumplimiento de constitución y entrega de pólizas de seguro que amparen los riesgos derivados de la operación del punto de red franquiciado conforme clausula decima primera (11) del contrato de franquicia.
- 4) Incumplimiento de la obligación de mantención de la imagen interna y externa del local comercial, contenida en la cláusula sexta (6) numerales seis punto tres y seis punto cuatro (6.3 y 6.4).
- 5) Incumplimiento de la obligación expresa en la cláusula quinta (5) numeral cinco puntos doce (5.12) y (7.2) concerniente al deber de adquirir los productos cosméticos y de belleza uniformes y demás materiales suministrados por el FRANQUICIANTE o sus proveedores autorizados.
- 6) Daños a la reputación e imagen de la Marca Marco Aldany Colombia S.A.S.

Excepciones de Mérito:

“

- A. *Rescisión del Contrato de Franquicia como consecuencia del incumplimiento contractual del Franquiciado, en los términos del contrato suscrito el pasado trece (13) de octubre de 2015 y la legislación aplicable al mismo.*
- B. *Legalidad, validez y eficacia de las cláusulas de terminación anticipada unilateral – rescisión.*
- C. *Cumplimiento de las formalidades que la ley exige para la validez y existencia del Contrato de Franquicia.*
- D. *Incumplimiento del Contrato en cuanto al agotamiento del procedimiento requerido para solventar controversias o declarar los incumplimientos pretendidos.*
- E. *Ilegalidad, falta de idoneidad o conducencia de las pruebas aportadas por el Franquiciado.*
- F. *Excepción genérica.”*

El Tribunal hará el estudio correspondiente de las excepciones más adelante en este Laudo.

14. Pruebas decretadas y practicadas.

El Tribunal considera útil y necesario, para el sustento de la decisión que adoptará en este Laudo, relacionar los medios de prueba solicitados por las partes y decretados en Auto de 23 de enero de 2017 y, en tal sentido, consta en el expediente que se practicaron las siguientes:

14.1 Pruebas solicitadas por Marco Aldany Colombia S.A.S.

14.1.1. Documentales: Se ordenó tener como pruebas, con el valor legal correspondiente, los documentos aportados por esta parte con la Demanda Inicial (folios 1 a 245 C. Pruebas 1), con la Reforma de la Demanda (folios 246 a 252 C. Pruebas 1), con la Contestación a la Demanda de Reconvención y a su Reforma (folios 117 a 259 C. Pruebas 3) y con el escrito en el que se describió traslado de excepciones y de la objeción al juramento estimatorio de la cuantía (folio 38 a 41 C. Principal 2).

14.1.2 Interrogatorio de parte: Se decretó y practicó, en audiencia de 1 de febrero de 2017, el interrogatorio de parte a la representante legal de la sociedad Sueños y Franquicias Emaus S.A.S.²⁵

14.1.3 Exhibición de Documentos: A solicitud de la convocante se decretó y practicó diligencia de exhibición de documentos, la cual se llevó a cabo el 1 de febrero de 2017 en la sede del Tribunal.

La representante legal de la convocada exhibió y aportó en copia los documentos de que da cuenta el Acta No. 11²⁶.

14.1.4 Inspección Judicial: A solicitud de la convocante se practicó el 2 de febrero de 2017 diligencia de inspección judicial en el Local S-12 del Centro Comercial Fontanar, como consta en Acta No. 12²⁷ y según las fotos incorporadas al expediente²⁸.

²⁵ Folio 348 Cuaderno Principal N° 2

²⁶ Folios 348 y 349 Cuaderno Pruebas Principal No. 2

²⁷ Folios 354 y 355 Cuaderno Principal No. 2

²⁸ Folios 655 a 661 Cuaderno Pruebas No. 3

14.2 Pruebas solicitadas por Sueños y Franquicias Emaus S.A.S.

14.2.1. Documentales: Se ordenó tener como pruebas, con el valor legal correspondiente, los documentos acompañados con la Demanda de Reconvención (folios 1 a 709 C. Pruebas 2), con la contestación de la Reforma de la Demanda (folios 1 a 116 C. Pruebas 3), con la Reforma de la Demanda de Reconvención (folios 170 a 264 C. Pruebas 3) y con el escrito mediante el cual se recorrieron traslados de excepciones (folios 266 a 421 C. Pruebas 3).

14.2.2. Exhibición de Documentos: A solicitud de la convocada se decretó y practicó diligencia de exhibición de documentos, la cual se llevó a cabo el 1 de febrero de 2017 en la sede del Tribunal.

El representante legal de la convocante exhibió y aportó en copia los documentos que da cuenta el Acta No. 11²⁹

14.2.3. Oficios: El Tribunal libró oficios, por solicitud de la convocada, a la Superintendencia de Industria y Comercio, al Consulado de España en Colombia y a la Cámara Colombiana de Franquicias. Las respuestas a los oficios fueron incorporadas al expediente.

14.2.4 Interrogatorio de parte: El Tribunal decretó y practicó, en audiencia realizada el 1 de febrero de 2017, el interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad Marco Aldany Colombia S.A.S.³⁰

14.2.5. Declaración de terceros: A solicitud de la convocada se recibió el testimonio de Claudia Rocío Morales en audiencia llevada a cabo el 1 de febrero de 2016³¹. La transcripción correspondiente fue puesta a disposición de las partes.

La convocada desistió de los testimonios de Francisco Javier Martínez Bonafonte y María Fernanda Castillo según consta en Acta No. 11.

14.2.6. Dictámenes Periciales. Por solicitud de la convocada el Tribunal decretó un dictamen técnico sobre aseguramiento, recolección certificación y presentación como evidencia digital de la Prueba No. 21 presentada en la demanda de reconvención.

²⁹ Folio 351 Cuaderno Principal No. 2

³⁰ Folio 348 Cuaderno Principal N° 2

³¹ Acta No. 11, folio 350 Cuaderno Principal No. 2

El apoderado de la convocada desistió del dictamen en la audiencia en la que se decretaron prueba, razón por la cual el Tribunal aceptó el desistimiento y no practicó el dictamen³².

14.2.7. Prueba de oficio

En consideración de que la convocada solicitó una inspección judicial con fines contables, el Tribunal, decretó de oficio un dictamen pericial contable con el fin de revisar las operaciones contables en el desarrollo del contrato de franquicia y determinar los supuestos perjuicios alegados por las partes³³. El Tribunal designó al doctor Tayron Roa quien se posesionó el 1 de febrero de 2017, entregó el dictamen el 25 de abril de 2017 y las aclaraciones y complementaciones el 25 de mayo siguiente.

15. Alegatos de conclusión

En la audiencia celebrada el 1 agosto de 2017 los apoderados de las partes presentaron al Tribunal sus respectivos alegatos de conclusión y un resumen escrito de los mismos. La apoderada de la parte convocante ratificó los supuestos de hecho y de derecho en los que fundamenta las pretensiones contenidas en la reforma de la demanda; a su turno, el apoderado de la sociedad convocada expuso los fundamentos fácticos y jurídicos en los que respalda las excepciones de mérito propuestas que solicitó acoger para negar las pretensiones de su contraparte, así como las pretensiones de la demanda de reconvencción. Los documentos aportados por las partes fueron incorporados al expediente.³⁴

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Para las decisiones que adoptará este Tribunal, importa presentar unas consideraciones previas.

³² Acta No. 10, folios 323 a 335 Cuaderno Principal No. 2

³³ Acta N° 10, folios 323 a 335 Cuaderno Principal N° 2

³⁴ Folios 409 y ss Cuaderno Principal No. 2

1. Consideraciones Previas

1.1. Naturaleza Jurídica del Contrato de Franquicia en general.

Para los comerciantes y empresarios reunidos en la Cámara Colombiana de Franquicias, esta forma de contratación es vista desde dos ángulos así:

*“Es un modelo de expansión de negocios a través del cual una empresa es capaz de conquistar, incursionar en nuevos mercados otorgando a otros empresarios el licenciamiento de uso de una marca, entregando el know how y el conocimiento de su negocio **a cambio de un canon de entrada y unas regalías**”* (Negrillas y subrayas del Tribunal.)

“La otra perspectiva considera como una alternativa de emprendimiento a partir de la cual un emprendedor se convierte en franquiciado, es decir adquiere la posibilidad de explotar un negocio con marca, conocimiento con el soporte de un franquiciante que es un empresario que ya conoce el negocio, ha probado que es exitoso y está dispuesto a compartir su conocimiento con el nuevo emprendedor. Así que se trata de un emprendimiento con soporte y eso es una franquicia.”³⁵

A pesar de que se ha ido difundiendo esta forma contractual, es escasa la jurisprudencia sobre la materia, pero para el caso en estudio existe el antecedente próximo del Laudo Arbitral que definió las controversias entre el Parque Nacional de la Cultura Agropecuaria S.A. – Panaca S.A. y el Parque Agropecuario la Sabana S.A., proferido en Bogotá, el 12 de agosto de 2009 (en adelante, el Laudo Panaca).³⁶

Al referirse a la naturaleza jurídica del contrato de franquicia, señala dicho laudo lo siguiente:

“...se trata de un contrato atípico (o innominado), negocio jurídico sobre el que sienta el tribunal unas pocas precisiones alrededor de su naturaleza jurídica, con el fin de establecer algunas consecuencias respecto de la estructura de sus prestaciones y el comportamiento esperado de las partes.

(...)

“La franquicia es... uno de los contratos que se caracterizan por un elevado nivel de

³⁵ <http://www.colfranquicias.com/index.php/orientacion/que-son-las-franquicias>

³⁶ Laudo Arbitral Parque Nacional de la Cultura Agropecuaria S.A. – PANACA S.A. vs Parque Agropecuario de la Sabana S.A. , 12 de agosto de 2009.

imbricación técnica y económica entre los contratantes...³⁷

(...)

*“Estos contratos hay que estudiarlos como verdaderos **contratos marco**, y es impropio concebir el contrato de franquicia para “un simple tránsito bilateral sinalagmático de bienes y capital”. En estos contratos la estructura de **cambio** se sustituye por la **colaboración**, y sin que se conforme una sociedad es procedente su afiliación a los contratos asociativos (en sentido lato), sin que la colaboración comercial que ello implica suponga la convergencia de intereses, pero sí “la existencia de un deber recíproco de ayuda y actuación coordinada”³⁸*

(...)

“Se trata de contratos de lenta maduración en su ejecución, en los que deben preverse mecanismos contractuales de ajuste distintos de las revisiones del art. 868 del C. De Co. (por “circunstancias extraordinarias, imprevista o imprevisibles”), y en los que deben tener las partes contratantes una gran flexibilidad para buscar la adecuación del texto contractual a las exigencias de la vida real, esto es, a las circunstancias propias de cada actividad empresarial.

(...)

“La franquicia no es un contrato de cambio propiamente hablando... sino un híbrido entre los contratos de disposición y los contratos organizativos. Aunque posee elementos de licencia de propiedad industrial, de representación, y del contrato asociativo, éstos no son elementos absorbentes con capacidad para totalizar el régimen del negocio en una subsunción, sino sólo rasgos de una institución autónoma sui generis, que exige el tratamiento de los ocasionales conflictos en relación al modelo de solución racional más próximo del ordenamiento jurídico, conforme a su naturaleza jurídica”

(...)

“En síntesis, la franquicia se perfila “como un contrato dispositivo y de organización, destinado a la creación de una unidad económica y funcional, no típica, mediante la cesión de licencia sobre bienes inmateriales de empresa y el reparto de funciones internas y externas entre las empresas pertenecientes al sistema. La franquicia constituye una agrupación empresarial sin personalidad jurídica”

(...)

“Una concepción del contrato de franquicia bajo los anteriores criterios “moderaría pretensiones abusivas del contratante dominante, o habilitaría pretensiones de los contratantes débiles, que es difícil que aparezcan recogidas en un contrato redactado

³⁷ Laudo Panaca - Pag. 121

³⁸ Laudo Panaca - Pag. 163

por la parte contratante mas fuerte, pero que se deducen lógicamente del reparto de funciones que implica el negocio de franquicia”^{39 40}.

De lo anterior se concluye que, si bien existe un deber recíproco de colaboración y de actuación coordinada, el franquiciado o franquiciatario no pierde su autonomía empresarial, todo lo contrario, está obligado a desplegar su propia iniciativa en la gestión del negocio encomendado respetando, obviamente, la filosofía y política del respectivo negocio.

Para mejor comprensión el Tribunal acude a los principios de Unidroit como fuente de interpretación, dentro de lo que destaca lo siguiente:

*“Franquicia significa los derechos concedidos por una persona (el franquiciador) autorizado y exigiendo a otra (el franquiciado), a cambio de contraprestaciones financieras directas o indirectas, para dedicarse en su propio nombre y cuenta al negocio de venta de bienes o de prestación de servicios, de acuerdo con un sistema indicado por el franquiciador que comprende su “know-how” y asistencia, prescribe en modo sustancial la forma en la cual el negocio franquiciado debe de ser explotado, incluye un control operacional significativo y continuo por parte del franquiciador, y está sustancialmente asociado a una marca de producto o servicio, nombre comercial o logotipo indicado por el franquiciador. ...A efectos de la presente definición, las “contraprestaciones financieras directas o indirectas” no incluyen el pago de un precio de adquisición equitativo de los bienes destinados a la reventa.”*⁴¹

En la Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional, se encuentran como elementos básicos de una franquicia de formato comercial que:

- Un empresario (el franquiciador) ha desarrollado un sistema de hacer negocio que funciona, y decide conceder a otro empresario (el franquiciado) el derecho a utilizar este sistema;
- Los dos empresarios son legal y económicamente empresas independientes: el franquiciado invierte su propio dinero y asume el riesgo de perder el dinero que ha invertido si la empresa no tiene éxito;
- La concesión del derecho a utilizar el sistema de franquicia conllevará el derecho del franquiciado a utilizar los activos del franquiciador, [o sea] especialmente su

³⁹ Laudo Panaca – Pag. 203 y 204

⁴⁰ La cita entre comillas corresponde a la obra del profesor español – Universidad de Valladolid- a su vez reseñada en el Laudo arriba citado

⁴¹ <http://www.unidroit.org/spanish/modellaws/2002franchise/2002modellaw-s.PDF>

know-how, en la forma de los métodos comerciales y técnicos que son parte de su sistema, sus marcas y otros derechos de la propiedad intelectual;

- El franquiciado a cambio se compromete a seguir el método elaborado por el franquiciador y a pagar la compensación que se le pida, normalmente una cuota de entrada y/o cuotas periódicas, calculándose esto último normalmente como un porcentaje de la facturación realizada;
- El franquiciador conserva los derechos de supervisión sobre la manera en que el franquiciado implementa el sistema de franquicia; y
- El franquiciador normalmente se compromete a proporcionar al franquiciado formación y asistencia continua.

Además de lo anterior, una variedad de acuerdos y compromisos de las partes pueden estar presentes en el contrato o en documentos accesorios. Algunos de estos son potencialmente controvertidos y no todos están presentes en todos los contratos al mismo tiempo. Cuáles estén presentes lo determinará el objeto del contrato. Ejemplos de tales acuerdos o compromisos son:

- Un compromiso del franquiciador de no conceder otras franquicias, o no dedicarse él mismo al negocio franquiciado, dentro de una cierta área específica la cual el franquiciado se le concede el derecho a desarrollar (“exclusividad territorial”);
- Una obligación por parte del franquiciado de vender sólo los productos del franquiciador (“exclusividad de producto”);
- Una obligación por parte del franquiciado de comprar los productos que vende o utiliza en el negocio de la franquicia sólo del franquiciador o de proveedores aprobados y/o recomendados por el franquiciador; y
- El suministro por el franquiciador de listas indicativas de precios, aunque sólo sean de naturaleza indicativa, puede a veces acercarse a, o puede ser considerada como, una forma de fijación de precios. La cláusula contractual en

Además, el franquiciador:

- Podría arrendar al franquiciado el equipo que el franquiciado necesita para su actividad;
- Podría ser el propietario o arrendatario de los locales que el franquiciado va a utilizar y podría arrendar o subarrendarlos al franquiciado, creando de este modo una relación propietario/inquilino;
- Podría prestar asistencia para la decoración interior de la unidad a fin de garantizar que se ajuste a la de las otras unidades de la red;

- Podría ayudar al franquiciado a encontrar recursos económicos a través de sus contratos con instituciones financieras; y
- Podría incluso centralizar la contabilidad de la red de franquicia entera.

También pueden encontrarse cláusulas contractuales que:

- Liberen al franquiciador de responsabilidad por acciones u omisiones por parte del franquiciado; y
- Exijan al franquiciado que contrate cobertura asegurativa con el franquiciador como beneficiario.
A menudo, aunque no siempre, aun habiendo quienes lo consideren como un elemento fundamental de un acuerdo de franquicia, el franquiciador ayudará al franquiciado en la elección de la sede de la unidad (...)

Dependiendo del tipo de franquicia de que se trate, el franquiciado se comprometerá:

- A cumplir con los estándares y/o procedimientos elaborados por el franquiciador;
- A no revelar el know-how que le sea transmitido por el franquiciador a terceras partes; y
- A no dedicarse a una actividad que compita con la de la franquicia

Si los miembros de la red de franquicia se van a beneficiar de la imagen común que presentan al consumidor, debe haber algún control sobre la calidad de los bienes y servicios que ofrecen, a fin de asegurar que no estén por debajo del estándar. El franquiciador, como propietario de la marca y formato comercial concernidos, tiene un interés legítimo en asegurar que la calidad de la prestación de los franquiciados se mantiene. Los contratos de franquicia por lo tanto proporcionarán al franquiciador amplios poderes para controlar que el franquiciado mantenga los estándares exigidos y siga procedimientos fijados. También preverá extensos derechos para que el franquiciador rescinda el contrato si el franquiciado no cumple con sus términos. Las disposiciones sobre rescisión normalmente atañerán sólo al derecho del franquiciador a rescindir si el franquiciado no cumple.

Como Obligaciones del franquiciante se encuentran el proporcionar información (información inicial y continua), formación (inicial y continua), manuales, adaptaciones y cambios, asistencia y otros servicios (asistencia inicial y continua), suministro de mercancías, protección de marcas. (Las subrayas y negrillas son de quien esto escribe.)

Encuentra el Tribunal que los elementos esenciales de la Franquicia arriba descritos, están presentes en el Contrato de Franquicia celebrado el 13 de octubre de 2015 entre MARCO ALDANY COLOMBIA SAS (en adelante MAC, o el franquiciante o la convocante) y SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS SAS (en adelante SFE o el franquiciado o la convocada o la convocante en reconvención), así:

- i. Es un contrato entre dos sociedades mercantiles: la una, MAC, que ha desarrollado un sistema de prestar servicios de peluquería que ha funcionado en otras partes del mundo (“...IV. Que la marca MARCO ALDANY cuya notoriedad internacional es avala (sic) por su presencia en varios países de Europa y América...” y decide concederle a la otra, SFE, de derecho de usar este sistema. Se lee en la CONSIDERACIÓN III: Que MAC legítima titular del contrato master de franquicia “MARCO ALDANY” para el territorio de la República de Colombia por un término de duración de veinte (20) años contados desde el 2015”)
- ii. Las dos sociedades son legal y económicamente independientes: el franquiciado, invierte su propio dinero y asume el riesgo de perder el dinero que ha invertido si la empresa no tiene éxito; Véanse las declaraciones contenidas en las CONSIDERACIONES: ... VII. Que el FRANQUICIADO conoce de la existencia del sistema de franquicias MARCO ALDANY y que, por ende, se encuentra interesado en adquirir una franquicia de dicho sistema ...VIII. Que el FRANQUICIADO cuenta con la capacidad económica necesaria suficiente, así como la solvencia probada u suficiente, para obligarse en los términos de este contrato, en especial en lo relativo en (sic) la adquisición y a la operación de una franquicia denominada MARCO ALDANY.... Y que en virtud de su probada solvencia, así como de su capacidad económica y suficiente, acepta y reconoce, que para la adquisición y/o operación de la Franquicia MARCO ALDANY, no requiere que el FRANQUICIANTE le provea financiamiento alguno. ...XI. Que ambas partes, declaran, reconocen y aceptan que están de acuerdo respecto a que el éxito particular de los establecimientos MARCO ALDANY será posible cuando dichos establecimientos sean operados conforme a los estándares del sistema MARCO ALDANY, lo que indica en gran medida dependerán de la capacidad y diligencia del FRANQUICIADO...”

También en el Parágrafo de la Cláusula Tercera en tanto que “El Franquiciado está de acuerdo que los márgenes de utilidad que se estima obtendrá por la

operación del establecimiento ... es una previsión, pues los mismos se han calculado en base a (sic) a los promedios históricos. ... El Franquiciante no otorga en virtud del presente contrato ni de cualquier otro documento garantía alguna sobre el nivel de ventas, mercantilidad y/o éxito del establecimiento; ... aceptando el Franquiciado que el posicionamiento, clientela, éxito, nivel de ventas y mercantilidad del mismo, dependerá de su única y exclusiva responsabilidad y gestión. ... “

Confirman las partes que los riesgos son del franquiciado aún en caso de los riesgos asegurados, cuando pactan que: *”en caso de siniestros sin que se hubiere verificado la vigencia de la póliza o amparos, será el Franquiciado el único responsable de asumir por su cuenta y riesgo el lleno de los daños patrimoniales propios o de terceros que se ocasionen por su omisión”*, conforme al parágrafo de la cláusula décima primera.

Tales declaraciones y compromisos adquieren particular relevancia porque provienen del franquiciado quien ha declarado ser experto en temas económicos y financieros⁴²

Precisamente por razón de la independencia entre las partes contratantes y de la naturaleza de la franquicia, y su carácter asociativo y bajo el entendido que se trata de relaciones de colaboración y no relaciones de cambio, resulta inapropiado configurar relaciones de dependencia.

- iii.* La concesión del derecho a utilizar el sistema de franquicia conlleva el derecho del franquiciado a utilizar el know-how y otros derechos de la propiedad intelectual; tal como está pactado en la Cláusula Primera, Objeto *“...El Franquiciante otorga al Franquiciados... licencia limitada de uso de las marcas, y la transferencia del saber hacer- know-how y la asistencia técnica.”*
- iv.* Otro elemento esencial que es la remuneración por esa concesión que, según indica UNIDROIT, consiste normalmente en una cuota de entrada y/o cuotas periódicas, calculándose esto último normalmente como un porcentaje de la facturación realizada, está presente en el contrato bajo estudio. Son tres (3) las contraprestaciones económicas que a manera de remuneración están previstas en este Contrato: el pago de entrada o regalía inicial y otras dos

⁴² Alegatos de Conclusión SFE, Folio 449 reverso Cuaderno Principal No. 2 y Declaración de la Señora Marcela Cárdenas (q.e.p.d.), Folio 455 y ss Cuaderno de Pruebas No.5

como porcentaje de las ventas pactadas en la cláusula segunda, que por su efecto en las pretensiones se transcribe así:

- “2.1 - una regalía inicial y única por la cantidad de CIENTO NOVENTA MILLONES DE PESOS COLOMBIANOS) (190.000.000 COL) más IVA, cantidad la cual (sic) será liquidada de la siguiente manera:*
- 50.000.000 Pesos Colombianos, a la firma de la reserva de contrato (ya pagado)*
 - 95.400.000 Pesos Colombianos, a la firma del presente contrato de franquicia mediante Transferencia Bancaria a la cuenta ... a nombre de MARCO ALDANY COLOMBIA SAS*
 - 75.000.000 Pesos Colombianos, mediante talón / letra / pagaré, con vencimiento no superior al 1 de marzo del 2016, a nombre de MARCO ALDANY COLOMBIA SAS.*

Esta regalía inicial deberá ser cubierta en su totalidad a la firma del presente contrato, por lo cual el FRANQUICIANTE otorgará al FRANQUICIADO el recibo correspondiente, ...

El valor antes señalado comprende además del derecho de franquicia por diez (10) años, el licenciamiento no exclusivo de la marca, el licenciamiento no exclusivo del software o sistema de cómputo, la entrega en comodato precario de los manuales de imagen, operación, adecuación, capacitación, entre otros, y la entrega por parte del FRANQUICIANTE del mobiliario que, según planos, se necesite para el local...”

- 2.2 Una regalía continua mensual equivalente al seis (6%) por ciento de las ventas totales mensuales, como contraprestación por el uso de marcas, material registrado, ...*
- 2.3 Una contribución continua para el fondo de Publicidad y Mercadotecnia equivalente al dos (2%) por ciento sobre las ventas totales mensuales. ...”*

Destaca el Tribunal, que la forma en que están pactadas las contraprestaciones económicas son las que se consideran normales para este tipo de negocios: un pago inicial y otros porcentajes sobre ventas. Respecto de las cuantías de las mismas, nada hay que decir porque las sumas fueron negociadas durante meses entre las partes, ambas plenamente capaces y profesionales.

Respecto de los elementos accidentales o adicionales o accesorios arriba nombrados, nota el Tribunal que igualmente, están presentes en el contrato bajo estudio, entre los cuales se destacan, las obligaciones a cargo del franquiciante o franquiciador y en favor del franquiciado descritas en la cláusula tercera, las de asistencia representada en la entrega de la lista de equipo, mobiliario y suministros (3.2.1), entregar manuales operativos (3.2.3), capacitar al personal de la primera plantilla (3.2.4), negociar en favor del franquiciado con proveedores (3.2.8), negociar en favor del franquiciado locales comerciales aptos adecuados a los fines de la instalación y operación del establecimiento (3.2.9); las obligaciones a cargo que franquiciado para el mejor éxito del establecimiento, descritas en la cláusula quinta; la limitación a un territorio (cláusula cuarta); entre otros.

De lo anterior concluye el Tribunal que el Contrato bajo estudio es en efecto un contrato de franquicia y que las declaraciones (“CONSIDERACIONES”) y estipulaciones, en particular, las que se refieren a la independencia de las empresas, la remuneración del franquiciante o franquiciador, la distribución de riesgos, las recomendaciones sobre donde debe ubicarse el local comercial, son las que normalmente se usan y se entienden razonables en este tipo de contratos.

1.2. Validez del Contrato de Franquicia celebrado el 13 de octubre de 2015 entre MARCO ALDANY COLOMBIA SAS y SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS SAS

Reviste particular importancia el análisis de la validez del contrato objeto de estudio en este trámite arbitral, por tres razones: primero, porque siempre es deber analizar la validez del contrato en toda acción contractual y en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 1747 del Código Civil; segundo, porque en este caso, la primera pretensión declarativa de la demanda de reconvención fue justamente que se declarase la nulidad absoluta del contrato⁴³ pero en los alegatos de conclusión expresamente renuncia a dicha pretensión⁴⁴, aunque esa misma nulidad es invocada como excepción de mérito frente a las pretensiones de la demanda inicial, lo que además obliga a la revisión cuidadosa en procura de respetar el principio de la congruencia (artículo 281 del C.G.P.); y, tercero, porque planteada como excepción, en caso de ser probada, conduciría a rechazar todas las pretensiones, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 282 del C.G.P.

⁴³ Cuaderno Principal No. 2, folios 43 y 44

⁴⁴ Cuaderno Principal No. 2, folio 443

Así las cosas, por todo lo anterior, este Tribunal procede a analizar la validez del contrato de franquicia.

Respecto de la existencia y la capacidad de las partes, se tiene que si bien las tratativas y convenios iniciales fueron alcanzados con la Señora Marcela Cárdenas Muñoz (q.e.p.d.) a título personal⁴⁵, el contrato de franquicia fue celebrado por sociedades legítimamente constituidas plenamente capaces y sin reparo frente a su existencia y representación, así como de su composición accionaria que conforme a certificado de la Contadora Pública Ana María Trujillo a 14 de septiembre de 2016 era de 50% Marcela Cárdenas Muñoz y 50% Consultorías Empresariales CM SAS.

No encontró reparo el Tribunal frente a que las partes hubieren llegado a celebrar el contrato manifestando su consentimiento libre de error, de fuerza o de dolo, y con plena satisfacción de haberse dado y recibido la información suficiente, en los aspectos legales y económicos, durante las negociaciones previas y posteriormente durante las discusiones del modelo de contrato, particularmente teniendo en cuenta, como lo declara la franquiciada repetidamente, que es experta en materias económicas.

Tampoco encontró el Tribunal ilicitud en el objeto por contravención de alguna norma de orden público o, en particular, relacionada con la propiedad intelectual.

En consecuencia, este Tribunal estima que el contrato objeto de análisis en este litigio es válido, y por consiguiente no prospera la excepción de nulidad formulada por la convocada contra todas las pretensiones de la demanda.

En lo referente a las reglas de interpretación aplicables por ser o no un contrato de adhesión, destaca el Tribunal que tanto la convocada como la convocante consideran al Contrato de Franquicia como uno de adhesión. La realidad reconocida por ambas partes es que el texto general del contrato fue extendido por el franquiciante, Marco Aldany Colombia SAS y sometido a consideración del franquiciado, Sueños y Franquicias Emaús SAS, quien presentó unas propuestas de cambio y solicitudes de explicación que le fueron atendidas.

Es pertinente recordar, que: *“Contrato de libre discusión es aquel en que ambas partes discuten libremente las obligaciones que contraen. El comprador de una casa discute con su vendedor libremente el precio, señala las condiciones del contrato, se*

⁴⁵ Véanse los contratos de reserva de zona, la declaración de parte y referencias a las negociaciones

conviene en uno o varios plazos para pagar el precio, etc. Ambas voluntades se manifiestan con voluntad plena.

Al lado de este contrato existe el de adhesión, fruto de la época actual, en el que se elimina toda discusión. Lo emplean las grandes empresas y en general los comerciantes, para la venta de sus productos, para el suministro de energía, para el transporte de personas o cosas. La empresa anuncia al público las condiciones del contrato sin permitir sobre ellas discusión alguna; es verdad que se tiene libertad de celebrar el contrato o abstenerse de celebrarlo; pero no se pueden proponer cambios o condiciones, ya que se adhiere al contrato o no lo celebra”⁴⁶

Respecto de la interpretación de los contratos de adhesión, en 1993, dijo la Corte Suprema de Justicia, recogiendo a su vez jurisprudencia de 1974:

“5. El argumento basilar del cargo, consistente en que el contrato celebrado entre las partes en conflicto es de adhesión y que por esta sola circunstancia, es ineficaz o inválida únicamente su cláusula duodécima (12ª), reguladora de la terminación de dicho pacto, resulta absolutamente inane para obtener los fines indicados y, consecuentemente, para determinar la aniquilación del fallo recurrido, pues ni la doctrina ni la jurisprudencia le han negado a los contratos de adhesión fuerza vinculatoria contractual, sino que por el contrario, los ha encontrado escenarios adecuados para desarrollar ciertos principios de hermenéutica contractual, por cuanto si bien la desigual posición de las partes en la formación de estos acuerdos, ha originado seria disparidad de criterios sobre su naturaleza jurídica, hasta el punto de que algún sector de la doctrina se ha inclinado por negarle a tales contratos su carácter contractual, otro, mayoritario, sostiene la llamada teoría contractual de los actos de adhesión mediante la aducción de una razón apta para absolver toda perplejidad: en definitiva, el contratante débil resulta vinculado sólo por la aceptación que otorga pudiéndola también rechazar; es decir. “... los contratos de adhesión si tienen real y efectivamente el carácter de verdaderos contratos. Contratos especiales quizá, y que por ese concepto merecen una interpretación particular, pero contratos al fin “porque el individuo conserva la voluntad de no contratar, si contrata es porque quiere. El individuo es libre para no comprometerse pero una vez comprometido está obligado a respetar su decisión: es el efecto del contrato.”(Mazeaud, Derecho Civil pág. 401, parte I y 104, parte II) (Cas. Civil de 8 de mayo de 1974). Y sobre dichas bases han sostenido los doctrinantes pertenecientes al segundo grupo que los contratos de adhesión constituyen un campo excepcionalmente propicio para la aplicación extensiva de algunos principios clásicos en la interpretación de los actos jurídicos, entre ellos el consignado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual

⁴⁶ Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil.- Tomo III De las obligaciones, Cuarta Edición. Editorial Temis Bogotá 1974, página 68.

conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a los literal de las palabras... lo cual significa que"... cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica, quedan escritos en cláusulas claras precisas y sin asomos de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación."⁴⁷

Más recientemente sostuvo la jurisprudencia arbitral:

"... La necesidad de realizar múltiples y veloces transacciones, exige una negociación inmediata que ha llevado a la contratación masiva, para cuya efectividad se ha acudido al mecanismo de la adhesión para perfeccionar los negocios,... Dicho mecanismo simplifica la celebración de los contratos, sacrificando en ocasiones el equilibrio en la relación jurídica, por cuanto, con cierta frecuencia, se predisponen cláusulas abusivas, a las cuales adhiere la parte débil, pues su cuestionamiento le impediría celebrar el contrato. Es así como, por ejemplo, se incluyen cláusulas que dotan al predisponente del poder para modificar unilateralmente el contrato, o que le permiten exonerarse de responsabilidad o evadir el cumplimiento de sus obligaciones, frente a lo cual se impone respuesta jurídica que restablezca el equilibrio.

En estas situaciones la disposición judicial puede adquirir especial eficacia, imponiendo la solidaridad social en el contrato, pues la libertad individual no es, ni puede ser, arbitrariedad particular. Sin embargo, debe aceptarse, y entenderse, que las partes recurren con frecuencia a redactar las cláusulas contractuales de manera especial, estableciendo reglamentaciones atípicas, inusuales o particulares respecto de aspectos fundamentales de la relación jurídica, lo que exige observar rigurosamente las reglas de hermenéutica para fijar su interpretación y alcance, evitando calificarlas de abusivas o arbitrarias por la simple razón de la diferencia de poder económico Hay que descartar en la calificación de la relación negocial, los actos subjetivos, que partiendo de la dispar situación patrimonial de las partes, puedan conducir a una errónea apreciación de sus estipulaciones, incurriendo así en la frecuente práctica de satanizar el contrato de adhesión por el mero hecho de considerar, de entrada, que con él se promueve el abuso y el atropello de quienes poseen mejor situación económica."⁴⁸

Está acreditado en el expediente que desde agosto de 2015 las partes sostuvieron tratativas, entre otras, respecto de lo que se consideraría, el punto de equilibrio esperado para el establecimiento de comercio.⁴⁹ Adelantadas éstas, el modelo de

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sent. Oct 27/93, M.P. Rafael Romero Silva.

⁴⁸ Tribunal Arbitral Megaenlace Net vs. Telefónica Móviles Colombia de 25 de marzo de 2009. Cámara de Comercio de Bogotá.

⁴⁹ Cuaderno de Pruebas No 3, folios 118 a 123)

contrato partió del franquiciante y le fue enviado al franquiciado el siete (7) de septiembre de 2015⁵⁰, y obran en el expediente pruebas de que efectivamente el Contrato de Franquicia fue objeto de discusión y negociación en sus aspectos económicos. Al mes de recibido el modelo, manifestó la Señora Marcela Cárdenas Muñoz (q.e.p.d.), en correo electrónico del ocho (8) de octubre de 2015: “...*Javier buen día. De acuerdo a lo conversado en las últimas semanas queremos ratificar las negociaciones realizadas verbalmente y aclarar algunos puntos del contrato de franquicia: (presenta 26 puntos de aclaración) ...*” El 12 del mismo mes el representante legal del franquiciante responde a cada uno de tales 26 puntos, aceptándolos u ofreciendo explicación⁵¹. Finalmente, el contrato estuvo listo para firma el 13 de octubre de 2015, como ocurrió.

Por razón de que está demostrado que hubo negociaciones, discusión e información y como se deduce de las mismas declaraciones contenidas en las CONSIDERACIONES del contrato, carecen de fundamento los argumentos basados en la falta de información, o de discusión o de explicación de las condiciones contractuales, que este Tribunal despachará desfavorablemente.

Por las mismas razones, tampoco, son de recibo para este Tribunal, los argumentos fundamentados en una pretendida imposición arbitraria o abusiva de una parte fuerte frente a una parte débil ni las que pudieran derivarse de una interpretación del contrato en favor de la mal llamada parte adherente. El franquiciado difícilmente puede ser considerado una parte débil y además siempre estuvo en libertad de contratar o no.

Es deber destacar que durante la negociación del contrato y sus revisiones no surgieron ninguno de los reproches que la convocada le endilgó al contrato al convocar la conciliación y ahora en foro de arbitraje, contradiciendo sus propias declaraciones expresadas en las “consideraciones” contraviniendo así el principio de la buena fe, como se comentará más adelante.

1.3. Principio de la Buena Fe. (art. 83 de la Constitución Nacional)

Tiene especial relevancia en este caso el principio de la Buena Fe de consagración constitucional y legal, que debe inspirar todos los actos, que exige de los particulares

⁵⁰ Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 118

⁵¹ Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 130 a 133

y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta.

1.3.1. Los actos propios.

El principio de la buena fe incorpora la doctrina que proscribe el “*venire contra factum proprium*” según la cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos. La buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada de cuyo cumplimiento depende en gran parte la confianza que genera en su contratante.

“... La buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. ... Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. ...”

“La buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada.”⁵²

1.3.2. La Buena Fe Contractual

Además de ordenar que los contratos son ley para las partes, (art. 1602 del Código Civil) el Código Civil Colombiano ordena que estos “*deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella*” (art. 1603 del Código Civil); mandato reiterado en el Código de Comercio según el cual: “*los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.*” (art. 871 del Código de Comercio).

Sobre este asunto la doctrina ha dicho⁵³:

“...El Código Civil establece que los contratos legalmente celebrados deben ser cumplidos por las partes, el canon 1603 del mismo estatuto dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligan no solamente a lo que las

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Junio 23 de 1958)

⁵³ Solarte, Arturo. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. En: Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, No. 108, Bogotá 2004. pp. 282-315.

partes hayan pactado expresamente sino también a los que emana de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenece al contrato, regla ésta que igualmente, aunque con matices, se encuentra establecida en el ordenamiento mercantil (art. 871 del C. de Co.).

“ Con fundamento en el contexto normativo antes mencionado, la jurisprudencia y la doctrina han destacado que para las personas que intervienen en los contratos surgen deberes jurídicos de diversa naturaleza y alcance, enderezados, por regla general, a la satisfacción del interés de su contraparte negocial. Algunos de ellos corresponden a los denominados deberes de prestación, deberes primarios u obligaciones nucleares, que corresponden a los compromisos medulares o esenciales que el deudor asume para con el acreedor atendiendo lo expresamente pactado o lo que el ordenamiento consagre para el respectivo tipo negocial, y, por otra, los denominados deberes secundarios, accesorios o colaterales de conducta, que se integran al contenido contractual por virtud de la buena fe objetiva (arts. 1603 del C.C. y 871 del C. de Co.), con el fin de que, con fundamento en criterios de corrección, honestidad y probidad, el deudor, a pesar de no haberlo pactado expresamente, realice lo que sea indispensable para la satisfacción y protección del interés del acreedor (v.gr. deberes de reserva, seguridad, información, lealtad, consejo o coherencia, entre los más relevantes).”

“De manera que la buena fe objetiva en los contratos impone un deber de corrección entre las partes que intervienen en un acto o negocio jurídico y tiene cabida desde la etapa previa a la formación del contrato hasta la extinción del vínculo. La buena fe así entendida enriquece el conjunto de derechos y deberes primarios surgidos de las manifestaciones de voluntad vertidas en los textos contractuales, y se erigen como deberes secundarios o colaterales, pero no por ello menos importantes en las tareas que corresponden al juez para interpretación, calificación e integración del contenido del contrato”.

Tales deberes secundarios se enfocan en cooperar las partes para lograr el cometido del negocio –más que en contraponer intereses- y se traducen, de manera importante, entre otros, en los deberes de colaboración, información, coherencia, lealtad y reserva.

Así, el contenido y alcance de las obligaciones y derechos contractuales deben entenderse en forma amplia y acorde con su propósito, pero cuidándose el intérprete de no desnaturalizar el acuerdo ni apresurarse a declarar un incumplimiento contractual a menos que haya prueba inequívoca de que ha existido infracción manifiesta de uno o varios de tales deberes.

Se opone a la buena fe justamente la persona que a sabiendas e intencionalmente deja de cumplir las obligaciones que le impone un acto o contrato. Quien así actúa comete una falta dolosa que la hace responsable de todos los perjuicios causados al acreedor conforme al artículo 1616 del Código Civil.

También es relevante el postulado de la buena fe en tanto que es fundamento de la “*exceptio non adimpleti contractus*”. Desde el momento mismo de la celebración de un contrato sinalagmático, las partes saben que éste debe producir obligaciones recíprocas, y no solamente a cargo de una de ellas. Así, en la compraventa el vendedor sabe, desde el principio, que su derecho a recibir el precio convenido nace simultánea e interdependientemente con su obligación de transferir al comprador la cosa vendida. Sería por tanto contrario a la naturaleza de los contratos sinalagmáticos y claros principios de equidad que el vendedor de este ejemplo rehusara a sabiendas el cumplimiento de sus obligaciones y que a la vez pretendiera exigir al comprador el pago del precio, o que pretendiera retenerlo, si ya lo hubiera percibido. Luego de la excepción de incumplimiento del contrato, mediante la cual una de las partes puede enervar la acción ejecutiva instaurada por la otra parte, mientras esta no cumpla o se allane a cumplir en la forma y tiempo debidos, y la acción resolutoria del contrato ... son consecuencias indispensables del postulado de la buena fe⁵⁴.

Se oponen al postulado de la buena fe, la mala fe y la temeridad. En sentido lato, temerario es el acto excesivamente imprudente; o que se dice, hace o piensa sin fundamento ni razón⁵⁵

Enseña el Código Civil, artículo 769 que “*La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse.*”

En sentido jurídico, el artículo 769 del Código Civil, dispone que se presume la temeridad o mala fe en los casos en que la ley establece la presunción contraria, que deben ser traídos al caso sub lite porque Sueños y Franquicias Emaús repite la temeridad y la mala fe como excepciones de mérito frente a las pretensiones de Marco Aldany Colombia.

⁵⁴ Ospina Fernández, Guillermo Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos Segunda Edición – Editorial Temis 1983 páginas 334 y 335.

⁵⁵ Diccionario de la Lengua Española- Real Academia Española – Vigésima Segunda Edición Tomo 10 página 1461

Pero el hecho de que la ley presuma la mala fe o la temeridad en los casos allí previstos no exime a quien las alegue de la demostración de los hechos que las constituyen. Así por ejemplo, en la causal primera *“Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad”*, sigue siendo el deber de quien alegue tales hechos, demostrar que están dados los elementos fácticos constitutivos de la causal.

Porque no se puede olvidar que nuestro Código Civil en su artículo 1757 establece la siguiente obligación general: *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”*

Reiterada ha sido la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia en cuanto a la obligatoriedad que tienen las partes de proveer al juez los elementos probatorios suficientes para verificar los hechos del caso, veamos:

“Desde luego, al Juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan.”⁵⁶

En razón de lo anterior, el Tribunal reitera los fundamentos para negarle prosperidad a las excepciones de temeridad y mala fe tantas veces alegadas mas no fundamentadas por Sueños y Franquicias Emaús.

1.4. Los elementos esenciales de la responsabilidad contractual. El Daño.

La responsabilidad contractual está constituida por: (i) el incumplimiento de una obligación por el deudor; (ii) que dicho incumplimiento sea imputable a ese mismo deudor, es decir, que el incumplimiento le sea imputable a su culpa o a su dolo, y (iii) que tal incumplimiento le haya generado un daño al acreedor.

Para que se produzca la responsabilidad civil contractual es necesario que estén presentes dos elementos esenciales a saber: (i) un incumplimiento imputable al

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de mayo de 2010, Expediente 23001-31-10-002-1998-00467-01.

deudor y (ii) la generación de un daño que es la consecuencia directa del incumplimiento. Son pues, dos elementos distintos, ya que no siempre la inobservancia de una obligación pactada genera perjuicio al acreedor.⁵⁷

Particular relevancia le dará este Tribunal al concepto de Daño, como elemento indispensable de la responsabilidad contractual.

Y es que el elemento “daño” es indispensable para la configuración de la responsabilidad civil respecto de lo cual, es deber citar apartes del Laudo proferido en Tribunal integrado por la Dra. Marcela Castro de Cifuentes, el Dr. Luis Fernando Salazar López y el Dr. Ernesto Rengifo García, en el caso de Productora Tabacalera de Colombia SAS contra la División Mayor de Fútbol Colombia proferido el 9 de septiembre de 2011, en donde se hizo un acucioso examen del concepto “daño” como fuente de responsabilidad, que por su notoria relevancia se cita in extenso:

“En cuanto al daño, como condición esencial de la acción de responsabilidad civil contractual, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado:

“(…) en materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado. Esta reparación debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales. Sin embargo, en materia convencional, este principio general puede estar limitado ya sea por cláusulas legislativas razonables, o por estipulaciones de los contratantes, quienes autónomamente pueden decidir que el responsable se libere total o parcialmente de su obligación frente a la víctima, habida cuenta del interés privado que está inmerso en los derechos de crédito asociados a un contrato.”

Y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia del 9 de septiembre de 2010, con ponencia del magistrado William Namén Vargas, también estableció lo siguiente:

*“(…) dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se de responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, **ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria**, naturalmente que, este*

⁵⁷ Véase al respecto Suescún Melo, Jorge. Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Segunda Edición Tomo II pág. 45.

requisito “mutatis mutandis, se erige en la columna vertebral de la responsabilidad civil, en concreto de la obligación resarcitoria a cargo de su agente (victimario), sin el cual, de consiguiente, resulta vano, a fuer de impreciso y también hasta especulativo, hablar de reparación, de resarcimiento o de indemnización de perjuicios, ora en la esfera contractual, ora en la extracontractual.

La premisa básica consiste en la reparación del daño causado, todo el daño y nada más que el daño, con tal que sea cierto en su existencia ontológica.

En el ámbito normativo, la noción de daño comprende toda lesión a un interés tutelado, ya presente, ora posterior a la conducta generatriz, y en lo tocante al daño patrimonial, la indemnización cobija las compensaciones económicas por pérdida, destrucción o deterioro del patrimonio, las erogaciones, desembolsos o gastos ya realizados o por efectuar para su completa recuperación e íntegro restablecimiento, y el advenimiento del pasivo (damnum emergens), así como las relativas a la privación de las utilidades, beneficios, provechos o aumentos patrimoniales frustrados que se perciben o percibirían de no ocurrir los hechos dañosos (lucrum cessans), esto es, abarca todo el daño cierto, actual o futuro.

En tratándose del daño, y en singular, del lucro cesante, la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión.

La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética.

Las más de las veces, el confín entre la certeza y el acontecer ulterior, es extremadamente lábil, y la certidumbre del daño futuro sólo puede apreciarse en un sentido relativo y no absoluto considerada la elemental imposibilidad de predecir con exactitud el desenvolvimiento de un suceso en el porvenir, por lo cual, se remite a una cuestión de hecho sujeta a la razonable valoración del marco concreto de circunstancias fácticas por el juzgador según las normas jurídicas, las reglas de experiencia, la lógica y el sentido común.

Justamente, la jurisprudencia de esta Corte cuando del daño futuro se trata y, en particular, del lucro cesante futuro, ha sido explícita “en que no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho”, acudiendo al propósito de determinar “un mínimo de razonable certidumbre” a “juicios de probabilidad objetiva” y “a un prudente sentido restrictivo

cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del ‘lucro cesante’ y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido.

Más exactamente, el daño eventual no es resarcido, “por no ser cierto o no haber ‘nacido’, como dice la doctrina, dejando a salvo los eventos de pérdida de una probabilidad y en estrictez, en tanto no se puede profetizar ni conocer razonablemente su ocurrencia, es decir, su existencia es una simple conjetura, descartando per se, incluso la simple posibilidad de su acaecimiento. Tal es el caso, de los simples sueños, hipótesis, suposiciones, fantasías e ilusiones carentes de todo margen razonable de probabilidad objetiva en su acontecer.

Contrario sensu, el daño actual, o sea, aquel cuya realidad perceptible es constatada con certeza objetiva en su materialidad, al momento de su ocurrencia o del fallo, y, el daño futuro que, en proyección de situaciones consolidadas o de concretas situaciones entonces existentes en vía de consolidarse, acaecerá en el porvenir según una verosímil, fundada y razonable previsión, es reparable por cierto.

(...)

De este modo, el lucro cesante implica el quebranto de un interés lucrativo por su naturaleza intrínseca o por disposición legal o comercial, generador de una utilidad que se percibe o percibiría y deja de percibirse a consecuencia del daño, es decir, obedece a una situación real, susceptible de constatación física, material u objetiva, y excluye la eventualidad de hipotéticas ganancias, cuya probabilidad es simplemente utópica o remota.”

En cuanto a la previsibilidad de los perjuicios ocasionados ante el incumplimiento del contrato, la Corte Constitucional ha señalado que:

“(...) la previsibilidad de un perjuicio se encuentra en la posibilidad que tiene un deudor diligente de haberlo contemplado anticipadamente el efecto del incumplimiento de lo pactado en el contrato; contrario sensu, si falta dicha característica se estará en presencia de un daño imprevisible. Al respecto la jurisprudencia ha indicado:

El incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratante incumplido, en todo o en parte, de los perjuicios directos que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante incumplido, y por estos deben entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como un efecto necesario y lógico. Estos perjuicios directos se clasifican (...) en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o que pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese mismo momento. De los primeros solo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento de sus obligaciones y de (...) tanto los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte.”

Del anterior pronunciamiento de la Corte Constitucional se puede concluir que la responsabilidad civil contractual tiene como efecto la indemnización de tan sólo los perjuicios que hayan sido previstos o que hubiesen podido ser previstos por las partes por ser consecuencias naturales o inmediatas del incumplimiento del contrato.

Sin embargo, anota el Tribunal, que cuando el daño tenga como fuente un comportamiento doloso de una de las partes, habrá lugar a la indemnización plena de los perjuicios previstos, previsibles e incluso los imprevisibles, como lo ha señalado la Corte Constitucional en la mencionada sentencia C-1008 de 2010:

“(...) La Carta Política no contempla cláusulas específicas sobre el régimen de resarcimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual. Corresponde al legislador, en desarrollo de la cláusula general de competencia (Art. 150.2 C.P.) definir las reglas que deben orientar las relaciones contractuales, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones contraídas y los criterios para determinar el monto del resarcimiento de los perjuicios originados en su incumplimiento, todo ello en el marco del respeto por la autonomía de la voluntad que rige las relaciones contractuales (Art.16 C.P.).

De otra parte, solo en caso de atribuirse al deudor dolo, culpa grave o culpa lata (art. 63 C.C.) este será responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. De esta manera, la norma condiciona la reparación plena a los eventos de culpa grave o de malicia del deudor, la cual debe ser acreditada por el acreedor.”

En lo tocante a la carga de la prueba del daño, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia del 18 de diciembre de 2008, con ponencia del magistrado Arturo Solarte Rodríguez, estableció lo siguiente:

*“(…) De suyo, que si el daño es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, su plena demostración recae en quien demanda, salvo las excepciones legal o convencionalmente establecidas, lo que traduce que, por regla general, el actor en asuntos de tal linaje, está obligado a acreditarlo, cualquiera sea su modalidad, de donde, en el supuesto señalado, era -y es- **imperioso probar que el establecimiento producía utilidades, o estaba diseñado para producirlas en un determinado lapso de tiempo, sin que este último caso, pueda confundirse con el daño meramente eventual o hipotético, que desde ningún punto de vista es admisible.**”* (subrayas y negrillas fuera del texto)

Condición indispensable para que pueda deducirse una responsabilidad, es que se haya causado un daño, pues sin un daño no hay responsabilidad, ya que las reglas comunes de responsabilidad por los delitos o las culpas, consagradas en los artículos 2341 y 2343 del Código Civil, obligan de manera genérica al autor de un daño a su reparación.

De eso se trata la responsabilidad y esa es su función: la reparación del daño.

Sobre este punto el profesor emérito y ex magistrado Dr. Hernando Tapias Rocha, tuvo oportunidad de referirse en magistral artículo publicado en un libro en homenaje al profesor Christian Larroumet, así:

“... El daño es el elemento primordial de la responsabilidad, puesto que constituye el objeto de la obligación de reparación de que trata la responsabilidad misma. Si no hay daño no habrá tampoco responsabilidad. La cuestión de saber qué debía entenderse por daño fue planteada desde hace mucho tiempo por la doctrina francesa, debido a que el Code de Napoleón carecía de tal definición. Durante más de doscientos años esta doctrina ha sostenido que un hecho, por más reprochable que parezca, si no lesiona interés particular, esto es, si no causa un perjuicio, no podría servir de fundamento para intentar una acción de responsabilidad, es decir, sin interés no hay acción. Andrés Bello, sin embargo, pareció no estar convencido de esta posición, y desarrolló en el Código Civil la noción de daño proveniente de los textos romanos.”

Trayendo estas nociones al caso en estudio, frente a los hechos probados estamos en una situación donde como resultado de un contrato de franquicia, y habiendo ambas partes efectuado importantes inversiones para su adecuación y amoblamiento, el franquiciado abre el establecimiento de comercio, una peluquería o salón de belleza, e inicia su funcionamiento el día 11 de diciembre de 2015. Dicho establecimiento ha debido funcionar, como todo establecimiento de comercio, cumpliendo determinados requisitos de número de personal, horario de atención al público, niveles de calidad, etcétera., que, por una razón o por otra, no se dieron y en

realidad, el establecimiento arrojó pérdidas, durante los meses de diciembre de 2015, enero, febrero, y marzo de 2016⁵⁸.

Las inversiones realizadas por Marco Aldany, son las que la franquiciante considera constituyen el daño emergente sufrido y están descritas en la pretensión décimo séptima, que totalizan \$159.792.970.00. y así lo declara bajo la gravedad de juramento.

Analizadas cuidadosamente cada una de dichas partidas, y previa la confrontación de las cifras con el dictamen pericial, encuentra el Tribunal que las partidas correspondientes a “costos de asesoría de la franquicia” (\$25.000.000), “costos de acompañamiento legal hasta antes de la presentación de la demanda (\$15.000.000), “costos asociados a la búsqueda de nuevo local en el territorio (\$15.000.000), “costos de búsqueda de nuevo franquiciado” (\$7.500.000), otros pagos relacionados con el reclutamiento y publicidad (\$15.000.000) y los costos de publicidad y promoción (\$15.000.000), si bien son ciertos y su información tienen respaldo en la contabilidad, carecen de la relación necesaria y directa con el contrato en estudio. En estos costos hubiera podido incurrir el franquiciante en el giro normal de sus negocios. Cosa diferente sucede con los costos del mobiliario, el computador, la impresora, lavacabezas, mueble de caja y otros, referenciados a mobiliario, por un total de sesenta y siete millones doscientos noventa y dos mil novecientos setenta pesos (\$67,292,970). Es de anotar que respecto de esta cifra hay una discrepancia entre los valores referidos en el juramento estimatorio frente a los que deben ser decretados o reconocidos en razón a que el monto por el impuesto IVA y la ReteIVA no deben ser incluidos en el valor del daño porque el IVA es un impuesto descontable. En consecuencia, el valor total a reconocer por esta partida se reduce en el monto del IVA y la Rete IVA, en cuantía \$4.628.888⁵⁹ y corresponde a la suma de SESENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CON OCHENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$62.664.082) y así se declarará.

También considera MAC que por concepto de lucro cesante tiene derecho a que se reconozcan las cuantías señaladas en la pretensión décimo octava resultado de una proyección técnico financiera promediando datos estadísticos de dos locales Marco Aldany en la ciudad de Bogotá. Conforme al dictamen pericial, las cifras allí indicadas son el resultado matemáticamente exacto equivalente al seis por ciento (6%) previsto contractualmente como regalía por ventas mensuales (cláusula 2.2.). Si bien constituyen cálculos matemáticamente precisos, no ofrecen a este Tribunal una

⁵⁸ Dictamen Pericial del Dr. Tayron Roa -Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 28 y ss

⁵⁹ Dictamen Pericial – Cuaderno Pruebas No. 4 – Folio 25

razonable certidumbre porque, están fundados en unas estadísticas de otros puntos Marco Aldany en zonas muy diferentes de la ciudad. Sin embargo, no aporta la demandante ningún elemento de juicio que permita hacer la comparación válida de estos dos puntos, por tamaño, por intensidad en mano de obra, por horario, por alguna cualquiera de la cantidad de variables que pueden afectar un establecimiento de comercio.

No hay que olvidar que el establecimiento de comercio de propiedad de Sueños y Franquicias Emaús SAS arrojó pérdidas en todos los meses de su funcionamiento y ninguna de las partes se ocupó de demostrar las causas precisas y el tiempo de recuperación de la inversión.

Por razón de que los estudios no ofrecen un mínimo de certidumbre, no se accederá a la pretensión décimo octava.

Es repetida la jurisprudencia y la doctrina sobre la necesaria prueba del daño que conduzca a su certeza. Ante la absoluta ausencia de demostración del daño por “*perjuicios causados a la imagen y la marca Marco Aldany*” frente a otros centros comerciales, que en cuantía de doscientos millones de pesos (\$200.000.000) reclama la convocante, no puede el Tribunal reconocerle ninguna prosperidad.

Por su parte, Sueños y Franquicias Emaús SAS, acompaña a su demanda de reconvencción y en sustento de su juramento estimatorio, lo que denomina “Estudio Económico” realizado por la profesional Dra. Gloria Zady Correa⁶⁰. El mencionado estudio consta de las respuestas a cuatro (4) preguntas que se le hicieran para el efecto:

- (1) la primera de ellas solicitando el cálculo de un lucro cesante “*si se considera que las regalías mensuales y las contribuciones al fondo de publicidad, se calculan con base en las ventas totales mensuales, en la forma que lo indican las cláusulas 2.2. y 2.3 del Contrato de Franquicia?*”
- (2) Para responder la profesional autora del estudio indica que toma como base unos ingresos diarios para el primer año de un millón ochocientos mil pesos (\$1.800.000.00). Ese solo punto de partida carece de todo fundamento. En realidad, no existe en el estudio, ni en el expediente una sola prueba de que

⁶⁰ Folios 670 a 694 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

esa pudiera ser la cifra efectivamente materializada o pronosticada o calculada para ese establecimiento de comercio.

Le cabe también censura al estudio mencionado en materia de costos, porque parte de unas bases meramente hipotéticas. Tal es el caso de la planilla de nómina que según el estudio económico era de dieciséis (16) personas (ver folio 678), pero esto nunca fue así. El dictamen pericial indica que la planilla de personal o nómina contratada por Sueños y Franquicias Emaús fue de ocho (8) personas en promedio. Tampoco indica el horario en el cual fundamenta sus costos laborales.

- (3) La segunda pregunta es idéntica a la primera, pero partiendo de una base de cálculo diferente: ya no sobre “ventas totales mensuales” sino sobre “utilidades mensuales”. Le caben este cálculo las mismas censuras arriba indicadas, y además, que el cálculo de las regalías o contribuciones no deben ser calculados sobre utilidades sino sobre las ventas totales mensuales.
- (4) La tercera pregunta que se responde en el estudio se refiere al resultado operacional del establecimiento de comercio entre el once (11) de diciembre de 2015 y el veintitrés (23) de marzo de 2016. En efecto, el establecimiento de comercio arrojó pérdidas operacionales en todos los cuatro meses de su funcionamiento. Las cifras del estudio económico arrojan un total de \$12.083.601, pero el dictamen pericial indica que fueron de \$19.134.346. No hay duda de que el establecimiento de comercio arrojó pérdidas y, por consiguiente, de haber continuado con los mismos criterios de administración, difícilmente hubiera logrado los niveles de ingreso esperados. Así lo había indicado la sentencia arriba transcrita: **imperioso probar que el establecimiento producía utilidades, o estaba diseñado para producirlas en un determinado lapso de tiempo, sin que este último caso, pueda confundirse con el daño meramente eventual o hipotético, que desde ningún punto de vista es admisible.**
- (5) La cuarta pregunta está dirigida a establecer lo que estima Sueños y Franquicias Emaús que fuera el “daño emergente”. El cuadro presentado por la profesional Dra. Correa, incluye partidas por inversiones en lo que llama “Anticipo Franquicia” por valor de \$145.400.000, más costos varios preoperativos 2015 por \$76.616.080 más gastos de instalación y adecuación 2016 por \$50.047.155, para un total de \$272.063.235. Los reduce en la cifra

de \$150.000.000 por ingresos de la venta de los muebles y la cesión del contrato del local.

Encuentra el Tribunal que el problema es que fue Sueños y Franquicias fue quien incumplió el contrato y dio lugar a la terminación del mismo por Marco Aldany, por lo que no le es dable al deudor incumplido reclamar perjuicios.

Vale la pena en este asunto hacer un breve recuento cronológico de cómo se llega a este punto:

Durante el muy breve funcionamiento del establecimiento, - entre el once (11) de diciembre de 2015 y el 23 de marzo de 2016 - tuvieron lugar algunas desavenencias o desencuentros menores entre franquiciado y franquiciante sobre temas que, hoy se ventilan en sede de arbitraje y a juicio de este Tribunal fueron en su mayor parte de menor gravedad, salvo el impago de la tercera cuota de regalía inicial. La mayoría de tales fallas fueron subsanadas o corregidas y tuvieron siempre la posibilidad de ser enmendadas si hubiera existido una mejor comprensión del contrato en tanto que siendo “de colaboración” se celebra para el beneficio recíproco de ambas partes lo que conduce a que el grado de responsabilidad que a cada una de ellas compete en la ejecución del mismo y en el cumplimiento de las obligaciones a que recíprocamente están obligados, sea el de la culpa leve, es decir “la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”. No se trata de un contrato de relaciones de cambio que pudieran configurar relaciones de dependencia extrema. Por el contrario, existe un deber recíproco de colaboración y de actuación coordinada, pero que bajo ningún respecto limita la autonomía, la iniciativa y la libertad del franquiciado.

Cierto es que ambas partes incurrieron, como es apenas normal para comenzar un establecimiento de comercio, en fallas o demoras, la mayoría de ellas subsanables o corregibles, otras que dependían exclusivamente del franquiciado como eran los horarios de atención al público o la alta rotación del personal que demuestran negligencia de su parte.

Llegado el primero de marzo de 2016, fecha del vencimiento del tercer abono o cuota de la regalía inicial, el franquiciado omite el pago y en su lugar anuncia que estará convocando al franquiciante a una conciliación en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Destacable que el primer punto y principal de la solicitud de conciliación es el pedimento del franquiciado para que se termine el contrato o se renegocie en lo fundamental en 18 puntos. A esas

propuestas responde el franquiciante con las suyas, que tampoco son aceptadas por el franquiciado y la conciliación resulta fallida. A consecuencia de ello el franquiciante dirige una carta indicando la terminación del contrato y los motivos en los cuales fundamenta su decisión⁶¹. Inmediatamente el franquiciado procede a ceder el contrato sobre el local (que como está acreditado había sido renegociado en condiciones muy favorables) y a vender los muebles y suministros que contiene, por valor ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000), justamente al dueño de otra peluquería ubicada en el mismo centro comercial.

Sorprende a este Tribunal que el franquiciado le reproche al franquiciante la decisión de terminar el contrato, cuando ésta fue repetidamente pedida por él mismo, cuando ya estaba incumplido en sus obligaciones de pago⁶².

Por otro aspecto, el dictamen pericial confirma que ambas partes habían realizado inversiones primero en la búsqueda de un local apto para instalar la peluquería, la adecuación física del mismo, en la dotación del mobiliario y el abastecimiento de equipos y suministros necesarios. Pero faltó diligencia y paciencia en el manejo del local que estaba a cargo y era responsabilidad del franquiciado; responsabilidad que surge de la naturaleza misma del contrato de franquicia entre comerciantes independientes, autónomos y profesionales.

El establecimiento de comercio, en los escasos meses en que estuvo abierto al público no generó utilidades, así lo confiesa el convocado, y lo confirma el dictamen pericial. El franquiciado, incurre en mora en el pago del tercer instalamento de la regalía inicial y pide la terminación del contrato. Se niega a cualquiera de las fórmulas de arreglo que no sean las suyas y en menos de un mes tiene negociado el local con todo el mobiliario y los suministros con la competencia del franquiciante.

Estima este Tribunal que el franquiciado convocado y demandante en reconvención, no entendió su contrato y por su negligencia dio lugar a su terminación.

1.5. Rescisión, Resolución, Terminación por Incumplimiento:

El contrato *sub lite* usa repetidamente la expresión *rescisión*. La décima sexta pretensión de la convocante consiste justamente en que se ratifique la rescisión y la convocada invoca la nulidad de rescisión como excepción de mérito.

⁶¹ Cuaderno Pruebas No. 2 - Folio 523 a 526

⁶² Cuaderno de Pruebas No. 1 –Folios 156

En consecuencia, se impone un análisis frente al significado de “rescisión” en nuestro derecho.

El Código Civil, artículo 1741, define: *“La nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.*

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”

“...La *rescisión*, que en francés significa nulidad en general, es usado en la terminología jurídica nacional para designar los eventos que, en materia civil, dan lugar a la llamada nulidad relativa y en el campo comercial a la anulación (art. 900 del C. de Co.). Las causales de nulidad relativa son la incapacidad relativa, los vicios del consentimiento – error, fuerza y dolo- la lesión enorme y, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la inobservancia de solemnidades establecidas por ley con el objeto de proteger a los incapaces.”⁶³

La rescisión *“se presenta cuando el contrato es nulo relativamente o anulable. Es decir, cuando existe algún defecto producido al momento de su formación de tal suerte que los interesados puedan pedirle al juez que declare su nulidad.”*

La nulidad es entonces, la sanción impuesta por el legislador para aquellos casos en los que las personas en ejercicio de su autonomía de la voluntad omiten o desconocen total o parcialmente, los requisitos y formalidades legales que dotan de existencia y plena validez sus actos, considerando que son nulos, y en consecuencia, no están en capacidad de producir los efectos jurídicos que le son propios de manera que una vez declarada judicialmente la nulidad del contrato se entiende que este último nunca ha existido. Este no es el caso del contrato que nos ocupa.

⁶³ Suescún Melo Jorge, Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo- Tomo II, páginas 35 y 36.

De igual modo la *rescisión*, en estricto sentido, tiene procedencia al invocarse otras causas legales relativas a los fenómenos jurídicos de la lesión enorme y los vicios redhibitorios, pero que, en todo caso, tras declararse produce respecto del contrato por regla general efectos retroactivos consistentes en volver las cosas al estado al que se encontraban antes de su celebración.

A contrario sensu, el *mutuo disenso* se predica sobre contratos que gozan de plena existencia y validez jurídica, que por contar con integra vigencia insta necesariamente a las partes contratantes a cumplir las prestaciones debidas en el tiempo, modo y lugar convenidos por lo que, en principio, su fuerza vinculante no puede ser desconocida arbitrariamente por ninguna de las partes vinculadas, pero en el caso de disolverse tal vínculo contractual procedería no por una causa legal que impida reconocer su existencia y validez, sino que tendría su fundamento en la libre voluntad de las partes contratantes que conjuntamente se ha dirigido a disolver el contrato previamente formado.

La *resolución* es el término genérico para referirse a la disolución de un contrato, implica su extinción como consecuencia del incumplimiento culpable de una de las partes. Este fenómeno jurídico originado por expresa disposición legal, puede concretarse tras el incumplimiento de una de las partes contratantes respecto de las obligaciones a su cargo ya sea de manera voluntaria o involuntaria, por imposibilidad sobrevenida o por excesiva onerosidad.

La *resolución* opera ante la existencia, validez y vigencia de un contrato de carácter bilateral o sinalagmático y, encuentra su fundamento legal en la condición resolutoria tácita la cual, según interpretación de la Corte Suprema de Justicia, otorga la facultad legal de resolver un contrato ante el incumplimiento de lo que en él se haya pactado (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia del 19 de Julio de 1939).

De la lectura del contrato en estudio, se deduce claramente que la expresión *rescisión* no es usada en los casos de nulidad relativa, sino de incumplimiento y con el fin de permitir la terminación a futuro en los casos específicamente definidos. A manera de ejemplo: “*El incumplimiento en el pago de las regalías, “será causa de rescisión del presente contrato, sin necesidad de declaración judicial”* (Cláusula 2); “*El incumplimiento de esta obligación será causa de rescisión del contrato*” (final de la sub-cláusula 5.10, 5.12); “*... la indebida atención de las pautas aquí generadas o el manejo descortés y reiterado del cliente, serán motivo legal para la rescisión del presente contrato ...*” (5.18); “*El incumplimiento de lo dispuesto en la cláusula décima*

primera “será causa de rescisión sin responsabilidad del franquiciante y sin necesidad de resolución judicial...” (Parágrafo de la cláusula décima primera).

La cláusula décima quinta, señala: *“El Franquiciante podrá rescindir el presente contrato cuando el franquiciado incurra en el incumplimiento de cualquiera de las cláusulas y causales de incumplimiento señaladas en este contrato. ... la rescisión operará de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial. ...”.* (Las subrayas son de quien esto escribe.)

La misma cláusula décima quinta, prevé el evento de *terminación* por preaviso después de transcurrido el primer año y a punto seguido señala que el franquiciado puede ejercer ese derecho de *“rescisión unilateral”*. Es forzoso concluir que el Contrato equipara los eventos de resolución ó terminación a la llamada *“rescisión”*.

Sobre los efectos de la terminación trata la cláusula décima sexta para señalar las consecuencias o efectos a partir del incumplimiento o del aviso.

En ese contexto, entiende el Tribunal que la expresión *rescisión* es usada en el contrato como equivalente una cláusula de terminación o condición resolutoria expresa.

Lo primero es destacar que no existe disposición imperativa que prohíba estipulaciones de esta naturaleza. *“Si la estipulación no viola disposición imperativa, el juez debe reconocerle validez y fuerza vinculante. Y si infringe una norma imperativa, el juez debe declarar su nulidad sin más miramientos. Esto significa que el juez debe también respetar el acuerdo válidamente celebrado por las partes, el cual no puede alterar para introducirle apreciaciones personales, pues es a los contratantes y no al juez, a quienes el legislador les ha otorgado un poder creador de derecho o regulador de sus propias relaciones negociales. Es por ello que el principio “pacta sunt servanda” también liga a los jueces.”*⁶⁴

Respecto de la su validez y licitud, es pertinente invocar las voces de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de la Sala de Casación Civil, Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01, Magistrado Ponente el Dr. William Namén Vargas, que trata del punto concreto de la cláusula de terminación por decisión autónoma y potestativa. Es deber anotar que algunos apartes han sido transcritos aisladamente,

⁶⁴ Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo Tomo II Segunda Edición. Página 15.

pero por su trascendencia para esta decisión, se impone una transcripción más completa para su mejor comprensión.

Se lee de la sentencia:

“Al lado de la condición resolutoria tácita, las partes pueden estipular expressis verbis la condición resolutoria expresa.

Las cláusulas resolutorias expresas, según denota la expresión, resuelven, y, por tanto, terminan el contrato. Las más usuales conciernen al incumplimiento de obligaciones precisas y confieren a la parte cumplida o presta al cumplimiento el derecho a terminarlo por decisión autónoma y potestativa en cuanto su ejercicio depende de la exclusiva decisión de la parte interesada cuando se verifica. Sin embargo, la cláusula resolutoria también podrá referir a hipótesis diferentes al incumplimiento. ...

La condición resolutoria resuelve el contrato y, en línea de principio requiere declaración judicial.

Empero, en las “cláusulas resolutorias expresas” y de terminación unilateral del contrato por motivos distintos al pacto comisorio calificado, cuyas causas también pueden ser diversas al incumplimiento, la ley o las partes, pueden prever la terminación ipso jure sin necesidad de declaración judicial ex ante. En esta eventualidad, la condición resolutoria expresa se pacta como un derecho para resolver o terminar el contrato por acto de parte interesada, autónomo, independiente y potestativo, porque podrá ejercerlo o abstenerse de hacerlo.

De por sí, función primordial de estas estipulaciones, es terminar el contrato por declaración unilateral de una parte, ya por incumplimiento, ora conveniencia, oportunidad u otras razones legítimas, bien por las causas disciplinadas en la ley o el contrato (terminación unilateral por causa justa del contrato de agencia), bien excepcionalmente ad nutum (revocación del seguro, arras penitenciales, retro-venta, retro-compra, contrato individual de trabajo con período de prueba, receso en contratos de consumo, etc.), sea después de preaviso (arrendamiento, suministro - artículo 973, párrafo segundo, C. de Co), sea en forma automática o in continenti (mandato, depósito, mutuo).

La cláusula resolutoria expresa por la cual se estipula la terminación unilateral ipso jure del contrato, es elemento accidental (accidentalia negotii), presupone pacto expreso, claro e inequívoco de las partes, y en principio, se estima ajustado a derecho, válido y lícito (cas. civ. sentencias de 31 de mayo de 1892, VII, 243; 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549) pero susceptible de control judicial posterior, en su origen, contenido y ejercicio. (Subrayado fuera del texto.)

La eficacia de las cláusulas resolutorias expresas por incumplimiento, exige acatar íntegros los presupuestos genéricos de validez, la indicación particular, clara y precisa de la obligación u obligaciones cuya inobservancia relevante, total o parcial (SNG, sentencia de 29 de abril de 1935), faculta a una o ambas partes la terminación unilateral del contrato. No basta mención o referencia abstracta, global, genérica o en bloque.

Menester, singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, sea legal o contractual, ya principal o accesoria, como corresponde a lo expreso y a la trascendencia del incumplimiento. Igualmente, para preservar la simetría, paridad o equilibrio objetivo de las partes, la buena fe, lealtad y evitar abusos, la eficacia de estas cláusulas se subordina a la reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta según corresponde a la probidad o corrección exigible, el principio de la conservación del acto, su utilidad y la gravedad de aquél.

Desde esta perspectiva, la terminación por cláusula resolutoria expresa por incumplimiento obligacional, no implica derecho alguno a tomar justicia por mano propia, ni deroga la jurisdicción.

Prima facie la terminación unilateral por cláusula resolutoria expresa, está reservada estrictamente a la parte cumplida o presta a cumplir, pues repugna a claros dictados éticos que, la incumplida o renuente al cumplimiento, pretenda favorecerse con su propio incumplimiento. De igual manera, su ejercicio presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución. Tampoco esta facultad, y ninguna otra en general, podrá ejercerse en forma contraria a la buena fe o con abuso del derecho. Asimismo, la eficacia y el ejercicio de esta prerrogativa, es controlable por los jueces, sin excluir el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia para definir toda disputa, diferencia o controversia a propósito.

La terminación unilateral del contrato por cláusula resolutoria expresa, estructura declaración dispositiva recepticia, análoga al preaviso para terminar los contratos de duración indefinida o enervar las prórrogas automáticas pactadas en los de duración definida, por cuanto debe comunicarse a la otra parte, quien podrá protestar la causa invocada, el ejercicio abusivo o contrario a los dictados de la buena fe por infundada, intempestiva o ilegítima, e incluso su improcedencia por la tolerancia, purga o condonación, o también reconocer la falta.

Al ejercerse la facultad de terminación unilateral termina el contrato ipso jure sin intervención judicial. No obstante, existiendo disputa, las partes pueden acudir a la jurisdicción, lo que descarta tomar justicia por mano propia.

Pertinente dejar sentado que la posibilidad reconocida por el orden jurídico a las partes para disponer la terminación unilateral del contrato por las causas y modalidades legales o contractuales (retracto, revocación, renuncia, denuncia de contrato a término indefinido, desistimiento unilateral, cláusulas resolutorias expresas o de terminación unilateral, o incontinenti, etc.), no conceden derecho alguno ni equivalen a tomar justicia por mano propia, menos excluyen el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción para decidir toda diferencia en torno a su eficacia, y ejercicio sin descarrío ni abusos. ...”

La sentencia describe dos (2) situaciones claramente distinguibles y diferentes en materia de cláusulas resolutorias expresas: la de terminación unilateral por incumplimiento y la de terminación por causas distintas al incumplimiento.

Respecto de las primeras, es decir, las fundamentadas en el incumplimiento, la sentencia precisa que es necesario acatar íntegros los presupuestos genéricos de validez, la indicación clara y precisa de la obligación u obligaciones en cuya inobservancia se fundamenta y haberse dado un preaviso razonable.

Respecto de las segundas, es decir, las cláusulas de terminación por causas distintas al incumplimiento, pueden estar fundamentadas en la “*conveniencia, oportunidad y otras razones legítimas*”, bien por causas disciplinadas en la ley o en el contrato, bien excepcionalmente, sea después de preaviso, sea en forma automática.

En similar sentido ya se había pronunciado la Corte Suprema de Justicia en 1995 y en 2000⁶⁵:

“Es evidente que si como ocurre en este caso, como cláusula accidental de un contrato, se pacta que puede darse por terminado en forma anticipada, o no prorrogarse por un término igual al inicialmente convenido, siempre y cuando se dé aviso a la otra parte contratante con la debida anticipación. Es claro entonces que el ejercicio por una de las partes de esa facultad, no puede, ni de lejos constituir abuso del derecho”. (Subrayado fuera del texto)

La facultad de terminar anticipadamente el contrato de franquicia, es propio de esta tipología, y en analogía del suministro⁶⁶, da derecho a una de las partes de darlo por terminado cuando el incumplimiento sea grave, “*o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esta parte en la exactitud de la otra parte para hacer los suministros sucesivos*”.

⁶⁵ Sentencias de casación de 31 de octubre de 1995 (G.J. 2476 página 1269 y ss.) y 20 de octubre de 2000, expediente No. 5497.

⁶⁶ Código de Comercio, artículo 973

En el caso del contrato de franquicia entre Marco Aldany Colombia SAS y Sueños y Franquicias Emaús SAS, Marco Aldany envía su carta de terminación unilateral el día 23 de marzo de 2016, luego de haberse surtido un cruce de comunicaciones y un proceso de conciliación que merecen ser tenidos en cuenta:

- (i) Después de meses de negociaciones, la obligación de pago de la tercera cuota se pactó en el contrato con fecha precisa primero (1) de marzo de 2016 como se lee en su texto, en la cláusula segunda.
- (ii) El día 15 de febrero de 2016, el franquiciante envía al franquiciado un recordatorio de dicho vencimiento.⁶⁷
- (iii) El 24 de febrero de 2016, el franquiciado responde solicitando suspensión del contrato y exigiendo cumplimiento de lo que considera obligaciones pendientes (negociación de local apto, capacitación del personal, falta de entrega de mobiliario, precios de venta de productos por valores superiores a los del mercado y “no respuesta a nuestras solicitudes dentro del plazo contractual”)⁶⁸.
- (iv) El 1 de marzo de 2016, el franquiciado manda otra carta reiterando su posición del 24 de febrero, “Respuesta Definitiva a la invitación de Pago del Franquiciante”, que contiene 18 propuestas sobre variedad de asuntos y adjuntando copias auténticas de unos cheques de gerencia por el valor total del tercer instalamento en disputa.⁶⁹ El hecho de que el franquiciado hubiera comprado los cheques de gerencia para ese día, lo interpreta este Tribunal como que el franquiciado tenía plena conciencia de que la fecha de vencimiento de esa cuota era el primero (1°) de marzo de 2016. Finalmente, no los entregó porque el franquiciante no accedió a las propuestas de cambio.
- (v) El 4 de marzo de 2016 el franquiciado envía otra comunicación al franquiciante repitiendo sus solicitudes anteriores en 55 párrafos y solicitando, entre otros, la terminación del contrato – véase el párrafo 1 a folio 156- y anunciando que radicó solicitud de conciliación en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.⁷⁰
- (vi) El mismo 4 de marzo, el franquiciado le manda al franquiciante carta adjuntando copia auténtica de unos cheques de gerencia, cuyo importe total equivale al valor de la tercera cuota adeudada. La exhibición de tales copias, indica que el franquiciado tenía conciencia de que existía ese vencimiento para esa fecha.

⁶⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 416 a 418

⁶⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1 folios 420 a 433

⁶⁹ Cuaderno de Pruebas No 1 Folios 129 a 145

⁷⁰ Cuaderno de Pruebas No.1, folios 155 a 168.

- (vii) El mismo 4 de marzo, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en carta firmada por el Dr. Guillermo José Barreto da aviso de la solicitud de conciliación comentada.
- (viii) El 16 de marzo el franquiciado repite sus solicitudes en correo electrónico de su apoderado.
- (ix) El 18 de marzo el franquiciante contesta con varias propuestas para resolver desacuerdos.
- (x) El 22 de marzo el franquiciado nuevamente pide la terminación del contrato por mutuo acuerdo exigiendo restituciones (por \$383.000.000) y haciendo recuento de lo que a su juicio ha sido la negociación.⁷¹
- (xi) El 23 de marzo el franquiciante manda su carta “Notificación de Rescisión” que se viene analizando.
- (xii) Ese mismo día el franquiciado entrega cartas de terminación a sus trabajadores.⁷²
- (xiii) El 20 de abril de 2016, Sueños y Franquicias celebra con Espejos SAS, representada por Arturo González Martínez, la compraventa de adecuaciones, mejoras, muebles y enseres ubicados dentro del local “Espacio Concedido S-12”, por valor de ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000.00). Manifiesta SFE que es la “legítima titular y propietaria de todos y cada uno de los bienes dados en venta a través del presente contrato”, pone de presente la necesidad de modificar algunos muebles, en su altura, color, etc. Pactan que todos los pagos se hagan a Consultorías Empresariales Cárdenas Muñoz SAS, socia de SFE.⁷³
- (xiv) El 22 de abril de 2016 SFE celebra, con Desarrolladora Fontanar, Transacción para terminar el contrato de concesión y la concedente acepta dar por recibido el inmueble si SFE “*consigue perfeccionar la venta de las mejoras que efectuó en el “Espacio Concedido S-12” a un tercero previamente aprobado por el concedente*”; venta, que como se indicó en el párrafo precedente ya había hecho SFE a otra peluquería.

Encuentra el Tribunal que conforme a la doctrina y la jurisprudencia arriba transcritas, no existe reparo legal a la cláusula de terminación por incumplimiento.

La narración de los hechos probados evidencia que el franquiciante dio un recordatorio con anticipación a la fecha de vencimiento y que luego estuvo de acuerdo en dar un plazo adicional. También se deduce de los mismos hechos que el

⁷¹ Cuaderno de Pruebas No. 1 folios 203 a 214

⁷² Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 215 a 218

⁷³ Cuaderno de Pruebas 3, fol. 450 y ss

franquiciado tenía plena conciencia de ese vencimiento, que tenía la posibilidad de pagar y no lo hizo aduciendo unos incumplimientos y unos reclamos que ventilados en esta sede no tienen prosperidad. Por lo mismo, sorprende al Tribunal que entre las excepciones de mérito y en los alegatos de conclusión el franquiciado quiera hacer valer un periodo de subsanación que no alegó al recibir el recordatorio del vencimiento, ni durante las discusiones en sede de conciliación, estas últimas, propiciadas por el mismo franquiciado con el fin de dar por terminado el Contrato.

1.6. Cláusula Penal

La convocante reclama el reconocimiento de unas obligaciones de pago y pide que la condena incluya los intereses moratorios sobre las mismas. A la vez, pide que se reconozcan dos categorías de cláusulas penales previstas en el contrato: una general por valor de sesenta mil dólares americanos (USD 60,000) prevista en el último inciso de la cláusula décima quinta “como penalidad por incumplimiento” de los más de treinta eventos pactados en la misma; y otras por valor de cinco mil dólares americanos (USD 5,000) en casos puntuales (3.2.16, 3.2.17, parágrafo cláusula quinta, parágrafo cláusula sexta, parágrafo cláusula séptima), también prevista como penalidad opcional (“el franquiciante podrá cobrar) por el no cumplimiento.

Para fundamentar las decisiones que habrán de adoptarse, es pertinente presentar unas breves consideraciones sobre la Cláusula Penal (artículos 1592 a 1601 del Código Civil y artículo 867 del Código de Comercio) y su incompatibilidad con los intereses moratorios en caso de obligaciones dinerarias (Ley 45 de 1990, artículos 65 y conc.).

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, del 23 de julio de 2000, Expediente C-4823, Magistrado Ponente Dr. José Fernando Ramírez Gómez, se señala: *“En el sistema del Código Civil Colombiano, el régimen de la cláusula penal está definido en los artículos 1592 a 1601, entendiéndose en el primero de los artículos por cláusula penal, aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.” Según esta definición , la cláusula penal implica una liquidación de los perjuicios por la no ejecución o el retardo de la obligación principal, realizada directamente por las partes, de manera anticipada y con carácter estimativo y aproximado, que en principio debe considerarse equitativo, sin perjuicio, eso sí de la acción de rebaja*

que consagra el artículo 1601 del Código Civil, norma ésta a la que la doctrina nacional no le ha otorgado alcance distinto al que emerge de su claro tenor literal, o sea, ver en ella una facultad para pedir que se rebaje la cláusula en los eventos de la llamada cláusula penal enorme.”

En tratándose de obligaciones dinerarias, la norma es clara: dispone el artículo 65 de la ley 45 de 1990, *“En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella. Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria, se tendrá como interés de mora cualquiera sea su denominación”*.

“Para el cabal entendimiento de este aspecto, baste recordar que la cláusula penal cumple diversas funciones como son las de garantía, es decir, la de servir de respaldo al cumplimiento de una obligación principal a la cual accede, función ésta que se pone de manifiesto cuando el obligado a pagar la pena es un tercero distinto del deudor principal; la de servir de evaluación anticipada de perjuicios por el incumplimiento, que es la tarea más usual y quizá más importante de la cláusula penal, y la función de apremio que convierte la pena en una especie de sanción o multa que tiene el propósito de compeler al deudor a cumplir, so pena de verse sometido a una carga económica apreciable. Esta función se presenta cuando se pacta que la pena se pagará sin perjuicio de que el deudor cumpla la obligación principal, o de que pague la indemnización de los daños que resulten probados mediante evaluación judicial.”⁷⁴

2. Análisis de las Pretensiones y Excepciones formuladas por las partes

2.1. Análisis de las Pretensiones de la Demanda de Reconvención interpuesta por Sueños y Franquicias Emaús SAS:

Se ocupará primero este Laudo de las pretensiones de la demanda de reconvención porque sus argumentos constituyen las excepciones de mérito frente a la demanda inicial, concretamente en el fundamento de la excepción de contrato no cumplido. Es deber anotar que en sus alegatos de conclusión Marco Aldany se opuso a todas y cada una de las pretensiones de Sueños y Franquicias Emaús presentando sus argumentos individualmente frente a cada una de ellas.

⁷⁴ Suescún Melo, Jorge, Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo Segunda Edición Tomo I página 543

“PRETENSIONES PRINCIPALES:

1. *Declárese la nulidad absoluta del contrato de franquicia celebrado el trece (13) de octubre de 2015 entre Marco Aldany Colombia SAS y Sueños y Franquicias Emaús SAS.*
2. *En consecuencia, ordénense como parte de las restituciones mutuas y a favor de Sueños y Franquicias Emaús SAS, la suma equivalente a ciento treinta y un millones trescientos cuarenta y cinco mil ciento noventa y cinco pesos (\$131'.345.195.oo), según se explicará en el juramento estimatorio.*
3. *Asimismo, condénese a Marco Aldany Colombia SAS a la indemnización de perjuicios a favor de Sueños y Franquicias Emaús, por la suma de mil doscientos cuarenta siete millones cuatrocientos cincuenta cuatro mil ochocientos ochenta y ocho pesos (\$1'247.454.888.oo), según se explicará en el juramento estimatorio.*
4. *Además, condénese a Marco Aldany Colombia SAS, al pago de las costas procesales y de los gastos del procedimiento arbitral que se acrediten en el proceso.”*

Respecto de la primera pretensión, el Tribunal recuerda que esta pretensión fue expresamente renunciada en el escrito de alegatos de conclusión⁷⁵, por lo que faltando la declarativa No. 1, tampoco hay lugar a pronunciarse sobre las consecuenciales de la misma 2, 3 y 4. En todo caso, la totalidad de la materia relacionada con la validez del Contrato de Franquicia está tratada atrás, para confirmar que este Tribunal no encuentra causal alguna de nulidad absoluta del citado contrato.

Procede entonces el análisis del titulado:

“PRIMER GRUPO DE PRESTACIONES SUBSIDIARIAS:

1. *Declárese que Marco Aldany Colombia SAS incumplió su obligación de “negociar en favor del franquiciado, locales comerciales aptos para ser adecuados para los fines de la instalación y operación comercial de un establecimiento Marco Aldany”, consagrada en la cláusula 3.2.9 del contrato de franquicia.*

⁷⁵ Cuaderno Principal No. 2, folio 443

En efecto, la cláusula citada contiene la obligación a cargo del franquiciante “*de negociar en favor del franquiciado, locales aptos para ser adecuados para la instalación y operación de establecimientos de comercio*”. En la demanda de reconvencción en series de hechos (47 a 61, 86 a 103, entre otros) narra algunos de los detalles y antecedentes de la negociación del local S-12 del Centro Comercial Fontanar. Contrario a lo que interpreta el demandante en reconvencción, se evidencia la participación y aquiescencia de las representantes legales del franquiciado en todo el proceso. La negociación concluyó con la celebración por el franquiciado del Contrato de Concesión sobre el local S- 12, con un área de aproximadamente noventa y seis metros cuadrados, en una de las llamadas peceras del Centro Comercial Fontanar, el día 19 de octubre de 2015.⁷⁶ Las condiciones básicas del mismo, fueron el pago de una compensación a razón de \$110.000.00 mes/M2 sobre solo 94 M2 a partir de la apertura del establecimiento y un plazo a de 3 años. Ya efectuadas las inversiones en la adecuación física del local y su amoblamiento, tanto franquiciada como franquiciante advierten la baja afluencia de público y otros defectos que los motivan a reclamar frente al Concedente y administrador del Centro Comercial Fontanar. Esta renegociación concluye en un otrosí al Contrato de Concesión fechado el 7 de enero de 2016, en el cual: el concedente otorga un periodo de gracia en el pago de la compensación hasta el 28 de febrero de 2016. Entre el 1 de marzo y el 31 de diciembre de 2016, la compensación queda reducida a la mitad, con descuento del 20% para el 2017 y de 10% para el 2018. En todas las negociaciones y renegociaciones estuvo presente y participó el franquiciado, cuyas representantes legales, se presentaron y declararon ser expertas en materias económicas. No son de recibo en esta sede argumentos del franquiciado orientados ahora a descalificar a sus propias representantes legales, su propia autonomía y libertad de contratación.

Terminado el contrato de franquicia el 23 de marzo, ya en abril de 2016, el franquiciado, cede el contrato de concesión y vende los muebles y enseres y productos a otra peluquería, que ya tenía su establecimiento comercial abierto al público en la otra pecera del mismo centro comercial.⁷⁷

En la inspección ocular practicada el 2 de febrero de 2017, este Tribunal pudo constatar que varias peluquerías funcionan en las llamadas peceras y concretamente en el caso del Local S-12, fue apreciable el activo movimiento en servicios y clientela además de la existencia de los muebles muy similares a los aportados por Marco Aldany en cumplimiento del contrato en estudio.

⁷⁶ Cuaderno de pruebas No. 2, folios 225 a 280

⁷⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 554 y ss

Todo lo anterior evidencia que el local recomendado, era y sigue siendo ampliamente apto para el negocio de peluquería. Considera el Tribunal que si bien al principio, la afluencia de gente no era la que el franquiciado hubiera querido, era de esperarse que por ser un negocio nuevo, en un Centro Comercial nuevo, había que tener un poco de paciencia para que el negocio despegara, lo que no tuvo la convocada quien al tercer mes de ejecución de un Contrato a 10 años, quería dar por terminado pues no le producía lo esperado. En consecuencia, no prospera esta pretensión.

2. *Declárese que Marco Aldany Colombia SAS incumplió su obligación de entregar al franquiciado el “mobiliario que según planos, se necesite para el local”, dentro del cual se comprende (entre otros) “un sillón de pedicura”, de acuerdo con la (sic) el penúltimo inciso del numeral 1 de la cláusula 2ª del contrato de franquicia.*

Lo primero es precisar el significado de la aludida cláusula, - *penúltimo inciso del numeral 1 de la cláusula 2* - porque en ella está reseñado que la regalía inicial incluye “*el mobiliario que según plano se necesite para el local, ... e incluye enunciativamente muebles, sillas de peluquería, un sillón de pedicura, tocadores, lava cabezas...*”. Una simple lectura, desprevenida aplicando el criterio del sentido natural y obvio de las palabras, la lógica de lo razonable, impide inferir que de su texto se pueda deducir la obligación que dice incumplida. Está acreditado en el expediente que el establecimiento de comercio abrió al público el 11 de diciembre de 2015 y estuvo en funcionamiento hasta el 23 de marzo de 2016, lo que hace presumir que los muebles y enseres indispensables debieron estar allí, además de que una silla de pedicura no es un mueble indispensable en ninguna peluquería. Por otro lado, bien sabía el franquiciado desde la elaboración de los primeros planos, que no había espacio suficiente para una de tales sillas. Se sorprende este Tribunal que de un hecho sabido y aceptado desde mucho antes de abrir el establecimiento al público, pretenda el franquiciado derivar ahora un incumplimiento. Tampoco indica el demandante los efectos adversos que pudieran ocasionarse por la ausencia de la mencionada silla en el desempeño del local comercial ni en la ejecución del resto del contrato. Por todo lo anterior, esta pretensión no está llamada a prosperar y así se declarará.

- “3. *Declárese que Marco Aldany Colombia SAS incumplió con su obligación de permitir el uso pleno de signos distintivos de la marca Marco Aldany, de conformidad con lo establecido en la cláusula XXXX*”. (sic.)

Se evidencia que hubo ligereza de parte del demandante en reconvención al elaborar su escrito. Similar ligereza incurrió la demandada en reconvención quien tampoco invocó cláusula contractual alguna, pero no negó la existencia de esa obligación.

Para el Tribunal, importa lo señalado en el Contrato en el sentido que: “...*Marco Aldany Colombia SAS es la legítima titular del contrato master de franquicia Marco Aldany*” (Consideración III); ó “... *El establecimiento de comercio objeto de franquicia cuenta por el término de la misma, con licencia limitada de uso de las marcas del contrato...*” (Cláusula Primera).

La cláusula séptima señala algunos derechos y algunas restricciones respecto del uso de la marca y signos distintivos, y además garantiza el Franquiciante, “*como titular de la licencia de uso en Colombia, de las marcas del contrato*”, que “*asume toda la responsabilidad en caso de que éstas o su uso invadan derechos de propiedad de terceros*”.

El demandante en reconvención hace consistir el incumplimiento en el hecho de que, no existen registros a nombre de Marco Aldany Colombia SAS, sino en nombre de Alma Beauty Corporation S.L., una sociedad Española.

En efecto, las certificaciones expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio aportadas primero en el curso de la exhibición de documentos⁷⁸ y luego en respuesta al Oficio enviado a la Superintendencia de Industria y Comercio⁷⁹, indican que son registros de la marca mixta Marco Aldany para las clasificaciones 41, 44 y 3, a nombre de Alma Beauty Corporation S.L., una sociedad Española, - a su vez accionista de la sociedad franquiciante-. Estos hechos no constituyen vulneración de normas de orden público en Colombia que pudieran generar objeto ilícito.

Todo lo anterior, porque si bien es cierto que la titularidad de las marcas está en cabeza de la sociedad Española Alma Beauty Corporation S.L. y que no existen licencias de uso registradas en cabeza de Marco Aldany Colombia SAS, dicha falta de registro no le resta existencia y validez a una licencia, ya que como se establece en el artículo 162 de la Decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina de Naciones-CAN, “*La falta de registro ocasionará que la licencia no surta efectos frente a terceros*”. Así la falta de inscripción de una licencia de uso no afecta la existencia o validez de esta, sólo su oponibilidad.

⁷⁸ Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 613 a 616

⁷⁹ Cuaderno de Pruebas No. 3, 431 a 436

Si a la vez, se tiene, que como está acreditado que la accionista principal de la sociedad Colombiana Marco Aldany Colombia SAS es justamente Alma Beauty Corporation S.L., titular del registro en cuestión, difícilmente podría configurarse un reclamo de la mencionada empresa por el uso de su nombre por parte de su propia subsidiaria con quien tiene celebrado un contrato master y a quien ella misma ha autorizado para usarlo a título de franquicia.

Por otro aspecto, en apoyo de su pretensión, el demandante en reconvenición presenta pruebas de la Ley de la República de España, Decreto Real 201 de 2010, el Código Deontológico Europeo de Franquicias, y el Código de Ética de la Cámara Colombiana de Franquicias⁸⁰, como que fueran vinculantes para la Franquiciada y elementos para la formación del criterio de este Tribunal y base de sus decisiones. Es deber recordar que la competencia del juez arbitral está circunscrita al marco señalado en la cláusula arbitral y a la aplicación de la ley Colombiana y en consecuencia, nada puede decir respecto de la aplicación de ley extranjera.

Finalmente, cabe resaltar la aceptación expresa del FRANQUICIADO en la cláusula Séptima del Contrato, numeral 7.5 en cuanto a que *“el FRANQUICIANTE es el titular de la licencia de uso de las Marcas del Contrato, así como del buen nombre asociado a la marca “MARCO ALDANY” y simbolizado por las mismas, que las marcas del sistema son válidas, se encuentran vigentes y sirven para identificar al sistema propiedad (sic) y desarrollado por “MARCO ALDANY” y que se encuentra representado en Colombia por el FRANQUICIANTE, así como a los bienes y servicios ofrecidos bajo las propias Marcas en Colombia. El FRANQUICIADO no podrá, directa o indirectamente, disputar la validez o el título de la licencia del FRANQUICIANTE, sobre las Marcas del Sistema en ninguna parte del mundo.”*

Por todo lo anteriormente expuesto, esta pretensión, tampoco está llamada a prosperar.

“4. Declárese que Marco Aldany Colombia SAS incumplió con su obligación de asistencia durante la apertura del local, consagrada en la cláusula 3.2.13 del contrato de franquicia.”

La citada cláusula en efecto exige que el franquiciante asigne un experto de su organización durante la apertura del local por un mínimo de tres días, y para ello asignó a la Señora Ana Fernández, quien, según su dicho, estuvo solamente dos medios días. Con la presencia de la mencionada Señora, que la franquiciada estima

⁸⁰ Véase Cuaderno Principal No. 2, folios 443 a 451

escasa, no dio por satisfecho el acompañamiento esperado. Sin embargo, ante este reproche la franquiciante justifica que no había necesidad de otro experto porque el Jefe de Salón ya estaba lo suficientemente capacitado (Testimonio de Javier Martínez) en los sistemas Marco Aldany y que los demás profesionales como estilistas y manicuristas no requerían de capacitación. Por lo anterior, el Tribunal no encuentra probados los hechos fundamento de la pretensión por lo que no está llamada a prosperar.

“5. Declárese que Marco Aldany Colombia SAS incumplió con su obligación de capacitar el personal del franquiciado, de conformidad con la cláusula 3.2.4 del contrato de franquicia.

6. Declárese que Marco Aldany Colombia SAS incumplió con su obligación de “aprobar o no al personal del FRANQUICIADO que curse la capacitación a que el presente inciso se refiere”, incorporada en la cláusula 3.2.5 del contrato de franquicia”.

Las pretensiones 5 y 6 arriba transcritas se refieren al mismo punto de la capacitación del personal y de la verificación de unas evaluaciones que ninguna de las partes aportó. Como es bien sabido la carga de la prueba corresponde a quien alegue los hechos pretendidos y las consecuencias que de ello se derivan, en este caso es forzoso indicar que ninguna de las partes acreditó su dicho ni la incidencia de esto frente al desarrollo del contrato. Por lo tanto, ninguna de estas pretensiones está llamada a prosperar.

“7. Declárese que Marco Aldany Colombia SAS incumplió con su obligación de transferencia plena del “know-how”, de conformidad con la cláusula xxx (sic) del contrato de franquicia”.

Nuevamente se advierte la ligereza con que el franquiciado elaboró su demanda de reconvencción. Baste decir que lo propio en materia de franquicias en cuanto a transferencia de tecnología es el acompañamiento a lo largo de la vida del contrato, en este caso hubieran sido diez (10) años (véase cláusula décima cuarta), y así se deduce de la definición contenida en el acápite “DEFINICIONES” del contrato: “Se entenderá por Saber hacer o Know How todos los procedimientos técnicos, métodos, sistemas de operación, promoción, formatos, diseños, programas, sistemas computacionales, ... para la operación de los establecimientos de comercio Marco Aldany y en especial el conocimiento necesario para garantizar en dicha red, establecimientos de servicio de máxima calidad...”

En sus alegatos de conclusión, el franquiciado hace consistir el incumplimiento de la obligación de transmitir el know-how, en varios aspectos ya tratados en la enunciación de las pretensiones anteriores⁸¹: asistencia durante la apertura, capacitación del personal, entrega de las evaluaciones. No encontró el Tribunal que las manifestaciones del franquiciado tuvieran gravedad de constituir un incumplimiento del contrato. Además, es difícil por no decir imposible, probar en tres meses de ejecución de un contrato a diez años, la “transferencia plena del “know-how”.

“8. Declárese que Marco Aldany incumplió su obligación de “negociar en favor del FRANQUICIADO son (sic) los proveedores, tanto en precio como en calidad para la adquisición de los productos consumibles”, tales como la keratina y el alcohol antiséptico, de conformidad con la cláusula 3.2.8 del contrato de franquicia”.

Obran en el expediente constancias de que el Franquiciante puso a disposición del franquiciado los proveedores de sus productos autorizados. En efecto, también está probado que el producto denominado keratina no estuvo disponible en las oportunidades indicadas. Conforme al reporte de solicitudes de este servicio en el tiempo en que estuvo abierta al público la peluquería fueron menos de cinco requerimientos de este servicio. El Tribunal acoge en este tema, la totalidad de las pruebas entregadas por el mismo franquiciado para demostrar que faltó ese producto o el alcohol. Sin embargo, la carencia o falta de esos productos, de una larguísima lista, de más de seiscientos (600), como lo indica en representante legal de la franquiciante en su declaración, no es de la entidad suficiente como para configurar un incumplimiento contractual. Respecto de un error en el precio de otros productos cuyo monto iba a ser acreditado o descontado de la siguiente factura, tampoco reviste la gravedad que el franquiciado quiere darle ni es suficiente para constituir un incumplimiento. Por lo que esta pretensión tampoco está llamada a prosperar. Respecto del error en calidad del alcohol entregado; basta un mínimo de diligencia para leer la etiqueta y saber de cual calidad se trata.

“PRETENSIONES CONSECUCIALES DEL PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

- 1. Declárese válida la procedencia de la excepción de contrato no cumplido propuesta por Sueños y Franquicias Emaús el primero (1º) de marzo de 2016.*
- 2. Declárese ilegal la rescisión unilateral adelantada por Marco Aldany Colombia SAS del contrato de franquicia celebrado el trece (13) de octubre de 2015.*

⁸¹ Cuaderno principal No. 2 folios 452 a 460

3. *Condénese a Marco Aldany Colombia SAS a la indemnización de perjuicios a favor de Sueños y Franquicias Emaús, por la suma de mil trescientos setenta y ocho millones ochocientos mil ochenta y tres pesos (\$1'378.800.083.00), según se explicará en el juramento estimatorio.*
4. *Condénese a Marco Aldany Colombia SAS, al pago de las costas procesales y de los gastos del procedimiento arbitral que se acrediten en el proceso.”*

Para responder a este grupo de pretensiones consecuenciales, se tiene en cuenta que no prosperando ni uno solo de los incumplimientos que el franquiciado le endilga al franquiciante, no se configura la excepción de contrato no cumplido.

Téngase en cuenta que la excepción de contrato no cumplido solo puede alegarla el contratante que está cumplido o se ha allegado a cumplir, por lo que Sueños y Franquicias no está legitimado para invocarla.

Las pretensiones nos. 3 y 4 de este grupo de pretensiones, también son consecuenciales de la número 1 por lo que no prosperando la excepción de contrato no cumplido, por este concepto, no hay lugar a la condena indemnizatoria ni a la condena en costas arriba pedida en este grupo.

Cosa distinta es la pretensión listada aquí con el número 2, que es idéntica a pretensión declarativa única del siguiente grupo de pretensiones y de la cual se ocupará el Tribunal seguidamente.

“SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

1. *Declárese ilegal la rescisión unilateral adelantada por Marco Aldany Colombia SAS del contrato celebrado el trece (13) de octubre de 2015”.*

En efecto, mediante carta del 23 de marzo de 2016, obrante al folio 523 del Cuaderno de pruebas 3 , el franquiciante notifica al franquiciado su decisión de dar por terminado el Contrato argumentando, como tantas veces se ha dicho el incumplimiento de las obligaciones y de pago y otras.

Sustenta esta pretensión en (i) los mismos argumentos esgrimidos en apoyo de su excepción de contrato no cumplido, y (ii) que el aviso de terminación no le concedió los 30 días hábiles para el pago según lo indicado en la cláusula 15.

Por los fundamentos legales, doctrinales y jurisprudenciales antes explicados, la “rescisión” que en este contrato se refiere a la condición resolutoria expresa, no tiene reparo alguno. Conviene en este punto reiterar la consideración del Tribunal en el sentido de que el franquiciado tenía cabal conciencia de que el pago de la tercera cuota de la regalía inicial vencía el primero de marzo y por ello acudió a comprar los cheques de gerencia reseñados. No se entiende cómo ahora en contra de sus propios actos pretende exigir la aplicación de un plazo de subsanación de treinta días hábiles que no invocó en ninguna de las instancias anteriores. En consecuencia, tampoco prospera esta pretensión.

2. Condénese a Marco Aldany Colombia SAS al pago de la indemnización de perjuicios a favor de Sueños y Franquicias Emaús SAS, por la suma de mil trescientos setenta y ocho millones ochocientos mil ochenta pesos y tres (\$1'378.800.083), según se explicará en el uni.(sic.)

3. Condénese a Marco Aldany Colombia SAS, al pago de las costas procesales y de los gastos del procedimiento arbitral que se acrediten en el proceso.”

Las pretensiones Nos. 2 y 3 de este grupo de pretensiones, también son consecuenciales de la número 1, por lo que no prosperando la declaratoria de ilegalidad de la rescisión unilateral del contrato, por este concepto no hay lugar a la condena indemnizatoria, ni a la condena en costas arriba pedida en este grupo.

En resumen, no prospera ninguna de las pretensiones declarativas ni de condena formuladas por Sueños y Franquicias Emaús SAS y así se declarará.

2.2. Excepciones de mérito planteadas por Marco Aldany

Pasa el Tribunal a estudiar en bloque las llamadas “excepciones de mérito” en la contestación de la reforma de la demanda de reconvención. Cabe advertir la falta de técnica jurídica, dado que ninguna de las que plantea la demandada en reconvención como excepciones lo son, como se explica a continuación.

2.2.1. “Rescisión del Contrato de Franquicia como consecuencia del incumplimiento contractual del Franquiciado, en los términos del contrato suscrito el pasado trece (13) de octubre de 2015 y la legislación aplicable al mismo”.

Estima el Tribunal que, la rescisión no es una excepción de mérito. Porque como lo explica la doctrina y *“la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la excepción de mérito, no es otra cosa que un hecho destinado a enervar la pretensión, bien sea porque la destruye, la impide, la modifica o la dilata. Desde luego que son hechos que técnica y necesariamente son hechos distintos a los elementos o presupuestos fácticos que fundamentan la causa petendi y que por contera estructuran la pretensión”*⁸².

2.2.2. *“Legalidad, validez y eficacia de las cláusulas de terminación anticipada unilateral – rescisión”*.

La legalidad de las cláusulas de terminación unilateral anticipada está reconocida por la jurisprudencia y de esta materia se ocupó este Tribunal en las consideraciones pertinentes.

Se debe anotar, sin embargo, que cabe frente a este punto idéntica precisión que frente al ordinal anterior, por cuanto la legalidad, validez y eficacia de las cláusulas de terminación anticipada no son técnicamente una excepción.

2.2.3. *“Cumplimiento de las formalidades que la ley exige para la validez y existencia del Contrato de Franquicia”*.

Aunque la validez del contrato tampoco es técnicamente una excepción de mérito, sin duda es materia de la cual se ocupa el Tribunal en la presentación de las consideraciones manifestando en este punto que no ha encontrado reparo alguno en cuanto a los requisitos para la validez de los actos de voluntad ni frente a formalidades de ley. El contrato de franquicia es un contrato válido y así lo declarará.

2.2.4. *“Incumplimiento del Contrato en cuanto al agotamiento del procedimiento requerido para solventar controversias o declarar los incumplimientos pretendidos”*.

Con esta excepción la demandada en reconvención solicita al Tribunal *“proceder a determinar el incumplimiento del FRANQUICIADO de lo dispuesto en el contrato de franquicia suscrito entre las partes el pasado trece (13) de octubre de 2015”*

⁸² Laudo Arbitral Panaca pág. 87

Al igual que en las anteriores excepciones analizadas, el Tribunal considera que esta no es excepción pues no busca enervar pretensiones de la reconvencción sino que el Tribunal determine un incumplimiento del franquiciado.

2.2.5. *“Responsabilidad directa de los administradores y socios por la toma de decisiones que conllevaron al incumplimiento del contrato”.*

Pretende con esta excepción esencialmente argumentar la “Mala fe” del franquiciado en las actuaciones posteriores la notificación de rescisión consistentes en la venta de los muebles del franquiciante, la cesión de créditos para que el precio de esa venta sea entregado a la sociedad Consultorías Empresariales CM SAS; mala fe que conduciría a la responsabilidad solidaria de los accionistas.

Tampoco puede entenderse esta solicitud como una excepción de mérito.

2.2.6. Ilegalidad, falta de idoneidad o conducencia de las pruebas aportadas por el Franquiciado.

Este argumento tampoco es técnicamente una excepción. La función del juzgador será la que en derecho le corresponde de valorar las pruebas que estime pertinentes conforme a las reglas de la sana crítica.

2.3. Análisis de las Pretensiones de la Demanda de Marco Aldany Colombia SAS. y las excepciones formuladas por Sueños y Franquicias Emaus SAS

*“**PRIMERA.** Declare incumplida la obligación contenida en la cláusula segunda (2) concerniente a sus contraprestaciones y aportaciones por el contrato de franquicia y transmisión del “saber hacer”, conocimiento, asistencia técnica inicial y continua, y el uso continuo de las marcas y los elementos de propiedad industrial; En particular, por incumplimiento de la tercera cuota correspondiente a la REGALIA INICIAL, a la que hace referencia el numeral dos punto uno (2.1) del contrato, pago que debió ser cancelado en fecha cierta e indiscutible contractualmente estipulada, esto es, 01 de marzo de 2016”.*

Obran el expediente pruebas de que Sueños y Franquicias Emaús SAS no efectuó el pago pactado para el primero de marzo de 2016: lo confiesa el franquiciado en la declaración de parte de la representante legal Señora Marcela Cárdenas (q.e.p.d.) y a lo largo del expediente. La fecha pactada para ese pago era el primero de marzo de 2016 y no el que correspondiera a un periodo de subsanación o remediación. El

franquiciado tenía plena conciencia de esta obligación y de su fecha de vencimiento cuando salió a comprar los cheques de gerencia, pero se abstuvo de entregarlos por razones que serán objeto de consideraciones separadas.

El Tribunal encuentra probada la obligación de pago de la tercera cuota de la regalía inicial, en cuantía de \$75.000.000.00 como lo indica la cláusula 2.1. y el impago de la misma.

Frente a esta pretensión, el convocado interpuso la excepción de contrato no cumplido, fundamentándola en los mismos hechos y consideraciones de sus pretensiones. Tanto las excepciones como las pretensiones del convocado y demandante en reconvención vienen de ser analizadas anteriormente y se recuerda que ninguna de ellas prosperó.

“SEGUNDA. *Que, como consecuencia de la pretensión PRIMERA, se condene al demandado a pagar las sumas que corresponden a la regalía inicial, que se hubieren causado e incumplido con ocasión de la celebración y por el término de ejecución del contrato de franquicia. Lo anterior, en los términos de la cláusula segunda del contrato de franquicia.*

TERCERA. *Que como consecuencia de la pretensión PRIMERA, se condene al demandado a pagar los intereses moratorios a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia financiera y que se hubieren causado, o se causen hasta la fecha del pago total de los valores adeudados concepto de contraprestaciones y aportaciones pactadas en el contrato de franquicia, en particular, las causadas por la mora en el pago de la tercera cuota de la regalía inicial Lo anterior, en los términos de la cláusula segunda del contrato de franquicia”.*

Incumplida la obligación de pago y habiendo prosperado la pretensión primera, procede darle prosperidad a las pretensiones segunda y tercera de condena para ordenar el pago de los SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$75.000,000) junto con los intereses moratorios a la máxima tasa de interés legalmente permitida a partir del 1 de marzo de 2016, plazo estipulado por las partes en el Contrato.

Si bien la regla general es que el acreedor debe requerir judicialmente al deudor para constituirlo en mora, el artículo 1608 del C.C. trae como excepción a la regla el caso en que al deudor se le haya concedido un término cierto dentro del cual debe cumplir con su obligación, lo que sucede con el Contrato de Franquicia el cual en la cláusula segunda No. 2.1. establece un vencimiento para el pago de los \$75.000.000 “no superior al 1 de marzo de 2016”.

La Corte Suprema de Justicia frente a este tema ha dicho:

“La exigibilidad no presupone la mora. Tratándose de obligaciones puras y simples siempre requiere de reconvención.” Fácilmente se advierte del contexto de esta disposición que ella contempla ante todo, como regla general la de que la constitución en mora de un deudor no depende simplemente de la obligación, si bien exigible, no haya sido satisfecha; sino de que, además y necesariamente, el acreedor haya reconvenido judicialmente a su deudor en reclamación de que cumpla. Regla general esta a la cual el mismo artículo introduce dos excepciones, que como tales por lo mismo el estado de mora se produce automáticamente, sin necesidad de requerimiento judicial previo: a) cuando al deudor se le ha concedido por el acreedor un término, que se subentiende debe ser cierto y determinado, dentro del cual ha de cumplir su obligación, salvo, en esta hipótesis, los casos particulares en que la ley exiga el requerimiento, los cuales se reconducen a la regla general arriba advertida (...).”⁸³

Los intereses de mora se calculan así:

Conceptos y Valores	Días Totales año 2016	2016			
		INTERES TRIMESTRAL 29,52% RES. 1788 (28/12/2015) Enero Febrero Marzo	INTERES TRIMESTRAL 30,81% RES. 0334 (29/03/2016) Abril Mayo Junio	INTERES TRIMESTRAL 32,01% RES. 0811 (28/06/2016) Julio Agosto Septiembre	INTERES TRIMESTRAL 32,99% RES. 1233 (29/09/2016) Octubre Noviembre Diciembre
		Días Mora: 30	Días Mora: 91	Días Mora: 92	Días Mora: 92
\$75.000.000	305	\$1.814.754	\$5.745.307	\$6.034.672	\$6.219.426

⁸³ CSJ, Cas. Civil, Sent.dic. 16/68)

Conceptos y Valores	Días Totales año 2017	2017			Total Intereses Moratorios año 2016 y 2017
		INTERES TRIMESTRAL 29,52% RES. 1788 (28/12/2015) Enero Febrero Marzo	INTERES TRIMESTRAL 30,81% RES. 0334 (29/03/2016) Abril Mayo Junio	INTERES TRIMESTRAL 32,01% RES. 0811 (28/06/2016) Julio Agosto Septiembre	
		Días Mora: 90	Días Mora: 91	Días Mora: 70	Días Mora: 556
\$75.000.000	251	\$6.197.055	\$6.264.041	\$4.742.260	\$37.017.516

“CUARTA. *Declare incumplida la obligación contenida en la cláusula segunda (2) concerniente a sus contraprestaciones y aportaciones por el contrato de franquicia y transmisión del “saber hacer”, conocimiento, asistencia técnica inicial y continua, y el uso continuo de las marcas y los elementos de propiedad industrial; En particular, por incumplimiento en el pago de las CONTRIBUCIONES AL FONDO DE PUBLICIDAD Y MERCADOTECNIA de los meses de operación del punto de red franquiciado (diciembre 2016, enero, febrero y marzo de 2016) a que hace referencia el numeral dos punto uno (2.3) del contrato, pago que debió ser cancelado en fecha cierta e indiscutible contractualmente estipulada”.*

En el expediente está acreditado que el franquiciado no efectuó pago alguno por concepto de la contribución definida en la sub-cláusula 2.3 “contribución continua para el Fondo de Publicidad y Mercadotecnia equivalente al dos por ciento (2%) de las ventas totales mensuales”.

Entre otras razones para abstenerse del pago, y devolver las facturas, el franquiciado argumenta que considera que existe una contradicción entre la cláusula 2.3, según la cual la base para calcular esta contribución son las “ventas totales” y el párrafo de la cláusula cuarta, que al narrar una serie de elementos se refiere a la contribución calculada sobre ingresos totales. Sea la oportunidad para reiterar que este Tribunal no ve contradicción alguna. La lectura elemental, simple, que corresponde a la lógica de lo razonable, señala que la cláusula 2.3, que es la que define la contraprestación, es la que prevalece sobre un simple error de transcripción en un párrafo, de una cláusula diferente para otros propósitos: “Causales de Pérdida del Territorio”.

Esta interpretación no es compartida por el Tribunal, por las razones arriba expuesta, por lo que la excepción no está llamada a prosperar.

Por otro aspecto la misma estipulación requiere para la efectividad de ese cobro que medie la información de los servicios prestados y su cuantía que permita elaborar las facturas correspondientes. La fecha de vencimiento de los pagos y la causación de los intereses corrientes dependen de la fecha de la factura.

“QUINTA. *Que como consecuencia de la pretensión CUARTA, se condene al demandado a pagar las sumas que corresponden a aportes al fondo de publicidad que se hubieren causado e incumplido con ocasión de la celebración y por el término de ejecución del contrato de franquicia. Lo anterior, en los términos de la cláusula segunda del contrato de franquicia y que corresponden a los siguientes:*

RESUMEN FONDO PUBLICIDAD 2%					
MES	VENTAS BRUTAS DEL PUNTO DE RED	SUBTOTAL	IVA	TOTAL CONTRIBUCIÓN CAUSADA AL FONDO DE PUBLICIDAD Y MERCADOTECNIA	FACTURA DEVUELTA SIN PAGO
DICIEMBRE	9918265	\$ 198.365	\$ 31.738	\$ 230.103	640-7 DEL 10-03-2016
ENERO	9724500	\$ 194.791	\$ 31.167	\$ 225.958	640-13 DEL 10-03-2016
FEBRERO	9562026	\$ 191.240	\$ 30.598	\$ 221.838	640-14 DEL 10-03-2016
MARZO	8705904	\$ 174.118	\$ 27.859	\$ 201.977	640 - 18 DEL 04-04-2016

“SEXTA. *Que como consecuencia de la pretensión CUARTA, se condene al demandado a pagar los intereses moratorios a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia financiera y que se hubieren causado, o se causen hasta la fecha del pago total de los valores adeudados concepto de contraprestaciones y aportaciones pactadas en el contrato de franquicia, en particular las causadas por la mora en el pago de las contribuciones al fondo de publicidad y mercadotecnia de los meses de operación del punto de red franquiciado (diciembre 2016, enero, febrero y marzo de 2016) a que hace referencia el numeral dos punto uno (2.3) del contrato.”*

Considera el Tribunal que las facturas indicadas en el cuadro y que obran en el expediente⁸⁴ fueron indebidamente rechazadas y por consiguiente está obligado el franquiciado a su pago junto con los intereses moratorios.

⁸⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 69 y ss

Para determinar la fecha a partir de la cual deben causarse estos intereses de mora, es preciso referirse a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁸⁵ que señala lo siguiente:

“El art. 90 del C de P.C. consagra el efecto del requerimiento judicial al deudor para constituirlo en mora (art. 1608 No. 3 C.C.), a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda en los procesos de conocimiento. La razón de esta norma, es imponer al deudor la sanción moratoria, no a partir de la ejecutoria de la sentencia que determina el valor de la obligación, sino a partir de la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda, pues de lo contrario se ve desmejorada la situación del acreedor por el tiempo transcurrido por razón del proceso judicial correspondiente”

*Con base en lo anterior, el Tribunal aplicará el artículo 94 del Código General del Proceso, el cual reemplazó al 90 del C de P.C. y que con respecto a este asunto dispone que : **La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor,** cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación”. (subrayado y negrilla fuera de texto).*

Con fundamento en lo anterior, a las facturas de Diciembre, Enero y Febrero incluidas en la demanda inicial se les calcularán los intereses de mora a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, es decir del 7 de junio de 2016, fecha en la cual se le notificó personalmente al apoderado de la convocada según consta en acta que obra a folio 149 del Cuaderno Principal No. 2

Frente a la factura de marzo, incluida en la reforma de la demanda, los intereses de mora se calcularán a partir de la notificación por estado del auto admisorio de la reforma, es decir del 12 de julio de 2016.

De conformidad con lo anterior, los cálculos de los intereses de mora son los siguientes:

⁸⁵ Sentencia Corte Suprema de Justicia, noviembre 9 de 2004 – Exp. 12789 y Sentencia Corte Suprema de Justicia – noviembre 18 de 2004 – Exp. 7187

Conceptos y Valores	Días Totales año 2016	2016			
		INTERES TRIMESTRAL 29,52% RES. 1788 (28/12/2015) Enero Febrero Marzo	INTERES TRIMESTRAL 30,81% RES. 0334 (29/03/2016) Abril Mayo Junio	INTERES TRIMESTRAL 32,01% RES. 0811 (28/06/2016) Julio Agosto Septiembre	INTERES TRIMESTRAL 32,99% RES. 1233 (29/09/2016) Octubre Noviembre Diciembre
		Días Mora: 0	Días Mora: 23	Días Mora: 92	Días Mora: 92
\$677.899	207	\$0	\$13.125	\$54.545	\$56.215

Conceptos y Valores	Días Totales año 2017	2017			
		INTERES TRIMESTRAL 29,52% RES. 1788 (28/12/2015) Enero Febrero Marzo	INTERES TRIMESTRAL 30,81% RES. 0334 (29/03/2016) Abril Mayo Junio	INTERES TRIMESTRAL 32,01% RES. 0811 (28/06/2016) Julio Agosto Septiembre	Total Intereses Moratorios año 2016 y 2017
		Días Mora: 90	Días Mora: 91	Días Mora: 70	Días Mora: 458
\$677.899	251	\$56.013	\$56.618	\$42.864	\$279.381

Conceptos y Valores	Días Totales año 2016	2016			
		INTERES TRIMESTRAL 29,52% RES. 1788 (28/12/2015) Enero Febrero Marzo	INTERES TRIMESTRAL 30,81% RES. 0334 (29/03/2016) Abril Mayo Junio	INTERES TRIMESTRAL 32,01% RES. 0811 (28/06/2016) Julio Agosto Septiembre	INTERES TRIMESTRAL 32,99% RES. 1233 (29/09/2016) Octubre Noviembre Diciembre
		Días Mora:	Días Mora: 0	Días Mora: 80	Días Mora: 92
\$201.977	172	\$0	\$0	\$14.132	\$16.749

Conceptos y Valores	Días Totales año 2017	2017			
		INTERES TRIMESTRAL 29,52% RES. 1788 (28/12/2015) Enero Febrero Marzo	INTERES TRIMESTRAL 30,81% RES. 0334 (29/03/2016) Abril Mayo Junio	INTERES TRIMESTRAL 32,01% RES. 0811 (28/06/2016) Julio Agosto Septiembre	Total Intereses Moratorios año 2016 y 2017
		Días Mora: 90	Días Mora: 91	Días Mora: 70	Días Mora: 423
\$201.977	251	\$16.689	\$16.869	\$12.771	\$77.210

Propone la convocada la excepción de “Inexistencia de la Obligación” (frente a pretensiones 4, 5 y 6) mediante la cual considera que las obligaciones de pago de las contraprestaciones calculadas sobre las ventas totales, no lo son tales porque, en su entender, deben calcularse sobre los niveles mensuales de ingreso.

También propone la convocada frente a las pretensiones 4, 5 y 6 la excepción de Mala fe del Franquiciante. En este mismo punto, considera que hay “mala fe” del franquiciante por presentar las facturas para el cobro de las contribuciones cuando ya se habían suscitado las controversias materia de este trámite arbitral.

No son de recibo los argumentos del franquiciado por lo que tampoco está llamada a prosperar, dentro del marco interpretativo que se ha venido explicando en este Laudo.

Por hacer relación a la misma materia se analizan en conjunto las pretensiones Séptima y Octava.

“SÉPTIMA. Declare incumplida la obligación contenida en la cláusula décima primera (11) del contrato, consistente en el deber de adquirir las pólizas de seguro de cubrimiento de riesgo de la operación del establecimiento de comercio franquiciado, obligación ésta para la cual también fue señalada contractualmente fecha cierta para su cumplimiento, esto es, treinta (30) días previos al inicio de operación del punto de red, debiendo entregarse al franquiciado dichas pólizas dentro de los diez (10) días previos a la apertura del establecimiento.

OCTAVA. En subsidio de la anterior, declare imperfecto el cumplimiento de la obligación contenida en la cláusula decima primera (11) del contrato, consistente en el deber de adquirir las pólizas de seguro de cubrimiento de riesgo de la operación del establecimiento de comercio franquiciado, obligación ésta para la cual también fue señalada contractualmente fecha cierta para su cumplimiento, esto es, treinta (30) días previos al inicio de operación del punto de red, debiendo entregarse al franquiciado dichas pólizas dentro de los diez (10) días previos a la apertura del establecimiento y debiendo aquellas amparar el total del tiempo de operación del punto de red franquiciado.”

Frente a lo estipulado en la cláusula décima primera en materia de seguros, confiesa la representante legal del franquiciado que efectivamente éstas no fueron contratadas en los plazos ni por los amparos exigidos. En tanto que su contratación

fue tardía, naturalmente no fueron entregadas al franquiciante con la debida anticipación, es decir, treinta (30) días antes de la apertura del establecimiento de comercio, que en el caso de autos hubiera sido el día once de noviembre de 2015. Apoya lo dicho la testigo Señora Claudia Rocío Morales⁸⁶.

Destacable el parágrafo de la misma cláusula al señalar que el incumplimiento de esta estipulación es causal de rescisión. Pero a punto seguido indica que en caso de siniestro será el Franquiciado el único responsable de asumir por su cuenta y riesgo el lleno de los daños patrimoniales propios o de terceros. Tampoco está prevista alguna condición especial que pudiera dar derecho al franquiciante como beneficiario de las mismas. Claramente la responsabilidad la asume el franquiciado únicamente.

Teniendo en cuenta que el criterio que debe seguirse para valorar la gravedad de un incumplimiento contractual, debe ser objetivo, atendiendo el resultado del incumplimiento en la relación contractual objetivamente considerada, -la importancia económica del incumplimiento, - es claro que la omisión en la contratación puntual de los cubrimientos de seguros, mínimos exigidos contractualmente, y su contratación parcial y tardía no tuvieron ningún impacto ni motivaron una reclamación de parte del franquiciante, no se consideran estos hechos como un incumplimiento capaz de generar una causal de resolución del contrato.

“Según el máximo Tribunal colombiano, *la gravedad del incumplimiento* no puede analizarse de forma absoluta, sino para cada caso en concreto, determinando las circunstancias específicas que para cada situación en cuestión lleven a establecer que la inejecución, efectivamente, frustró de manera manifiesta y definitiva las expectativas del acreedor insatisfecho. Así pues, ante una demanda de resolución, el juez debe entrar a analizar la utilidad económica del contrato cuyas obligaciones fueron incumplidas: en caso de inejecución parcial, tiene que determinar si la prestación cumplida procura un beneficio serio al acreedor, el cual se establece en función de la utilidad económica que éste podía esperar del contrato –método retrospectivo-; y, en la hipótesis de la inejecución total, el juez tiene que entrar a establecer si la conservación del contrato le reporta una utilidad representativa al acreedor –método prospectivo-”5. (iii) Finalmente, la gravedad del incumplimiento no la determina la parte insatisfecha. Ese es “un elemento de juicio vago y equívoco”, esta apreciación y valoración es algo que compete al juez”⁸⁷

⁸⁶ Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 477 y ss

⁸⁷ Laudo Panaca

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal encuentra que el supuesto incumplimiento frente a la adquisición de las pólizas no constituye un verdadero incumplimiento contractual dado sus efectos e implicaciones en la ejecución del Contrato, por lo que no prosperan ni la séptima ni la octava pretensión.

La convocada formula tres excepciones frente a estas pretensiones: (i) Actos Propios, (ii) Ausencia de requerimientos y (iii) Concurrencia de culpas

Frente a la primera, argumenta que el franquiciado no contrató las pólizas de seguros en la forma y tiempo debidos por causas imputables al mismo franquiciante.

El Tribunal no comparte esta aseveración porque, la obligación contenida en la cláusula décima primera está claramente pactada a cargo del franquiciado y porque siendo este un contrato de colaboración – no de dependencia ni subordinación – es deber de cada parte obrar como empresario independiente y diligente en procura de alcanzar el propósito del contrato. Se advierte la actitud omisiva y pasiva del franquiciado desconociendo su independencia empresarial y su deber de diligencia y cuidado para manejar su propio negocio y el deber de colaboración.

Respecto a la ausencia de requerimientos, reclama el franquiciado que no puede estar incumplido en una obligación sin que haya mediado un requerimiento del franquiciante.

Estima este Tribunal, que, en un correcto entender, en el leal y correcto sentido, que corresponde a la buena fe contractual, “las obligaciones son para cumplirlas” y debe agregarse: para cumplirlas en la forma y tiempo pactados buscando el propósito para el cual se pactaron, como es bien sabido elemental principio la buena fe contractual. Las eventuales estipulaciones remediales que prevean plazos adicionales para subsanar algún incumplimiento son la excepción que no la regla.

Todo argumento orientado a excusar el incumplimiento del deudor en la ausencia de requerimiento del acreedor es contrario a la buena fe contractual y así lo declarará este Tribunal.

Ahora bien, en cuanto a la Concurrencia de culpas el franquiciado fundamenta su excepción en la “responsabilidad que le cabe al franquiciante por los incumplimientos en que incurrió”.

Considera el Tribunal que la obligación de contratar los seguros, como está pactada en la cláusula décima primera, exigidos en el contrato es de aquellas que corresponde exclusivamente al franquiciado. Nota el Tribunal que la argumentación del franquiciado excepcionante es reiterativa en atribuir responsabilidad al franquiciante y como ya se ha explicado anteriormente, en tratándose de contratos de colaboración- que no de cambio – adquiere particular relevancia el esfuerzo por cumplir de cada una de ellas, por razón del mayor grado de responsabilidad que incumbe a cada una de las partes en tanto que profesionales e independientes.

Con fundamento en lo anterior, no prosperan estas excepciones.

“NOVENA. *Declare incumplida la obligación contenida en la cláusula quinta (5) numeral cinco puntos doce (5.12) concerniente al deber de adquirir e instalar los muebles y rótulos no entregados por EL FRANQUICIANTE.*

DÉCIMA. *Que como consecuencia de la pretensión NOVENA, se condene al demandado a pagar la Pena Convencional de CINCO MIL DOLARES AMERICANOS (\$5,000) o su equivalente en Moneda Nacional de acuerdo a la tasa representativa del mercado TRM el día de su pago, a dicha cantidad deberá adicionársele el correspondiente IVA por facturación. Lo anterior, por el incumplimiento de la obligación a que se refiere el numeral 5.12 del contrato de franquicia”.*

En efecto la Cláusula Quinta, en la sub-cláusula 5.12 mencionada en la pretensión novena, indica que es obligación del Franquiciado adquirir exclusivamente la decoración, así como el mobiliario y rótulos que no hagan parte de los entregados por el Franquiciante. Para el incumplimiento está prevista la pena convencional que reclama la pretensión décima, es decir, una penalidad equivalente a cinco mil dólares de los Estados Unidos (USD 5,000). Sin embargo, la demandante no desarrolla este argumento ni se ocupa de probar cuales fueron los muebles y rótulos faltantes. No existe una lista de tales muebles ni de los rótulos que permita apreciar la dimensión de la falla. Por esta razón esta pretensión no está llamada a prosperar y fallando la pretensión declarativa, no hay lugar a estudiar la consecencial de condena.

Frente a la pretensión 9 relativa a la obligación de adquirir e instalar muebles y rótulos no entregados por el franquiciante el convocado formula la excepción de Temeridad de la Franquiciante.

En este punto la convocada se limita a criticar el proceder del franquiciante; conducta que ya fue calificada en otro aparte de este laudo, por lo que esta excepción no prospera.

Formula la convocada también la excepción de Mala fe del Franquiciante frente a la pretensión 9 y reitera su apreciación de que hay mala fe en el franquiciante por el hecho de haber redactado el contrato; postura que no comparte el Tribunal, como lo explicó en las consideraciones anteriores, por lo que esta excepción en todos los casos no está llamada a prosperar.

Frente a la pretensión 10, consecencial de la 9 y relativa a la pena Convencional propone la convocada la excepción de Nulidad Parcial del Contrato. Por ser consecencial, seguirá la suerte de la declarativa anterior. Es decir, que esta excepción no prospera.

“DÉCIMA PRIMERA. *Declare incumplida la obligación de mantención de la imagen interna y externa del local comercial, contenida en la cláusula sexta (6) numerales seis puntos tres y seis puntos cuatro (6.3 y 6.4).*

DÉCIMA SEGUNDA. *Que como consecuencia de la pretensión DÉCIMA PRIMERA, se condene al demandado a pagar la Pena Convencional de CINCO MIL DOLARES AMERICANOS (\$5,000) o su equivalente en Moneda Nacional de acuerdo a la tasa representativa del mercado TRM el día de su pago, a dicha cantidad deberá adicionársele el correspondiente IVA por facturación. Lo anterior, por el incumplimiento de la obligación a que se refiere el párrafo de la cláusula sexta del contrato de franquicia.”*

Sustenta la demandante su pretensión décima primera en la negativa del franquiciado de instalar el aviso lateral a pesar de habersele ofrecido el pago de la mitad de los costos, la sustitución de la reja metálica por unos vidrios y en la instalación de solamente un televisor. En efecto, tales circunstancias están probadas en el expediente y fueron objeto de la confesión de la Señora Marcela Cárdenas (q.e.p.d.). Sin embargo, del total de los requisitos exigidos en relación con la imagen interna y externa del local los tres aspectos mencionados difícilmente pueden llegar a constituir un incumplimiento contractual. Se echa de menos alguna descripción de cómo esta situación lo pudiera afectar adversamente el desarrollo del contrato. Por tal motivo esta pretensión declarativa no está llamada a prosperar y tampoco la consecencial.

Con respecto a la pretensión 11 relativa a la mantención de la imagen interna y externa del local la convocada presenta la excepción de Cumplimiento efectivo de la obligación. Se limita el excepcionante a declarar que a su juicio la obligación está cumplida.

Como se explicó arriba, la obligación de mantener la imagen interna y externa no fue cumplida efectivamente, pero las fallas aludidas tampoco fueron de la gravedad suficiente como para constituir incumplimiento de contrato.

También formula la excepción de Mala fe del Franquiciante frente a la pretensión 11 y reitera su posición con respecto a los requerimientos: *“a lo largo de la relación comercial ... la franquiciante nunca expresó a través de requerimientos ... que la franquiciada se encontrase en supuestos incumplimientos de las obligaciones de las cláusulas 6.3 y 6.4”*.

Como ya se señaló, este Tribunal estima que la buena fe contractual, es ese deber de obrar con lealtad y corrección en el cumplimiento de todas las obligaciones que nacen de un contrato y no están supeditadas al requerimiento de la parte co-contratante. Los mecanismos de subsanación o remediación son simplemente excepcionales, pero no pueden ser pretexto para demorar, retardar u omitir el cumplimiento de una obligación.

Así mismo presenta la convocada la excepción de Temeridad del Franquiciante (frente a esta pretensión 11. Sus argumentos se limitan el a criticar la conducta de la convocante.

El Tribunal echa de menos el sustento fáctico o jurídico de esta manifestación, por lo que tampoco admitirá esta acusación como constitutiva de una excepción de mérito.

Frente a la excepción de Nulidad Parcial formulada contra la pretensión 12, (Pena Convencional, consecencial de la pretensión 11) pide la convocada que se deniegue la pretensión 12 por estar fundamentada en una cláusula abusiva que debe ser declarada nula por nulidad total o parcial del contrato.

Por las consideraciones expresadas en este laudo, el Tribunal no encontró causal alguna de nulidad parcial ni total del contrato por lo que esta excepción no está llamada a prosperar.

Respecto de la censura por abuso del derecho, es reiterada la doctrina y la jurisprudencia en lo relativo a que el abuso del derecho al que está sometida toda actuación, debe ser probada, como se explicará anteriormente en este laudo. En ausencia de la sustentación de un posible abuso, no es aceptable esta excepción.

Frente a la pretensión

“DÉCIMA TERCERA. *Declare incumplida la obligación expresa en las cláusulas quinta (5) y séptima, numerales cinco punto doce (5.12) y (7.2) concernientes al deber de adquirir los productos cosméticos y de belleza uniformes y demás materiales suministrados por el FRANQUICIANTE o sus proveedores autorizados.*

DÉCIMA CUARTA. *Que como consecuencia de la pretensión DÉCIMA TERCERA se condene al demandado a pagar la Pena Convencional de CINCO MIL DÓLARES AMERICANOS (\$5,000) o su equivalente en Moneda Nacional de acuerdo a la tasa representativa del mercado TRM el día de su pago, a dicha cantidad deberá adicionársele el correspondiente IVA por facturación. Lo anterior, por el incumplimiento de la obligación a que se refiere el parágrafo de la cláusula quinta y el parágrafo de la cláusula séptima del contrato de franquicia.”*

Obra en el expediente abundante material probatorio documental, además de la confesión del mismo franquiciado en el sentido de que hubo un producto en particular que fue adquirido de un proveedor distinto del sugerido por el franquiciante. Pero al igual que en caso anterior si bien está incumplida la obligación de adquirir todos los productos del franquiciante o de su proveedor autorizado, y teniendo en cuenta que son centenares los productos involucrados en esta actividad, la falta de uno o varios carece de la gravedad o la incidencia tal que pueda llegar a constituir un incumplimiento contractual. En consecuencia, esta realidad carece de la importancia o gravedad necesaria para llegar a constituir un incumplimiento contractual y por ello no prospera la pretensión declarativa ni habrá lugar a considerar la pena convencional de los párrafos de las cláusulas 5 y 7.

Formula la convocante la excepción de Incumplimiento del Franquiciante frente a la pretensión 13, relativa a la obligación de comprar productos solamente de los proveedores autorizados.

Justifica esta excepción en los incumplimientos, según él descritos en los hechos 105 a 108 de la demanda de reconvención.

Frente a esta excepción se pronuncia el Tribunal al analizar demanda de reconvención porque su eje radica justamente en la excepción de contrato no cumplido. Abundan los mutuos reproches sobre fallas o defectos pretendiendo estructurar con ellos incumplimientos contractuales, cuando en realidad como en este caso pueden constituir simples y pequeñas dificultades propias de cualquier contrato o negocio que comienza, susceptibles de muy fácil corrección o subsanación, sin que, en buena fe y puridad de verdad, actuando con lealtad y corrección puedan llegar a constituir incumplimientos contractuales.

También presenta la excepción de Buena fe de la Franquiciada frente a la pretensión 13 y la justifica aduciendo buena fe del franquiciado al haber acudido a otro proveedor por necesidad ante la ausencia del representante legal del franquiciante.

La buena fe se presume y la mala fe debe probarse. En cualquier caso, la buena fe no constituye una excepción de mérito. Respecto de estas aseveraciones ya se pronunció el Tribunal.

Plantea la convocada igualmente la excepción de Abuso del derecho frente a la pretensión 13.

Reitera el excepcionante su posición en el sentido de que existe abuso del derecho por razón de que las cláusulas del contrato fueron extendidas en por el franquiciante y que éste lo indujo al incumplimiento.

Claramente esta excepción se fundamentaría en una posición de debilidad en el franquiciado, lo cual es imposible de predicar de quienes se han venido presentando como expertas en temas financieros. Al analizar la naturaleza de los contratos de adhesión y su difusión en el mucho actual de los negocios, cada día es más frecuente bien el contrato de adhesión total o el contrato “standard” o modelo para determinados tipos de negocios destinados a redes, o buscando establecer condiciones uniformes de contratación, de lo cual no puede ni de lejos presumirse abuso del derecho, temeridad ni mala fe. No sobra reiterar como dice en varios apartes de este laudo que la carga de la prueba corresponde a quien alega.

En consecuencia, el Tribunal no comparte la posición del franquiciado y no le reconocerá prosperidad a esta excepción.

Otra excepción formulada contra esta pretensión es la de Inexigibilidad de la obligación y temeridad de la Franquiciante. Repite el excepcionante su posición en cuanto a que la imposición de sanciones contractualmente solo es posible luego de “tres trasgresiones”.

El Tribunal reitera que para este caso en particular, la buena fe contractual, que es deber legal de corrección y rectitud, impide que el desarrollo de un contrato quede condicionado o dependa de los requerimientos de la parte co-contratante.

Finalmente, la convocada plantea la excepción de Nulidad Parcial frente a la pretensión 14 consecucional de la 13. Estima el excepcionante que la cláusula es abusiva y de contera nula.

Con respecto a la nulidad total o parcial del contrato, como se ha venido indicando, en las consideraciones presentadas en este laudo, el tribunal se apoya de la validez del contrato. Por demás se echan de menos los elementos de prueba y las justificaciones en derecho que pudieran dar prosperidad a esta excepción.

En consecuencia, esta excepción no está llamada a prosperar.

***“DÉCIMA QUINTA.** Ratifique la rescisión del contrato de Franquicia celebrado el pasado trece (13) de octubre de 2015 entre el FRANQUICIANTE MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S y el FRANQUICIADO SUEÑOS Y FRANQUICIAS S.A.S, por haber incumplido el FRANQUICIADO SUEÑOS Y FRANQUICIAS S.A.S una o algunas de las obligaciones contractuales”.*

En las consideraciones presentadas más atrás, se hace un detallado análisis de cómo entiende este Tribunal, la llamada “rescisión” en este contrato, que en realidad constituye una condición resolutoria expresa válida y que no requiere de ratificación judicial. Sin perjuicio, de lo cual no está exenta de revisión judicial para controlar posible abuso del derecho. Recordando apartes de la jurisprudencia arriba transcrita:

“Prima facie la terminación unilateral por cláusula resolutoria expresa, está reservada estrictamente a la parte cumplida o presta a cumplir, pues repugna a claros dictados éticos que, la incumplida o renuente al cumplimiento, pretenda favorecerse con su propio incumplimiento. De igual manera, su ejercicio presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución. Tampoco esta facultad, y ninguna otra en general, podrá ejercerse en forma contraria a la buena fe o con abuso del derecho. Asimismo, la eficacia y el ejercicio de esta prerrogativa, es controlable por los jueces, sin excluir el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia para definir toda disputa, diferencia o controversia a propósito.

La terminación unilateral del contrato por cláusula resolutoria expresa, estructura declaración dispositiva recepticia, análoga al preaviso para terminar

los contratos de duración indefinida o enervar las prórrogas automáticas pactadas en los de duración definida, por cuanto debe comunicarse a la otra parte, quien podrá protestar la causa invocada, el ejercicio abusivo o contrario a los dictados de la buena fe por infundada, intempestiva o ilegítima, e incluso su improcedencia por la tolerancia, purga o condonación, o también reconocer la falta.

Al ejercerse la facultad de terminación unilateral termina el contrato ipso jure sin intervención judicial. No obstante, existiendo disputa, las partes pueden acudir a la jurisdicción, lo que descarta tomar justicia por mano propia.”

Encuentra este Tribunal, como se viene de decir, que hubo un claro incumplimiento al no haberse efectuado el pago de la tercera cuota de la regalía inicial, impago que está confesado, y comprobado en el dictamen pericial.

Considera el Tribunal que la estipulación contractual de la condición resolutoria expresa no tiene reparos en su legalidad.

Frente a un eventual abuso del derecho en el ejercicio de esa condición resolutoria, como pide el convocado en sus excepciones de mérito, el tribunal advierte que el aviso de rescisión no fue dado sorpresiva ni intempestivamente. En efecto, está demostrado en el expediente que la fecha pactada, luego de meses de negociaciones, para ese tercer pago era en efecto el primero (1) de marzo de 2016; que la aquí convocante, había dirigido recordatorios con anticipación de más de diez días, y luego concedido un plazo adicional hasta el 22 de marzo, fecha que también fue incumplida por la convocada deudora. Tampoco aprecia el Tribunal, ni acreditó el deudor, que el aviso de terminación se le hubiere dado con la intención de causarle un perjuicio, vulnerando el principio de la buena fe. Por consiguiente, esta pretensión está llamada a prosperar en cuanto reconoce que el aviso de determinación o “notificación de rescisión” estuvo justificada en el impago de la tercera cuota de la regalía inicial y así se declarará.

La realidad económica acreditada en autos es que la peluquería estaba arrojando pérdidas y de continuar la administración como venía, la situación financiera no tenía posibilidad de mejorar. Por eso se entiende que el franquiciado propusiera la terminación del contrato. Ambas partes habían hecho inversiones importantes, en la adecuación, amoblamiento y aprovisionamiento del local, pero se dio una muy escasa contratación de personal con altos niveles de rotación y pocas horas de atención al público. En las comunicaciones cruzadas con motivo y en sede de la

conciliación, las dos partes presentaron alternativas para resolver sus diferencias, ninguna de las cuales fue aceptable.

Formula como excepción la convocada frente a las pretensiones 15 y 16 la ilegalidad de la Rescisión pues considera que la Franquiciante “*ejerció la rescisión de manera abusiva y arbitraria*”. Respecto de la validez y legalidad del contrato, de la cláusula y del ejercicio de la condición resolutoria expresa como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, en sentencias que constituyen doctrina legal probable, se manifiesta in extenso el laudo en la parte pertinente para confirmar, la validez. Respecto del ejercicio arbitrario o abusivo de la cláusula, también se pronuncia el tribunal frente a la carencia absoluta de pruebas que pudieran fundamentar un abuso del derecho o una arbitrariedad. Además, y muy importante, tener en cuenta que la terminación del contrato fue provocada por el franquiciado y pedida por él. En consecuencia, esta excepción no puede prosperar.

Plantea la excepción de Abuso del derecho frente a las pretensiones 15 y 16. Estima el demandado que la declaración de la rescisión se hizo en ejercicio abusivo del derecho.

Nuevamente se echa de menos algún esfuerzo probatorio de parte del franquiciado, por lo que no puede el Tribunal acceder excepción además de que como se viene de indicar, fue el franquiciado quien dio lugar a la terminación del contrato y fue el primero en intentar la terminación del mismo.

“DÉCIMA SEXTA : Que como consecuencia de la pretensión DÉCIMA QUINTA, se condene al demandado a pagar la penalidad equivalente SESENTA MIL DOLARES AMERICANOS (USD 60,000.) por dicho incumplimiento. Así mismo, el FRANQUICIANTE tendrá el derecho de reclamar al FRANQUICIADO la reparación de cuantos perjuicios hubiera sufrido por causa de esta terminación anticipada (rescisión sin necesidad de declaración judicial), como consecuencia de los incumplimientos cometidos por el FRANQUICIADO. Lo anterior, con fundamento en el inciso final de la cláusula décima quinta (15) del contrato de franquicia”.

Esta pretensión combina una serie de factores que deben ser considerados individualmente: (i) como quedó explicado, la pretensión décimo quinta prospera en cuanto está demostrado el impago de la tercera cuota o instalamento por setenta y cinco millones de pesos (\$75.000.000.) pactado para completar el monto de la regalía inicial; está llamada a prosperar porque la condición resolutoria expresa pactada para que opere ipso jure sin necesidad de intervención judicial, está pactada

así en el contrato y así lo reconoce el tribunal, quien no encontró motivos para declarar su nulidad ni causas que pidieran indicar que se pactó o se ejerció con abuso de poder. (ii) No es “a consecuencia de la ausencia de ratificación” que se causa la penalidad pactada. Como se viene de indicar, esa penalidad está pactada por el incumplimiento de “cualquiera de los anteriores supuestos” – léase los más de treinta casos enumerados en la misma como casos de Incumplimiento Grave - que dan “*lugar a la rescisión inmediata del presente contrato, operando esta rescisión de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial alguna...así como a la imposición de la penalidad equivalente a sesenta mil dólares americanos (USD 60,000)...*” . (iii) La penalidad referida está contenida en el último inciso de la cláusula décima quinta “Rescisión y Terminación” para ser aplicable en alguno de los más de treinta (30) casos de Incumplimiento Grave allí definidos, lo que genera un problema de proporcionalidad al cotejar el monto de la pena y su impacto o efecto frente a los denominados Incumplimientos Graves. (iv) También menciona la misma pretensión el derecho del franquiciante de reclamar indemnización de perjuicios, temas que son objeto de las pretensiones décima séptima, décima octava y décimo novena, que serán analizadas a continuación. (v) Importante tener en cuenta que es de la esencia de la cláusula penal su función sancionatoria, punitiva, que obliga a su interpretación restrictiva, cuidándose el juez de no apartarse de la voluntad de las partes. Pero, si bien, es deber del juez respetar la voluntad de los contratantes, no lo es menos que el juez no pierde su facultad de revisar el valor de la pena en dos supuestos: cuando la obligación principal ha sido parcialmente ejecutada y cuando la prestación penal encierra enorme desproporción, cotejándola en este segundo supuesto con el valor de la deuda garantizada determinado o determinable en cierta cantidad de dinero o en caso contrario, atendidas todas las circunstancias concurrentes.

Teniendo en cuenta que ya han prosperado las declaraciones y condenas por obligaciones dinerarias y que respecto de ellas se ordenará el pago de los intereses moratorios correspondientes, y por otro lado, que ninguno de los demás incumplimientos reclamados, ha sido reconocido como justificativo de la condición resolutoria expresa, no se accederá al reconocimiento de la cláusula penal en los términos de la pretensión décimo sexta. Los perjuicios por daño emergente y lucro cesante son objeto de otras pretensiones que se analizarán seguidamente.

Presenta el demandado la excepción de Nulidad Parcial frente a las pretensiones 15 y 16 y manifiesta que por ser abusivas, múltiples cláusulas deben ser declaradas nulas.

El Tribunal considera que no basta alegar; es necesario probar. En tanto que está ausente el elemento probatorio del abuso no hay lugar a reconocerle mérito a esta excepción.

“DÉCIMA SÉPTIMA. *Que como consecuencia de la pretensión DÉCIMO SEXTA se condene al demandado a indemnizar a mi poderdante los perjuicios causados por costos, gastos o pérdidas generadas como consecuencia del incumplimiento del contrato (diferentes del saldo de la regalía inicial, la contribución al fondo de publicidad y mercadotecnia, el lucro cesante y perjuicios por afectación de marca) que se estiman razonadamente y bajo la gravedad de juramento en los términos del numeral séptimo del artículo 82 y el artículo 206 del Código General del Proceso, en la suma de CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS (\$159.792.970) de acuerdo a la siguiente relación y al anexo número 4 de la demanda primigenia” (...)*

El contenido de esta pretensión fue analizado detalladamente por el Perito, Dr. Tayron Alfonso Roa. Vista una a una las partidas que componen el cuadro, y aplicando los criterios determinantes de los perjuicios – su relación indispensable con los hechos o incumplimientos- el Tribunal encontró ciertos y directos los perjuicios por daño emergente en la cuantía arriba señalada, tal como lo dijo anteriormente en el capítulo de los elementos esenciales de la responsabilidad contractual y el Daño, y así lo declarará.

“DÉCIMA OCTAVA. *Que como consecuencia de la pretensión DÉCIMA QUINTA se condene al demandado a pagar a título de indemnización de perjuicios por lucro cesante relativos al provecho dejado de percibir por el demandante a título de regalía continua mensual por el término total del contrato, estimándose razonadamente estos perjuicios y bajo la gravedad de juramento en los términos del numeral séptimo del artículo 82 y el artículo 206 del Código General del Proceso en la suma de **CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO SESENTA Y SEIS PESOS CON CUATRO CENTAVOS (\$439.725.166,4)**, tal y como se explicó con anterioridad en el acápite de fundamentos de derecho referente al lucro cesante y acorde a la siguiente relación (...).*

DÉCIMA NOVENA. *Que como consecuencia de la pretensión DÉCIMA QUINTA, se condene al demandado a indemnizar al demandante por los perjuicios causados por el daño a la imagen de la marca MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S. frente a otros centros comerciales que se reúsan a permitir el ingreso de la marca a sus*

copropiedades lo cuales se estiman razonadamente y bajo la gravedad de juramento en los términos del numeral séptimo del artículo 82 y el artículo 206 del Código General del Proceso en la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000) M/CTE”.

Por razón de la carencia absoluta de pruebas en las cuales pueda fundamentarse este perjuicio, no prospera esta pretensión.

Frente a las pretensiones 17, 18 y 19, relativas a la condena por perjuicios en cuantía de \$159.792.970, a la condena por lucro cesante en cuantía de \$439.725.166,4 y a la condena en \$200.000.000.00 por daño a la imagen de MARCO ALDANY la convocada propone las excepciones de contrato no cumplido, abuso del derecho, nulidad, actos propios, temeridad, *“inexistencia del bien jurídico cuya demanda se tutela”*, enriquecimiento sin causa, y concurrencia de culpas.

En tanto que la excepción de contrato no cumplido está fundamentada en las pretensiones mismas de la demanda de reconvención de ella se ocupa este laudo en el capítulo correspondiente.

Frente a las excepciones de abuso del derecho, nulidad, actos propios y temeridad, el Tribunal estima que no están llamadas a prosperar por las razones tantas veces explicadas, de total ausencia de elementos probatorios así lo declarará.

Respecto de la *“inexistencia del bien jurídico cuya demanda se tutela”*, no es una excepción.

Con respecto al enriquecimiento sin causa, el Tribunal echa de menos la justificación fáctica y jurídica de la aseveración.

En cuanto a la concurrencia de culpas, el Tribunal se está a lo indicado en otros apartes de este laudo al explicar el régimen de responsabilidad propio de los contratos de colaboración y en este en particular.

“VIGÉSIMA. *Que, como consecuencia de la pretensión DÉCIMA QUINTA, se condene al demandado a los efectos de la rescisión del contrato descritos en la cláusula decima sexta (16) del contrato tendientes a:*

20.8. Cesar el negocio por un periodo de dos (2) años.

20.9. Cubrir de inmediato todos los pagos pendientes por regalías, compra de productos o por cualquier otro concepto al FRANQUICIANTE y/o proveedores.

Y si hubiere lugar a liquidar en cumplimiento de las normas legales vigentes a sus trabajadores y pagar dichas liquidaciones con el lleno de las formalidades legales, siendo de su exclusiva responsabilidad cualquier omisión a esta disposición.

- 20.10. Devolver de inmediato los manuales entregados en calidad de comodato al FRANQUICIANTE, así como cualquier comunicación e información.*
- 20.11. Modificar en un plazo que no exceda de diez (10) hábiles la imagen externa e interna del local de tal manera que no se identifique como parte integrante de la red de franquicias.*
- 20.12. Cesar de inmediato el uso de todas las marcas del contrato retirando en un plazo que no exceda de cuarenta y ocho (48) horas cualquier señalamiento que contenga las mismas. En caso de incumplimiento de la presente obligación, el FRANQUICIANTE se reserva el derecho de reclamar al FRANQUICIADO una indemnización pactada de común acuerdo por las partes por la cantidad de mil dólares americanos (USD 1,000) más IVA, o su equivalente por cada día de demora a partir de la fecha de notificación, cantidad que además se actualizará de conformidad con la tasa de interés legal máxima corriente.*
- 20.13. Continuar observando por un periodo de cinco (5) años las obligaciones de confidencialidad y no competencia asumidas en virtud del presente contrato y en el contrato de confidencialidad.*
- 20.14. Una vez declarada la rescisión del contrato bajo ninguna circunstancia, ni pretexto a no permitir ni usar la combinación de signos distintivos, elementos operativos y de imagen que permitan identificar productos o servicios iguales o similares en grado de confusión a los del sistema "MARCO ALDANY" y que por su uso causen o induzcan al público a confusión, error o engaño, por hacer creer o suponer la existencia de una relación entre "MARCO ALDANY" titular de los derechos protegidos y el usuario no autorizado, configurándose de esta forma la Competencia desleal descrita en la Ley 256 de 1996".*

Esta pretensión corresponde básicamente a la cláusula décima sexta del Contrato de Franquicia y contiene las obligaciones que debe cumplir el franquiciado con posterioridad a la terminación del contrato. Claramente prospera esta pretensión como que es la ratificación de lo ya establecido.

Frente a esta pretensión 20, la convocada plantea la excepción de Cumplimiento efectivo de la obligación y solicita que se tengan por probados los hechos numerados del 180 al 197 de su demanda de reconvención.

La pretensión vigésima de la demanda principal pide que se ordene al franquiciado dar cumplimiento a algunas de las obligaciones contenidas en la cláusula décima sexta del contrato de franquicia y que son las confesadas en los hechos 198 y 199 de la demanda de reconvención. El Tribunal negará esta excepción habida cuenta de que corresponden justamente a obligaciones contractuales que el franquiciado ha debido observar con motivo de la terminación del contrato de franquicia.

Plantea igualmente la convocada la excepción de Inutilidad de la Pretensión e indica que a su juicio es innecesaria la pretensión porque a su juicio las medidas indicadas ya fueron cumplidas.

No comparte el Tribunal la apreciación del franquiciado y en consecuencia ordenará que se cumplan todas las obligaciones pendientes en particular las confesadas en los hechos 198 y siguientes de la demanda de reconvención.

Frente a la pretensión 20 formula la demandada la excepción de Temeridad y negligencia del Franquiciante.

El Tribunal, por las razones tantas veces expresadas, no encuentra que las excepciones de temeridad ni mala fe estén llamadas a prosperar y así lo decretará.

“VIGÉSIMA PRIMERA. *Que se declare que el FRANQUICIADO, no tendrá derecho a exigir suma alguna a cualquier título como primas, good will, valorizaciones o similares para cesar sus actividades y/o restituir el “Saber-Hacer” que le haya suministrado el FRANQUICIANTE, ya que el disfrute que este hace del “Saber-hacer”, de los clientes y visitantes y del posicionamiento del FRANQUICIANTE en el establecimientos de comercio se deriva exclusivamente de este contrato, sin ningún título especial que le ampare retener dicho “Saber-Hacer” y todo lo relacionado a este y al punto red de la Franquicia”.*

Por las razones antes presentadas, para diferenciar la agencia de la franquicia, prospera esta pretensión y se declarará que el Franquiciado, Sueños y Franquicias Emaús SAS, ni sus actuales accionistas tendrán derecho a exigir suma alguna a cualquier título como primas, good will, valorizaciones o similares para cesar sus actividades y/o restituir el “Saber-Hacer” que le haya suministrado el FRANQUICIANTE, ya que el disfrute que este hace del “Saber-hacer”, de los clientes y visitantes y del posicionamiento del FRANQUICIANTE en el establecimientos de comercio se derivó exclusivamente del contrato celebrado con

Marco Aldany Colombia SAS, sin ningún título especial que le ampare retener dicho “Saber-Hacer” y todo lo relacionado a este y al punto red de la Franquicia.

Formula la convocada la excepción de Nulidad Parcial frente a la pretensión 21 que pide *“se declare que el FRANQUICIADO, no tendrá derecho a exigir suma alguna a cualquier título como primas, good will, valorizaciones o similares para cesar sus actividades y/o restituir el “Saber-Hacer” que le haya suministrado el FRANQUICIENTE, ya que el disfrute que este hace del “Saber-hacer”, de los clientes y visitantes y del posicionamiento del FRANQUICIENTE en el establecimientos de comercio se deriva exclusivamente de este contrato, sin ningún título especial que le ampare retener dicho “Saber-Hacer” y todo lo relacionado a este y al punto red de la Franquicia.*

Estima el excepcionante que esta pretensión fundamentada en lo pactado en el inciso final de la cláusula décimo sexta del contrato en este caso es nula por objeto ilícito y la estima abusiva.

Como se explicó al analizar el Contrato de franquicia en general y acudiendo a los criterios interpretativos señalados por UNIDROIT esta es una estipulación estirpe propia de esta modalidad contractual y se diferencia de la agencia mercantil en la medida en que por razón del contrato de franquicia el franquiciador o franquiciante ya ha desarrollado un nombre mercantil, un good- will y un saber hacer que le concede al franquiciado. En consecuencia, es propio que el franquiciado no pretenda reclamar beneficios de lo acreditado y desarrollado por el franquiciante.

En consecuencia, no estima el Tribunal que a la cláusula ni a la pretensión les quepa censura por abusivas ni por contravenir normas de orden público que pudieran generar su nulidad.

Plantea también la convocada la excepción de Enriquecimiento sin justa causa frente a la pretensión 21 y sustenta su defensa en que por ser nula “de pleno derecho” esta cláusula, la pretensión conduciría a un enriquecimiento sin causa de la de la franquiciante.

Sea lo primero advertir que la cláusula no es nula, sino propia de la naturaleza misma de la franquicia y, en segundo término, no parece razonable la deducción de ella conduciría a un enriquecimiento sin causa.

Frente al pretensión 22 mediante la cual la convocante pide la condena en costas, la convocada se opone argumentando que “todas las controversias del contrato de franquicia que suscitan este procedimiento arbitral, tuvieron origen en el actuar de la franquiciada”, y le atribuye conducta temeraria en las actuaciones contractuales y procesales.

No es de recibo esta defensa, simplemente esta afirmación no constituye lo que en derecho pudiera constituir una excepción de mérito, orientada a enervar una pretensión. De las condenas se ocupará este laudo en la parte pertinente.

3. Juramento Estimatorio de la Cuantía

De conformidad con lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso *“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación. (...)*

“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada. (...)

“También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

“La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”

De conformidad con este artículo, hay lugar a sanciones para los casos en que se presente una desproporción entre lo estimado y lo que resulte probado en el proceso, así como, en el supuesto en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios.

Sin embargo, no basta con que estos supuestos se presenten para aplicar automáticamente la sanción. Como lo ha señalado la jurisprudencia, es menester analizar caso por caso y entender las razones de la diferencia. Así mismo hay que tener en cuenta el actuar de las partes, pues es preciso que estas hayan actuado con temeridad o mala fe para que el juez pueda imponer la sanción correspondiente.

En Sentencia C-157 de 2013 la Corte Constitucional señaló:

“6.4.1.2. La temeridad y la mala fe van en clara contravía de la probidad y la buena fe en las que se inspira y funda el Código General del Proceso. Las conductas temerarias, de cuya comisión hay una evidencia objetiva, como es la decisión judicial de negar las pretensiones por falta de demostración de perjuicios, no pueden ampararse en la presunción de buena fe. Y no lo pueden hacer porque en la práctica, el obrar temerario y de mala fe desvirtúa la presunción.

“6.4.1.3. Además, el obrar con temeridad y mala fe desconoce las cargas procesales de las partes, sus deberes en el trámite del proceso, se enmarca dentro de las presunciones de temeridad y mala fe y compromete la responsabilidad de las partes y de sus apoderados”.

No encuentra el Tribunal que las partes hayan actuado con temeridad o mala fe al estimar sus cuantías pues observa que ambos juramentos estimatorios de las cuantías (el de la demanda y el de la demanda de reconvención) se fundamentan en diversas razones fácticas y jurídicas, y se acompañan de diversos medios probatorios.

Si bien varias de las pretensiones de la demanda principal, como la totalidad de aquellas de la demanda de reconvención no prosperaron, es porque el Tribunal consideró que no les asistía el derecho en que ellas se fundamentaron, no porque considere que las partes la estimaron con temeridad o mala fe.

Por las razones anteriormente expuestas, no se impondrá sanción alguna a las partes por este concepto.

4. Costas

El Tribunal, con fundamento en lo previsto en el artículo 365 del C.G.P. proferirá condena en costas. En consideración a que las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente, y que ninguna de las pretensiones de la demanda de reconvencción prosperó, habrá de condenar a la parte convocada al pago del 70% de lo que pagó la convocante en el proceso.

Los valores pagados por Marco Aldany en este proceso fueron los siguientes:

50% de los Gastos del Tribunal:

Honorarios del Árbitro	\$ 15.511.500
IVA de los honorarios del Árbitro (19%)	\$ 2.947.185
Honorarios de la Secretaria	\$ 7.755.750
IVA de los honorarios de la Secretaria (19%)	\$ 1.473.592
Gastos de Administración de la Cámara de Comercio	\$ 7.755.750
IVA de la Cámara de Comercio (19%)	\$ 1.473.592
Otros gastos (secretariales)	\$ 2.500.000
Honorarios Perito	\$ 10.000.000
Iva Perito	\$ 1.900.000
Total	\$51.317.369

En cuanto a agencias en derecho, el Tribunal las fija en una suma igual a los honorarios de un árbitro, esto es **TREINTA Y UN MILLONES VEINTITRES MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$31.023.000.00)**.

En consecuencia el valor total de las costas que deberá pagar Sueños y Franquicias Emaus S.A.S. a la ejecutoria de esta providencia es la suma de **CINCUENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$57.638.258.00)**, que corresponde al 70% de los gastos sufragados por la convocante y de las agencias en derecho.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre **MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S.** por una parte y **SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S.**, por la otra parte, administrando justicia por habilitación de las Partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: Declarar incumplida la obligación contenida en la cláusula segunda (2) del Contrato concerniente al pago de la tercera cuota correspondiente a la regalía inicial, a la que hace referencia el numeral 2.1 del Contrato, por lo que prospera la pretensión Primera de la reforma de la demanda.

SEGUNDO: Condenar a **SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S** a pagar a **MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S.** a la ejecutoria de este Laudo, la suma de **SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$75.000.000)** por concepto de la tercera cuota correspondiente a la regalía inicial, por lo que prospera la pretensión Segunda de la reforma de la demanda.

TERCERO: Condenar a **SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S.** a pagar a **MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S.** a la ejecutoria de este Laudo, la suma de **TREINTA Y SIETE MILLONES DIECISIETE MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$37.017.516)** por concepto de intereses de mora sobre la tercera cuota de la regalía inicial, de conformidad con la liquidación incluida en la parte motiva del Laudo, por lo que prospera la pretensión Tercera de la reforma de la demanda.

CUARTO: Declarar incumplida la obligación contenida en la cláusula segunda (2) relacionada con el pago de las contribuciones al Fondo de Publicidad y Mercadotecnia de los meses de operación del punto de red franquiciado (diciembre 2015, enero, febrero y marzo de 2016) a que hace referencia el numeral 2.3 del Contrato, por lo que prospera la pretensión Cuarta de la reforma de la demanda.

QUINTO: Condenar a **SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S** a pagar a **MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S.** a la ejecutoria de este Laudo, la suma de **OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$879.876)** por concepto de contribuciones al Fondo de Publicidad y Mercadotecnia de los meses de operación del punto de red franquiciado (diciembre 2015, enero, febrero y marzo de 2016), por lo que prospera la pretensión Quinta de la reforma de la demanda.

SEXTO: Condenar a **SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S** a pagar a **MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S.** a la ejecutoria de este Laudo, la suma de **TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y UN PESOS MONEDA CORRIENTE (\$356.591)** por concepto de intereses de mora sobre las contribuciones al Fondo de Publicidad y Mercadotecnia de los meses de operación del punto de red franquiciado (diciembre 2015, enero, febrero y marzo de 2016), de conformidad con las liquidaciones incluidas en la parte motiva del Laudo, por lo que prospera la pretensión Sexta de la reforma de la demanda.

SÉPTIMO: Ratificar la terminación del contrato de Franquicia celebrado el 13 de octubre de 2015 entre el FRANQUICIANTE MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S y el FRANQUICIADO SUEÑOS Y FRANQUICIAS S.A.S, por haber incumplido el FRANQUICIADO SUEÑOS Y FRANQUICIAS S.A.S obligaciones contractuales, por lo que prospera la pretensión Décimo Quinta de la reforma de la demanda.

OCTAVO: Condenar a **SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S** a pagar a **MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S.** a la ejecutoria de este Laudo, la suma de **SESENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL OCHENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$62.664.082)** por concepto de perjuicios causados por costos, gastos o pérdidas generadas como consecuencia del incumplimiento del contrato, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del Laudo, por lo que prospera parcialmente la pretensión Décimo Séptima.

NOVENO: Ordenar a **SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S.** a cumplir con la cláusula Décimo Sexta del Contrato, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del Laudo, por lo que prospera la Pretensión Vigésima de la Reforma de la Demanda.

DÉCIMO: Declarar que **SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S.**, no tiene derecho a exigir suma alguna a cualquier título como primas, good will, valorizaciones o similares para cesar sus actividades y/o restituir el “Saber-Hacer”

que le haya suministrado el FRANQUICIANTE, ya que el disfrute que este hace del “Saber-hacer”, de los clientes y visitantes y del posicionamiento del FRANQUICIANTE en el establecimientos de comercio se deriva exclusivamente del Contrato, sin ningún título especial que le ampare retener dicho “Saber-Hacer” y todo lo relacionado a este y al punto red de la Franquicia, por lo que prospera la Pretensión Vigésima Primera de la demanda reformada.

DÉCIMO PRIMERO: Negar las demás pretensiones de la demanda reformada por las razones expuestas en la parte motiva del Laudo.

DÉCIMO SEGUNDO: Negar todas las excepciones de mérito presentadas en la contestación de la reforma de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva del Laudo.

DÉCIMO TERCERO: Negar todas las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvencción, por las razones expuestas en la parte motiva del Laudo.

DÉCIMO CUARTO: Negar todas las excepciones propuesta en la contestación de la reforma de la demanda re reconvencción, por las razones expuestas en la parte motiva del Laudo.

DÉCIMO QUINTO: Condenar a **SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S** a pagar a **MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S.** a la ejecutoria de este Laudo, la suma de **TREINTA Y UN MILLONES VEINTITRES MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$31.023.000.00)** por concepto de costas, de conformidad con la liquidación incluida en la parte motiva del Laudo.

DÉCIMO SEXTO: Las sumas correspondientes a las condenas impuestas en virtud de este Laudo a cargo de **SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S** y en favor de **MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S.** deberán ser pagadas en un plazo máximo de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria del presente laudo y a partir de esa fecha tales sumas devengarán intereses moratorios a la tasa moratoria más alta legalmente procedente hasta el día de su pago total.

DÉCIMO SÉPTIMO: Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con las constancias de ley para cada una de las Partes, y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá;

DÉCIMO OCTAVO: Disponer que en su oportunidad, se devuelva para su archivo, el expediente contentivo de este proceso arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARLENE DURÁN CAMACHO
Árbitro Único

LAURA BARRIOS MORALES
Secretaria