

## LAUDO ARBITRAL

### PROCESO ARBITRAL CONVOCADO POR MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES Y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA EN CONTRA DE CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ

**Radicado No. 2022 A 0036**

Siendo las nueve de la mañana (9:00 a.m.) del veintitrés (23) de marzo de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal de Arbitramento integrado por **JORGE PARRA BENITEZ**, Árbitro Único; y **CARLOS ESTEBAN GÓMEZ DUQUE**, secretario, profirió el siguiente laudo arbitral que pone fin al proceso promovido por **MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES** y **DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA** en contra de **CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ**. La decisión se profiere en derecho.

## CAPÍTULO PRIMERO

### ANTECEDENTES

#### I. CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL

Con fecha 30 de agosto de 2022, los señores **MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES** y **DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA** presentaron ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para que dirimiera el conflicto que dijeron tener frente a la señora **CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ** y con invocación de la cláusula compromisoria contenida en el pacto arbitral contenido en la cláusula décima primera del *ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD CELEBRADO ENTRE EL FRANQUICIANTE Y EL FRANQUICIADO* el 1º de octubre de 2015, que es del siguiente tenor:

#### **“CLAUSULA DECIMA PRIMERA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIA**

*Cualquier controversia que surja entre las partes con ocasión de la existencia, interpretación, ejecución y/o terminación del presente contrato, que no pueda ser resuelta por las partes en forma directa, se someterá en primer lugar al trámite de la conciliación. El conciliador será nombrado por*

*el Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín y la asistencia a esta diligencia será obligatoria para las partes.*

*En caso de que la conciliación de que trata la presente cláusula fracasare, las partes de común acuerdo convienen que la controversia sea resuelta por un Tribunal de Arbitramento, el cual estará conformado por un (1) árbitro en caso de que las pretensiones sean de menor cuantía – esto es, valor inferior a 400 smlmv conforme al Decreto 1818 de 1998 o tres (3) en el evento de que las pretensiones sean de mayor cuantía, nombrado(s) de común acuerdo por las partes. En caso de no ser posible este acuerdo, el(los) árbitro(s) será(n) designado(s) por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El funcionamiento del Tribunal se sujetará al reglamento institucional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, el fallo será en derecho y la sede del Tribunal tendrá lugar en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín.”*

El Árbitro Único fue nombrado de mutuo acuerdo por las partes en la *REUNIÓN PARA NOMBRAMIENTO DE ÁRBITRO* efectuada en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia el 12 de septiembre de 2022, quien aceptó su encargo dentro del término previsto para el efecto en el Art. 14 de la Ley 1563 de 2012.

## **II. DILIGENCIAS ARBITRALES**

El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 26 de septiembre de 2022 e inadmitió la demanda arbitral.

Una vez subsanadas las inconsistencias puestas de presente, el Tribunal procedió a admitir la demanda.

Surtido el traslado correspondiente, la parte convocada la replicó en tiempo oportuno, oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

El 17 de noviembre de 2022, se llevó a cabo audiencia de conciliación, sin lograrse acuerdo entre las partes, por lo cual se procedió a la fijación de gastos y honorarios del proceso mediante el Auto No. 06.

Verificada la consignación tempestiva de la totalidad de los gastos y honorarios del Tribunal, se realizó la primera audiencia de trámite el 12 de diciembre de 2022, en la que el Tribunal asumió competencia para procesar y juzgar el asunto sometido a su conocimiento; y decretó las pruebas pedidas por las partes.

Las pruebas ordenadas se practicaron con sujeción a la ley y sometimiento a la plena contradicción de estas.

Agotado el período probatorio las partes presentaron sus alegaciones de fondo, en audiencia llevada a cabo el 27 de enero de 2023.

Vencidas las etapas procesales, encuentra el Tribunal que se halla dentro del término para proferir su decisión, puesto que el plazo de seis (6) meses, previsto en el Art. 10 de la Ley 1563 de 2012, contado a partir de la primera audiencia de trámite llevada a cabo el 12 de diciembre de 2022, vence el 12 de junio de 2023, razón por la cual se está en oportunidad de dictar el presente laudo.

### **III. SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA**

La parte convocante narró los siguientes hechos en la demanda:

1. Los señores MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA, en su interés de iniciar una actividad comercial que les generara unos ingresos económicos, decidieron suscribir el 2 de octubre del año 2015, un contrato denominado MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO Franquicias y un acuerdo de confidencialidad con la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, los cuales tenían como objeto la adquisición por parte de los demandantes de la franquicia denominada “LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS” para ser desarrollada en el municipio de Rionegro Antioquia, pues dicha marca ya contaba con un posicionamiento en la ciudad de Medellín.
2. La actividad comercial que para la fecha citada en el numeral anterior desarrollaba la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, bajo la marca “LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS”, consistía en los servicios de restaurante (alimentación) comidas rápidas, en el establecimiento de comercio ubicado en la calle 2 Sur No. 53-111 de la ciudad de Medellín.
3. Se pactó en la cláusula cuarta del contrato celebrado entre los demandantes y la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, como canon de entrada a la Franquicia denominada “LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS”, la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/L (\$50'000.000), de la siguiente forma:

*“(…) CUARTA: EL (LA/LOS) INTERESADO (A/OS) por su parte, entrega en este acto al FRANQUICIANTE en calidad de depósito, la cantidad de veinticinco millones de pesos (\$25'000.000), para garantizar su real intención y cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el presente documento. En caso de que las partes así lo convengan, al momento de firmar el contrato de franquicia, la cantidad entregada como depósito se aplicara a los pagos que en virtud de dicho contrato deba efectuar EL (LA/LOS) INTERESADO (A/OS).*

*Generalidades de la franquicia:*

<i>Territorio</i>	<i>Rionegro, Antioquia - Colombia</i>
<i>Vigencia</i>	<i>10 años, renovable</i>
<i>Inversión</i>	<i>Variable (Adecuaciones Local)</i>
<i>Canon de entrada</i>	<i>\$50'000.000 Pesos Moneda Legal</i>
<i>Regalías</i>	<i>0% durante la vigencia inicial</i>
<i>Canon de publicidad</i>	<i>0% durante la vigencia inicial</i>
<i>Dimensión mínima del local</i>	<i>8 Mts. 2</i>
<i>Número de establecimientos</i>	<i>Mínimo 1</i>
<i>Número de empleados</i>	<i>Mínimo 3</i>

4. Al momento de suscribir los documentos enunciados en los numerales anteriores, los señores MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA hicieron entrega en efectivo a la convocada, de la suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS M/L (\$25'000.000), los cuales correspondían al depósito por ellos pactado.
  
5. Por medio de la cláusula sexta y séptima del llamado MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO Franquicias, las partes se comprometieron a suscribir el día 28 de octubre del año 2015 un contrato de franquicia, de la siguiente manera:

*“(…) SEXTA: transcurrido el tiempo definido para el estudio y análisis de la información recibida por EL (LA/LOS) INTERESADO (A/OS), las partes se comprometen antes del próximo 28 de octubre de 2015, a suscribir un contrato de Franquicia del Sistema de Franquicias “LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS”, para el Municipio de Rionegro, departamento de Antioquia, República de Colombia.*

*SÉPTIMA: en el caso de que por causas imputables a EL (LA/LOS) INTERESADO (A/OS) no se firme el contrato de franquicia del presente memorando de entendimiento, el FRANQUICIANTE conservará conservara por concepto de gastos administrativos, el cincuenta por ciento (50%) de la cantidad entregada por EL (LA/LOS) INTERESADO (A/OS) como depósito en garantía. En caso de que las causas de la no firma del contrato de franquicia sean imputables a EL FRANQUICIANTE, se devolverá el depósito a EL (LA/LOS) INTERESADO (A/OS). Del mismo modo, si por causas imputables a EL FRANQUICIANTE, no se suscribe el contrato de franquicia,*

*se aplicará una sanción correspondiente al valor entregado a título de depósito que se recibe a la firma del presente memorando. (...)*

6. Para la firma del contrato denominado MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO Franquicias, la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ le manifestó los demandantes que, si bien era cierto se estaba aún en proceso de adquirir el registro de la marca LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS, dicha solicitud ante la Superintendencia de Industria y Comercio se encontraba próxima a salir a su favor, razón por la cual la convocada se obligó a la firma del contrato de franquicia el día 28 de octubre de 2015, tal y como lo expresa la cláusula séptima enunciada en el numeral anterior.
7. Posterior a la firma de los citados acuerdos comerciales y al pago de los dineros acordados, la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ se comprometió a enviar vía correo electrónico el contrato de franquicia del sistema de franquicias “LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS” para que una vez fuera revisado y aprobado se procediera con su firma.
8. Para el 2 de octubre del año 2015 los actores comenzaron todo lo atinente al desarrollo de la franquicia “LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS” de San Antonio de Pereira, para lo cual, procedieron con la adecuación de un local comercial ubicado en la Carrera 55C No. 22-60 Local 101 de la misma localidad, la contratación de personal y demás actividades necesarias para el normal desarrollo de un restaurante de comidas rápidas.
9. Una vez todo el aspecto logístico se encontraba listo, con la asesoría de la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ y del señor ANDRÉS MAURICIO USUGA RODRÍGUEZ, quien al parecer, además de ser su pareja sentimental para la época, era su socio tal y como se evidencia en los chats de la aplicación whatsapp y correos electrónicos aportados, se dio apertura el 30 de octubre del año 2015 al establecimiento de comercio denominado “LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS” de San Antonio de Pereira, pese a que para la fecha no se había firmado aún el contrato de franquicia.
10. Aunque el contrato de franquicia no fue suscrito por las partes, tras la insistencia de la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ y al ver que el establecimiento ya estaba en funcionamiento, los demandantes decidieron pagarle a la demandada el dinero restante al canon de entrada a la Franquicia que ascendía a la suma de VEINTICINCO

MILLONES DE PESOS M/L (\$25'000.000), pues ella les manifestaba en todo momento que en pocos días obtendría el registro de la marca comercial “LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS”.

11. Por indicaciones de la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ y su socio el señor ANDRÉS MAURICIO USUGA RODRÍGUEZ, el día 4 de noviembre de 2015 los demandantes realizaron el pago de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS M/L (\$25'000.000) correspondientes a la última cuota del canon de entrada a la franquicia y los cuales se efectuaron de la siguiente manera:
  - 11.1 La suma de ONCE MILLONES CINCUENTA MIL PESOS m/l (\$11'050.000), los cuales debían ser consignados a un crédito de la entidad financiera Banco Falabella a nombre del señor ANDRÉS MAURICIO USUGA RODRÍGUEZ.
  - 11.2 La suma de NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/L (\$9'950.000), que se consignaron a la cuenta de ahorros Bancolombia No. 37688463674 perteneciente al señor ANDRÉS MAURICIO USUGA RODRÍGUEZ.
  - 11.3 La suma de CUATRO MILLONES DE PESOS M/L (\$4'000.000) que fueron consignados a la cuenta de ahorros Bancolombia N°10251007219 a favor del señor CRISTIAN MESA.
12. Previo a la suscripción del contrato de franquicia, para mediados del mes de diciembre del año 2015 los demandantes deciden asesorarse de un abogado especialista en asuntos marcarios, el doctor JOHN JAIRO SÁNCHEZ GÓMEZ, quien luego de revisar en la página de la Superintendencia de Industria y Comercio el estado del proceso de registro de la marca “LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS”, se percataron que esta no había sido asignada a la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ; por el contrario, el señor Sebastián Seguro Ocampo también había presentado una solicitud para el registro de la marca LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS, quien al demostrar que llevaba un mayor tiempo haciendo uso de esta, la Entidad decidió concederle el registro de la misma, tal y como se evidencia en la certificación anexa a la presente.
13. En vista de lo enunciado en el numeral anterior, los demandantes en aras de no perder las inversiones que ya habían realizado sobre el establecimiento “LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS DE SAN ANTONIO DE PEREIRA”, deciden solicitar

el registro de su propia marca denominada “Q’SOLLADOS COMIDAS RÁPIDAS”, para lo cual contrataron nuevamente los servicios especializados del doctor JOHN JAIRO SÁNCHEZ GÓMEZ, a quien por concepto de honorarios profesionales se le pagó la suma de UN MILLÓN CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL PESOS M/L (\$1’479.000).

14. Tras la imposibilidad de firmar el contrato de franquicia con la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, pues el registro de la marca “LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS” le fue negado, los accionantes convocaron a la señora DURANGO DIEZ a una audiencia de conciliación ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, en la cual no fue posible llegar a acuerdo alguno.
15. Por medio de la Resolución No. 88535 del 21 de diciembre del año 2016 la Superintendencia de Industria y Comercio le concedió al señor DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA el registro de la marca comercial “Q’SOLLADOS COMIDAS RÁPIDAS”, el cual se encuentra ubicado en el Municipio de San Antonio de Pereira.
16. Por los hechos enunciados en los numerales anteriores los demandantes se vieron avocados al cambio de toda la imagen de su establecimiento lo cual les implicó unos gastos que ascendieron a la suma de DIEZ MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL PESOS M/L (\$ 10’997.000), tal y como se evidencia en los recibos anexos a la presente.
17. Previo a la solicitud de instalación del Tribunal de Arbitramento, los demandantes instauraron un proceso verbal de menor cuantía, el cual se surtió ante el Juzgado Veintidós Civil Municipal de Oralidad de Medellín, radicado 0500140030222018-0083000, y donde finalmente se declaró próspera la excepción previa de cláusula compromisoria propuesta por la demandada CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ. La aludida providencia fue apelada y confirmada en segunda instancia, quedando en firme por medio de auto de cúmplase lo resuelto por el superior, que fuere notificada por estados electrónicos del 25 de julio de la presente anualidad.

Basados en esos hechos, pidieron

*“De conformidad con los hechos que acabo de narrar y basado en las normas de derecho que indicare más adelante, solicito se sirvan hacer las siguientes o similares declaraciones:*

**PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL:** *que se declare el incumplimiento del contrato, celebrado el día 2 de octubre del año 2015, entre los Señores MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES Y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA y la Señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, y que fuere denominado “MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO – FRANQUICIAS” por parte de esta última.*

**CONSECUENCIAL PRIMERA:** *que como consecuencia de la pretensión primera principal, se decrete la resolución del contrato celebrado el día 2 de octubre del año 2015, entre los Señores MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES Y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA y la Señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, y que fuere denominado “MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO – FRANQUICIAS”*

**CONSECUENCIAL SEGUNDA:** *como consecuencia de pretensión primera principal, solicito se condene a la Señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, a la restitución de la suma pagada en virtud del contrato denominado “MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO – FRANQUICIAS”, y que corresponde a la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/L (\$50'000.000).*

**CONSECUENCIAL TERCERA:** *como consecuencia de la pretensión primera principal, solicito que se condene a la Señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, a pagar a mis representados los Señores MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES Y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA, la suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS M/L (\$25'000.000), con ocasión a la sanción pactada por las partes en el contrato denominado “MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO – FRANQUICIAS”, clausula séptima.*

**CONSECUENCIAL CUARTA:** *como consecuencia de la pretensión primera principal, solicito que se condene a la demandada la Señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, a pagar a los Señores MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES Y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA por concepto de perjuicios, la suma de DIECISÉIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS M/L (\$16'194.131).*

*De no aceptarse por el Despacho las anteriores pretensiones, solicito que de manera subsidiaria se sirva hacer las siguientes o similares declaraciones así:*

**PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:**

**PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA:** *que se declare la nulidad absoluta por dolo como vicio en el consentimiento, del contrato celebrado el día 2 de octubre del año 2015, entre los Señores MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES Y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA y la Señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, y que fuere denominado “MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO – FRANQUICIAS”.*

**CONSECUENCIAL PRIMERA:** *como consecuencia de pretensión segunda subsidiaria, solicito que se condene a la Señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, a la restitución de la suma pagada en virtud del contrato denominado “MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO – FRANQUICIAS”, y*



que corresponde a la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/L (\$50'000.000).

**CONSECUENCIAL SEGUNDA:** como consecuencia de la segunda subsidiaria, solicito que se condene a la Señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, a pagar a los Señores MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES Y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA por concepto de perjuicios, la suma de DIECISÉIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS M/L (\$16'194.131).

**PRETENSION TERCERA SUBSIDIARIA:** que se declare la inexistencia del contrato celebrado el día 2 de octubre del año 2015, entre los Señores MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES Y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA y la Señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, y que fuere denominado "MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO – FRANQUICIAS".

**CONSECUENCIAL PRIMERA:** como consecuencia de pretensión tercera subsidiaria, solicito que se condene a la Señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, a la restitución de la suma pagada en virtud del contrato denominado "MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO – FRANQUICIAS", y que corresponde a la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/L (\$50'000.000).

**CONSECUENCIAL SEGUNDA:** como consecuencia de la pretensión tercera subsidiaria, solicito que se condene a la Señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, a pagar a los Señores MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES Y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA por concepto de perjuicios, la suma de DIECISÉIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS M/L (\$16'194.131).

**PRETENSION CUARTA:** Que todas las sumas que sean reconocidas de las pretensiones anteriores a favor de mis mandantes, sean indexadas teniendo en cuenta la fecha en que se hicieron exigibles.

**PRETENSION QUINTA:** que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho que sean causadas."

#### IV. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La convocada contestó oportunamente a la demanda, pronunciándose sobre los hechos expuestos por la parte convocante, negando unos, admitiendo otros total o parcialmente, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, y formulando como excepciones de mérito las que denominó: "PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN", "EXCEPCIÓN DE CONTRATO CUMPLIDO" y "LAS EXCEPCIONES QUE OFICIOSAMENTE SE PRUEBEN DURANTE EL TRAMITE DEL PROCESO".

## CAPÍTULO SEGUNDO

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

#### I. PRESUPUESTOS PROCESALES

Las partes que se encuentran en juicio tienen capacidad jurídica para disponer, lo que han acreditado en debida forma en este proceso, estando, además, representadas por sus apoderados judiciales, a los cuales se les reconoció su calidad para actuar.

Asimismo, la controversia sometida al conocimiento y decisión del Tribunal, planteada en la demanda, es susceptible de ser dirimida por esta vía, acorde con lo previsto en el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012.

En adición, la constitución del Tribunal se realizó conforme a lo expresado en el pacto arbitral.

Por lo anterior, no se advierte ningún vicio procesal que afecte la actuación. Siendo ésta válida, y concurriendo los presupuestos procesales, puede producirse el fallo, en la manera que fue determinada, esto es, en derecho.

Habrá de proferirse así un laudo de fondo.

#### II. JUICIO DE MÉRITO

##### 2.1 OBJETO DEL LITIGIO

Teniendo en consideración las pretensiones formuladas por la parte convocante en la demanda y las excepciones propuestas por la parte convocada al dar respuesta a la misma, ha de decirse que se ha de *“determinar si se configuran los presupuestos para declarar que la parte convocada incumplió el contrato celebrado entre las partes; subsidiariamente deberá estudiar el Tribunal si se configuran los supuestos para declarar la nulidad absoluta del contrato suscrito por las partes, o en su defecto, si se configuraron los supuestos de la inexistencia del contrato que celebraron las partes. Y, en caso de salir avante cualquiera de los anteriores supuestos, deberá analizar el Tribunal si es procedente derivar las consecuencias jurídicas impetradas por la parte actora, teniendo en cuenta los medios de defensa propuestas por la parte convocada.”*

## 2.2 DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Al encontrar agotados todos los medios de prueba pedidos por las partes, el Tribunal brindó oportunidad a las partes para que presentaran sus alegaciones, lo cual hicieron con sujeción a la ley, en forma oral, en la audiencia que tuvo lugar el 27 de enero de 2023 y en los términos cuyo contenido se resume a continuación.

### 2.2.1 ALEGACIONES DE LA PARTE CONVOCANTE

La apoderada de la parte convocante inició su alegato indicando que era importante hacer un análisis de la regulación del contrato de franquicia en la doctrina, y así lo hizo.

Señaló que en dicho negocio jurídico el franquiciante tiene el deber de dejar hacer uso al franquiciado del formato de negocio, de la marca y de hacer entregar el *know how*.

En el caso concreto, la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO se comprometió a entregar una franquicia a los convocantes, y era un requisito contar con una marca, pues se trataba de un mercado competido, y la marca le otorgaba un signo distintivo.

La señora CLAUDIA SUSANA DURANGO no cumplió con las obligaciones adquiridas en el contrato que son objeto de la litis. Lo anterior, pues no se cumplió con lo previsto en la cláusula sexta, en el que se pactó que se iba a suscribir un contrato de franquicia sobre LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS, lo que no ocurrió.

Para la convocada no iba a ser posible suscribir un contrato de franquicia sobre LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS, porque no contaba con la marca registrada.

La negociación celebrada entre las partes buscaba que los convocantes utilizaran la marca LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS en el municipio de Rionegro, por ser una marca con un buen nivel de posicionamiento, toda vez que llevaba un buen tiempo en el mercado.

La convocada pretendía vender unas franquicias sobre LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS, para lo cual los convocantes entregaron unas sumas de dinero a la convocada, como fue reconocido en el interrogatorio y quedó probado con la prueba documental.

La convocada no puso en conocimiento de los convocantes que la marca de LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS le había sido negada en la Superintendencia de Industria y Comercio, con lo que se vulneró el deber de buena fe en la etapa precontractual, que impone dar a conocer todas las circunstancias importantes para la celebración del negocio.

Debe brindarse seguridad jurídica en este tipo de negocios, para proteger a los inversionistas.

Si bien la convocada hizo entrega de alguna información relativa al negocio de las comidas rápidas a los convocantes, no hizo entregas de los módulos de operaciones, de la misión y función de atención al cliente, de los documentos a que se obligó la convocada en la cláusula tercera del memorando de entendimiento,

Con ocasión a las fallidas negociaciones entre las partes, los convocados se vieron obligados a incurrir en unos gastos adicionales para poder realizar la explotación del negocio de las comidas rápidas

El señor Mauricio y la señora Susana indicaron que los convocantes aceptaron asumir los costos por el cambio de imagen, de lo cual no existe una prueba diferente del dicho de la convocada y del señor Mauricio, lo cual además resulta extraño a la práctica comercial.

Por lo expuesto, pidió que no se acogieran las excepciones propuestas, y que por el contrario se declare el incumplimiento del contrato suscrito por las partes, o que en su defecto se declare la nulidad del contrato.

### **2.2.2 ALEGATOS DEL APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA**

El apoderado de la parte convocada empezó su alegato indicando que en el proceso quedó probada la celebración del contrato entre las partes.

Señaló que la convocada transmitió todo el *know how* a los convocantes.

Asimismo, que la convocante MARÍA ALEJANDRA manifestó su intención de tener el conocimiento de las comidas rápidas que tenía la señora CLAUDIA SUSANA, lo que efectivamente ocurrió.

Señaló que en el minuto 44 de la grabación de la audiencia en que se interrogó a la señora MARÍA ALEJANDRA, ésta reconoció que dio apertura al negocio porque ya tenía todos los conocimientos para ese efecto.

Indicó que como consecuencia del Auto 8, se probó que ante la Superintendencia de Industria y Comercio se realizó la solicitud de registro de marca, y que la apelación a la negativa de esa entidad fue resuelta después que los convocantes habían tomado la decisión de iniciar por su cuenta el registro de su propia marca.

El uso del nombre LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS coexistía con la de varios establecimientos, lo cual es permitido por la ley comercial y no evidencia ninguna irregularidad en el actuar de la convocada.

La parte convocada tenía todo dispuesto para cumplir con el contrato, y no se evidencia la manera de desvirtuar los pagos que se le hicieron a la convocada, que se correspondían con el transmitir el *know how* y enseñar la forma de producir los alimentos.

Quedó probado que la convocada transmitió el *know how*. Según el testimonio de Ricardo Álvarez, que era empleado de la convocada, y junto con la señora Morelia Úsuga, se encargaron de transmitir todos los conocimientos, así como el acompañamiento permanente de la señora CLAUDIA SUSANA.

La apertura del establecimiento de comercio de parte de los convocantes en Rionegro se dio sin que se hubiera firmado el contrato de franquicia entre las partes, y según testimonio del señor Eugenio Montoya, los documentos estaban en proceso de elaboración y la marca LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS estaba en trámite, razón por la cual todos los trámites realizados por los convocantes corren por su propia cuenta, sin que pueda alegarse culpa de la convocada.

La parte convocante no logró probar los perjuicios que alega, pues se trata de su propia visión del negocio y la de sus asesores, pero en el proceso no se probaron perjuicios directos o indirectos por el cambio de publicidad o imagen, pues no ese estableció la sustentación de este rubro que se reclama en la demanda, y además no fue advertido en la etapa de conciliación, ni en el testimonio del propio publicista se hizo referencia a este asunto. Se trata de un gasto asumido directamente por los convocantes. Estos gastos tampoco tienen relación con el memorando de entendimiento celebrado entre las partes.

Todos estos gastos los hicieron los convocantes sin que se hubiera resuelto el recurso de apelación de parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

La parte convocada hizo uso de los mecanismos legales para obtener la marca LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS, como fue haber realizado la solicitud, y haber interpuesto el recurso de apelación en contra de la negativa de la concesión de la marca.

El único elemento diferenciador no era la marca LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS, pues como le expresó en su testimonio el publicista Federico, en la proyección de la imagen del negocio se buscaba expresar que llevaba mucho queso en la preparación del producto. Esto lo dijo en el minuto 15 de la grabación el testigo Federico.

Los convocantes lograron contratar directamente con el proveedor de la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO, gracias a la gestión de la convocada.

De acuerdo con la versión de los propios convocantes, adquirieron el conocimiento del negocio de las comidas rápidas gracias a la convocada.

Señaló que, con relación a las pretensiones, se remitía a todas las razones ya expuestas en su momento en la contestación a la demanda. Pidió que se negaran todas las pretensiones de la demanda, y que se diera por probada la excepción de contrato cumplido, así como cualquier otra que encontrara probada el Tribunal.

## **2.3 LA PRUEBA PRACTICADA**

El proceso fue debidamente instruido, con los diferentes medios probatorios que las partes invocaron y frente a los cuales ejercitaron ampliamente su derecho de contradicción.

### **2.3.1 LOS MEDIOS DE PRUEBA OBTENIDOS EN LA INSTRUCIÓN**

Fueron recibidos los interrogatorios de parte a la convocada y a los convocantes, en la audiencia celebrada el 14 de diciembre de 2022. Estos interrogatorios fueron debidamente grabados.

En la misma audiencia, celebrada el 14 de diciembre de 2022, se recibieron los testimonios de los señores **EUGENIO MONTOYA GAVIRIA, MORELIA AMPARO ÚSUGA**

**RODRÍGUEZ y ANDRES MAURICIO USUGA RODRIGUEZ.** Dichas declaraciones fueron igualmente grabadas.

Por medio del Auto No. 08 del 16 de diciembre de 2022 el Tribunal decretó una prueba de oficio, la que fue oportunamente arrimada al proceso por la parte convocante.

En la audiencia celebrada el 13 de enero de 2023 se recibió la declaración de los testigos **FEDERICO GÁLVEZ GARCÍA y RICARDO ADOLFO PINEDA ÁLVAREZ.** Esas declaraciones fueron también grabadas.

Sobre la prueba documental que reposa en la foliatura, arrimada con la demanda, con el cumplimiento de requisitos de la demanda, con la respuesta a la misma, al cumplir el requerimiento efectuado por medio del Auto No. 08 del 16 de diciembre de 2022, interesa señalar que se recoge, fundamentalmente, en el *ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD* celebrado entre las partes, en el *MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO* suscrito entre las partes, imágenes del establecimiento de comercio denominados *LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS*, fotografías de conversaciones por la aplicación *Whatsapp*, correos electrónicos intercambiados entre los trabados en la litis, constancia de proceso de registro de marca adelantado ante la Superintendencia de Industria y Comercio por la convocada, Resolución No. 16069533 de la Superintendencia de Industria y Comercio (por medio de la cual se concedió el registro de la marca comercial *Q'SOLLADOS COMIDAS RÁPIDAS* al señor DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA), minuta de contrato de franquicia<sup>1</sup>, constancia de proceso de registro de marca adelantado ante la Superintendencia de Industria y Comercio por el señor SEBASTIÁN SEGURO OCAMPO para la marca mixta *LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS*, constancia de proceso de registro de marca adelantado ante la Superintendencia de Industria y Comercio por la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ para la marca *HOT CHEESE PERROS Y HAMBURGUESAS*, cuentas de cobro de la empresa Evolución Gráfica, recibo de pago al abogado John Jairo Sánchez Gómez, certificado de Registro Mercantil del Establecimiento *HOT CHEESE PERROS Y HAMBURGUESAS*, auto que declaró probada la excepción previa de cláusula compromisoria, Resolución por medio de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio negó el registro del signo distintivo o marca "*LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS*"; y Resolución por medio de la cual la Superintendencia de Industria y

---

<sup>1</sup> Esta minuta no fue aportada por la parte demandante (a pesar de haberla anunciado en el numeral 11 del capítulo de pruebas de su libelo introductor) y la convocada allegó una con fecha de junio de 2016, relacionada con la marca *HOT CHEESE*. Pero el Tribunal la conoció por hacer parte del archivo entregado, a partir de prueba de oficio, por el Juzgado 22 Civil Municipal de Oralidad de Medellín (folios 36 a 71)

Comercio resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión que negó el registro.

Por considerarlas necesarias, dispuso el Tribunal por medio del Auto No. 11 del 14 de febrero de 2023 el Tribunal otras pruebas de oficio, para recibir el testimonio del abogado John Jairo Sánchez Gómez, ampliar las declaraciones de las partes y acopiar otra información mediante documentos, como fue el caso de los allegados por el Juzgado 22 Civil Municipal de Oralidad de Medellín, la Superintendencia de Industria y Comercio y la Cámara de Comercio de Medellín.

### **2.3.2 VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

En acatamiento de la disposición del artículo 176 del Código General del Proceso y para decidir de fondo, el Tribunal valoró todos los medios de prueba en conjunto, incluidas en éste las manifestaciones de las partes en su demanda y contestación, arrojando su apreciación que puede asignárseles mérito, como es el caso del grupo de los testimonios escuchados-sin perjuicio de su crítica individual-, por reunir los elementos necesarios a ese propósito, en claridad, expresividad y el conocimiento y exactitud de sus dichos, como que los declarantes percibieron los hechos sobre los cuales depusieron, por razón de sus labores.

Respecto de la prueba documental constituida por impresiones de mensajes de texto<sup>2</sup> de Whats App, se anticipa que no se apreciará por cuanto no se distingue época en que fueron emitidos o recibidos, a pesar del contexto general que pudiera suponerse que sirvió para esas conversaciones entre las partes.

Asimismo se subraya que las partes rindieron interrogatorios que pidieron entre sí, admitiendo en ellos algunos hechos generadores de confesión; pero igualmente ampliaron sus versiones, como declaración de parte, ante el Tribunal, como prueba de oficio. La evaluación de dichas ampliaciones se sujetó a la regla del artículo 192 del Código General del Proceso, en cuanto dispone que “*La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas*”.

---

<sup>2</sup> Apunta el Tribunal que las agregadas con la demanda arbitral (folios 42 a 47 del archivo pruebas acompañado con la demanda) no son legibles, pero se corresponden -en desorden-con otras que obran a folios 78 a 83 del archivo Verbal escrito demanda.pdf. que se allegó por el Juzgado 22 Civil Municipal de Oralidad de Medellín como prueba de oficio.



## 2.4 ANÁLISIS DE FONDO

### 2.4.1 EL PROBLEMA JURÍDICO

Para lograr el cometido de resolver el conflicto planteado en el debate procesal, estima el Tribunal de la mayor importancia y como precisión inicial, efectuar la identificación de la situación jurídica que según lo reflejado en la prueba válidamente producida y controvertida se constituyó entre los convocantes y la convocada, a propósito de las pretensiones de los primeros, dirigidas a la declaración de incumplimiento del contrato celebrado el 2 de octubre de 2015 denominado “MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO – FRANQUICIAS”, al decreto de su resolución, así como a la orden de restitución de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000) y la condena al pago de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000) como sanción y DIECISÉIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS (\$16.194.131) por concepto de perjuicios.

En esta dirección, se responderán como asuntos centrales los siguientes interrogantes:

- a) ¿El llamado memorando de entendimiento que suscribieron las partes, fue apenas el reflejo de unos tratos preliminares constitutivos solo de fase precontractual o tiene un significado jurídico de mayor alcance?
- b) De tal suerte, ¿llegó a existir contrato de franquicia entre los señores DAVID ALEXANDER GÓMEZ y MARIA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES y CLAUDIA SUSANA DURANGO DÍEZ o las relaciones jurídicas -de negocio- entre ellos no superaron la fase de aproximación?
- c) ¿Cuál es la incidencia de la respuesta a estos cuestionamientos frente a las pretensiones planteadas y para la decisión del conflicto sometido al Tribunal?

Las pretensiones, como puede confirmarse en su tenor literal, no dan cuenta de haberse celebrado un contrato de franquicia, pues toman como referencia el memorando de entendimiento como acuerdo obligacional, silenciosamente calificado de contrato de ejecución instantánea, no sucesivo, al pedirse que se resuelva y que se deshaga lo hecho con base en él y suplicar la restitución de unos dineros entregados a la convocada.

A juicio del árbitro, la solución adecuada de la controversia debe apoyarse en un análisis basado en una visión más amplia de las relaciones contractuales que se dieron entre los señores GÓMEZ y MONTOYA, de un lado, y DURANGO, de otro. Tal examen se emprende

a continuación, con el propósito de aplicar debidamente los instrumentos de interpretación, tanto del contrato como de la demanda.

#### 2.4.2 PERÍODO PRECONTRACTUAL: CONCEPTO

Para la Corte Suprema de Justicia, como se lee en fallo de 27 de junio de 1990, el período precontractual es “aquél que antecede al contrato que se proyecta realizar, instantáneamente con su aceptación o en forma diferida o posterior a la aceptación de unas etapas previas”.

Tiene este segmento del *íter* contractual fines concretos: “[...] en el período precontractual se reconoce una fase en la cual las partes buscan conocerse para poder identificar cuáles serían las eventuales condiciones, objetivas y subjetivas, que rodearían la celebración del contrato que llegare a perfeccionarse”<sup>3</sup>.

Como un supuesto común y sencillo, la negociación previa a un contrato suele integrarse por las fases de oferta y aceptación de esta. Pero además de tales instituciones, puede afirmarse que del período precontractual hacen parte también los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual, y las licitaciones y concursos. Así, los memorandos de entendimiento y las cartas de intención.

Enseña la doctrina<sup>4</sup> que “El memorando de entendimiento (en inglés, *memoranda of understanding* o MOU, por sus iniciales en ese idioma) es en sentido amplio un documento precontractual que contiene el acuerdo preliminar logrado por las partes, sobre uno o más aspectos determinados del proceso de negociación o del contrato futuro que las partes consideran la posibilidad de celebrar, pudiendo extenderse también a otros asuntos aledaños tales como —pero sin limitarse a— las bases del negocio en consideración; el estado de las conversaciones; los puntos pendientes de discusión o acuerdo, u otras actividades pendientes por las partes con miras al logro de acuerdos definitivos”.

De acuerdo con este concepto, en el memorando de entendimiento -y de ahí su nombre-, los interesados en la celebración de un contrato plasman su voluntad de llegar a concertarlo, pero

<sup>3</sup> JORGE OVIEDO ALBÁN. *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*. En: Revista Vniversitas, No. 115, PUJ, Bogotá, 2008, pág. 88

<sup>4</sup> JUAN CARLOS VARÓN PALOMINO. *Cartas de intención, memorandos de entendimiento, acuerdos de confidencialidad y acuerdos de debida diligencia, como fuentes de obligaciones en Colombia: apuntes desde la teoría del acto o negocio jurídico y de la formación del contrato*. En: Anuario de derecho privado. Bogotá: Universidad de los Andes, s.f., pág. 167. <https://anuarioderechoprivado.uniandes.edu.co/images/pdfs/05-Varon.pdf>.

no se obligan a hacerlo, como quiera que únicamente se ocupan de planearlo y establecer los aspectos por discutir.

Justamente se afirma<sup>5</sup> que estos convenios “[...] tienen como propósito regular la etapa de los tratos preliminares, fijando las circunstancias de tiempo, modo y lugar para discutir la posible celebración de un contrato, y preparando los puntos de este, de modo tal que los tratantes se obligan a negociar dentro de las reglas convenidas, sin que estén obligados a concluir el contrato definitivo”.

Luego, puede concluirse que en esta clase de pacto se recogen los *términos en que los eventuales contratantes se entienden convenidos anticipadamente*, si llegan a concretar el contrato. La obligación que contraen será la de respetar esos términos, más no asumen obligaciones propias del contrato proyectado.

Una promesa de contrato, igualmente, como preparatoria del contrato, puede situarse en este lapso. Pero es en sí misma un contrato, fuente de obligaciones. Y en él puede anticiparse el cumplimiento de algunas (como usualmente acontece con la entrega del bien o con el pago de parte del precio del contrato).

Razonablemente se sostiene que si un contrato es consensual, frente a él no es factible celebrar promesa de contrato, porque ésta sería el contrato mismo. Lo cual, entonces, sirve para diferenciar la promesa de contrato, en que la parte se obliga a celebrarlo (obligación de hacer), del memorando de entendimiento (en el cual la obligación consiste en que el contrato que puede llegar a celebrarse se perfeccione en la forma como fue planeada).

Ahora bien, la legislación comercial colombiana se refiere al período precontractual. Y en materia de responsabilidad, en particular, señala que “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen” (artículo 863 del Código de Comercio).

Esta disposición impone a quienes adelantan una negociación actuar con mucha diligencia en la etapa de los tratos previos al contrato. No otra cosa significa la buena fe *exenta de culpa*. Sea que se tenga la culpa en su connotación corriente de imprudencia, o de impericia, o de negligencia, lo cierto es que quien pretende celebrar un negocio jurídico debe desplegar un comportamiento especial, en virtud del cual debe realizar averiguaciones de diverso orden

---

<sup>5</sup> VARÓN PALOMINO. *Op. Cit.*, pág. 168.

en registros públicos, por ejemplo, o pedir a su contraparte explicaciones de asuntos que no conozca pero que ésta sí debe saber, etc.

Conviene diferenciar, en todo caso, la hipótesis en que los interesados no superan la etapa precontractual, cuando es de recibo el mandato del precepto resaltado, de aquella en que los negociantes contraen “obligaciones específicas, eficaces y exigibles por el otro, como acontece con los pactos de opción, preferencia o el contrato de promesa, en cuyo caso la responsabilidad que se deduce por el incumplimiento de lo prometido, si bien forma parte de la progresión de actos encaminados a perfeccionar un contrato futuro, no puede situarse en el ámbito prenegocial, sino que se sitúa en el plano contractual por no honrar obligaciones jurídicas concretas emanadas de la autonomía de la voluntad”<sup>6</sup>.

Dentro de este marco conceptual se estudiará la relación jurídica que surgió entre las partes y su responsabilidad.

### **2.4.3. ACERCA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

La falta de una reglamentación legal del contrato de franquicia, que enuncie sus elementos esenciales, es decir, aquellos que a la luz de la teoría del contrato se convierten en factores constitutivos del acto o negocio jurídico al punto que de faltar se configure una inexistencia jurídica, o si se reúnen con alguna infracción de una norma se produzca alguna invalidez (nulidad absoluta o relativa), lleva necesariamente a afirmar que la revisión de tales circunstancias de existencia o validez únicamente se pueda emprender a la vista de un marco general como el que traza el artículo 1502 del Código Civil, aplicable a la materia mercantil por la remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio, luego de acatar el artículo 2 de este ordenamiento.

Así las cosas, el contrato de franquicia debe ser el fruto de un acuerdo de voluntades de personas legalmente capaces, que emiten un consentimiento libre de vicios (error, fuerza o dolo), el cual recae sobre un objeto (cosa material o inmaterial, prestaciones) lícito y posible física y moralmente y que tiene una causa (también lícita).

De especial interés resulta el examen del objeto del contrato de franquicia, tomado en el sentido anotado y no en el de finalidad, que no es otra que la de procurar ventajas para los

---

<sup>6</sup> PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA. *Formación del contrato*. En: Derecho de las obligaciones Tomo I. Bogotá: Temis y Uniandes, 2009, pág. 391.

dos contratantes, a saber, para el franquiciante ampliar la oferta de sus productos o servicios y para el franquiciado aprovechar la experiencia y recorrido de aquél<sup>7</sup>.

Sin una noción de la franquicia consagrada legalmente, son las definiciones doctrinales y de otro orden la fuente particular para descubrir ese objeto, como requisito intrínseco del contrato, que permita identificarlo.

Por ejemplo, ha sido señalado en sede arbitral<sup>8</sup> que

*[...]el contrato de franquicia es un contrato atípico que surgió en los Estados Unidos y se ha desarrollado a través de la práctica comercial. Sin embargo, algunas regulaciones lo definen. En tal sentido el Reglamento 4087 de 1988 de la Comisión de las Comunidades Europeas lo define señalando que el acuerdo de franquicia "el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos:*

- *el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato,*
- *la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un «know-how»,*
- y
- *la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo."*

*De esta manera, el contrato de franquicia se caracteriza porque a través del mismo el franquiciante o franquiciador se obliga a transmitir a otra parte, el franquiciado, un Know how, esto es, un saber hacer, le concede una licencia para el uso de signos distintivos, y le presta asistencia comercial y técnica, a cambio de que el franquiciado, le pague una contraprestación, desarrolle el negocio de acuerdo con el Know how, y utilice una denominación común y una presentación uniforme, de conformidad con lo previsto en el contrato. La franquicia permite entonces crear una red uniforme en la cual el público encuentra una homogeneidad de bienes o de servicios.*

Se resalta que en la noción que viene de presentarse el énfasis que se hace respecto del objeto del contrato de franquicia versa sobre *el derecho a la explotación para comercializar unos productos o servicios* y alude que ello comprende el uso de una denominación o rótulo

<sup>7</sup> Por ejemplo, en el documento *10 preguntas básicas sobre franquicias* se expone que es un “Modelo de expansión empresarial, mediante el cual EL FRANQUICIANTE (Propietario del negocio) permite el uso al FRANQUICIADO (quien invierte en la franquicia) de la marca, el know how y el good will de su empresa, con el fin de que el otro lo replique y explote comercialmente por medio de un establecimiento de comercio independiente, bajo las directrices estrictas y lineamientos específicos del franquiciante, a cambio de una remuneración pactada”. En:

<http://herramientas.camaramedellin.com.co/Inicio/Buenaspracticasesempresariales/BibliotecaPropiedadIntelectualyFranquicias/10preguntasbasicassobrelasFranquicias.aspx>.

<sup>8</sup> Laudo arbitral de 14 de diciembre de 2016, Inversiones Flydent S.A. contra Inversiones Dama Salud S.A.S., Cámara de Comercio de Bogotá.

común, lo que en criterio del Tribunal puede asociarse a una marca, o a un nombre comercial o a una enseña comercial, según el caso, si se diferencian estos conceptos, como sería factible relacionar el primero con los productos o servicios mismos (la marca<sup>9</sup>), el segundo con el empresario que concede la franquicia (nombre<sup>10</sup>) y el último con un establecimiento (enseña)<sup>11</sup>.

De modo integral se propone la franquicia como<sup>12</sup> [...]un sistema de comercialización de productos, servicios y/o tecnología, basado en una colaboración estrecha y continua entre personas legales y financieramente distintas e independientes, el franquiciante y sus respectivos franquiciados, por el cual el franquiciante concede a sus franquiciados el derecho e impone la obligación, de llevar a cabo una explotación de conformidad con el concepto de negocio desarrollado por el franquiciante”.

En la Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia, de Unidroit, versión de Roma 2007, se lee que el contrato de franquicia es el contrato por el cual se concede una franquicia y define ésta como sigue:

*Franquicia significa los derechos concedidos por una persona (el franquiciador) autorizando 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.*

Consta en esta directriz que a la franquicia se **asocia** “una marca de producto o servicio, nombre comercial o logotipo indicado por el franquiciador”.

¿Qué significa ello, es decir, cómo debe comprenderse que la marca se asocia a la franquicia?

O en otras palabras: ¿Qué tan sustancial es la licencia de la marca en el contrato de franquicia?

<sup>9</sup> Artículo 134 de la Decisión 486 de 2000 Comunidad Andina

<sup>10</sup> Artículo 190 ídem

<sup>11</sup> Artículo 583 del Código de Comercio

<sup>12</sup> Código de Ética. [www.colfranquicias.com/wp-content/uploads/2019/02/COLFRANQUICIAS\\_CODIGO\\_DE\\_ETICA\\_PARA\\_LAS\\_FRANQUICIAS\\_EN\\_COLOMBIA.pdf](http://www.colfranquicias.com/wp-content/uploads/2019/02/COLFRANQUICIAS_CODIGO_DE_ETICA_PARA_LAS_FRANQUICIAS_EN_COLOMBIA.pdf)

Buena parte de la doctrina juzga que el otorgamiento del uso de la marca es **propio y esencial** de este contrato. De modo que no habrá contrato de franquicia si no se involucra el uso de una marca por el franquiciado.

Pero jurídicamente no es sencillo amoldar esa visión en el catálogo tradicional de los elementos del contrato<sup>13</sup> como uno esencial. No traduce ello que el factor mencionado no tenga importancia en la franquicia: más se acerca, si se admite otro lenguaje, a ser un presupuesto contractual.

Al efecto enseña ALTERINI que “Los presupuestos del contrato son requisitos extrínsecos al contrato, pero que determinan su eficacia y son valorados antes de él como un *prius*”.

Con esta estimación, el otorgamiento del uso de una marca (o de un nombre o una enseña) en la franquicia incide en su eficacia, es necesario para ésta, porque sin esa facultad no puede el franquiciado llevar a cabo la explotación comercial que comprende el contrato.

No sobra subrayar que el de franquicia es un contrato duradero, no instantáneo (sus prestaciones no se agotan al celebrarlo), por ende y en lo que exhibe su fisonomía, de tracto sucesivo, que se desarrolla en el tiempo. Lo que lleva a asegurar, en la teoría del contrato, que no es susceptible de aniquilarse por el camino de la resolución (retrotrayendo lo ejecutado) sino por el de la terminación (pudiendo fraccionarse la restitución de alguna prestación).

Ciertamente el contrato de franquicia no es de los clasificados legalmente como solemnes. Más aún, por tratarse de un contrato atípico, está sometido a la voluntad de las partes y a su autonomía; no obstante, debe satisfacer algunos elementos esenciales para su formación (no siendo uno de ellos el que conste por escrito), de modo que mientras no concurran éstos lo tratado por las partes no puede ser considerado en el ámbito del mencionado contrato.

Las solemnidades convencionales son admitidas en el ordenamiento jurídico, en el radio de acción de la autonomía privada. Por ejemplo, para el contrato de compraventa dispone el Código Civil en el artículo 1858 que “Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso 2º del artículo precedente, no se repute perfecta hasta

---

<sup>13</sup> “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida”.

A la luz de este precepto, el significado del pacto no es otro que el de obligar a los contratantes al cumplimiento de la solemnidad, pero facultándoles para retractarse si no se ha atendido la misma o haciéndola inútil si ha principiado la entrega de la cosa contratada.

Subyacen ahí dos postulados importantes: que debe revelarse una voluntad expresa en torno al requisito de la solemnidad y que las partes no pueden por sí acordar la sanción por el incumplimiento de lo pactado.

Igual análisis se debe hacer del precepto del artículo 1979 del Código Civil<sup>14</sup>.

En torno a la contraprestación, o precio de la franquicia, suelen separarse tres aplicaciones, a saber: en primer lugar, el llamado pago del derecho de entrada a la cadena (*front fee*); en segundo término el pago de regalías y por último un canon compensatorio de publicidad.

## **2.4.4 NEGOCIACIONES ENTRE LAS PARTES**

### **2.4.4.1 LA FASE PRECONTRACTUAL**

Quedó establecido, en la versión de la convocada, así como en el interrogatorio que absolvió el demandante DAVID GÓMEZ y con los documentos visibles a folios 12 a 16 (impresiones de conversación de Facebook) del cuaderno de contestación a demanda que se recibió del Juzgado 22 Civil Municipal de Oralidad de Medellín en virtud de prueba oficiosa decretada por el Tribunal, que la iniciativa para la celebración del negocio fue de la demandante MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES, a la sazón compañera de estudios de la señora DURANGO DÍEZ y cercana a ella por la práctica profesional que ambas desarrollaban como alumnas de la Universidad María Cano.

Para el árbitro, el aspecto que viene de destacarse tiene un significado puntual, justamente el de la demostración del interés de la señora MONTOYA CIFUENTES en la explotación de una actividad mercantil en el segmento de venta de comidas rápidas, que viene a constituirse en indicio de su conducta favorable a mantenerse en esa actividad y no marginarse de la misma ante situaciones que en efecto se presentaron en el marco de su relación con la

---

<sup>14</sup> “Si se pactare que el arrendamiento no se repute perfecto mientras no se firme escritura, podrá cualquiera de las partes arrepentirse hasta que así se haga o hasta que se haya procedido a la entrega de la cosa arrendada; si intervinieren arras, se seguirán bajo este respecto las mismas reglas que en el contrato de compraventa”.



demandada, como lo fue la falta de firma de la minuta que se pensaba suscribir para documentar la franquicia.

Es claro para el Tribunal, de conformidad con la prueba recaudada, que entre MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA, de una parte, y CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, de otro lado, se adelantaron tratos orientados a la celebración de un negocio jurídico en el año 2015 y que fruto de ellos fue la suscripción de los textos llamados ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD y MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO Franquicias, fechados el 1 de octubre, si bien en el libelo introductorio y en su contestación se alude a 2 de octubre y en prueba oral se manifestó que tenían reconocimiento notarial<sup>15</sup>.

Al expediente se arrimaron los citados documentos privados, que cuentan con presunción de autenticidad a la luz de los artículos 244 y 246 del Código General del Proceso y fueron admitidos por las partes, sin controversia de ninguna especie.

En consecuencia, el Tribunal les asigna el mérito probatorio consignado en el ordenamiento procesal.

Se demuestra con ellos que las partes expresaron su voluntad para concluir un negocio jurídico de franquicia. En efecto, según su letra el propósito que animó a aquellas fue el de consolidar el acceso a un modelo de franquicia de comidas rápidas que la convocada ya desarrollaba<sup>16</sup>.

El ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD y el MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO Franquicias constituyen, sin duda, los términos previstos por ellas para celebrar un contrato de franquicia, el cual acordaron recoger en un documento que no llegaron a suscribir.

Visto de ese modo el problema, cabría decir que MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA, de un lado, y CLAUDIA

---

<sup>15</sup> Prueba de oficio, copias de demanda y contestación de proceso verbal que cursó en el Juzgado 22 Civil Municipal de Oralidad de Medellín. En el cuaderno de la demanda se observan entre folios 1 y 9 el memorando de entendimiento con fecha 1 de octubre de 2015 y reconocimiento notarial en la Notaría Segunda de Rionegro de 2 de octubre de 2015. Lo propio se observa del acuerdo de confidencialidad (folios 10 a 16)

<sup>16</sup> Aunque no con mucha antelación al año 2015, si bien la accionada en la ampliación de su declaración en audiencia de 1 de marzo de 2023 señaló que tenía experiencia en el ramo de comidas rápidas años atrás, lo que aparece confirmado por el reporte suministrado por la Cámara de Comercio de Medellín sobre su matrícula, que data de 2011 y con unos negocios llamados *del perrero todo a 2000*, lo que asimismo comentó la declarante Morelia Úsuga (minuto 2:47:10 de la grabación de la audiencia de 14 de diciembre de 2022).

SUSANA DURANGO DIEZ, de otro, emitieron su voluntad en el ámbito de lo precontractual.

Pero debe agregarse que además planearon allí un contrato de franquicia y de ese modo, se ha de entender que la demandada presentó a los demandantes una oferta de celebración de la franquicia, en las condiciones consignadas en la cláusula cuarta del memorando de entendimiento, en el apartado titulado generalidades de la franquicia.

De acuerdo con el tenor literal del memorando de entendimiento, las partes firmarían un documento para plasmar el contrato de franquicia. Consta ello en las cláusulas cuarta, sexta y séptima. No obstante esa referencia a la firma de un escrito que contendría el contrato en cuestión, no se infiere del conjunto del clausulado que las partes hicieran depender la existencia de ese contrato de dicho documento, al estilo de una solemnidad pactada por ellas.

Se descarta, por ende, que la franquicia solo llegara a existir en este caso por la firma de un documento y asume el Tribunal como aplicable la fórmula que se examinó más atrás, a partir de los artículos 1858 y 1979 del Código Civil<sup>17</sup>.

Con esta antesala, debe repetirse que las partes del proceso proyectaban celebrar (o acaso concluir su perfeccionamiento) un contrato de franquicia y agotaron un primer paso, convencional sí, diferente a ese negocio jurídico, por ende precontractual frente a él.

Se descubre del clausulado del memorando de entendimiento, que éste fue el derrotero para el acuerdo posterior que entonces se quería; **pero fue algo más, porque de una vez consignó una ejecución parcial de la franquicia, en cuanto al precio del derecho de entrada.**

En efecto, por una parte, en el acuerdo de confidencialidad se denominaron las partes como franquiciante y franquiciado(s), aunque desde su inicio se señaló que su objeto era establecer términos para facilitar una futura negociación comercial relacionada con franquicia de comidas rápidas, porque veían la posibilidad de desarrollar negocios en conjunto para un modelo de franquicia de comidas rápidas (consideración primera).

---

<sup>17</sup> En el proceso no se acreditó que se hubiera pactado la solemnidad como esencial. Ni las partes ni el señor EUGENIO MONTOYA, que participó en negociaciones, se refieren a algo similar, aunque solitariamente el testigo MAURICIO ÚSUGA RODRIGUEZ pretendió sugerirlo, al indicar que la firma del documento de franquicia estaba subordinada al registro de la marca (minuto 3:42:18 de la grabación de la audiencia; minuto 3:43:52).

Igual situación se evidencia con el memorando. Por ejemplo, su consideración quinta exhibe que la franquicia misma no estaba consolidada.

De hecho, la cláusula primera del memorando muestra que apenas se buscaba la celebración de la franquicia. La cláusula sexta, a su vez, también exterioriza que el 1 de octubre de 2015 no se concertó una franquicia, pues ésta se juzgó que tendría plena vida jurídica hacia el 28 de octubre siguiente.

Y, finalmente, las cláusulas nueve<sup>18</sup> y quince<sup>19</sup> refrendan la concepción de las partes de no estar vinculadas todavía por un contrato.

No obstante, el memorando de entendimiento vino a ser más que un trato preliminar, puesto que previó que el derecho de entrada a la franquicia, que ascendería a cincuenta millones de pesos (\$50.000.000), sería pagado por los convocantes en dos momentos: uno, al firmarse el memorando mismo, mediante la entrega de la cantidad de veinticinco millones de pesos (\$25.000.000) y el saldo, se infiere del memorando, a la firma de la franquicia<sup>20</sup>.

Este pasaje del asunto es la fuente de la interpretación contractual que el Tribunal encuentra necesario realizar. Porque mientras el documento reza que la partida inicial era un depósito -sin más calificación- (cláusula cuarta) o una compensación por gastos administrativos (cláusula séptima) o depósito en garantía (cláusula séptima), las propias partes<sup>21</sup> en las ampliaciones de sus interrogatorios declararon que era parte del precio negociado, sin más significado, con la claridad de que ese primer monto de veinticinco millones de pesos (\$25.000.000) era la señal positiva de los demandantes de que sí querían concertar la franquicia.

#### **2.4.4.2 LA FASE CONTRACTUAL**

Se tiene de lo dicho que en concepto del Tribunal se incluyó por la accionada en el memorando de entendimiento una oferta de franquicia, según lo indicado en su cláusula cuarta:

---

<sup>18</sup> En que se aclara que el memorando de entendimiento apenas era la fijación de términos para materializar la franquicia.

<sup>19</sup> Alude a futura franquicia.

<sup>20</sup> El testigo Mauricio Úsuga aseguró que se pagaría el segundo contado a la apertura del establecimiento comercial de los convocantes.

<sup>21</sup> Por ejemplo, Indagada la convocada, a cuya instancia fueron elaborados los documentos de confidencialidad y memorando de entendimiento (minuto 1:04.28 de la grabación de la audiencia de 1 de marzo de 2023), señaló que la partida inicial de veinticinco millones se recibió como precio del negocio y no por otro concepto distinto.

Territorio	Rionegro, Antioquia- Colombia
Vigencia	10 años, renovable
Inversión	Variable (Adecuaciones local)
Canon de entrada	\$50.000.000 Pesos Moneda Legal
Regalías	0% durante la vigencia inicial
Canon de publicidad	0% durante la vigencia inicial
Dimensión mínima del local	8 Mts.2
Número de establecimientos	Mínimo 1
Número de empleados	Mínimo 3

Pues bien, el contrato de franquicia que propuso la convocada y admitieron precontractualmente los convocantes en el memorando de entendimiento, fue aceptado con el pago del primer contado del precio del derecho de entrada, recibido por la señora DURANGO DÍEZ a la hora de firmar tal memorando.

Fue probado en el proceso (prueba documental, testimonio, declaración de las partes) que los demandantes efectuaron los pagos de las sumas de dinero a que se refería el memorando de entendimiento. Con ello confirmaron como hecho de ejecución contractual la existencia de un contrato de franquicia, al reconocer el total del valor convenido como canon de entrada.

La oferta de franquicia contenida en el memorando de entendimiento fue aceptada allí mismo. Empero, si se dudara sobre el momento de perfeccionamiento del contrato, se debe advertir que los actores reiteraron su aceptación de la oferta cuando efectuaron el pago total del derecho de entrada y cubrieron la partida final de veinticinco millones de pesos (\$25.000.000) que completaba la cantidad de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) contemplada en el memorando de entendimiento.

Quedó demostrado en la instrucción que el derecho de entrada fue pagado en su totalidad. Prueba del pago de la cifra comentada -el fingido depósito y el saldo- brota del memorando de entendimiento, de la contestación a la demanda y de documentos agregados con la demanda:

a) Del primer pago, da cuenta la cláusula cuarta del memorando y la confesión de la parte demandada en la respuesta al hecho cuarto de la demanda.

b) En cuanto a la otra partida por veinticinco millones de pesos (\$25.000.000), que no sería exigible de no existir franquicia, su pago fue establecido por la confesión vertida en la contestación de la señora DURANGO DIEZ a los hechos décimo y décimo primero de la demanda, con el detalle indicado en este último, corroborado por los documentos de folios 48 y 49 del anexo de pruebas de la parte accionante (y folios 84 y 85 del archivo verbal escrito demanda que entregó el Juzgado 22 Civil Municipal de Oralidad de Medellín). También lo aceptó aquella en su interrogatorio de parte<sup>22</sup>.

Como a las precedentes reflexiones se pudiera oponer que a la cuota inicialmente entregada con la suscripción del memorando de entendimiento no puede atribuírsele un significado diferente a la garantía de seriedad o respaldo del interés que los convocantes tenían en el negocio, siendo ello motivo para dudar de la conclusión de que entonces se aceptó la oferta de la franquicia, se ocupa el Tribunal de completar el esquema de su análisis, por medio del sentido que debe asignarse a la conducta de los demandantes de haber solventado la totalidad del derecho de entrada.

A la luz de los hechos debidamente acreditados estima el Tribunal que cuando los actores terminaron de cubrir el derecho de entrada según lo previsto en el memorando de entendimiento, quedó definitivamente acordado el contrato de franquicia, a pesar de que para ese momento no se había obtenido por parte de la accionada el registro de la marca y nombre comercial *QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS*.

Es que, ¿si no existía contrato de franquicia, cuál pudo ser la razón para que los convocantes pagaran el monto fijado precontractualmente como derecho de entrada?

Conocido es que el contrato es fuente de obligaciones y que, como lo expresa el artículo 864 del Código de Comercio, constituye una relación jurídica patrimonial. Un franquiciado contrae, en virtud del contrato de franquicia, la obligación de pagar el derecho de entrada.

Reordenados los elementos advertidos, aparece este panorama: por medio del memorando de entendimiento, las partes fraguaron un futuro contrato de franquicia. Lo que, entonces, equivale a la oferta de la señora DURANGO DÍAZ a los demandantes de esa franquicia, la cual podía o no ser aceptada por ellos, aunque su intención real era aceptar la celebración del

---

<sup>22</sup> En este punto particular el testigo MAURICIO ÚSUGA RODRIGUEZ, esposo de la demandada, encargado de la negociación, dijo no recordar cómo fue el pago, pero que se hizo en su totalidad. A pesar de su tono evasivo, el Tribunal suma su dicho al conjunto de la prueba. De otro lado, se resalta que este testigo es el único que señaló que la entrega del segundo contado se había pactado a la apertura del establecimiento, por lo que su versión queda huérfana de respaldo en el resto del material probatorio.

contrato, y realmente lo aceptaron, pues entregaron una parte del derecho de entrada (no obstante nombrarla como depósito o como garantía de su compromiso por concluir la franquicia).

El artículo 854 del Código de Comercio establece que “La aceptación tácita, **manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho** dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso”. Negrillas ajenas a la disposición.

Para la doctrina<sup>23</sup>, “Si bien, como ya dijimos, la aceptación debe ser inequívoca, esto no significa que no pueda ser tácita, puesto que la intención de contratar puede reflejarse mediante actos positivos que efectivamente la pongan de presente. Actos tales como ejecutar la prestación esperada o dar comienzo a su cumplimiento, entregar la cosa, **pagar el precio**, entre otras, pueden reflejarla irrefragablemente”. Negrillas agregadas.

De modo que, como aparece de la norma citada, los señores MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA, al entregar la cantidad (final) de veinticinco millones de pesos, en la forma como les indicó la convocada (pagos a Falabella, a Mauricio Úsuga y a Cristian Mesa), realizaron un hecho inequívoco de ejecución del contrato, toda vez que sufragarla sin más carecería de causa justificativa si únicamente se consideraran obligaciones nacidas del memorando de entendimiento; y al tiempo, con esa conducta confirmaron, con base en el memorando, el abono de los primeros veinticinco millones, originalmente tildado de depósito o garantía-sin serlo-, al derecho de entrada en la franquicia.

Se puede concluir, en este sentido, que contrato de franquicia sí lo hubo, aunque no hubo documento que lo recogiera. Y se configuró tal contrato desde la firma del memorando de entendimiento y cabalmente desde el 4 de noviembre de 2015, cuando fue pagado plenamente el derecho de entrada.

#### **2.4.4.3 LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL**

A manera de resumen, el Tribunal interpreta que MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA celebraron con CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ un negocio jurídico de franquicia, del cual dan cuenta los

<sup>23</sup> MUNAR CADENA, *Op. Cit.*, pág. 399.

documentos que suscribieron (acuerdo de confidencialidad y memorando de entendimiento) y la aceptación tácita de la oferta realizada por la convocada.

Cabe subrayar que en sus declaraciones, los actores -especialmente el señor GÓMEZ, quien directamente intervino en la negociación-, se mostraron ajenos a cuestiones legales e inclusive aceptaron no haber obrado diligentemente. Pero en el mes de diciembre de 2015 debieron despejar sus inquietudes frente a la realidad contractual con la asesoría que tuvieron. De hecho relatan que el abogado SÁNCHEZ GÓMEZ les sentenció que *no habían comprado nada*. Precisamente ese asesor, en declaración ante el Tribunal, el 1 de marzo de 2023, comentó cuál fue su análisis de la realidad jurídica del negocio y que había existido franquicia, porque tenía sus elementos (minuto 27:44 de la grabación), lo que debió ser comunicado a los convocantes.

Ahora bien, en el estudio de la minuta de contrato de franquicia informaron los convocantes que tuvieron apoyo, recibido de parte del señor EUGENIO MONTOYA, padre de la demandante MONTOYA CIFUENTES y quien en la declaración que rindió dijo ser abogado y haber estudiado ese documento, además de consultarlo con un profesor suyo. Para el árbitro es claro que fruto de sus revisiones y de las que pudo efectuar el señor GÓMEZ, como lo dijo este en la ampliación de su interrogatorio, los términos de la franquicia eran básicamente los del memorando de entendimiento, puesto que en la aludida minuta aparecían “*aspectos*<sup>24</sup> *que no se habían conversado o convenido*” (palabras del Tribunal parafraseando a la parte y al testigo), lo que significa que la franquicia estaba organizada desde el memorando<sup>25</sup>.

Esta interpretación de la relación jurídica comercial permite resolver los interrogantes del problema jurídico destacado e interpretar el alcance de las pretensiones más allá de la limitación derivada del rigor de las palabras en ellas empleadas, al tomar el memorando de entendimiento como punto de referencia de todas las súplicas elevadas.

#### **2.4.4.4 OBLIGACIONES DE LAS PARTES PREVISTAS EN EL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO**

Establecido como fue que el propósito del memorando de entendimiento era preparar el camino para la franquicia, debe ponerse de relieve que su cláusula tercera estipula cuál sería

<sup>24</sup> Como fue el tema de una póliza.

<sup>25</sup> Esta visión del asunto tiene su fuente en la declaración del demandante GÓMEZ. En particular dijo, en la ampliación de su relato en la audiencia de 9 de marzo de 2023 que “de forma verbal ya todo se había establecido” (minuto 1:02.27 de la grabación) o que “todo lo habíamos hablado”- para cuando entregaron el dinero (minuto 1:02:40 de la grabación)-.

el compromiso (obligación para cumplir a raíz de la franquicia) de la convocada; y en las cláusulas cuarta y quinta el compromiso de los convocantes. Las dos partes *suscribirían* un contrato de franquicia el 28 de octubre de 2015, una vez realizado por los demandantes el estudio necesario.

Cabe precisar que el vocablo *suscribir* denota, ciertamente, una acción consistente en la firma de un documento. Pero fue observado en otro lugar que el de franquicia no es un contrato solemne, por lo cual la aceptación que de la oferta presentada por un futuro franquiciante haga su destinatario se constituye en elemento formador del contrato, como consta en el artículo 864 del Código de Comercio, cuando dispone que el contrato “[...] se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta”.

CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ se obligó frente a los actores a revelar el *know how* de su negocio y a entregar el conjunto de conocimientos técnicos, administrativos, financieros y comerciales, así como su experiencia en la operación del establecimiento de comercio y su conocimiento en los esquemas de producción, elaboración y comercialización de productos, y a la capacitación y asesoría con un mínimo de tiempo en el primer mes de instalación.

MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA se obligaron a pagar un derecho de entrada por cincuenta millones de pesos. Además, analizarían la información entregada por la convocada.

Los demandantes, de conformidad con lo demostrado en el proceso (su propia confesión en los hechos octavo, noveno y décimo de la demanda), consiguieron un local en San Antonio de Pereira, en el municipio de Rionegro, lo adecuaron y abrieron al público el establecimiento el 30 de octubre de 2015.

Este suceso, en criterio del Tribunal, tiene un significado concreto, a saber, que si los actores pudieron iniciar su actividad comercial fue porque podían atender el mercado de los respectivos productos en la zona, porque habían sido entrenados para hacerlo. O cuando menos porque tenían el acompañamiento de la demandada.



Por ese motivo procedieron al pago del total del derecho de entrada, realizado como quedó expuesto más atrás<sup>26</sup>.

Admitieron los demandantes en sus declaraciones, valoradas en este aspecto y en todos los demás que han sido reseñados antes como lo manda la parte final del artículo 191 del Código General del Proceso, que puesto en marcha su establecimiento los primeros meses hubo buenas ventas (no propiamente utilidades) y que la convocada les suministró lo necesario para atender el público de la zona de San Antonio de Pereira.

CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ anotó en su contestación a la demanda y en particular al proponer excepciones que “El conocimiento del quehacer del negocio, en general el Know How, lo cual no solo se limitó a compartir las fórmulas de preparación, menú, ingredientes, sino todo el aspecto logístico, el análisis de información financiera, coordinación de proveedores, manejo de publicidad, entre otros aspectos, que a lo largo de su trayectoria empresarial ha venido construyendo la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ fue totalmente develada a los Convocantes, *información que actualmente continua (SIC) siendo de su uso y aprovechamiento lucrativo de los convocantes y su grupo familiar*” (Bastardillas del Tribunal).

Quiso la señora DURANGO DÍEZ probar sus afirmaciones -que igualmente realizó en las respuestas al interrogatorio de parte, al apuntar que capacitó al personal de los demandantes, a quienes les enseñó fórmulas de preparación de productos y ayudó en organización de logística- mediante los testimonios de los señores RICARDO PINEDA ÁLVAREZ y MORELIA ÚSUGA RODRIGUEZ.

La señora MORELIA AMPARO USUGA RODRÍGUEZ depuso, en síntesis, que conocía a la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO hacía 20 años, por ser la pareja de su hermano, y a los convocantes aproximadamente 7 años, por haber acompañado a su cuñada en el montaje de un negocio en San Antonio de Pereira. Indicó que no ha tenido ningún negocio de HOT CHESE, pero que su padre si tuvo uno, en el sector del Chagualo, por la Universidad de Antioquia. Sostuvo que tiene conocimiento que MARÍA ALEJANDRA se interesó en el negocio que tenía SUSANA en el sector de Guayabal, en Medellín y que entre las partes se suscribió un memorando de entendimiento y un acuerdo de confidencialidad.

---

<sup>26</sup> Pero se ilustró al Tribunal, además, por parte del testigo JOHN JAIRO SÁNCHEZ GÓMEZ (declaración de oficio), que los demandantes no se cercioraron, al firmar el memorando de entendimiento, si la marca QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS estaba ya registrada en cabeza de la accionada quien, a su vez, reiteró en sus declaraciones que los actores hacían gala de cierto afán en cerrar el trato a pesar de que ella les proponía esperar el resultado del trámite de registro.

Dijo también que se desplazaron hasta San Antonio de Pereira a asesorarlos en el montaje del negocio de las comidas rápidas y acompañaron a los convocantes a donde un señor don Hernando, que hacía unos carros de perros muy buenos, con aislante de calor. Narró que fueron donde un señor que tiene un negocio que se llama Las Chachas, a mandar a hacer implementos en acero inoxidable, que los asesoraron para mandar a hacer los uniformes, con la insignia de LOS QUESUDOS, que hacía la mamá de SUSANA.

Manifestó la testigo que SUSANA acompañó a los convocantes al sector del Hueco, a comprar todos los utensilios requeridos para un negocio de comida rápida y donde el señor Alex Aguirre, experto en acrílico, para mandar a hacer todo lo requerido para el negocio, la señalización del negocio, pitilleros.

Según la deponente, era ella quien le suministraba a los convocantes la ensalada, para lo cual incluso fue hasta San Antonio de Pereira a llevársela, o se encontraban en el peaje o que la hacía llegar a través de una distribuidora FP.

Asegura la señora Úsuga que junto con Ricardo Pineda estuvo el día de apertura del negocio, para explicarles a los actores cómo era la atención al cliente; que los capacitaron en cómo elaborar el cuadro de turnos, cómo hacer la nómina, para lo cual fueron aproximadamente una semana hasta el negocio de los convocantes. Las capacitaciones se dieron en forma verbal, no se hizo nada por escrito, porque se confió en la amistad que MARÍA ALEJANDRA decía profesarle a SUSANA. Indicó que no estuvo ni participó en la negociación que hicieron las partes. Sostuvo que tiene conocimiento que el registro de la marca estaba en proceso, y que eso se le explicó a los convocantes, para lo cual Susana se comprometió a cambiar la imagen y publicidad si no se aprobaba el registro de la marca LOS QUESUDOS. Explicó que el señor SEBASTIÁN SEGURA solicitó el registro de la marca LOS QUESUDOS un día antes que SUSANA, razón por la cual se la asignaron. Que los convocantes decidieron hacer por su cuenta un registro de su propia marca, sin esperar el cambio al que se había comprometido SUSANA. Que ellos habían iniciado en el negocio de las comidas rápidas hace más de 10 años, con la marca LOS PERREROS TODO A 2000.

Observó la declarante que las capacitaciones fueron durante una semana, en el local de Cristo Rey, que ella estuvo presente en el montaje del negocio de San Antonio de Pereira, en el suministro de la ensalada, y enseñando a preparar el guacamole y el pepino. Expuso que se

desplazó en compañía del señor RICARDO, en 4 o 5 ocasiones, hasta San Antonio de Pereira, para dar capacitaciones al personal (minuto 3:01:10 de la grabación respectiva<sup>27</sup>).

Por su parte, RICARDO ADOLFO PINEDA ÁLVAREZ comentó que en los años 2014 y 2015 trabajó en un negocio de comidas rápidas llamado HOT CHESE, de propiedad de doña SUSANA y doña MORELIA, quienes eran sus jefes. Que prestaba sus servicios en una sucursal ubicada en el Chagualo, cerca de la Universidad de Antioquia. Que renunció en el año 2016 o 2017 al trabajo porque se le presentó una mejor oportunidad laboral. Que conoce al señor DAVID GÓMEZ, porque fueron a Rionegro a dar unas inducciones por una franquicia, en los años 2014 o 2015. Que él fue con doña MORELIA el 1º de noviembre, de 2014 o de 2015, a dar esa inducción. Que en el transcurso de ese mes fueron 4 o 5 veces a explicar cómo era la preparación de los productos, y la explicación se la daban a varios trabajadores, y a don DAVID, con su esposa, de quién no recuerda el nombre. Les explicaban cómo iba el queso, qué cantidad de queso, qué llevaba el perro, qué llevaba la hamburguesa especial, la hamburguesa sencilla. Les enseñaron para que hicieran todo bien hecho. Depuso que no tenía conocimiento de las particularidades del negocio que hizo doña Susana y don David. Cuando iban a Rionegro llevaban la ensalada, el pepino. Siempre que fue a Rionegro acudió en compañía de doña MORELIA, en su carro. Era muy importante la explicación de cómo iba fundido el queso, que gratinara bien, cuál era el orden de los productos que llevaba el perro, cómo se organizaba el perro que era para llevar, y cómo era el perro para consumir en el establecimiento. Que cuando fueron a Rionegro llegaban sobre las 3:00 p.m., y se quedaban hasta las 10:00 p.m. Relató que la inducción por él realizada fue práctica, que él no realizó una capacitación teórica, y no sabe si alguien brindó esa capacitación teórica. Que la señora MORELIA supervisaba que RICARDO brindara en debida forma la capacitación, y la señora MORELIA también daba indicación sobre la preparación de los productos.

Para el Tribunal esta prueba es suficiente para acreditar algunos hechos aducidos por la demandada. Los testimonios revisados dan cuenta de actividades desplegadas por la señora DURANGO para poner en marcha los elementos indispensables para facilitar a los señores MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA la explotación comercial que querían, para el expendio de comidas rápidas de perros y hamburguesas con una fórmula especial.

Se trata de declaraciones que merecen credibilidad, pues provienen de personas que directamente intervinieron en el entrenamiento de empleados de los actores en el negocio

---

<sup>27</sup> La testigo dio a entender, entonces, que las capacitaciones se surtieron en Cristo Rey y en San Antonio de Pereira.

instalado en un local en San Antonio de Pereira, cuya dotación – al menos en parte- fue adquirida bajo la dirección de la demandada y de la testigo MORELIA ÚSUGA RODRÍGUEZ.

Los testigos, entonces, conocieron los hechos que relataron por su participación en ellos, constituyendo ello explicación bastante de sus dichos. Y no se presentaron afectados por algún motivo que hiciere dudar de su veracidad.

Con todo, estas versiones no hicieron ninguna referencia a un elemento de la defensa planteada por la señora DURANGO DÍEZ, atrás resaltado, acerca de que la información que entregó a los actores había continuado siendo usada y aprovechada en forma lucrativa por los convocantes y su grupo familiar.

Los señores MONTOYA CIFUENTES y GÓMEZ GARCÍA dedicaron su atención, en la etapa instructiva, a calificar la versión de la convocada DURANGO DIEZ y restarle significado y alcance a sus aportaciones a la estructuración material del negocio-consecución de muebles, adiestramiento de personal, entrega de insumos, etc.- y pregonaron que no habían recibido manuales escritos de operación del negocio.

Si bien no aparece prueba de la existencia y entrega de manuales de capacitación, de operación o de otra naturaleza (imagen corporativa, etc.), no se resta por ello mérito a la disposición de la demandada para ejecutar compromisos que contrajo según la cláusula tercera del memorando de entendimiento, mediante comportamientos que corroboran su oferta de la franquicia y que, por ende, muestran otra arista de la configuración de dicho contrato. No obstante, no reposan en los autos elementos de juicio para aseverar que la convocada reveló a los convocantes en su integridad el *know how* de su negocio.

#### **2.4.4.5 OBLIGACIONES DE LAS PARTES DERIVADAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

Se puso de presente que los convocantes aceptaron la oferta de franquicia y, ante la disposición del artículo 864 del Código de Comercio, hubo contrato con el pago del derecho de entrada. Esa, su obligación, fue cumplida por aquellos.

Ha de examinarse por ende cuáles obligaciones contrajo la convocada y si las atendió y en qué forma.

Para esta averiguación se toma de nuevo el concepto del contrato de franquicia, entendido como<sup>28</sup> “*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*”.

A tal idea se agregan las consideradas en otro apartado, en cuanto atañe a que por este contrato el franquiciante cede el derecho a la explotación de un modelo de negocio y a la necesidad de acudir, en su estructuración, a factores generales, como la causa.

La cláusula segunda del memorando de entendimiento señaló que la convocada era la propietaria de un sistema de franquicias de comidas rápidas LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS y que los demandantes tenían interés en adquirir esa franquicia.

De la franquicia en el caso *sub judice* e inclusive desde el memorando de entendimiento, quedó fijado que a la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ revelaría el *know how* del negocio. Y fue definido por prueba testimonial que se dispuso a ello por medio de unas capacitaciones. Empero, los demandantes expresaron en sus versiones al árbitro que aunque la convocada les apoyó para abrir el establecimiento que funcionaba en un local que habían arrendado en San Antonio de Pereira, tiempo después dejó de entregarles los suministros para los productos que expendían, porque no les dio a conocer la fórmula de preparación ni facilitó el nombre del proveedor del queso<sup>29</sup>, ingrediente éste que junto con la ensalada eran primordiales para las comidas rápidas de perros y hamburguesas que tuvieron en mente al concertar la celebración de la franquicia.

---

<sup>28</sup> Texto visible en las páginas 32 del laudo arbitral de 8 de septiembre de 2017, dictado por tribunal arbitral de MARCO ALDANY COLOMBIA S.A.S. contra SUEÑOS Y FRANQUICIAS EMAUS S.A.S. (Cámara de Comercio de Bogotá) y 25 del laudo arbitral de 12 de agosto de 2009, dictado en proceso arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá de PANACA S.A. contra PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A., en ambos casos cita de la obra *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, de José A. Echeverría Sáenz, Madrid: McGraw-Hill, 1995.

<sup>29</sup> Es de suma importancia aclarar, frente a la disposición de la convocada de ejecutar el memorando de entendimiento, que de acuerdo con lo probado ella, por intermedio de un empleado suyo, acompañó a los convocantes en las explicaciones de cómo preparar los productos. Pero los demandantes insistieron en que en el establecimiento que pudieron abrir al público en noviembre de 2015 comenzaron a vender esos productos con los insumos que les suministraba Susana Durango (lo que hizo hasta principios de febrero de 2016): así lo puntualizó la actora MONTOYA CIFUENTES en la ampliación de su declaración en audiencia de 9 de marzo de 2023 (minuto 14:23 de la grabación), al anotar que en febrero de 2016 continuaron con el local con otro tipo de insumos y nueva fórmula (minuto 16:06 de la grabación). Aseguró la señora MONTOYA que la demandada no le dio en ningún momento fórmula o receta. De igual modo se expresó el actor GÓMEZ, al indicar que con la marca Q'SOLLADOS empezaron de cero (minuto 46:10 de la grabación de la audiencia de 9 de marzo de 2023). Lo referido implica que la señora DURANGO DÍEZ no alcanzó a transferir plenamente el *know how* relativo a la preparación de los productos y que en su mente tenía, si consideraba que lo que debía era hacer suministros, lo que pudiera llamarse una franquicia de distribución.

Según los actores, la marca QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS era reconocida en el ambiente universitario y contaba con algún prestigio.

Frente a lo dicho por los accionantes, que viene de destacarse, no obra prueba contraria allegada a instancias de la demandada (artículo 167 del Código General del Proceso), que haga dudar de su veracidad.

Llegados a este punto, ha de revisarse lo correspondiente a la marca cuyo uso estaría involucrada en el contrato de franquicia que se perfeccionó como ya fue establecido.

En el memorando de entendimiento se hizo constar que la señora DURANGO solicitó el 4 de marzo de 2015 el registro de una marca mixta con el aludido nombre, lo que aparece corroborado con un reporte emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio impreso el 13 de julio de 2018, aportado con la demanda -y cuyo valor probatorio deriva también de las disposiciones procesales atrás invocadas-, en el cual se lee que para el 22 de abril de 2015 se formuló oposición al trámite, la cual concluyó con decisión negativa de dicha Entidad dictada a finales del mes de diciembre de 2015 (en armonía con las versiones de las partes vertidas en sus interrogatorios), por resolución que desató apelación interpuesta por la demandada frente a negativa inicial del registro.

Para efectos de definir con mayor claridad el asunto de la negativa de registro marcario, dispuso el Tribunal como pruebas de oficio que se allegaran los respectivos actos administrativos de negación de la inscripción y resolución de la apelación<sup>30</sup> y la información por parte de la Delegatura para la propiedad industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio de cuándo se había notificado de las decisiones a la señora DURANGO DIEZ<sup>31</sup>.

De este modo, concluye el Tribunal que en el proceso quedó comprobado que para el momento de la celebración del pacto entre las partes nombrado como ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD y MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO Franquicias ya la señora DURANGO DÍEZ conocía que no contaba con el registro de la marca para la franquicia. La resolución 50764 data de 19 de agosto de 2015 y para 1 de octubre siguiente se le había notificado la negativa que apeló. De hecho la señora DURANGO DÍEZ confesó

---

<sup>30</sup> La convocada, en acatamiento de la prueba oficiosa, entregó al Tribunal copias de las resoluciones 50764 de 19 de agosto de 2015 y 103226 de 30 de diciembre de 2015 -las mismas que tienen valor probatorio conforme al artículo 246 del Código General del Proceso-, por medio de las cuales, en su orden, la Superintendencia de Industria y Comercio negó “el registro de la marca LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS (Mixta), para distinguir los servicios comprendidos en la Case 43 de la Clasificación Internacional de Niza” y confirmó la decisión negativa.

<sup>31</sup> Tales notificaciones tuvieron lugar el 25 de septiembre de 2015 y el 5 de febrero de 2016, de acuerdo con la información de la SIC.

en su interrogatorio (minuto 26:15 de la grabación) que para agosto de 2015 sabía de la oposición al registro (propuesta por el señor SEBASTIÁN SEGURA según consta en la resolución y que fue causa de la negativa) y en la ampliación de su declaración (minuto 1:17:02 de la grabación de la audiencia de 1 de marzo de 2023) relató que ese hecho de la negativa inicial del registro (asunto diverso al de la apelación) no lo puso en conocimiento de sus co-contratantes.

#### **2.4.5 EL RUMBO DE LA DECISIÓN DEL CONFLICTO**

Tomados los elementos propios del contrato de franquicia, interesa para la solución final de la *litis* el análisis de tres de manera particular: el objeto, la causa y el precio.

Esos elementos deben interrelacionarse a partir del hecho de que los convocantes pagaron el precio en función del objeto contratado, precedidos de una causa específica que fue conocida por la parte demandada.

Como es sabido, el precio consistente en el derecho de entrada a la franquicia tiene ciertas características: (i) se paga por una sola vez cuando se inicia el negocio (lo que puede llevar a pensar en una especie de simultaneidad, un dando y dando, o *do ut des* según la expresión latina del derecho romano); (ii) es una forma de compensar o reconocer al franquiciante su trabajo anterior, principalmente enderezada a divulgar su negocio (actividad, producto, marca); (iii) pero a su vez representa el derecho del franquiciado a exigir al franquiciante que le enseñe a desplegar el negocio.

Esta perspectiva permite individualizar el objeto de la franquicia, desde un punto material, como el derecho a la explotación<sup>32</sup> por el franquiciado del negocio del franquiciante, lo que abarca la actividad, el producto, la manera de fabricarlo y desde luego la marca respectiva.

Los convocantes centraron su tema litigioso en el problema derivado de la inexistencia del registro de la marca que tenían proyectada explotar, QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS, para imputar incumplimiento de la convocada quien por su parte adujo en su defensa que estaba estipulado que podían introducirse cambios por el concepto de la

---

<sup>32</sup> Así lo entendían los demandantes, como se desprende de la observación que hicieron a la minuta de contrato de franquicia, como se ve en la impresión de correos electrónicos (folios 18 archivo de pruebas anexo con la demanda y 19 del cuaderno verbal demanda enviado por el Juzgado 22 Civil Municipal de Oralidad de Medellín), en cuanto DAVID GÓMEZ pide a MAURICIO ÚSUGA que se mejore la definición de franquiciado para que se diga que es la persona con derecho de explotación en una zona, propuesta aceptada por el señor ÚSUGA.

marca o signos distintivos, por lo cual propuso modificaciones a los actores que éstos no aceptaron. Una semejante convención es negada por los accionantes.

La parte final de la cláusula segunda del memorando de entendimiento establece:

*“EL FRANQUICIANTE, durante el desarrollo de la Franquicia, podrá, determinar el cambio de uno o de todos los signos distintivos en beneficio de las partes, siempre asumiendo los costos y gastos de los trámites de registro ante la autoridad competente y así se lo hará saber a EL (LA/LOS) INTERESADOS (A/OS), por comunicación escrita sea vía fax, por carta, por correo electrónico o cualquier medio escrito autorizado.”*

Una atenta lectura de esta disposición contractual y su interpretación armónica con el conjunto de cláusulas del acuerdo lleva al Tribunal a concluir que con ella no se pretendió cubrir la eventualidad de la negativa del registro sino que, si las circunstancias del mercado justificaban en criterio de la franquiciante ajustes de signos distintivos, podía ésta organizar modificaciones cuyo costo sería de su cargo, en consonancia con lo previsto sobre publicidad.

Si esta estipulación hubiera sido concebida para las vicisitudes del registro de la marca, se habría consignado en forma expresa de cuál marca se trataba<sup>33</sup>. En cambio, se ideó de forma general y relacionada con un tiempo específico, *“durante el desarrollo de la Franquicia”* según reza textualmente.

Para el Tribunal, como se expuso en otro capítulo de esta providencia, hubo contrato de franquicia entre las partes del proceso. Dicho contrato recayó sobre el derecho a la explotación por los convocantes del negocio del cual era titular la convocada y parte del objeto del contrato la constituía la concesión del uso de la marca QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS.

Es decir, el contrato no se limitaba a esa marca, que si así hubiera sido habría sido un contrato suspendido hasta el registro<sup>34</sup> o existente y sometido a condición resolutoria<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> El tenor de la cláusula desmiente a la testigo Morelia Úsuga R. cuando relató que si la marca QUESUDOS no se registraba había compromiso de la convocada de efectuar las modificaciones necesarias y que eso lo sabían los demandantes (minuto 2:44:18 de la grabación de la audiencia de 14 de diciembre de 2022); asimismo, en su narración de que por haber leído los documentos firmados sabía que allí constaba ese compromiso de las partes (minuto 2:59:45 ídem).

<sup>34</sup> Solución viable si se acude a la analogía del primer inciso del artículo 917 del Código de Comercio (“La venta de cosa futura sólo quedará perfecta en el momento en que exista, salvo que se exprese lo contrario o que de la naturaleza del contrato parezca que se compra el alea”).

<sup>35</sup> En cuanto se crea que cabe apoyarse, por comparación, en el artículo 1869 del Código Civil, que dispone:

” La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte”.



Por tanto, el contrato de franquicia existió y en lo relativo a la concesión del uso de la marca referida quedó sometido en su supervivencia total a que se obtuviera el registro y la consiguiente posibilidad de desarrollar -dígase cumplir o ejecutar-el objeto contractual.

No hay elementos para descartar lo que aseguraron los señores MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA, de no haber llegado ellos al contrato únicamente por las particularidades del producto que explotarían – la fórmula del queso y la clase de éste- sino asimismo porque a ese producto estaba íntimamente el nombre del negocio constituido por la marca QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS.

Las explicaciones de la convocada, entonces, acerca de haberse estipulado que se podía cambiar el nombre de la marca, no son de recibo, porque quedan aisladas del contexto de lo sucedido, puesto que ella no reveló, al concretar el *memorando de entendimiento*, que el registro había sido negado por una oposición. La cláusula segunda examinada apuntaba era a una situación normal de ejecución del contrato y no puede concluirse que era una previsión relacionada con el registro de la marca o del nombre comercial<sup>36</sup>.

¿Si se concluye que hubo contrato de franquicia, qué valor tiene el que las partes hubieran discutido<sup>37</sup> sobre un documento que no se alcanzó a firmar? Es decir, ¿se desvanece que hubiera contrato porque las partes sostuvieron diálogos relacionados con un clausulado de un proyecto escrito?

En concepto del árbitro, ese cuestionamiento debe contestarse negativamente, porque ese documento no iba a tener un carácter constitutivo del contrato sino apenas probatorio de su contenido.

Precisa el Tribunal que al pagarse íntegro el derecho de entrada a la franquicia se perfeccionó este contrato. Ello sucedió -como punto culminante, para consumar el perfeccionamiento del contrato-el 4 de noviembre de 2015 (momento del pago completo del monto que restaba por entregar, de conformidad con lo acreditado por confesión y prueba documental). Por lo demás, los actores admitieron en el hecho noveno de la demanda que abrieron su establecimiento el 30 de octubre de 2015.

---

<sup>36</sup> Conclusión que se tendría si la convocada hubiera dejado en claro que la marca le había sido negada en primera instancia por la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>37</sup> Aseveración posible de acuerdo con las versiones de las partes, en particular la declaración del demandante GÓMEZ y el testimonio de JOHN JAIRO SÁNCHEZ GÓMEZ.

Los mismos demandantes anotan en el hecho decimosegundo de la demanda que se asesoraron de un abogado a mediados de diciembre de 2015, para verificar el estado del proceso de registro de la marca. Señalan que lo hicieron “previo a la suscripción del contrato de franquicia”, lo que debe entenderse en la realidad de lo acontecido, a saber, que no se había firmado un documento en que se plasmara el contrato. Sin duda, alguna razón existía para que hubieran avanzado en la ejecución de los compromisos sin definir completamente los asuntos que deseaban consolidar, como confianza o amistad con la demandada; pero al tiempo traduce esa conducta que fue su libre decisión cumplir con el pago del precio del derecho de entrada a la franquicia.

Informaron los convocantes al Tribunal que las relaciones comerciales con la demandada se rompieron definitivamente en el mes de febrero de 2016, época que no fue puesta en duda por la parte pasiva del proceso. Por lo demás, la Superintendencia de Industria y Comercio certificó al Tribunal que el 5 de febrero de 2016 notificó a la señora DURANGO DÍEZ la decisión definitiva que negó el registro de la marca que había solicitado.

La resolución final de la Superintendencia quedó ejecutoriada, como anota la certificación en cuestión, el 8 de febrero de 2016. Estrictamente debe decirse que desde el 9 de febrero de 2016 fue y es un hecho cierto que la señora DURANGO DIEZ no podía contar con la titularidad de la marca, es decir, a partir de esa fecha no podía cumplir con la concesión del uso de la marca para los productos de la franquicia celebrada con los señores GÓMEZ y MONTOYA.

Por el contrario, antes de la indicada data podía entenderse que la señora DURANGO DIEZ tuviera la expectativa de ser titular de la marca.

Con certeza, entonces, no le era posible a la convocada cumplir con el contrato de franquicia a partir del 9 de febrero de 2016. La situación concreta de no tener la titularidad de dicha marca para los productos cuya explotación estaba comprendida en el contrato le impidió el cumplimiento de una parte importante de sus obligaciones como franquiciante.

## **2.5 LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

Las consideraciones que sobre el memorando de entendimiento fechado el 1 de octubre de 2015, firmado entre los señores DAVID GÓMEZ y MARIA ALEJANDRA MONTOYA y la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DÍEZ y acerca del perfeccionamiento del contrato de franquicia, sirven al árbitro para comprender lo pedido en las pretensiones

principales, que aunque circunscritas al memorando de entendimiento cómo relación contractual entre las partes, ponen al descubierto una súplica central relacionada con el cumplimiento por la convocada de las obligaciones que contrajo.

Por tanto, se decidirá de fondo si hubo o no incumplimiento por parte de CLAUDIA SUSANA DURANGO DÍEZ con ocasión de la carencia de titularidad de la marca QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS, frente al derecho que tendrían los actores, en virtud de la franquicia, de hacer uso de esa marca en la venta de las comidas rápidas que abarcaba la franquicia contratada.

Para la determinación se tendrá en cuenta, por vía de interpretación de la demanda, que al ser el de franquicia un contrato de tracto sucesivo, su incumplimiento da origen a la terminación y no a la resolución, como consta en las pretensiones.

### **2.5.1 PRETENSIONES PRINCIPALES**

Piden los demandantes, en la pretensión primera principal, que se declare el incumplimiento por parte de la demandada, del contrato celebrado el 2 de octubre del año 2015 denominado “MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO – FRANQUICIAS” y como consecuencia que se decrete su resolución, se ordene la restitución de la suma pagada, de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000), se condene al pago de la sanción de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS(\$25.000.000) pactada en la cláusula séptima y a los perjuicios sufridos en cuantía de DIECISÉIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS (\$16.194.131).

Esta pretensión, en armonía con la interpretación contractual que se ha consignado, se entiende por el Tribunal, en aplicación de su deber de interpretar la demanda, consagrado en el numeral 5 del artículo 42 del Código General del Proceso, a efectos de atender el mandato constitucional previsto en el artículo 228 de la Carta Política relativo a la prevalencia del derecho sustancial, como relativa a la relación jurídica entre las partes, constituida por la franquicia perfilada en el memorando, aceptada por los convocantes con el pago del derecho de entrada, y no limitada al documento o al convenio que llamaron *memorando de entendimiento*.

Y se decidirá con la aclaración enunciada sobre la improcedencia de una resolución por el carácter del contrato, en cuanto técnicamente ha de examinarse si hay lugar a su terminación.

¿Se obligó la convocada a que la franquicia versaría sobre un nombre comercial específico?

Ya se advirtió que en virtud de este contrato se concede “*el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos: [...] el uso de una denominación o rótulo común ...*”

¿Cuál fue la franquicia que nació por el pago del derecho de entrada por parte de los convocantes? Pues, justamente, la que aparecía en el memorando de entendimiento, más concretamente en la cláusula quinta, que reza:

**“QUINTA: EL (LA/LOS) INTERESADO (A/OS) contará con máximo 30 días, para llevar a cabo el estudio y análisis de la información entregada por el FRANQUICIANTE relacionada con la franquicia de LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS. Una vez EL (LA/LOS) INTERESADO (A/OS) defina la vinculación al modelo de franquicia se brindará el acompañamiento a EL (LA/LOS) INTERESADO (A/OS) para establecer la sociedad y la licencia de industria y comercio para el punto de venta.”**

La marca, nombre o distintivo comercial, se insiste, es parte de la franquicia, pero no la franquicia sola o toda, pues ésta abarca el derecho a la explotación de un tipo de producto o servicio, a partir de la transferencia del conocimiento para hacerlo.

No se demostró en el proceso cómo fue la tasación del derecho de entrada, de manera que pudiera el Tribunal constatar el peso o participación en él del uso de la marca que, en palabras de los convocantes, les atrajo para hacer el montaje de su propio establecimiento. Pero, atendida la prueba sobre el desarrollo por parte de los actores de una actividad en él, con nombre diferente, que ha perdurado hasta la fecha de este proceso<sup>38</sup>, puede entenderse que la significación del nombre sí tenía trascendencia.

Se añade a lo anterior que conforme a la versión de los demandantes tuvieron que organizar que los productos de sus establecimientos fueran diferentes a los que vendieron en los primeros meses siguientes a noviembre de 2015 y que sufrieron apremios económicos por disminución de ventas.

<sup>38</sup> Los demandantes aseguraron al Tribunal y no consta prueba diversa, que por no conocer el proveedor del queso ni cómo preparar la ensalada y otros puntos afines, tuvieron que diseñar su propia fórmula de perros y hamburguesas, que no es parecida a la que iban a tener con la franquicia; y que de la experiencia con la señora DURANGO solo conservan el carrito de perros.

De tal suerte se concluye que el incumplimiento que se llega a predicar ante la carencia del registro de la marca QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS por la imposibilidad de incluirlo como elemento de la franquicia, fue grave y afectó a los demandantes.

## 2.5.2 LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

Como a la luz de todas las reflexiones efectuadas sobre el cumplimiento del contrato parecen reunirse los presupuestos de las pretensiones de la demanda, deviene necesario el estudio de las excepciones formuladas por la convocada, dada la disposición del inciso segundo<sup>39</sup> del artículo 280 del Código General del Proceso e igualmente la posibilidad de obrar con sujeción al inciso primero<sup>40</sup> del artículo 282 ibidem.

La parte demandada propuso las siguientes excepciones:

### 2.5.2.1 PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN

Este medio exceptivo lo sustentó así:

*“Como la acción que ejercen los hoy comerciantes MARIA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES Y DAVID ALEXANDER GOMEZ GARCÍA contra la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ, es proveniente de la acción contractual derivada del contrato denominado memorando de entendimiento celebrado entre MARIA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES Y DAVID ALEXANDER GOMEZ GARCÍA; es imperioso concluir que el termino de prescripción de la acción ha superado los cinco (5) años, por tal motivo, El termino de prescripción ha corrido desde el día en que fueron suscritos en simultaneo el citado contrato de memorando de entendimiento y el acuerdo de confidencialidad (FECHA DE FIRMA: primero (1°) de octubre de 2015), debidamente reconocidos ante Notario, el día siguiente, contratos que han debiendo concluir, por lo menos el memorando de entendimiento con la obligación de suscripción del denominado contrato de Franquicia el día veintiocho (28) de octubre del mismo año 2015. Este término nunca fue prorrogado expresamente por las partes.*

*Es de anotar, para efectos de contabilizar el término de prescripción de los hoy comerciantes MARIA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES Y DAVID ALEXANDER GOMEZ GARCÍA, que la celebración del nuevo contrato de Franquicia entre las Partes, debió suscribirse el día veintiocho (28) de*

<sup>39</sup> “La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula “administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, *las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas*, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código” (cursiva del Tribunal).

<sup>40</sup> “En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda”.

*octubre del año 2015; hecho que no fue imputable a la convocada; de acuerdo con lo dicho, el término de prescripción de la acción fue el veintiocho (28) de octubre del año 2020.”*

A pesar de la explicación de la parte accionada, no consta en ella el fundamento normativo conforme al cual el término prescriptivo sea el de cinco años a que alude. Con todo, se observa en el sello de recibido por la Oficina de Apoyo Judicial, que la demanda del proceso verbal que los actores instauraron y cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 22 Civil Municipal de Oralidad de Medellín fue presentada el 10 de agosto de 2018, esto es, antes de transcurrir tres años desde la fecha del memorando de entendimiento.

Concluida la actuación del citado despacho judicial por la prosperidad de la excepción de existir cláusula compromisoria<sup>41</sup>, dictó auto de cúmplase lo resuelto por el superior<sup>42</sup>, que fue notificado por estados<sup>43</sup> del 25 de julio de 2022.

Revisado el calendario de julio de 2022, la ejecutoria de dicho auto tuvo lugar el 28 de julio siguiente. Aplicado, entonces, el numeral 4<sup>44</sup> del artículo 95 del Código General del Proceso, como la demanda arbitral fue presentada el 22 de agosto de 2022, es decir, el día 17 hábil siguiente a dicha ejecutoria, se considera que con la presentada ante la jurisdicción ordinaria (el 10 de agosto de 2018) se interrumpió la prescripción extintiva de la acción que hubiera empezado a correr.

Por lo demás, la parte demandada se notificó del auto admisorio de la demanda en el Juzgado 22 Civil Municipal de Oralidad de Medellín el 17 de septiembre de 2019, esto es, dentro del año siguiente a la notificación de esa admisión, que sucedió el 29 de noviembre de 2018<sup>45</sup>.

En consecuencia, la prescripción alegada no se consumó, dada la disposición del primer inciso del artículo 94 del Código General del Proceso:

*“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del*

<sup>41</sup> Auto de 23 de marzo de 2021, visible a folio 16 del archivo ALLEGA REQUISITOS INADMISIÓN entregado por la parte demandante en el proceso arbitral.

<sup>42</sup> Auto de 21 de julio de 2022, folio 21 del archivo aludido.

<sup>43</sup> Estados 103 folio 23 ibidem.

<sup>44</sup> “No se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad en los siguientes casos:

[...]

” 4. Cuando el proceso termine por haber prosperado la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, salvo que se promueva el respectivo proceso arbitral dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria del auto que dé por terminado el proceso”.

<sup>45</sup> Cfr. Historial del proceso arremido por la parte actora como medio de prueba al descorrer excepciones de mérito.

*término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.”*

### **2.5.2.2 EXCEPCIÓN DE CONTRATO CUMPLIDO**

Adujo la convocada, además, haber cumplido el memorando de entendimiento y haber ejecutado el de franquicia.

En el análisis probatorio efectuado en otro lugar se dio cuenta de cómo la convocada había atendido varios compromisos contraídos en el memorando de entendimiento. Pero igualmente se ha dejado claro que no reveló absolutamente su *know how*<sup>46</sup> y que a partir del 9 de febrero de 2016 quedó en imposibilidad de conceder el uso de marca, por habersele negado la que fue indicada en el memorando de entendimiento como integrante de la franquicia que terminó celebrada en virtud de hechos ejecutados por ambas partes.

No puede de esta manera deducirse *prima facie* un cumplimiento idóneo por parte de la accionada, de sus obligaciones contractuales. De donde se sigue el fracaso de la excepción.

### **2.5.2.3 ¿FUE PROBADO ALGÚN HECHO QUE CONSTITUYA UNA EXCEPCIÓN Y QUE DEBA SER RECONOCIDA OFICIOSAMENTE?**

Ha de ocuparse el Tribunal del hecho demostrado de haberse negado a la convocada por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio el registro de marca, mediante la resolución 103226 de 30 de diciembre de 2015, que le fue notificada el 5 de febrero de 2016 y quedó ejecutoriada el 8 de febrero siguiente.

En un primer sentido, el advertido suceso implicó en la relación contractual que unió a las partes que la convocada no pudiera sostener después de febrero de 2016 el contrato de franquicia, por no estar en capacidad de facilitar o licenciar el uso de marca de los productos franquiciados.

Visto de ese modo, brota el concepto de incumplimiento contractual, cuya calificación resulta necesaria para concluir si la demandada es responsable del fracaso del contrato.

---

<sup>46</sup> Por ejemplo, la testigo Morelia Úsuga narró que no podían revelar el secreto de la preparación de los productos (minuto 2:42:08 de la grabación de la audiencia de 14 de diciembre de 2022): “En esos somos un poco...guardamos el secreto de la fabricación de los productos...porque nos cogen las recetas y otros se vana a provechar de nuestros conocimientos...”.

Con este panorama aparece un segundo sentido del problema, a saber, el de establecer si la negación de la marca, por provenir de una autoridad, constituye un hecho que exculpe a la señora DURANGO DÍEZ.

La imposibilidad de cumplir un contrato puede ser sobreviniente y ser un motivo de extinción de las obligaciones contraídas por la parte de un contrato, similar a la causa contemplada por el artículo 1625 del Código Civil de *pérdida de la cosa que se debe*.

Pero para establecer las consecuencias que se sigan de esa imposibilidad de cumplir, debe acometerse previamente, requisito *sine qua non*, el examen de la imputabilidad del obligado en la producción del hecho y determinar cuál fue la conducta que observó alrededor de la celebración y ejecución del contrato que es fuente de la obligación que no se cumplirá.

En el asunto de este proceso quedó demostrado:

a) Que a la hora de suscribirse el memorando de entendimiento el 1 de octubre de 2015, la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ ya conocía que en primera instancia le había sido negado el registro de la marca QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS, pues de conformidad con lo certificado al Tribunal por la Superintendencia de Industria y Comercio la resolución respectiva se le notificó el 5 de septiembre de ese año.

b) Que la señora DURANGO DIEZ no comunicó a los convocantes la situación real del estado del trámite<sup>47</sup> de dicho registro y se limitó a informar, como consta en el mismo memorando, que era solicitante de ese registro y posteriormente, en el borrador del documento que propuso para el contrato de franquicia, apuntó que el registro se hallaba en apelación, sin anotar la razón del recurso<sup>48</sup>.

c) Que ciertamente en la etapa precontractual los demandantes no actuaron diligentemente, como impone el artículo 863 del Código de Comercio, con buena fe exenta de culpa, puesto que no adelantaron averiguación alguna sobre el registro de la marca ni se interesaron por ello. Según su declaración, se apoyaron únicamente en la confianza hacia la demandada.

---

<sup>47</sup> A esta conclusión se arriba por la declaración misma de la convocada, que resta mérito en ese sentido a lo dicho por MAURICIO USUGA RODRIGUEZ, quien insistió en que todo el tiempo mantuvieron informados a los convocantes del trámite ante la Superintendencia de Industria y Comercio, y que inclusive los enteraron para la firma del memorando de que ese registro había sido inicialmente negado.

<sup>48</sup> Cláusula 8.3, folio 61 del archivo verbal escrito demanda entregado por el Juzgado 22 Civil Municipal de Oralidad de Medellín.



Puede inferirse de la exposición que la accionada hizo al Tribunal, que ella tenía la expectativa<sup>49</sup> de que mediante el recurso de apelación ante la Superintendencia revertiría la decisión negativa.

Este conjunto de aspectos permite afirmar que la señora DURANGO DIEZ obró imprudentemente en la conclusión de los actos y negocios que consolidó con los señores GÓMEZ y MONTOYA, pues no rehusó avanzar en los tratos preliminares ni dejó de recibir el precio del derecho de entrada a la franquicia, comportamientos que en aras de lealtad contractual pudo observar, por precaución, ante el hecho conocido de la primera decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Aunque obtener el registro no dependía solamente de la convocada, no puede excusarse su obrar en relación con la celebración de las convenciones que acordó con los convocantes, ni siquiera por la actuación descuidada de éstos.

Con estas consideraciones se ha de aseverar la responsabilidad de la señora DURANGO DIEZ en el fracaso del contrato, que tuvo principio de ejecución con la apertura del establecimiento de los actores en San Antonio de Pereira en noviembre de 2015 y hasta el mes de febrero de 2016, cuando se rompieron las relaciones entre las partes de acuerdo con sus versiones.

No encuentra configurada el Tribunal, por consiguiente, ninguna excepción que deba declarar oficiosamente.

## **2.6 CONCLUSIÓN**

### **2.6.1 Pretensión principal**

Concurren pues los presupuestos para acceder a la pretensión declarativa de incumplimiento solicitada y a la declaración de terminación del contrato de franquicia, con la consecuente orden de restitución del derecho de entrada que fue pagado.

El reintegro de la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000) se sustenta en que dicha cantidad fue pagada por un contrato de franquicia cuya duración fue estipulada por diez años, pero que no pudo continuar al cabo de tres meses de haber comenzado a

---

<sup>49</sup> El señor ÚSUGA RODRIGUEZ dijo abiertamente que creían que les daban la marca (minuto 3:25:00 de la grabación).

desarrollarse, debido a la imposibilidad en que se encontró la franquiciante de atender el objeto del contrato.

Los demandantes, en febrero de 2016, se vieron privados de las ventajas que les podría haber representado la franquicia posteriormente y que fueron la causa del pago que realizaron del derecho de entrada a la accionada.

Aunque la señora DURANGO DÍEZ entregó a los actores algún conocimiento y capacitación, aseguraron éstos al árbitro (no se recaudó una prueba contraria a instancias de aquella), que en las actividades comerciales que mantuvieron con el establecimiento que renombraron con una marca propia, Q´SOLLADOS COMIDAS RÁPIDAS, no han utilizado lo aportado por la demandada.

Con base en estas reflexiones y estructurado incumplimiento de la franquiciante, que puede evaluarse como grave pues repercutió en forma absoluta en la continuidad del contrato, debe el Tribunal ordenar la restitución de lo pagado por los convocantes a la convocada.

Se suplicó en la demanda la indexación de las partidas cuyo pago fuere ordenado y por ser procedente, se dispondrá la misma.

Las respectivas operaciones de indexación, tomarán como punto de inicio el 2 de octubre de 2015 para el pago inicial de los **VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000)**, y el 4 de noviembre de 2015 para el pago de los segundos **VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000)**. Para la liquidación, se emplea la siguiente fórmula:

$$\frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}} \times \text{valor a indexar}$$

Se usaron los siguientes datos:

Índice final: Febrero de 2023: 130.40  
Índice inicial: Octubre de 2015: 86.98

Y

Índice final: Febrero de 2023: 130.40  
Índice inicial: Noviembre de 2015: 87.51

Además, se tiene en cuenta la información de la variación del IPC de la página web del DANE ([www.dane.gov.co](http://www.dane.gov.co))<sup>50</sup>.

Efectuadas las operaciones correspondientes, se tiene que:

(i) La indexación de la suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000) correspondientes al pago realizado el 2 de octubre de 2015, equivale a la suma de DOCE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS (\$12.479.880).

(i) La indexación de la suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25.000.000) correspondientes al pago realizado el 4 de noviembre de 2015, equivale a la suma de DOCE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$12.252.885).

Para un total por concepto de indexación de **VEINTICUATRO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$24.732.765)**.

Por lo que concierne a las pretensiones consecuenciales tercera y cuarta, no se acogerán, por las siguientes razones:

I. La pretensión consecencial tercera aspira a que se condene a la CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ a pagar a los señores MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES Y DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA la cantidad de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$25'000.000), por concepto de “la sanción pactada por las partes en el contrato denominado “MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO – FRANQUICIAS”, clausula séptima”.

El Tribunal, como se precisó, como corolario de la interpretación del memorando de entendimiento y de la aceptación por las partes de los hechos que constituyeron la celebración de la franquicia, juzga que el incumplimiento de la accionada no apunta al memorando de entendimiento sino que se vincula a la franquicia misma que surgió como fue explicado en otro lugar de este fallo.

---

<sup>50</sup> Con fundamento en el artículo 180 del Código General del Proceso, conforme al cual los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios.

De la franquicia discutida en este proceso arbitral no quedó memoria escrita que diera cuenta de un pacto de cláusula penal para ella. La cláusula cuarta del memorando de entendimiento fijó los derroteros del contrato futuro que se perfeccionó por la aceptación tácita de los actores de la oferta que allí se incluyó y que no hizo referencia, para nada, a sanciones por incumplimiento.

Es criterio del Tribunal que la sanción prevista en el memorando de entendimiento no puede extenderse al contrato de franquicia, porque se trata de una cláusula cuya interpretación debe ser restrictiva, limitada a la falta de firma de un documento de franquicia, según lo que el memorando proyectó. Pero finalmente contrato de franquicia si hubo y alcanzó a tener poca vida, sin que por su frustración se hubiera convenido alguna sanción.

**II.** Y en la pretensión consecuencial cuarta, como perjuicios, se pretende la suma de DIECISÉIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS (\$16'194.131), que se explica en el juramento estimatorio, parte pagada por temas de publicidad y otra como honorarios de abogado.

Que los actores efectuaron unos pagos por los conceptos detallados en su juramento<sup>51</sup>, es punto que no se trae a discusión. Solo que esos pagos por sí solos no son suficientes para delimitar los perjuicios que dicen haber sufrido, los cuales, en aplicación de los elementos de la responsabilidad contractual, deberían tener una relación de causalidad con un hecho o conducta de la convocada.

En el proceso fue establecido, mediante la prueba de oficio decretada por el Tribunal y la ampliación de las declaraciones de los propios demandantes, que con el nombre (marca) comercial que adoptaron por su iniciativa<sup>52</sup>, han desarrollado en varios establecimientos de comercio -uno de ellos inscrito en el registro mercantil a nombre del señor padre de la convocante Montoya Cifuentes<sup>53</sup>.

De modo que los actores se han servido del cambio que realizaron en su imagen publicitaria, que efectuaron por los temores que abrigaron de problemas con terceros por el uso de

---

<sup>51</sup> Sobre los pagos relacionados con la publicidad declaró el señor FEDERICO GÁLVEZ GARCÍA. Su versión concierne solamente a tal asunto.

<sup>52</sup> Que registraron como reposa en la prueba arrimada con la demanda.

<sup>53</sup> Conforme a certificaciones expedidas por la Cámara de Comercio, procuradas como prueba de oficio por el Tribunal, la señora MARÍA ALEJANDRA MONTOYA CIFUENTES es propietaria del establecimiento de comercio Q'SOLLADOS LA CEJA; el señor DAVID ALEXANDER GÓMEZ GARCÍA es propietario del establecimiento de comercio Q'SOLLADOS SAN ANTONIO; y el señor EUGENIO DE JESÚS MONTOYA GAVIRIA es propietario del establecimiento de comercio Q'SOLLADOS RIONEGRO.

QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS y cuando se enteraron de que tal marca había sido negada definitivamente a la convocada<sup>54</sup>.

Se sigue de esto que las modificaciones que introdujeron a la presentación pública de su negocio inicial no pueden tenerse como consecuencia directa de la frustración del contrato de franquicia, como tampoco puede calificarse como perjuicio el pago de honorarios al abogado, por el registro de la marca propia, o por las averiguaciones efectuadas por el trámite de otro registro, que debieron realizar antes de emprender el mayor acercamiento con la convocada y que culminó con el memorando de entendimiento.

Bien conocido es que por daño se entiende una lesión o menoscabo a un bien, de modo que su titular se vea afectado. Indudablemente los actores efectuaron unas erogaciones para realizar las gestiones legales y las transformaciones publicitarias que denunciaron en el proceso, pero dichos gastos aunque pudieron significar una reducción patrimonial no fueron secuela del hundimiento que sufrió el contrato de franquicia sino de una acción suya que consideraron necesaria para protegerse de reclamaciones de terceros, como lo pregonaron en sus declaraciones. Y, como ya se anotó, las variaciones en la publicidad y lo invertido para obtener el registro de una nueva marca ha sido aprovechado por los demandantes, por lo cual el monto reclamado no le puede ser impuesto a la convocada.

Entiende el Tribunal, en fin, que lo pretendido no se relaciona con gastos que pudieron originalmente ser destinados al montaje original del establecimiento y del local en que comenzó a funcionar, en virtud de la franquicia, QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS en San Antonio de Pereira, en cuanto a la publicidad exhibida en fotografías que se anexaron con la demanda arbitral (folios 36 a 41 del anexo pruebas y con más claridad los folios 72 a 77 del archivo demanda verbal entregado por el Juzgado 22 Civil Municipal de Oralidad de Medellín).

### **2.6.2 Pretensiones subsidiarias**

Como sale avante la pretensión principal no procede analizar las subsidiarias elevadas por los actores, en las cuales suplican “que se declare la nulidad absoluta por dolo como vicio en el consentimiento, del contrato celebrado el día 2 de octubre del año 2015 o su inexistencia. A las dos se acumula pretensión por perjuicios ya estudiada, que se despacha de igual forma.

---

<sup>54</sup> Esta apreciación la corroboró el testigo SÁNCHEZ GÓMEZ (minuto 12:39 de la grabación de audiencia de 1 de marzo de 2023), al decir que aconsejó a los demandantes depositar una enseña con cierto nombre “*para curarse en salud*” y ante una reclamación (por las acciones de un tercero).

### 3. EL JURAMENTO ESTIMATORIO

La parte actora prestó juramento estimatorio con el fin de individualizar la indemnización de los daños y perjuicios en la suma de DIECISÉIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS M/L (\$16'194.131) e identificó los conceptos que integraban esa cantidad:

1. SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CIENTO NOVENTA Y UN PESOS M/L (\$693.131), correspondientes a la suma pagada en el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para la celebración de la audiencia de conciliación.
2. DIEZ MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL PESOS (\$10'997.000) por el cambio de toda la publicidad e imagen, de “LOS QUESUDOS PERROS Y HAMBURGUESAS” a “Q’SOLLADOS COMIDAS RÁPIDAS”.
3. UN MILLÓN VEINTICINCO MIL PESOS (\$1'025.000), pagados al abogado John Jairo Sánchez Gómez por el trámite del registro de la enseña comercial “QUESUDOS SAN ANTONIO DE PEREIRA” ante la Superintendencia de Industria y Comercio.
4. UN MILLÓN CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$1'479.000), pagados al abogado John Jairo Sánchez Gómez por el trámite de registro de la marca mixta “Q’SOLLADOS, en la clase 43 ante la Superintendencia de Industria y Comercio.
5. La suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2'000.000), correspondientes a los honorarios profesionales del Abogado John Jairo Sánchez Gómez por la asesoría y presentación de solicitud y asistencia de audiencia de conciliación ante la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

Incluyó la sanción pactada por las partes en el denominado “MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO – FRANQUICIAS”, cláusula séptima la cual asciende a la suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS M/L (\$25'000.000).

El artículo 206 del Código General del Proceso dispone:

*“Artículo 206. Juramento estimatorio. 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. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

*Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.*

*Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.*

*Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.*

*El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.*

*El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.*

*Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas”.*

Como claramente establece la disposición, el juramento estimatorio es prueba del monto de lo reclamado (perjuicios, compensaciones, mejoras o frutos), razón por la cual no puede confundirse el propósito de este medio de prueba, cuya utilidad no alcanza para demostrar la existencia del respectivo derecho (a la indemnización por haber sufrido un perjuicio, a la compensación, o al reconocimiento de las mejoras o de los frutos).

En otras palabras, comprobado el derecho que se reclama, su cuantía puede definirse por medio del juramento y el monto estimado valdrá, como señala el artículo copiado, si la parte contraria no presentó una objeción en debida forma.

Si bien en el presente proceso la parte convocada no objetó el juramento estimatorio prestado por los demandantes, no podrá este ser considerado, puesto que no se acreditaron los perjuicios pretendidos en la demanda.

Finalmente, a pesar de no haberse probado los perjuicios reclamados, no puede desconocer el Tribunal que ello no obedeció a negligencia de los convocantes, puesto que desplegaron la actividad probatoria necesaria para la verificación de la realidad de los pagos que efectuaron por el cambio de publicidad y otros conceptos. Por este motivo, no se impondrá la condena de que trata el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso.

## **VII. CONTRIBUCIÓN ESPECIAL ARBITRAL**

En la Ley 1743 del 26 de diciembre de 2014, reglamentada a través del decreto 272 de 2015, se creó la Contribución Especial Arbitral, como una contribución parafiscal a cargo de los árbitros y del secretario y con destino a la Rama Judicial, que se genera, en los términos del art. 19 de la ley, cuando se profiere el laudo.

Atendiendo a la tarifa de la referida contribución, prevista en el art. 21 de la ley 1743 de 2014, se descontará el 2% de los honorarios causados a favor del árbitro y del secretario, los que serán consignados a órdenes del Consejo Superior de la Judicatura.

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **COSTAS**

De acuerdo con los artículos 280 y 361 del Código General del Proceso, y toda vez que la decisión fue parcialmente favorable a la parte demandante, el Tribunal condenará a la parte convocante a asumir las costas del proceso y agencias en derecho, como sigue:

I. Agencias en derecho: Conforme al numeral 4 del artículo 366 del Código General y a las limitaciones allí impuestas, se fijarán las agencias en derecho, de acuerdo con lo dispuesto por el Acuerdo PSAA16 -10554 de 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, y especialmente por lo establecido en los artículos segundo y quinto de dicho Acuerdo.

Conforme a estas disposiciones, se impondrán agencias en derecho a favor de la parte demandante en la cantidad de DOCE MILLONES DE PESOS (\$12.000.000).

II. Costas: la parte convocada reintegrará a la convocante las sumas que ésta pagó por concepto de honorarios y gastos del tribunal, en cuantía de SIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL pesos (\$7.628.000).

### **CAPITULO CUARTO**

#### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y habilitación de las partes,



**FALLA:**

**PRIMERO.** Por las razones señaladas en la parte motiva, **SE DECLARA QUE NO PROSPERAN** las excepciones de mérito formuladas por la convocada.

**SEGUNDO. SE DECLARA** que la señora CLAUDIA SUSANA DURANGO DÍEZ incumplió el contrato de franquicia que se configuró entre ella y los demandantes, basado en el memorando de entendimiento fechado el 1 de octubre de 2015 y en la ejecución de éste, de conformidad con lo expuesto en este fallo.

**TERCERO.** Como consecuencia, **SE DECLARA** que el citado contrato de franquicia terminó en febrero de 2016.

**CUARTO. SE CONDENA** a la convocada CLAUDIA SUSANA DURANGO DIEZ a restituir a los demandantes, dentro de los treinta días calendario siguientes a la ejecutoria de este laudo, la cantidad de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000) que le fue pagada como derecho de entrada a la franquicia; y a la indexación correspondiente, según la liquidación consignada en la parte motiva, por valor de VEINTICUATRO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$24.732.765), para un total de **SETENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$74.732.765).**

**QUINTO. SE ABSUELVE** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO.** Por lo explicado en el capítulo correspondiente de la parte motiva, **SE ABSTIENE** el Tribunal de imponer a los convocantes la condena ordenada por el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso.

**SÉPTIMO. SE CONDENA** a la demandada a pagar a favor de los demandantes, dentro de los treinta días calendario siguientes a la ejecutoria de este laudo, las agencias en derecho y costas procesales, en la siguiente forma:

- a) Por agencias en derecho, la suma de DOCE MILLONES DE PESOS (\$12.000.000).
- b) Por costas procesales, correspondientes al reembolso de lo sufragado por honorarios y gastos del Tribunal, la suma de SIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL pesos (\$7.628.000).

**OCTAVO. DECRETAR** la causación y pago al Árbitro único y al secretario del 50% restante de sus respectivos honorarios, los cuales deberán ser cancelados por la ejecutoria del Laudo o de la providencia que decida su aclaración, corrección o complementación (Cfr. Art. 28 de la Ley 1563 de 2012).

**NOVENO. DECRETAR** y **ORDENAR** el pago de la Contribución Especial Arbitral de que tratan los artículos 16 a 23 de la Ley 1743 de 2014, modificada por el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016, equivalente al dos por ciento (2%) del valor total de los honorarios pagados al Árbitro y al Secretario, los cuales deberán consignarse en la Cuenta del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del Laudo o de la providencia que decida sobre su aclaración, corrección o complementación.

Remítase copia del pago de la Contribución Especial Arbitral, tanto del árbitro, como del secretario, al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, para los efectos de información del pago que trata la Ley 1743 de 2014.

**DÉCIMO. ORDENAR**, de conformidad con el artículo 28, inciso 2 de la Ley 1563 de 2012, que el árbitro realice la liquidación final y la rendición de las cuentas razonadas del proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución a la parte convocante de las sumas no utilizadas de la partida “Gastos de funcionamiento del Tribunal”.

**UNDÉCIMO. ORDENAR** el archivo del expediente arbitral en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (Cfr. Art. 47, Ley 1563 de 2012).

**DUODÉCIMO. ORDENAR** la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las partes.

El presente laudo arbitral queda notificado en estrados.

El Árbitro Único,



**JORGE PARRA BENITEZ**

El secretario,

  
CARLOS ESTEBAN GÓMEZ DUQUE