

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE

**PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. —
PANACA S.A.**

contra

PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A.

Bogotá Distrito Capital, doce (12) de agosto de dos mil nueve (2009).

Cumplido el trámite del proceso de la referencia y en el término previsto por la ley, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por los árbitros Gilberto Peña Castrillón, Presidente, José Fernando Ramírez Gómez, Hernando Yepes Arcila, con la Secretaría de Fernando Pabón Santander, a dictar el laudo que en derecho corresponde, que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre **PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. – PANACA S.A.**, parte convocante contra **PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A.**, parte convocada.

El presente laudo se profiere en derecho y con el voto unánime de los árbitros integrantes del Tribunal.

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES DEL PROCESO.

I. EL TRAMITE.

El presente proceso se originó en la demanda presentada por el **PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. – PANACA S.A.** (en lo sucesivo Panaca o la convocante) contra **PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A.** (en lo sucesivo Sabana o la convocada) la primera representada por el señor Gustavo Alberto Córdoba Jaramillo identificado con cédula de ciudadanía número 15.423.311 y la segunda

por el señor Andrés Felipe Afanador Restrepo identificado con cédula de ciudadanía número 79.625.105.

El trámite arbitral aplicado al proceso tuvo su origen en la cláusula compromisoria pactada entre las partes con ocasión de la celebración del contrato de franquicia que se invoca como causa de las pretensiones. Cláusula compromisoria estipulada en el ordinal decimosexto del referido contrato, que textualmente señala:

«CLÁUSULA 16. RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. Toda controversia o diferencia que surja entre Las Partes en relación o con ocasión de este Contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento designados por las Partes y, a falta de acuerdo, en ausencia de un acuerdo en este sentido, por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo entre los árbitros inscritos en las listas que lleva dicha Centro. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros; el procedimiento arbitral, a excepción de lo dispuesto en el PARAGRAFO de esta cláusula, se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; la decisión que se dicte serán en derecho; el término de duración del proceso será de ocho (8) meses contado a partir de la fecha en la que culmine la primera audiencia de trámite. El Tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá en el Centro de Arbitraje de la Cámara de esta ciudad.

PARAGRAFO: Las Partes acuerdan que el régimen normativo que regirá en materia de prórrogas y suspensiones será el dispuesto en los artículos 103 de la Ley 23 de 1991, 19 del Decreto 2279 de 1989, 170 del Código de Procedimiento Civil y en las demás disposiciones legales pertinentes.»

Autorizado por la citada cláusula, el apoderado judicial de PANACA S.A. solicitó la convocatoria del Tribunal de Arbitraje, mediante escrito presentado el 15 de febrero de 2008.

Designados los árbitros de acuerdo con lo previsto por la cláusula compromisoria, en audiencia que consta en el acta no. 1, celebrada el 11 de abril de 2008, se declaró legalmente instalado el Tribunal y a efectos de dar trámite al proceso, por auto de la misma fecha se admitió la demanda presentada por **PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. – PANACA S.A.**, disponiendo además el traslado a la parte demandada **PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A.**, previa notificación personal del respectivo proveído.

Por su lado, **SABANA** presentó demanda de reconvenición contra **PANACA**, la cual fue admitida por auto de 12 de mayo de 2008, igualmente notificado al reconvenido, a quien se le corrió el traslado respectivo.

Posteriormente, por auto de 5 de junio de 2008, se admitió la reforma de la demanda que presentó la parte convocante, y se ordenó correrle traslado a la convocada por el término de cinco días.

A su vez, la convocada reformó la demanda de reconvencción, la cual se admitió por auto de 21 de agosto de 2008.

El 3 de julio de 2008 se dio inicio a la audiencia de conciliación convocada por el Tribunal, diligencia que fue suspendida por solicitud de las partes. El 24 de julio de 2008, se reanudó la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por el Tribunal.

El 5 de septiembre de 2009, tuvo lugar la primera audiencia de trámite, oportunidad en la que el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir las diferencias existentes entre las partes y decretó las pruebas del presente trámite, las cuales se practicaron en su totalidad.

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal, el 10 de junio de 2009 se surtió audiencia en la que ambas partes efectuaron sus alegaciones finales de las cuales presentaron los correspondientes escritos que obran en los autos.

II. LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES.

1. Demanda de Panaca S.A.

Panaca S.A. formuló en su demanda, reformada el 5 de junio de 2008, las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que SABANA y PANACA celebraron legalmente LA FRANQUICIA con la cual constituyeron y regularon entre ellas una relación jurídica patrimonial.

SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que SABANA incumplió su obligación de pagarle a PANACA las regalías pactadas como contraprestación en LA FRANQUICIA.

TERCERA PRINCIPAL: Que se declare que SABANA incumplió su obligación de estimular el turismo ecológico.

CUARTA PRINCIPAL: Que se declare que SABANA, ante su negativa de implementar la estructura organizacional y las claves de negociación del área comercial a que se refiere el MANUAL DE OPERACIONES, incumplió su obligación de observar y aplicar los manuales de franquicia.

QUINTA PRINCIPAL: Que se declare que SABANA, ante su negativa de implementar otros métodos de comercialización diferentes a los que empleó, con los cuales hubiera podido aumentar la afluencia de visitantes al Parque Temático Agropecuario de la Sabana, incumplió las obligaciones que integraron a LA FRANQUICIA con base en la buena fe contractual a que se refiere el artículo 871 del Código de Comercio.

SEXTA PRINCIPAL: Que se declare que SABANA incumplió su obligación de realizar sus mejores esfuerzos para buscar la realización de ferias y eventos agropecuarios y culturales en su Parque Temático Agropecuario.

SÉPTIMA PRINCIPAL: Que se declare que los incumplimientos a que se refieren los hechos de la demanda y cuya fe se solicita en las pretensiones TERCERA PRINCIPAL, CUARTA PRINCIPAL, QUINTA PRINCIPAL y SEXTA PRINCIPAL, tuvieron como efecto que el número de personas que visitaron al Parque Temático Agropecuario de la Sabana desde su apertura al público y hasta la fecha en que PANACA incoó el presente proceso arbitral, haya sido inferior al número de visitantes que hubiera tenido dicho Parque en el mismo periodo si SABANA hubiese cumplido con sus respectivas obligaciones.

OCTAVA PRINCIPAL: Que se declare que SABANA, previos los descuentos a que hubo lugar según el Anexo de Patrocinios de LA FRANQUICIA, incumplió su obligación de pagarle a PANACA el treinta por ciento del dinero obtenido por SABANA en contraprestación de los contratos de patrocinios Niveles 1, 2 y 3 que celebró.

NOVENA PRINCIPAL: Que se declare que SABANA incumplió su obligación de entregarle a una sociedad fiduciaria el dinero obtenido en contraprestación de los contratos de patrocinios Niveles 1, 2 y 3 que celebró.

DÉCIMA PRINCIPAL: Con base en el incumplimiento imputable a SABANA a que se refieren los hechos de la demanda y cuya fe se solicita en la pretensión SEGUNDA PRINCIPAL, y con fundamento en la cláusula 11.1 de LA FRANQUICIA y en el artículo 870 del Código de Comercio, que se declare que LA FRANQUICIA terminó por JUSTA

CAUSA el 15 de febrero de 2008 fecha en la cual PANACA le comunicó a SABANA su decisión de acogerse al contrato y darlo por terminado.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA PRINCIPAL: Que con base en los incumplimientos contractuales imputables a SABANA a que se refieren los hechos de la demanda y cuya fe se solicita en las PRETENSIONES SEGUNDA A NOVENA PRINCIPALES, y con fundamento en el artículo 870 del Código de Comercio, se declare la terminación de LA FRANQUICIA a partir de la ejecutoria del Laudo Arbitral.

UNDÉCIMA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración a que se refiere la pretensión DECIMA PRINCIPAL o, en su defecto, la PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA DÉCIMA PRINCIPAL, y de las declaraciones que resuelva el H. Tribunal a partir de las pretensiones SEGUNDA PRINCIPAL, TERCERA PRINCIPAL, CUARTA PRINCIPAL, QUINTA PRINCIPAL, SEXTA PRINCIPAL, y SÉPTIMA PRINCIPAL, se condene a SABANA, atendiendo al principio de reparación integral a que se refiere el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, a pagarle a PANACA la indemnización de perjuicios compensatorios en la cuantía que resulten probadas en el presente proceso arbitral.

DUODÉCIMA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración a que se refiere la pretensión DÉCIMA PRINCIPAL o, en su defecto, la PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA DÉCIMA PRINCIPAL, y de las declaraciones que resuelva el H. Tribunal a partir de las pretensiones OCTAVA PRINCIPAL y NOVENA PRINCIPAL, se condene a SABANA, atendiendo lo dispuesto en el Anexo de Patrocinios de LA FRANQUICIA y al principio de reparación integral a que se refiere el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, a pagarle a PANACA la indemnización de perjuicios compensatorios en la cuantía que resulten probadas en el presente proceso arbitral.

DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL: Que se declare que SABANA, con base en los hechos puestos de presente en este proceso, incumplió LA FRANQUICIA a título de culpa lata la cual, civilmente, se asimila al dolo.

DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración a que se refiere la pretensión DÉCIMO TERCERA PRINCIPAL y con base en los hechos de la demanda, se condene a SABANA, atendiendo al artículo 1616 del Código Civil, a pagarle a PANACA la suma de trescientos millones de pesos o aquella que se pruebe en superior cuantía, por concepto de indemnización de los perjuicios que fueron imprevistos y que eran imprevisibles al momento de suscribir LA FRANQUICIA.

DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL: Que se ordene a SABANA cumplir in natura las obligaciones referidas en la Cláusula DUODÉCIMA y en el numeral 8.5 de la Cláusula OCTAVA de LA FRANQUICIA.

DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL: Que se condene a SABANA a pagar la totalidad de las costas y gastos causados durante el presente proceso, con la obligación de realizarle a PANACA las restituciones que correspondan, incluyendo las agencias en derecho que el H. Tribunal decrete.

2. Demanda de reconversión de SABANA S.A.

Las pretensiones formuladas en la demanda de reconversión reformada e integrada, son las siguientes:

Primera. Que se declare que entre PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A., en su calidad de franquiciante, y PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A., en su calidad de franquiciado, se celebró un contrato de franquicia en el mes de Septiembre de 2005.

Segunda. Que se declare que PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA incumplió el contrato de franquicia de que trata la pretensión anterior, como consecuencia de que entregó unos planos y dio información para la construcción del Parque de la Sabana que no eran aptos para llevar a cabo esa construcción con la inversión acordada inicialmente, generando durante el proceso constructivo sobrecostos que tuvo que asumir PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A.

Tercera. Que se declare que PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. incumplió el contrato de franquicia a que se refiere la pretensión primera, por cuanto no ha cumplido con la obligación de desplegar la máxima diligencia para la obtención y gestión de los Patrocinios Niveles 1, 2 y 3; obligación establecida en la primera cláusula del Anexo de Patrocinios.

Cuarta. Que se declare que PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A., incumplió el contrato de franquicia a que se refiere la pretensión primera, por cuanto no ha cumplido con la obligación de que trata el numeral 4.5 de la

cláusula cuarta de dicho contrato, relativa a la innovación de los espectáculos, exhibiciones y presentaciones cada 12 meses.

Quinta. Que se declare que PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. incumplió el contrato de franquicia a que se refiere la pretensión primera, por cuanto no cumplió con la obligación de que trata el numeral 4.2 de la cláusula cuarta de dicho contrato, relativa a pagar a PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A. los costos que generaron las modificaciones que tuvieron lugar durante el proceso de construcción del Parque por deseo de PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A.

Sexta. Que se declare que PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. incumplió el contrato de franquicia a que se refiere la pretensión primera, por cuanto no cumplió con la obligación de entregar un Know How que permitiera la comercialización, construcción, administración y explotación de un parque agropecuario en la ciudad de Bogotá; en la forma prevista en el plan de negocios elaborado por PANACA, Know How que respondiera a estudios serios y diligentes elaborados por esa sociedad.

Séptima. Se condene a PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. a cumplir el contrato reparando a PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A. todos los perjuicios que le ha causado por el incumplimiento de la obligación de que trata la pretensión segunda, en el valor que resulte probado en el proceso; perjuicios entre los que se cuentan, sin que se limite a ellos, el valor de los sobrecostos en que se tuvo que incurrir para la construcción del Parque de la Sabana como consecuencia de la deficiencia en la información arquitectónica y técnica entregada por PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A., y el costo financiero que esa mayor inversión generó.

Octava. Se condene a PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. a pagar a PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A. el valor de los intereses moratorios, a la máxima tasa permitida, que se han causado y que se causaren sobre la suma a que se hace referencia en la pretensión séptima, que resulte probada en el proceso; desde el momento en que incurrió en mora por parte de PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A., hasta el momento en que se pague efectivamente la obligación.

Novena. Se condene a PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. a cumplir el contrato reparando a PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA

S.A. los perjuicios que le ha causado por el incumplimiento de la obligación de que trata la pretensión tercera, consistentes en el valor de los ingresos que ha dejado de obtener como consecuencia de que no se ha desplegado la máxima diligencia en la obtención y gestión de los Patrocinios Niveles 1, 2 y 3.

Décima. Se condene a PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. a pagar a PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A. el valor de los intereses moratorios, a la máxima tasa permitida, que se han causado y que se causaren sobre la suma a que se hace referencia en la pretensión novena, desde el momento en que se incurrió en mora por parte de PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A., hasta el momento en que se pague efectivamente la obligación.

Undécima. Se condene a PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. a cumplir el contrato reparando a PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A. los perjuicios que le ha causado por el incumplimiento de la obligación de que trata la pretensión cuarta, consistentes en el valor de los ingresos que ha dejado de obtener como consecuencia de que no se ha realizado la innovación de los espectáculos, exhibiciones y presentaciones cada 12 meses.

Duodécima. Se condene a PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. a pagar a PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A. el valor de los intereses moratorios, a la máxima tasa permitida, que se han causado y que se causaren sobre la suma a que se hace referencia en la pretensión undécima, desde el momento en que se incurrió en mora por parte de PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A., hasta el momento en que se pague efectivamente la obligación.

Decimotercera. Se condene a PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. a cumplir el contrato pagando a PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A. el valor de los costos en que tuvo que incurrir esta última durante el proceso constructivo como consecuencia de modificaciones ordenadas por PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A.

Decimocuarta. Se condene a PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. a pagar a PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A. el valor de los intereses moratorios, a la máxima tasa permitida, que se han causado y que se causaren sobre la suma a que se hace referencia en la pretensión decimotercera, desde el momento en que se incurrió en mora por parte de PARQUE NACIONAL DE LA

CULTURA AGROPECUARIA SA., hasta el momento en que se pague efectivamente la obligación.

Decimoquinta. Se condene a PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. a cumplir el contrato reparando a PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A. los perjuicios que le ha causado por el incumplimiento de la obligación de que trata la pretensión sexta, consistentes en el valor de los ingresos que ha dejado de obtener como consecuencia de que el Know How entregado no respondía a estudios serios y diligentes de la entidad demandada en reconvención.

Decimosexta. Se condene a PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. a pagar a PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A. el valor de los intereses moratorios, a la máxima tasa permitida, que se han causado y que se causaren sobre la suma a que se hace referencia en la pretensión decimoquinta, desde el momento en que incurrió en mora por parte de PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A., hasta el momento en que se pague efectivamente la obligación.

Decimoséptima. Se condene en costas a la parte demandada en reconvención.

3. Las excepciones de mérito.

3.1. Las excepciones propuestas por Sabana:

Al contestar la reforma de la demanda integrada, Sabana propuso las excepciones y medios de defensa que denominó:

- “Excepción de contrato no cumplido”.
- “No se ha generado la obligación de pago de un porcentaje del valor de los patrocinios”.
- “No se ha presentado incumplimiento de la obligación relativa a la celebración de un contrato de fiducia mercantil para la administración de los pagos originados en los contratos de patrocinio”.
- “No se ha presentado incumplimiento de la obligación de implementar prácticas negociales y de mercadotecnia tendientes al aumento de visitantes al Parque”.
- “SABANA no ha incurrido en conducta que hayan (sic) tenido un efecto de disminución de los visitantes del Parque”.

- “No se ha incumplido la obligación de establecer la estructura organizacional y las claves de negociación del área comercial a que se refiere el Manual de Operaciones”.
- “No ha habido incumplimiento de las obligaciones que pudieron haber surgido para SABANA con base en el artículo 871 del Código de Comercio.”
- “No se ha incumplido la obligación de realizar los mejores esfuerzos para buscar la realización de ferias, eventos agropecuarios y culturales.”
- “No se otorgó plazo alguno para subsanar los supuestos incumplimientos de las obligaciones establecidas en la cláusula quinta del contrato”.
- “No se ha presentado incumplimiento de las disposiciones contenidas en los numerales 10.1 y 10.2 de la cláusula décima del denominado ‘contrato de franquicia’”.
- “No se ha incumplido la obligación de estimular el turismo ecológico”.
- “No se ha incurrido en ninguna conducta gravemente culposa o dolosa”.

3.2. Las excepciones de Panaca.

Al contestar la reforma de la demanda integrada de la demanda de reconvención, Panaca propuso las excepciones y medios de defensa que denominó:

- “Inexistencia de una obligación contractual que vincule a PANACA y que incorpore en su contenido los verbos rectores de dar, hacer y/o no hacer a los que SABANA se refiere en su pretensión segunda”.
- “Entre PANACA y SABANA no se acordó una “inversión inicial”.
- “Los Planos entregados por PANACA, desde las técnicas que rigen las respectivas artes y profesión, fueron “aptos”. PANACA cumplió oportuna y cabalmente con las obligaciones contractuales que tienen por fuente a LA FRANQUICIA, y cuyos contenidos en general y prestaciones en particular guardan una relación con los planos arquitectónicos a que se refiere la pretensión segunda de SABANA”.
- “PANACA cumplió oportuna y cabalmente con las obligaciones contractuales que tienen por fuente a LA FRANQUICIA, y cuyos contenidos en general y prestaciones en particular guardan una relación con la “información para la construcción del Parque Sabana” a que podría referirse la pretensión segunda de SABANA”.

- “Inexistencia de la obligación contractual a cargo de PANACA de suministrar “información de aquellos datos útiles para el cálculo preciso del presupuesto de obra de la construcción del Parque Sabana” a que podría referirse la pretensión segunda de SABANA”.
- “El daño alegado por SABANA a título de sobrecostos es inexistente y en todo caso no le puede ser imputado a PANACA”.
- “PANACA no abusó de sus derechos, y gestionó diligentemente los Patrocinios niveles 1, 2 y 3 a que se refiere el Anexo de Patrocinios”.
- “La expresión “quien se obliga a desplegar la máxima diligencia para obtenerlos y gestionarlos” incorporada en la cláusula primera del Anexo de Patrocinios es nula por ser una obligación sujeta a una condición meramente potestativa”.
- “El daño alegado por SABANA que es consecuencial a la pretensión tercera es inexistente”.
- “PANACA no incumplió la obligación contenida en la cláusula cuarta, numeral 4.5, de LA FRANQUICIA”.
- “PANACA nunca ejerció los derechos que le otorga el numeral 4.2. de la Cláusula Cuarta de LA FRANQUICIA”.
- “PANACA no incumplió con lo establecido en la cláusula cuarta, numeral 4.2, de LA FRANQUICIA”.
- “PANACA cumplió con la obligación de entregarle a SABANA el know how a que se refiere LA FRANQUICIA y que las expectativas a que se refiere el Plan de Negocios, además de ser meras expectativas, no han sido alcanzadas por culpa de SABANA”.
- “El Plan de Negocio incorporado a LA FRANQUICIA no fue elaborado por PANACA, y el mismo no hace que las obligaciones de PANACA sean objetivas, ni tampoco corresponde a una GARANTÍA de retorno de una inversión”.
- “LA FRANQUICIA, en sus elementos esenciales, naturales y/o accidentales, no incorpora los esenciales de un contrato de confección de obra material, de ejecución de obra a precio único (Art. 2060 CC), de ejecución de obra a precios unitarios, de construcción por Administración Delegada, de llave en mano y/o de cualquier otro negocio que tenga por objeto o como efecto la edificación de una obra arquitectónica”.
- “SABANA, según se concluye del Acta de Entrega Final de la obra y del numeral 4° del artículo 2060 del CC, aprobó la obra entregada como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte”.
- “Teoría del acto propio y mala fe SABANA”.

- “PANACA actúo de buena fe exenta de culpa durante la etapa precontractual”.
- “PANACA no ha cometido culpa en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales”.
- “Excepción de contrato de no cumplido”.
- “Indebida acumulación de pretensiones por parte de SABANA”.

4. Los hechos.

4.1. De la demanda de Panaca S.A.

Como fundamento de sus pretensiones PANACA expuso los siguientes hechos:

- El 23 de septiembre de 2005, entre Panaca y Sabana se suscribió un contrato de FRANQUICIA, que en su cláusula tercera estipuló que como contraprestación *“Sabana le pagará a Panaca por la franquicia aquí otorgada, incluyendo, el licenciamiento de los activos intelectuales de Panaca y por el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contractuales, se establece bajo el mecanismo de Regalías. La determinación de las regalías y su liquidación se efectuará con base en el anexo No. 11 de éste contrato”*.
- Sabana ha incumplido la obligación de pagar el precio de la franquicia, por cuanto no ha cancelado las regalías correspondientes a más de tres instalamentos consecutivos, las cuales están causadas, siendo esta una justa causa para dar por terminado el contrato, conforme a la cláusula undécima del mismo.
- Igualmente, Panaca atribuye a Sabana el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el numeral 5.1.17 de la cláusula quinta y los numerales 10.1 y 10.2 de la cláusula décima de la franquicia, porque no le ha permitido acceder a los libros, registros, cuentas y estados financieros, no le envió tampoco la información relevante que le solicitó conforme a las disposiciones contractuales. Este hecho minó la confianza que Panaca tenía en Sabana y tipificó una culpa grave imputable a Sabana en el cumplimiento de la Franquicia.
- En el *“Anexo de Patrocinios”* de la franquicia, las partes acordaron: *“TERCERO. Panaca tendrá derecho a que se le reconozca el treinta por ciento (30%) del producto*

de cualquier patrocinio en el PARQUE SABANA Niveles 1, 2 y 3, bien sea que haya sido gestionado por Panaca directamente o por el FRANQUICIADO.

“PARÁGRAFO PRIMERO: No obstante lo anterior, si (i) el producto neto efectivo para EL FRANQUICIADO de los patrocinios de niveles 1, 2 y 3 gestionados por el FRANQUICIENTE es inferior a mil trescientos millones de pesos constantes a septiembre 15 de 2005 (\$1.300.000.000) durante dos (2) años seguidos posteriores al primer año de operación de EL FRANQUICIADO, y (ii) EL FRANQUICIADO consigue patrocinios cuyo producto neto en efectivo sea superior al de los patrocinios conseguidos por el FRANQUICIENTE, entonces el FRANQUICIENTE sólo tendrá derecho a que se le reconozca el 30% del producto de patrocinios niveles 1, 2 y 3 que hayan sido gestionados por éste, después de descontar cualquier costo (por ejemplo, de producción o instalación del material publicitario) en el que sea necesario incurrir para cumplir con el contrato de patrocinio”.

- Sabana, dice la demanda, ha incumplido la obligación de pagarle a Panaca el porcentaje correspondiente a los beneficios patrimoniales que Sabana ha recibido por concepto de patrocinios niveles 1, 2 y 3. Asimismo, Sabana en un ejercicio arbitrario de sus propias razones incumplió la obligación establecida en la cláusula siete del anexo de patrocinios, *“al no disponer, en la forma establecida en dicha cláusula, de los pagos en efectivo que recibió de los contratos de patrocinio que suscribió, verbi gratia, al no haberle sido entregado a una sociedad fiduciaria el dinero correspondiente”*. Esto tipifica una falta grave imputable a Sabana en el cumplimiento de la franquicia, dice la demanda.
- El plan de negocios elaborado por INVERLINK S.A., modificado por Andrés Afanador en su calidad de representante de LOCKERBIE TRADING CORPORATION, y finalmente incorporado a la franquicia, *“contempló un sistema para el cálculo de las regalías a ser pagadas a favor de Panaca el cual, dependiendo del número de visitantes anuales a PARQUE SABANA, hacía variar entre el 1% y el 10% el porcentaje a ser aplicable sobre ciertos ingresos operacionales de SABANA, siendo posible que se tipificará el 1% aún ante un EBITDA positivo de esta última. Este esquema pendió los ingresos de PANACA a la buena fe y a la corrección de SABANA”*. Por consiguiente, Sabana tenía la obligación de actuar con suma diligencia en el desarrollo de las prácticas comerciales y de mercadotecnia que fueran conducentes y eficientes para incrementar la afluencia de visitantes al parque Sabana.
- Sabana puso en funcionamiento un CALL CENTER como principal medio de comercialización. Sin embargo, a los pocos meses se hizo evidente que este medio era

insuficiente para que el número de visitantes se ajustara a lo establecido en la franquicia y anexos *“para que las regalías de PANACA se calcularon con un porcentaje del 10%”*. Además, un CALL CENTER, según los manuales de franquicia que Sabana está obligada a observar, no hace parte de la estructura organizacional *“que SABANA debía implementar para la adecuada operación y comercialización de PARQUE SABANA, ni tampoco hace parte de las claves de negociación del área comercial.*

- La estructura organizacional y las claves de negociación del área comercial contenidas en el manual de operaciones incorporado a la franquicia, históricamente demostraron ser conducentes y eficientes para garantizar la afluencia de visitantes a un parque temático agropecuario de estirpe PANACA.
- Sabana desatendió las recomendaciones de Panaca e incumpliendo las obligaciones que emanan de la franquicia insistió en conservar su CALL CENTER como principal medio de comercialización.
- En la cláusula quinta de la franquicia se estipuló como obligaciones del franquiciatario que *“Sin perjuicio de los demás compromisos asumidos por el FRANQUICIATARIO de conformidad con las cláusulas y condiciones de este Contrato o de la ley, EL FRANQUICIATARIO asume las siguientes obligaciones: 5.1.11 Estimulará y promoverá el turismo ecológico...5.1.13. Observará y aplicará los manuales de franquicia detallados en los anexos respectivos durante el plazo de este contrato”*. En la cláusula octava sobre *“LICENCIAMIENTO DE KNOW HOW”*, se estableció que *“PANACA le licencia al FRANQUICIATARIO en la forma aquí prevista, el uso y goce del KNOW HOW. El Know How aquí licenciado es considerado esencial para que el FRANQUICIATARIO construya, administre, comercialice y explote el Parque de la Sabana...”*.
- De modo que la estructura organizacional y las claves de negociación del área comercial contenidas en el Manual de Operaciones incorporado a la franquicia, son el medio idóneo para fomentar el turismo ecológico entre la población que habita los municipios de la zona de influencia.
- En el manual de operaciones –dice el hecho 23-, entre otras disposiciones se estableció: *“(i) La estructura organizacional que SABANA estaba obligada a implementar para la adecuada operación y comercialización de PARQUE SABANA*

(página 11). (ii) El esquema básico de cargos que debía tener SABANA al momento de la apertura de PARQUE SABANA (página 23). (iii) La descripción del área de mercadeo y ventas (página 47), la descripción de las diferentes coordinaciones (páginas 47 a 50) y las claves de negociación del área comercial (páginas 50 a 52). (iv) El perfil que debía cumplir el gerente del área de mercadeo y ventas, sus objetivos, sus responsabilidades, la identificación de su puesto (páginas 94 y 95)”.

- En el hecho 24 se informa que el manual de operaciones remitió al manual de gestión humana que Panaca entregó a Sabana, y que en las páginas 14 y 15, y 48 a 62 de este último aparecen las descripciones, los objetivos de los cargos, las responsabilidades, las identificaciones y las competencias de los cargos que en este hecho se señalan.
- La estructura organizacional del área de mercadeo y ventas que Sabana debía establecer para la apertura del Parque Sabana, tenía una Coordinación de Regionales, unas Oficinas Regionales que debían instalarse en los municipios de la zona de influencia, así como de una serie de cargos y funcionarios que debían gestionar las claves de negociación del área comercial, entre las cuales estaban las estrategias de comercialización. Sin embargo, SABANA incumplió las obligaciones contenidas en el numeral 5.1.13 de la cláusula quinta de la franquicia, por cuanto omitió implementar la estructura organizacional y las estrategias de comercialización a que se refiere la Franquicia, específicamente en el área de mercadeo y ventas.
- El anterior incumplimiento originó que el número de visitantes del PARQUE SABANA fuera inferior al que hubiera resultado de haberse acogido y ejecutado la Franquicia de buena fe.
- Sabana, respecto de los Departamentos de Boyacá (123 municipios), Santander (87 municipios), Tolima (50 municipios) y Cundinamarca (113 municipios), pertenecientes a la zona de influencia definida en la franquicia, no ha implementado práctica negocial (Ej.: corretaje, agencia comercial, comisión, etc.), ni práctica de mercadotecnia que sean conducentes y eficientes para aumentar el número de visitantes a su parque.

- Sabana, respecto de la población de los estratos 1, 2 y 3 de Bogotá D.C., tampoco ha desarrollado una práctica comercial o de mercado tendiente a incrementar el número de visitantes del parque.
- Las omisiones anteriores violan la buena fe contractual porque las mismas han originado que *“las regalías a favor de Panaca causadas durante y a partir del quinto año de vigencia de la Franquicia se mantengan en el uno por ciento (1%), conforme a lo establecido en el anexo de regalías”*.
- Incumpliendo la obligación establecida en la cláusula quinta de la Franquicia, Sabana durante la ejecución del contrato no ha realizado actividad alguna tendiente a la realización de ferias, eventos agropecuarios y culturales que permitan una oferta variada y renovada de actividades en el Parque Sabana.
- Señala la demanda que en la cláusula décima del contrato de franquicia, se establecieron como justas causas de terminación del contrato *“Las siguientes son causas justas de terminación del Contrato, cuya ocurrencia le dará derecho a la parte afectada a terminar de manera inmediata y unilateral el presente contrato, sin que su decisión pueda ser considerada como un incumplimiento contractual o un abuso de derecho:*

11.1. La falta de pago oportuno de las Regalías por parte de SABANA, sin justa causa, constituirá causal de terminación sólo en los eventos en que SABANA deje de pagar oportunamente tres (3) o más instalamentos consecutivos...”

Así mismo las partes pactaron como causal de terminación:

“11.2. Por la violación por parte de EL FRANQUICIATARIO de las obligaciones establecidas en la cláusula quinta, numeral 5.1. de este contrato. En estos eventos PANACA le notificará por escrito a EL FRANQUICIATARIO del incumplimiento y le otorgará un plazo de treinta (30) días hábiles para que subsane el incumplimiento. Si pasado este término EL FRANQUICIATARIO no subsana el incumplimiento, PANACA podrá dar por terminado este contrato en los términos a que se refiere esta cláusula”.

- SABANA, nueve meses después de la fecha de la apertura del parque, le reclamó a PANACA, por primera vez, unos *“insólitos” “sobrecostos”* y le informó, también por primera vez, las razones por las cuales había dejado de pagar a PANACA, los dineros causados por regalías y la participación en los patrocinios niveles 1, 2 y 3.

- Los incumplimientos de SABANA le generaron a PANACA perjuicios directos e imprevisibles, por los cuales debe responder SABANA, conforme a lo señalado por los arts. 63 y 1616 del Código Civil.
- El 15 de febrero de 2008, PANACA invocando la cláusula undécima de la franquicia, terminó de manera justificada el contrato, para cuyo efecto remitió a SABANA la comunicación que se transcribe en el hecho 42 de la demanda reformada.
- Por último, se expuso que PANACA en cumplimiento de sus obligaciones, le licenció la marca “Panaca” a SABANA y le transfirió en licenciamiento el Know How útil para la concepción, administración y comercialización de un parque temático agropecuario. Dentro del Know How transferido en licenciamiento, y a título enunciativo, se mencionan: i) El *Know How* codificado en las obras protegidas por los Derechos de Autor denominados en la FRANQUICIA como manuales. ii) El *Know How* codificado en los planos que PANACA, por su cuenta y riesgo, contrató con terceros especialistas en materias arquitectónicas, estructurales, hidráulicas y eléctricas, quienes elaboraron dichos planos según la concepción y plan de diseño concebido por PANACA.

4.2. De la demanda de SABANA.

- Previa alusión al contrato de franquicia, SABANA menciona la cláusula segunda, numeral 2.1., para indicar que esta establece que el franquiciante otorga al franquiciatario, y éste acepta, *“una franquicia con carácter exclusivo dentro de la zona de influencia para efectuar el montaje, puesta en marcha y operación de Panaca de la Sabana en la ubicación Aprobada (sic), así como para promover y realizar la venta y comercialización de productos y servicios, de conformidad con este contrato”*.
- Las consideraciones del contrato establecen a PANACA como una sociedad especializada en la operación de parques temáticos que propician la interactividad del hombre con la naturaleza y la zoología doméstica, que Sabana ha mostrado interés en replicar el Parque Nacional de la Cultura Agropecuaria en la Sabana de Bogotá; que las partes han definido una estructura contractual que permita a SABANA adelantar la construcción del mencionado parque y llevar adelante su

explotación comercial adoptando la filosofía del negocio; y que mediante el contrato se pretende darle a Sabana acceso al *Know How* esencial para la réplica del citado parque en la ubicación exacta definida con anterioridad por la propia Panaca.

- En los hechos 4, 5, 6 y 7, la demanda de SABANA trae a colación las siguientes cláusulas del contrato de franquicia.

Definición del *Know How* en la cláusula primera, numeral 1.8.: Como la “*información y conocimiento derivado de la experiencia de PANACA en la creación, concepción, construcción, administración y comercialización de parques temáticos agropecuarios. El Know How consiste, entre otros, en (i) la información contenida en los manuales (definidos más adelante); (ii) los planos (definidos más adelante); (iii) el montaje de espectáculos, instrucciones y capacitaciones en la conformación de colecciones de zoología doméstica y su manejo; y (iv) demás documentos e información de PANACA que se consideren sustanciales o necesarios para los fines de este contrato o para la operación del Parque de la Sabana por parte de PANACA DE LA SABANA*”.

Composición de los planos en el numeral 1.14 de la cláusula primera, así: “*los planos arquitectónicos, estructurales, hidráulicos y eléctricos contratados por PANACA con profesionales especialistas en cada una de esas materias y que hacen parte del Know How, y cuya utilización y goce se autoriza al FRANQUICIATARIO mediante el presente contrato. PANACA manifiesta expresamente que los planos cumplen con todas las normas y regulaciones que sean aplicables a los mismos y contemplan especificaciones que garantizan la seguridad de los visitantes de Panaca de la Sabana. No obstante lo anterior, las partes reconocen y aceptan expresamente que los planos pueden ser modificados y ajustados por el FRANQUICIATARIO teniendo en cuenta las condiciones particulares del sitio en el que operara el Parque de la Sabana*”.

El numeral 4.2 de la cláusula cuarta consagra como obligación del franquiciante, “*Diseñar y hacer entrega de todos los Planos y Manuales. Si con posterioridad a la entrega de los planos PANACA desea hacer cambios a los mismos, deberá obtener previa autorización escrita del FRANQUICIATARIO y pagarle a éste los mayores costos en los que debe incurrir con el fin de ajustarse a ellos. Lo anterior, solamente será válido durante la etapa de construcción de Panaca Sabana*”.

En la cláusula octava del contrato *“PANACA le licencia al FRANQUICIATARIO en la forma aquí prevista, el uso y goce del Know How. El Know How aquí licenciado es considerado esencial para que el FRANQUICIATARIO construya, administre, comercialice y explote el Parque de la Sabana. Esta licencia de uso y goce del Know How propiedad de Panaca se le otorga al FRANQUICIATARIO únicamente durante la vigencia de este contrato y con el único propósito que el FRANQUICIATARIO construya, administre, comercialice y explote el Parque de la Sabana...”*.

- Conforme a las anteriores estipulaciones SABANA procuraba adquirir de PANACA toda la información arquitectónica, técnica, financiera y administrativa, para replicar un negocio de entretenimiento exitoso que generara rendimientos financieros para sus inversionistas de acuerdo con lo ofrecido en el plan de negocio elaborado por PANACA. Sin embargo, PANACA no cumplió con las obligaciones a que se ha hecho referencia, pues en materia arquitectónica no hubo coordinación de planos con los estudios técnicos correspondientes; falta de coordinación que contradice lo establecido en el Decreto 2090 de 2000, cuyo literal e) del numeral 1.1.3, relativo a proyectos arquitectónicos establece que un proyecto arquitectónico incluye la *“Coordinación de planos técnicos entre sí, y de estos con los arquitectónicos, para lograr una total correspondencia de todos los estudios...”*.
- La ausencia de coordinación originó inconsistencias durante la etapa de construcción del proyecto, entre las cuales se debe destacar la relativa a la ubicación del proyecto en el terreno a nivel de topografía, que presentó diferencias de hasta 200 metros entre el plano y la realidad. Además, esta falta de coordinación e implantación en el terreno de los diseños técnicos (instalaciones hidrosanitarias y eléctricas) obligó a que se rediseñaran las instalaciones para hacer los ajustes correspondientes.
- Todas estas inconsistencias incrementaron el costo de las obras asociadas, el cual tuvo que asumir SABANA sin estar obligada. Asimismo, la no coordinación previa de diseños produjo que no se entregaran los diseños completos, como debía ocurrir de acuerdo con las cláusulas contractuales antes citadas.
- Durante la construcción se entregaron nuevos planos, detalles, nuevas versiones de los planos iniciales y actualizaciones a los diseños en general. Todo lo cual indica que PANACA incumplió el contrato de franquicia, al haber entregado unos planos

que no estaban debidamente coordinados, incompletos y con deficiencias que generaron que la obra tuviera un costo superior al que se habría presentado de todo ser correcto.

- PANACA durante el proceso de construcción ordenó el rediseño, la demolición y reconstrucción de obras que se habían hecho de conformidad con los diseños entregados por esa entidad. El costo de las mismas fue asumido por SABANA, a pesar de que el contrato en cláusula antes citada, dispone que en los eventos en que se tuvieren que hacer modificaciones ordenadas por PANACA, ella debe asumir el costo.
- Muestra de que se incurrió en un costo superior lo constituye el hecho de que la inversión final de SABANA superó con amplitud la inicialmente prevista en los documentos elaborados por la propia PANACA, aunque debe reconocerse que no todo el valor de la mayor inversión es imputable a PANACA.
- En efecto, en el plan de negocio presentado por PANACA se establece como monto total de la inversión en el proyecto, la suma de \$22.684.000.000, con una relación capital-endeudamiento de 64% - 36%, esto es, con una inversión de socios de \$14.500.000.000 y un endeudamiento de \$8.184.000.000. Pero en realidad, la inversión total en el proyecto ascendió \$30.366.000.000 con una relación de endeudamiento de 60% - 40%, esto es, con una inversión real por parte de los accionistas de \$18.271.000.000 y un nivel de endeudamiento de \$12.095.000.000, originando sobre costos acumulados para el montaje y construcción del Parque Sabana superiores a \$7.600.000.000, parte de los cuales pueden imputarse a las deficiencias en la entrega del Know How y en las modificaciones ordenadas por PANACA cuyo costo adicional no fue asumido por ella.
- Según los informes técnicos del constructor del proyecto, De la Concha Andrade Cía. Ltda., el valor de los sobrecostos ascendió a \$2.456.090.852.
- De otro lado, las partes del contrato de franquicia en el anexo 5 del mismo, establecieron lo relativo al "*Manual de Patrocinios*". De conformidad con lo allí dispuesto, se fijó que el "*nivel 1*" corresponde a patrocinadores institucionales, que son aquellos "*que acompañan la marca Panaca, aún cuando su actividad no esté vinculada al sector agropecuario*"; el "*nivel 2*" corresponde a patrocinadores agroindustriales, que son aquellos que "*...además de vincular de manera divertida*

al público con sus procesos de producción, tiene la posibilidad de ofrecer, en el PARQUE SABANA, sus productos terminados para la venta”; y el nivel 3 corresponde a patrocinadores de estación, que son aquellos que pueden “presentar sus productos a través de actividades que le permitan al visitante interactuar con la marca mientras aprende y se divierte”.

- En el Manual de Patrocinios expresamente se declaró que los patrocinios niveles 1, 2 y 3 “*serán coordinados y definidos integralmente por PANACA, quien se obliga a desplegar la máxima diligencia para obtenerlos y gestionarlos...*”.
- Hasta la fecha PANACA no ha desplegado la máxima diligencia para la obtención y gestión de los señalados patrocinios, hasta el punto de no haber obtenido patrocinio alguno, lo cual implica un claro incumplimiento del contrato de franquicia, que ha redundado en perjuicios para SABANA, quien ha visto disminuido sus ingresos como consecuencia de ello.
- PANACA también se obligó (cláusula 4.5 del contrato) a “*Diseñar espectáculos, exhibiciones y presentaciones que el FRANQUICIATARIO puede incluir dentro de su programación, y renovarlos periódica y frecuentemente de tal manera que el FRANQUICIADO pueda ofrecer una programación variada que estimule las visitas repetitivas. PANACA debe innovar los espectáculos, exhibiciones y presentaciones indicadas cada 12 meses...*”
- PANACA no ha renovado los espectáculos, exhibiciones y presentaciones, a pesar de haber transcurrido más de doce meses desde el momento en que el Parque Sabana inició operaciones, lo cual implica el incumplimiento del contrato de franquicia y como consecuencia la generación de perjuicios, para SABANA, quien por tal razón ha visto disminuidos sus ingresos.
- Adicionalmente, PANACA incumplió la obligación de entrega un *Know How* que permitiera la comercialización, construcción, administración y explotación de un parque agropecuario en la ciudad de Bogotá, en la forma prevista en el plan de negocio elaborado por PANACA, no solo como consecuencia de las deficiencias ya señaladas, sino también como consecuencia de que el *Know How* entregado, en general, no respondía a estudios serios y diligentes elaborados por esa sociedad.

En este orden de ideas, como quiera que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado regularmente y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, es de rigor decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes consideraciones.

SEGUNDA PARTE: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.

1. Planteamiento de la controversia.

Con fundamento en los hechos y pretensiones consignados en páginas anteriores, el tribunal encuentra que las controversias y los problemas jurídicos que deben resolverse en este laudo son los siguientes:

1.1. La Demanda de PANACA.

La solicitud básica que plantea la convocante al tribunal es la terminación del contrato de franquicia por incumplimiento de la convocada, punto en el que debe estudiarse si los incumplimientos imputados a SABANA (i) existieron y tienen la gravedad que se requiere en una ejecución de buena fe como para tener un juez que llegar al remedio tan extremo que se solicita (terminación del contrato), y (ii) si el incumplimiento o incumplimientos que se invocan tienen fuerza contractual suficiente para que pueda despacharse esa solicitud.

El resto de las pretensiones conexas con lo anterior (declarativas y de condena) apuntan a que el daño estaría constituido por el no pago de unos determinados derechos dinerarios (regalías y porcentajes por participaciones en patrocinios) que se reclaman con los accesorios propios de esas obligaciones.

1.2. La Reconvención de SABANA.

La convocada, por su parte, pretexta el incumplimiento de PANACA, sociedad franquiciante, y convierte en demanda de reconvención buena parte de lo que ya había articulado como excepciones, pretendiendo, por una vía o por la otra, enervar la solicitud de terminación del contrato por incumplimiento y, a la vez, reclamar unos determinados resarcimientos debidos a los incumplimientos de PANACA.

Los incumplimientos que la reconviniendo le imputa a la reconvenida se contraen a que (i) el Know How que se le transfirió como parte de las prestaciones de la franquicia a cargo de PANACA no resultó apto (suficiente; eficiente; adecuado) para el buen suceso de la franquicia; (ii) los sobrecostos en que habría incurrido en la construcción del parque y el valor de unas modificaciones ordenadas por PANACA durante la ejecución de la obra y, (iii) por la pretermisión específica de unas determinadas obligaciones de hacer (innovación de espectáculos y gestión de patrocinios), estando lo grueso del daño por el que reclama constituido por los sobrecostos, incluidos los costos financieros, en que tuvo que incurrir SABANA en la construcción de la obra (el Parque).

2. Hechos y negocios jurídicos plenamente probados.

Con el fin de evitar reiteraciones y fijar el escenario básico de las reflexiones del tribunal, se observa que bien por lo que ofrece el debate probatorio, o por lo que se desprende de las contestaciones de la Demanda y de la Reconvención, los siguientes Hechos y Negocios Jurídicos se encuentran plenamente probados, por lo que no será necesario insistir en su efectiva existencia o acaecimiento:

- Entre los años 2003 a 2005, PANACA contrató la elaboración de los distintos estudios que permitieron la estructuración y planificación de este proyecto. Para este propósito contó en algún momento, con la asesoría y participación de Inverlink S.A.
- En octubre de 2004, Inverlink-Panaca suscribieron el contrato de interventoría del proyecto con las firmas Tres Elementos Ltda. y Pizano Pradilla Caro Restrepo Ltda. cuyo objeto fue la revisión de los planos y del proyecto en general, la definición de la modalidad de contratación del constructor y la elaboración de los términos de referencia para llevar a cabo la contratación de la firma que se encargaría de construir el parque.

- En octubre de 2004, PANACA contrató a la arquitecta María Mercedes Mejía Barreneche para la elaboración de los diseños y planos del parque.
- En noviembre de 2004, PANACA seleccionó a la firma De la Concha Andrade y Cia. Ltda. como constructora del proyecto.
- En septiembre de 2005, PANACA y SABANA suscribieron el contrato de franquicia. En ese mismo mes y año, SABANA suscribió con la firma De la Concha Andrade & Cia. Ltda. el contrato para la construcción del parque, bajo la modalidad de administración delegada, y el contrato de interventoría con la firma Pizano Pradilla Caro Restrepo Ltda.
- En octubre de 2005, se inició la construcción del Parque.
- El 1° de septiembre de 2006, el Parque entró en operación.
- El 15 de septiembre de 2006 tuvo lugar la entrega final de la obra y su recibo a satisfacción.
- En abril de 2007, el Interventor presentó el informe final de Interventoría.
- En junio de 2007, SABANA en el Comité de franquicia de fecha 27 de junio de 2007 se refirió por primera vez a los sobrecostos de la Obra.
- En agosto de 2007, PANACA, mediante comunicación fechada el 2 de agosto de 2007, manifestó su desacuerdo en relación con el tema de los mencionados sobrecostos.
- El 26 de diciembre de 2007, SABANA presentó la primera reclamación formal sobre los siguientes asuntos: (i) Deficiencias en el Khow How, (ii) incumplimiento en su obligación de conseguir patrocinios, cálculo y liquidación de regalías y, (iii) deficiencias en el apoyo de mercadeo y ventas
- En febrero de 2008, PANACA dio por terminado el contrato de franquicia.
- En marzo de 2009, SABANA radicó en la Superintendencia de Sociedades un **“ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE REORGANIZACION DE PASIVOS”** al que habría llegado con sus acreedores para pagar la totalidad de sus obligaciones vigentes al 28 de febrero de 2009, que fue aprobado por la Superintendencia de Sociedades mediante Auto del 15 abril de 2009.

3. La naturaleza jurídica del contrato.

Ambas partes están de acuerdo¹ en que se trata de un contrato atípico (o innominado), negocio jurídico sobre el que sienta el tribunal unas pocas precisiones alrededor de su

¹ Así, por ejemplo, en sus respectivos alegatos de conclusión.

naturaleza jurídica, con el fin de establecer algunas consecuencias respecto de la estructura de sus prestaciones y el comportamiento esperado de las partes.

- *“La franquicia es... uno de los contratos que se caracterizan por un elevado nivel de imbricación técnica y económica entre los contratantes...” (p. 121), aclarando que en este caso no existen los agudos problemas que presenta la franquicia cuando se trata de la distribución de bienes o servicios al menudeo.*
- *Estos contratos hay que estudiarlos como verdaderos **contratos marco**, y es impropio concebir el contrato de franquicia para “un simple tránsito bilateral sinalagmático de bienes y capital”. En estos contratos la estructura de **cambio** se sustituye por la **colaboración**, y sin que se conforme una sociedad es procedente su afiliación a los contratos asociativos (en sentido lato), sin que la colaboración comercial que ello implica suponga la convergencia de intereses, pero sí “la existencia de un deber recíproco de ayuda y actuación coordinada” (p. 163).*
- *Se trata de contratos de lenta maduración en su ejecución, en los que deben preverse mecanismos contractuales de ajuste distintos de las revisiones del art. 868 del C. de Co. (por “circunstancias extraordinarias, imprevista o imprevisibles”), y en los que deben tener las partes contratantes una gran flexibilidad para buscar la adecuación del texto contractual a las exigencias de la vida real, esto es, a las circunstancias propias de cada actividad empresaria.*
- *“La franquicia no es un contrato de cambio propiamente hablando... sino un híbrido entre los contratos de disposición y los contratos organizativos. Aunque posee elementos de licencia de propiedad industrial, de representación, y del contrato asociativo, éstos no son elementos absorbentes con capacidad para totalizar el régimen del negocio en una subsunción, sino sólo rasgos de una institución autónoma sui generis, que exige el tratamiento de los ocasionales conflictos en relación al modelo de solución racional más próximo del ordenamiento jurídico, conforme a su naturaleza jurídica” (ps. 203-4).*
- *En síntesis, la franquicia se perfila “como un contrato dispositivo y de organización, destinado a la creación de una unidad económica y funcional, no típica, mediante la cesión de licencia sobre bienes inmateriales de empresa y el reparto de funciones*

internas y externas entre las empresas pertenecientes al sistema. La franquicia constituye una agrupación empresarial sin personalidad jurídica” (p. 204).

- *Una concepción del contrato de franquicia bajo los anteriores criterios “moderaría pretensiones abusivas del contratante dominante, o habilitaría pretensiones de los contratantes débiles, que es difícil que aparezcan recogidas en un contrato redactado por la parte contratante mas fuerte, pero que se deducen lógicamente del reparto de funciones que implica el negocio de franquicia” (p. 204)².*

De cara a las pretensiones de ambas partes (Demanda y Reconvención), se debe precisar y tener en cuenta, en el caso que nos ocupa, (i) que ambas partes son profesionales (comerciantes) especializados, con un nivel de formación y cultura empresarial por encima del que tiene *el buen padre de familia*; (ii) Que ambas partes tuvieron que ejercer el deber de informar así como el derecho de pedir información; (iii) Que siendo atípica la franquicia, este contrato lo es de manera especial por la naturaleza de los servicios franquiciados y de los bienes aportados por el franquiciante; (iv) Que se trata de la primera experiencia contractual de PANACA en su intento de expandir, bajo esta modalidad, su esquema empresarial de prestación de unos determinados servicios (muy especiales), por lo que resulta razonable suponer que debía proceder con la mayor flexibilidad y prudencia; (v) que en este tipo de contrato las partes deben desplegar un extraordinario grado de colaboración recíproca (en este caso) o convergente (cuando se trata de redes de franquicia robustas y maduras); (vi) y, como lo ha precisado la mejor doctrina, los incumplimientos, las demoras, los desfases de ejecución de las prestaciones, no pueden considerarse dentro del esquema de los contratos de cambio, sino de los contratos asociativos (nuevamente en sentido lato) y de colaboración empresarial.

La anterior es la perspectiva que el tribunal considera pertinente y adecuada, fundada en los principios rectores de lo “*que mejor cuadre con la naturaleza del contrato*” (artículo 1621 del C. C.), la *buen fe* (artículo 870 del C. Co.) y la *conservación de la empresa*, para valorar el comportamiento de ambas partes en la controversia que los enfrenta, todo ello dentro de una reflexión en derecho y con sentido de justicia.

² Lo citado entre comillas corresponde a la obra del profesor español –Universidad de Valladolid- José A. Echebarría Sáenz, “*El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*”, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

En las consideraciones que siguen el tribunal procede, igualmente, de acuerdo con una línea jurisprudencial inequívoca de la Sala de Casación Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional en lo que guarda relación con el principio de la buena fe elevado a mandato constitucional, con espectro o fuero en toda clase de actuaciones (estatales, privadas, judiciales y administrativas).

Igualmente se tendrán en cuenta los principios básicos del derecho concursal en los que se llega a sacrificar la tutela del crédito para privilegiar la conservación de la empresa (art. 25 del C. de Co y 333 de la C. P.), y ha sido necesario incorporar estos criterios de valoración y convicción ante el hecho plenamente probado de haberse acogido la sociedad convocada y reconviniendo a un acuerdo con sus acreedores encaminado a regularizar sus pasivos, que obtuvo la debida aprobación u homologación de la Superintendencia de Sociedades (actuando en sede jurisdiccional), en Auto del 15 abril del año en curso (Cuaderno de Pruebas No. 2).

II. ESTUDIO DE LA DEMANDA DE PANACA.

El tribunal estudiará, en primer lugar, la demanda de PANACA, siendo necesario advertir que buena parte de su contenido también constituye materia litigiosa de la reconvención de SABANA, por lo que para evitar redundancias y reiteraciones en muchos temas de una y otra demandas, deberá estarse a lo que se haya resuelto de manera correlativa en la otra.

1. Descripción de los incumplimientos del Franquiciatario (SABANA), de acuerdo con las Pretensiones del Franquiciante (PANACA).

En las Pretensiones de PANACA se pueden distinguir dos bloques de obligaciones incumplidas por SABANA, según el relato de la convocante:

1. 1. Primer bloque de incumplimientos.- Está constituido por una serie de obligaciones que a términos del Contrato y de los Manuales correspondientes implicaban el despliegue “*de sus mejores esfuerzos*” (Cláusulas 5.1.1, 5.1.3 a 5.1.6 y 5.1.11, por ejemplo), o de la diligencia estándar de un comerciante especializado, pero que no acarrearán resultados concretos por los que se hubiera obligado el Franquiciatario, o que consistían en recomendaciones e instrucciones no mandatorias. En este bloque de incumplimientos el Franquiciante sostiene que el Franquiciatario habría incumplido las siguientes obligaciones:

- “*estimular el turismo ecológico*” (TERCERA PRETENSION PRINCIPAL);

- “observar y aplicar los manuales de franquicia” (CUARTA PRETENSION PRINCIPAL);
- “negativa de implementar otros métodos de comercialización diferentes a los que empleó” (QUINTA PRETENSION PRINCIPAL);
- “la realización de ferias y eventos agropecuarios y culturales” (SEXTA PRETENSION PRINCIPAL).

Con fundamento en todos los anteriores incumplimientos la convocante estructura la SEPTIMA PRETENSION PRINCIPAL, en la que habría que declarar que esos incumplimientos “tuvieron como efecto que el número de personas que visitaron el Parque Temático Agropecuario de la Sabana desde su apertura al público y hasta la fecha en que PANACA incoó el presente proceso arbitral, haya sido inferior al número de visitantes que hubiera tenido dicho Parque en el mismo período si SABANA hubiese cumplido con sus respectivas obligaciones”. También se encuentra vinculada con estas PRETENSIONES (todas declarativas), otra más (también de carácter declarativo) que es la DECIMA SUBSIDIARIA encaminada a que el tribunal declare que PANACA terminó este contrato con justa causa³.

La solicitud de condena que cobijaría a todas las declaraciones anteriores se encuentra en la UNDECIMA PRETENSION PRINCIPAL (“indemnización de perjuicios compensatorios...”). Luego vienen otras pretensiones consecuenciales sobre accesorios.

1.2 Segundo bloque de incumplimientos: Este segundo bloque de incumplimientos reza exclusivamente con obligaciones de carácter dinerario constituidas por:

- No “pagarle a PANACA las regalías pactadas como contraprestación en LA FRANQUICIA”;
- No “pagarle a PANACA el treinta por ciento del dinero obtenido por SABANA en contraprestación de los contratos de patrocinios Niveles 1, 2 y 3 que celebró”; que también “SABANA incumplió su obligación de entregarle a una sociedad fiduciaria el dinero obtenido en contraprestación de los contratos de patrocinios Niveles 1, 2 y 3 que celebró”.
- Que, (i) como consecuencia de no haber SABANA pagado las regalías a que se refiere la SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL o, (ii) como consecuencia de ese mismo

³ Obsérvese que la pretensión DECIMA PRINCIPAL se funda exclusivamente en el no pago de regalías (SEGUNDA PRINCIPAL) para deprecar la terminación del contrato por justa causa.

incumplimiento y de todos los demás cuya declaratoria se solicita (PRETENSIONES SEGUNDA a NOVENA PRINCIPALES), se declare que PANACA terminó por justa causa este contrato de franquicia el 15 de febrero de 2008, o con efecto a partir de la ejecutoria de este laudo (PRETENSIONES DECIMA PRINCIPAL y su SUBSIDIARIA).

- *Las condenas consecuenciales de todas las declaraciones anteriores están consignadas en la PRETENSION UNDECIMA PRINCIPAL (indemnización de perjuicios compensatorios).*

2. Estudio del Primer bloque de incumplimientos imputados por PANACA a SABANA.

Por la naturaleza de las obligaciones, por la manera como literalmente ellas están consignadas en el contrato y en los Manuales, por la forma como se comportaron las partes en su puesta en marcha y PANACA hizo el acompañamiento de esta parte de la ejecución contractual, por los deberes de colaboración recíproca que tenían las partes, por lo incipiente de la experiencia del franquiciante en este tipo de contratos (su primer caso), todas estas actividades constituyen algo así como el programa de trabajo del PARQUE SABANA, sin que pueda concluirse que tenían el carácter o la naturaleza de logros o **resultados** a los que estuviera efectivamente comprometida la sociedad franquiciataria.

Si se observa la ejecución contractual de SABANA se concluye que hizo lo que debía y podía hacer en sus concretas circunstancias (primer año de actividades; empresa creada para un negocio específico y novedoso), y que dispuso el mínimo necesario para que operaran los frentes de servicios por los que se le reclama y que desarrolló el nivel de gestión que se requería a términos del contrato, por lo que habría que inclinarse a que no está configurado el incumplimiento de este primer bloque de obligaciones del franquiciatario, y que tampoco se probó una actuación contraria al principio de la buena fe de que trata el art. 870 del C. de Co.

En auxilio de la anterior conclusión puede venir la mejor doctrina que enseña que, no estando las partes vinculadas por un contrato de **cambio strictu sensu**, sino por uno de **colaboración**, el grado de incumplimiento que se requiere para llegar a justificar una decisión tan extrema como la terminación del contrato debe ser **grave**, efectivamente perturbador de los bienes (materiales e inmateriales) involucrados en la franquicia, cuya transitoria o incipiente inobservancia no pudiera ser enjugada o mitigada.

Para valorar no sólo la gravedad de los incumplimientos imputados a SABANA (y con la misma metodología se procederá en la Reconvención), sino también la conducta de las partes y la función del juez, el tribunal procederá con estos criterios adicionales, suficientemente asentados y trajinados en la jurisprudencia y en la doctrina:

- (i) *“La resolución por inejecución la decreta el juez. Nunca está obligado a decretarla”*⁴, Este predicado, casi axiomático, resume los límites de las facultades de las partes, así como los poderes y deberes del juez, y muestra el campo de maniobra que éste tiene para la formación de su convicción.

- (ii) Se reitera, el incumplimiento necesario para resolver un contrato debe ser **grave**. “Según el máximo tribunal colombiano, *la gravedad del incumplimiento* no puede analizarse de forma absoluta, sino para cada caso en concreto, determinando las circunstancias específicas que para cada situación en cuestión lleven a establecer que la inejecución, efectivamente, frustró de manera manifiesta y definitiva las expectativas del acreedor insatisfecho. Así pues, ante una demanda de resolución, el juez debe entrar a analizar la utilidad económica del contrato cuyas obligaciones fueron incumplidas: en caso de inejecución parcial, tiene que determinar si la prestación cumplida procura un beneficio serio al acreedor, el cual se establece en función de la utilidad económica que éste podía esperar del contrato –método retrospectivo-; y, en la hipótesis de la inejecución total, el juez tiene que entrar a establecer si la conservación del contrato le reporta una utilidad representativa al acreedor –método prospectivo-”⁵.

- (iii) Finalmente, la gravedad del incumplimiento no la determina la parte insatisfecha. Ese es “un elemento de juicio vago y equívoco”⁶. Esta apreciación y valoración es algo que le compete al juez.

⁴ Christian Larroumet, *“Teoría general del contrato”*, Temis, Bogotá, 1993, traducción de Jorge Guerrero, t. II, p. 152.

⁵ Fabricio Mantilla y Francisco Ternera, *“La resolución”*, en *“Los contratos en el derecho colombiano”*, Legis-Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 253 (itálicas del texto). La providencia citada en esta transcripción y en la que se apoyan los autores citados, está identificada en el pie de página No. 51 que dice: “CSJ. Cas. Civ. 11/09/1984. M. P. Humberto Murcia Ballén, G. J. Tomo 176, número 2415, p.237”.

⁶ R. Sconamiglio, después de sostener que para solicitar la resolución del contrato “no basta un incumplimiento cualquiera”, agrega: “Así, nos parece que no se debe tener en cuenta para la determinación de la entidad del incumplimiento, la apreciación subjetiva que el contratante pueda hacer de su propio interés, pues entonces se tomaría un elemento de juicio vago y equívoco como es la voluntad presunta del interesado”. En *“Teoría general de contrato”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983 (reimpresión de 1991), traducción de Fernando Hinestrosa, ps. 352-353.

Con estas claves de interpretación y valoración de los referentes normativos y del acervo probatorio, pasa el tribunal a estudiar, una a una, las conductas de SABANA que conforman este primer bloque de incumplimientos, y para estos efectos se seguirá el mismo orden en que tales incumplimientos aparecen incorporados en las Pretensiones de PANACA.

2.1. “*estimular el turismo ecológico*” (TERCERA PRETENSION PRINCIPAL).

La obligación de hacer por la que se reclama al amparo de esta Pretensión obra como tal en el contrato (cláusula 5.1.11 y en el volumen IV. Productos y servicios del Manual de Operaciones), pero más que desglosarse en cometidos específicos y mensurables, constituye algo así como la esencia o reducción a la unidad de las actividades del Parque Agropecuario objeto de esta Franquicia, circunstancia que sugiere y anticipa lo fácil de imputar su incumplimiento y lo difícil de precisar las hipótesis particulares incumplidas.

En este orden de ideas el tribunal considera que cuando el Parque inició actividades (el 1° de septiembre de 2006) ello hacía presumir que se encontraba disponible una oferta organizada, simplificada y determinada de actividades claramente constitutivas del turismo ecológico, y tan cierta es esta percepción que en el plenario obra prueba idónea de que fue por ello que la empresa prestadora de estos servicios obtuvo la certificación de la CAR (folios 78 a 84 del Cuaderno de Pruebas No. 7), en la que consta que las actividades realizadas por SABANA (actividades de conservación de ecosistemas acompañadas de estrategias de educación ambiental, manejo de residuos sólidos, minimización de impactos y actividades de restauración orientados a mantener la funcionalidad de estos ecosistemas) **son acreditables como servicio de ecoturismo**, con renta exenta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 788 de 2002⁷, reglamentado por el Decreto 2755 de 2003 y las Resoluciones 0118 y 890 de 2005 expedidas por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, certificación que según afirmó la testigo Liliana Hoyos es la primera que otorga la CAR en

⁷ ARTÍCULO 18. OTRAS RENTAS EXENTAS. Adicionase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:
“Artículo 207-2. Otras rentas exentas: Son rentas exentas las generadas por los siguientes conceptos, con los requisitos y controles que establezca el reglamento:
(...)

5. Servicio de ecoturismo certificado por el Ministerio del Medio Ambiente o autoridad competente conforme con la reglamentación que para el efecto se expida, por un término de veinte (20) años a partir de la vigencia de la presente ley”.

el país a un proyecto ecoturístico (ps. 46 y 47 de las transcripciones. Folios 58 y 59 del Cuaderno de Pruebas No. 11).

Adicionalmente a lo anterior, el tribunal encuentra que el cargo de incumplimiento que formula PANACA en esta pretensión es difuso, sin concreción alguna en actividades que puntualmente hubiera tenido que desarrollar SABANA, o que hubieran sido incluidas en el texto contractual con este carácter o alcance. Si bien como identificación de un género y como idea totalizadora y expresiva de una filosofía se comprende bien lo que significa en el contexto de este contrato el turismo ecológico, aspecto al que se refirió la señora Liliana Hoyos en su declaración⁸ y uno de los peritos al destacar la definición contenida en el artículo 26 de la ley 300 de 1996⁹, igualmente es evidente la dificultad para estructurar con base en este concepto un incumplimiento específico del Franquiciatario, punto en el que es necesario registrar la declaración de la testigo Catalina González Marulanda, que dejó la sensación a este tribunal de que la sociedad franquiciante nunca reclamó por un incumplimiento en este sentido, porque nunca manejó ni tuvo claro este concepto (p. 9 de la transcripción, folio 152 del Cuaderno de Pruebas No. 13), así como lo manifestado por el perito Julio Ernesto Villarreal quien indicó, una vez examinada la definición legal y el contrato, que *“Podría resultar hasta ahora claro que promover el turismo ecológico se ajusta perfectamente a la filosofía con que fue concebido este parque temático. En este orden de ideas, y basados en las definiciones y documentos arriba referenciados, no es posible afirmar que las actividades y estrategias que ha ejecutado e implantado SABANA no estuvieran encaminadas a incentivar el turismo ecológico”* (páginas 94 a 100 del Dictamen de Julio E. Villarreal, folios 95 a 101 del cuaderno de pruebas No. 11).

Por lo brevemente expuesto, esta Pretensión no está llamada a prosperar y así lo consignará el tribunal en la parte resolutive.

⁸ Páginas 45 y 46 de la transcripción. Folios 357 y 358 del Cuaderno de Pruebas No. 11.

⁹ Artículo 26 Ley 300 de 1996 DEFINICION. “El Ecoturismo es aquella forma de turismo especializado y dirigido que se desarrolla en áreas con un atractivo natural especial y se enmarca dentro de los parámetros del desarrollo humano sostenible. El Ecoturismo busca la recreación, el esparcimiento y la educación del visitante a través de la observación, el estudio de los valores naturales y de los aspectos culturales relacionados con ellos. Por lo tanto, el Ecoturismo es una actividad controlada y dirigida que produce un mínimo impacto sobre los ecosistemas naturales, respeta el patrimonio cultural, educa y sensibiliza a los actores involucrados acerca de la importancia de conservar la naturaleza. El desarrollo de las actividades ecoturísticas debe generar ingresos destinados al apoyo y fomento de la conservación de las áreas naturales en las que se realiza y a las comunidades aledañas”.

2.2. “observar y aplicar los manuales de franquicia” (CUARTA PRETENSION PRINCIPAL).

La obligación de **observar y aplicar los manuales de franquicia** que reclama PANACA se consigna en la cláusula 5.1.13 del contrato. Lo primero que el tribunal advierte es que el examen del supuesto incumplimiento debe efectuarse teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del contrato de franquicia, esto es, el carácter asociativo del mismo y bajo el entendido de que se trata de relaciones de colaboración y no de relaciones de cambio y que por tal razón resulta inapropiado configurar relaciones de dependencia extremas.

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

En el presente caso se observa que en desarrollo del contrato de franquicia PANACA entregó una serie de Manuales, y que según se consigna en el de Operaciones, él mismo debía proveer al franquiciatario de la *“información necesaria que le sirve de guía práctica y oportuna para realizar la operación efectiva de todas las fases y áreas del negocio”*. Revisado el contenido del Manual se concluye que tiene carácter orientador, no mandatorio, salvo en lo que se refiere al respeto de la filosofía y política del Parque y, por tal razón, es claro que si bien contiene información valiosa y relevante que el franquiciatario debe respetar, en la medida en que en el mismo se consignan *“los conocimientos, procedimientos, técnicas, herramientas y demás elementos que lo capacitaran para operar su negocio bajo estándares de calidad”* y que le permiten *“unificar conceptos y procedimientos”* y construir un concepto de producto equiparable con el parque original, ello de ningún modo impone entender que dichos Manuales, programas e instrucciones allí indicados, ni mucho menos los pareceres y caprichos del franquiciante, constituyen la interpretación auténtica del contrato y de la gestión empresarial, máxime si se tiene en cuenta que en el presente caso se trata de Manuales que, como lo sostiene el perito, están desarrollados sin considerar *“detalladamente la posibilidad de encontrar una plaza con condiciones sociales, culturales, y económicas diferentes a las de Panaca Quimbaya”* (p. 49 del Dictamen pericial en mercadotecnia, financiero y contable. Folio 50 del cuaderno de pruebas No. 11), y que se aplican a la prestación de unos servicios atípicos, exclusivos y pioneros en esta clase de franquicias en Colombia.

Sumado a lo anterior el tribunal encuentra que el hecho de que el Parque haya entrado en operación y que durante su primer año haya obtenido ingresos, es un indicio importante de que SABANA hizo lo que tenía que hacer, siguió las instrucciones básicas y respetó la filosofía del negocio. En otras palabras, hizo su mejor esfuerzo para poner en marcha y operar el Parque en los términos pactados.

Aunque lo anterior resulta suficiente para rechazar este cargo de incumplimiento, el tribunal agrega que PANACA concreta el incumplimiento de esta obligación en la negativa de SABANA de desarrollar no solo la estructura organizacional a que se refiere el Manual de Operaciones, sino también las claves de negociación del área comercial. Con relación a este último cargo, el tribunal advierte que de acuerdo con la prueba pericial en aspectos de mercadotecnia, financieros y contables rendida en el proceso, puede afirmarse que no se presentó tal incumplimiento, pues si bien se constató que la estructura organizacional de SABANA presenta diferencias con la del área de mercadeo y ventas sugerida en el Manual de Operaciones, dichas diferencias se concretan en el nombre otorgado a los mismos, o en los cargos (puestos de trabajo) existentes en una y otra, ya que existen unos puestos de trabajo en SABANA que no existen en los Manuales de la franquicia pero, en todo caso, la estructura organizacional de SABANA cumple con los requisitos de la franquicia puesto que las diferencias entre una y otra son sólo nominativas; en otras palabras, se trata de iguales cargos, con las mismas funciones que se encuentran en el Manual de Operaciones de la franquicia, pero con nombres distintos. (Dictamen pericial en mercadotecnia, financiero y contable. Ps. 74 a 76. Folios 75 a 78 del cuaderno de pruebas No. 11 y p. 17 del escrito de Aclaraciones y Complementaciones. Folios 242 del cuaderno de pruebas No. 11), afirmaciones y conclusiones que igualmente comparte la testigo Catalina González, quien en su declaración ratificó lo antes indicado. (p. 9 de la transcripción, folio 152 del cuaderno de pruebas No. 13).

En cuanto a las claves de negociación el mismo perito constata en el Dictamen pericial referido, que SABANA implementó algunos de los métodos de comercialización indicados en los Manuales y que, igualmente, utilizó otros no previstos como fue el caso del *Call Center*, concluyendo de manera general que, en todo caso, los métodos utilizados fueron apropiados desde el punto de vista de mercadotecnia, en la medida en que resultaron ser mecanismos idóneos de comercialización, de acuerdo a las técnicas estándar de la mercadotecnia moderna y que su implementación, como fue el caso concreto del *Call Center*, tuvo un impacto positivo en la afluencia de visitantes al Parque SABANA.

Lo anterior resulta suficiente para que el tribunal concluya que no existiendo una prohibición expresa de utilizar medios o estrategias complementarias de comercialización no contempladas en los Manuales de franquicia y habiendo utilizado SABANA estrategias y métodos adecuados para comercializar sus servicios, actuó dentro de la autonomía empresarial propia y exigible en función del cumplimiento de los fines y objetivos de la franquicia.

Finalmente, el tribunal considera necesario precisar que no puede confundirse un bajo rendimiento económico del Parque, mucho menos identificarse su eventual fracaso con la necesaria inobservancia de unos Manuales, entre otras razones porque el cumplimiento riguroso de los mismos no necesariamente garantiza el éxito de la gestión empresarial.

En mérito de lo expuesto, esta pretensión no encuentra prosperidad alguna.

2.3. “negativa de implementar otros métodos de comercialización diferentes a los que empleó” (QUINTA PRETENSION PRINCIPAL).

PANACA concreta el incumplimiento de esta obligación indicando, de una parte, que la buena fe contractual obligaba a SABANA a *“implementar todas las prácticas comerciales que hacían parte del Know How que PANACA le licenció, y que habían demostrado ser conducentes para que SABANA hubiera incrementado de manera sustancial el número de visitantes al Parque de la Sabana”* y, de otra, que si *“hubiera implementado el sistema de Oficinas Regionales, si hubiera realizado eventos y ferias agropecuarias, y si hubiera instalado Panaca Viajeros en la Zona de Influencia, habría tenido más de 200.000 visitantes adicionales....”*

Al respecto el tribunal considera suficiente para despachar las pretensiones correspondientes, reiterar las consideraciones expuestas en el numeral anterior en las que precisó que la especial naturaleza jurídica del negocio celebrado impone entender que la entrega por parte del franquiciante de una serie de Manuales o de instrucciones, de ninguna manera puede configurar una relación de extrema dependencia que suponga una pérdida total de autonomía empresarial por parte del franquiciatario, menos en un caso como el que se debate en este proceso, en el que los propios Manuales establecen su carácter de guía orientadora de la gestión, y en el que consta que las instrucciones de PANACA en las reuniones del Comité de Franquicia solamente tenían el alcance de recomendaciones que, por supuesto, podían o no ser adoptadas por SABANA.

El tribunal, igualmente, debe señalar que en el presente caso también quedó probado que SABANA, dentro de la autonomía de gestión que le otorgó el mismo contrato, acogió varias de las recomendaciones de PANACA e implementó algunos de los métodos o sistemas consignados en los Manuales, y otros que por razón de su propia experticia consideró pertinentes, adecuados y útiles teniendo en cuenta las especiales características del negocio y las condiciones de la sabana de Bogotá, de manera que puede concluirse que SABANA cumplió con la obligación contractual aquí referida.

Finalmente, el tribunal llama la atención sobre la conducta desplegada por PANACA, en la medida en que considera que no resulta coherente ni apropiado analizar y decidir, en un negocio jurídico cuya ejecución se acordó a 30 años, que el mismo no resultó exitoso, habiendo transcurrido apenas un año de operaciones, así como exigir al franquiciatario la utilización de todas aquellas prácticas de mercadotecnia que el franquiciante considera –en ocasiones de manera caprichosa– que resultan aplicables. El tribunal insiste en que un contrato de este tipo, con un plazo tan extenso como el acordado, exigía un nivel de tolerancia y paciencia más generoso que el que tuvo el franquiciante y que, además, carecen de sustento las afirmaciones encaminadas a asegurar que de haber SABANA acudido a otros medios, hubiera logrado un mayor número de visitantes al Parque.

Por las razones expuestas, el tribunal declarará en la parte resolutive la no prosperidad de las Pretensiones implicadas en estos cargos.

2.4. “la realización de ferias y eventos agropecuarios y culturales” (SEXTA PRETENSION PRINCIPAL).

PANACA alega que SABANA incumplió la obligación de hacer consignada en el numeral 5.1.6 que, como ya se indicó, implicaba el despliegue “*del mejor esfuerzo*” y cuya ejecución no determinaba resultados concretos por los que se hubiera obligado el Franquiciatario.

Bajo este entendimiento, observa el tribunal que, al margen de la manifestación según la cual SABANA no realizó ferias ni eventos agropecuarios, lo cierto es que obra en el expediente prueba de que SABANA, entre los meses de septiembre de 2006 y enero de 2008, organizó “*al menos 923 eventos internos entre eventos corporativos, agropecuarios, fiestas, concursos caninos y sociales*” y “*ha asistido al menos a 12 eventos externos*” (p. 84 del Dictamen pericial en mercadotecnia, financiero y contable. Folio 84 del cuaderno de

pruebas No. 11) y, en todo caso, desplegó una serie de actividades y gestiones tendientes al cumplimiento de esta obligación, asunto del que da cuenta la testigo Eliana Serrano quien en su declaración afirmó que SABANA en cumplimiento de esta obligación no solo la contrató y vinculó al proyecto por ser una persona experta en la ejecución, desarrollo de ferias y exposiciones, sino que por su intermediación desplegó una serie de actividades encaminadas a la realización de ferias y eventos algunos de los cuales, por infinidad de razones, no pudieron concretarse (Págs.. 9 a 12 de la transcripción, folios. 339 a 341 del Cuaderno de Pruebas No. 11). Asimismo el tribunal toma en cuenta la declaración de la señora Catalina González quien del listado de eventos y ferias consignados en el Dictamen pericial al que se hizo referencia, identificó los que de acuerdo con su experiencia correspondían a eventos o ferias de tipo agropecuario. (p. 10 de la transcripción. Folio 152 (reverso) del cuaderno de pruebas No. 13).

Todo lo anterior permite concluir que SABANA sí cumplió la obligación bajo examen, pues no sólo hizo su mejor esfuerzo para ello sino que, efectivamente, logró unos resultados palmarios, aunque no se encontraba obligada a obtenerlos, lo que resulta más que suficiente para que el tribunal concluya que esta Pretensión de la convocante tampoco está llamada a prosperar.

Por lo expuesto con relación a este primer bloque de obligaciones supuestamente incumplidas por SABANA se imponen las siguientes conclusiones que, igualmente, se reflejarán en la parte resolutive de este laudo arbitral:

- No prosperan las Pretensiones declarativas **Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta Principales** de la demanda de PANACA.
- No prospera la Pretensión Consecuencial, también declarativa, **Séptima Principal** de la demanda de PANACA.
- No prosperan las demás Pretensiones consecuenciales, declarativas o de condena articuladas con fundamento en las Pretensiones declarativas **Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta Principales** que no prosperaron.
- En forma correlativa, no habiéndose demostrado por la convocante los supuestos de hecho del elenco normativo supuestamente infringido por SABANA (art. 177 del C. de P. C.), no es necesario pronunciarse sobre el bloque de excepciones de SABANA que corresponden a las Pretensiones estudiadas (Excepciones Nos. 4, 5, 6, 8 y 11, ps. 20 a 38

de la contestación a la Demanda Reformada). En todo caso, es necesario consignar que la mayoría de ellas apuntan a lo que acaba de establecer el tribunal y no son, en estricta técnica procesal, Excepciones sobre las que tenga que pronunciarse el tribunal.

Pasa el tribunal a estudiar el segundo bloque de obligaciones de SABANA supuestamente incumplidas, en este caso todas ellas de carácter dinerario.

3. Estudio del Segundo Bloque de incumplimientos imputados por PANACA a SABANA.

El segundo bloque de obligaciones incumplidas por SABANA –de acuerdo con las Pretensiones de PANACA- está conformado por obligaciones dinerarias sobre las que es necesario hacer esta división para su análisis particular:

(i) Regalías.- Regalía es un concepto económico-jurídico definido en el contrato (Cláusula 1.15), cuya forma de liquidarse está prevista en el Anexo No. 11 (según la numeración de la Cláusula 17.9 del contrato). Sobre las regalías por las que reclama PANACA , se puede concluir: (i) que se habrían causado; (ii) que las del primer año se liquidaban semestralmente; (iii) que las causadas a partir del segundo año se liquidaban mensualmente; (iv) que SABANA no las pagó a PANACA y, (v) que en el proceso SABANA ha pretextado que no lo hizo porque PANACA, por su parte, le incumplió el contrato (Reconvención). En este punto SABANA no estaría desconociendo la causación de las regalías por las que reclama PANACA sino retardando su pago mediante la invocación de una justificación de su mora.

PANACA le solicitó al perito Julio Ernesto Villarreal “*determinar el monto de las regalías causadas a favor de PANACA desde el 1º de septiembre de 2006 hasta el 15 de febrero de 2008*” ... “*a partir de los estados financieros de SABANA y los documentos que los soportan*”, trabajo que obra en las ps. 139 a 150 de su experticia (folios 140 a 151 del Cuaderno de Pruebas No. 11) en donde concluye que, para el período indicado, sin accesorios, las regalías alcanzan la suma de \$ **144.732.915** (p. 148 *in fine*).

(ii) Pago de participaciones por patrocinios Niveles 1, 2 y 3.- El tema está previsto así en los referentes normativos de esta controversia:

- El concepto de PATROCINIOS no forma parte de las Definiciones, ni es objeto de tratamiento particular en el clausulado del contrato. Solamente en la definición de

MANUALES (Cláusula 1.9) se incluye -sin descripción alguna- el “MANUAL DE PATROCINIOS”. Naturalmente, estos Manuales “*hacen parte del contrato*” a términos de la Cláusula 17.9.

- El tema PATROCINIOS se encuentra descrito y reglado en el Anexo No. 5 del Contrato (Disposiciones Generales; Niveles de Patrocinadores; causación de las participaciones y distribución de las mismas).

Afirma PANACA que SABANA ha incumplido al no pagarle el porcentaje a que tiene derecho por los patrocinios gestionados por SABANA, y que el daño causado por este incumplimiento hasta la terminación del contrato alcanza la suma de \$ **1.030.680.547** (Alegato de PANACA p. 136 y Peritaje de Julio Villarreal, p. 133). En el “**Acuerdo Extrajudicial de Reorganización**” de SABANA (validado u homologado en actuación jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades el 14 de abril de 2009) se reconoció –e incluyó como obligación litigiosa y contingente- la suma de \$ **1.032.201.733**, por este concepto.

SABANA, por su parte, considera que no se cumplen los presupuestos contractuales que dan derecho a PANACA a percibir aquellos porcentajes por patrocinios y que, además, habría discusión sobre la forma de su liquidación, ya que para SABANA esa participación solo podría liquidarse al tercer año de operación. Como el contrato nada informa sobre la manera de causar y liquidar las participaciones por PATROCINIOS, ello debe resolverse con lo que obra en el Manual correspondiente. En las ps. 109 a 112 de su alegato (en otras partes también lo hace), SABANA expone sus razones para concluir que no se han dado los requisitos para proceder a la liquidación de lo que a cada parte corresponde por los Patrocinios Niveles 1, 2 y 3 (categorías previstas en el Anexo del Contrato y en el Manual de Patrocinios).

Para el cabal entendimiento de las Pretensiones DECIMA PRINCIPAL y DECIMA SUBSIDIARIA es necesario precisar que el evento del no pago por parte de SABANA a PANACA de las sumas de dinero correspondientes a los **patrocinios**, o el incumplimiento de cualquiera otra obligación vinculada o derivada de los mismos, no constituye causa justificativa de la terminación del contrato. Según la estipulación contractual respectiva, ese pacto comisorio expreso se fundó de manera exclusiva en el incumplimiento del pago de **regalías** y otras precisas obligaciones consignadas en la Cláusula 11 del contrato.

3.1. El incumplimiento en el pago de Regalías. Pretensiones Principales SEGUNDA y DECIMA de PANACA.

Las dos pretensiones básicas de PANACA son la SEGUNDA y DECIMA principales, ambas declarativas, y así lo entiende el tribunal en la medida en que admitida su prosperidad debe cesar la vida del Contrato y desencadenarse las consecuencias de esa decisión, muchas de ellas ni siquiera sospechadas o insinuadas en las mismas pretensiones, la más importante la terminación de la **sociedad** franquiciataria (y de su organización económica **empresaria**), que por tener un objeto dependiente del Contrato de Franquicia tendría que entrar en estado de disolución y liquidación (art. 218, No. 2, del C. de Co.), con consecuencias inevitables en el **“Acuerdo Extrajudicial de Reorganización de Pasivos”** (Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 20 a 57) que la sociedad franquiciataria suscribió con sus acreedores, del que es fuente de pago exclusiva la actividad empresarial de SABANA.

-Para emprender el análisis de estas Pretensiones de PANACA conviene recordar textualmente sus términos:

*“**SEGUNDA PRINCIPAL:** Que se declare que SABANA incumplió su obligación de pagarle a PANACA las regalías pactadas como contraprestación en la FRANQUICIA”.*

*“**DECIMA PRINCIPAL:** Con base en el incumplimiento imputable a SABANA a que se refieren los hechos de la demanda y cuya fe se solicita en la pretensión SEGUNDA PRINCIPAL, y con fundamento en la cláusula 11.1 de la FRANQUICIA y en el artículo 870 del Código de Comercio, que se declare que la FRANQUICIA terminó por JUSTA CAUSA el 15 de febrero de 2008 fecha en la cual PANACA le comunicó a SABANA su decisión de acogerse al contrato y darlo por terminado”.*

Los referentes contractuales y las posiciones de las partes se pueden compendiar así:

- (i) *“La contraprestación que EL FRANQUICIATARIO le pagará a PANACA por la franquicia aquí otorgada... se establece bajo el mecanismo de Regalías. La determinación de las Regalías y su liquidación se efectuará con base en el Anexo 11 de este Contrato”.* De este Anexo se destaca, frente a lo que se solicita en las pretensiones que se estudian: (i) La manera y los factores para calcular esas regalías; (ii) *“El porcentaje de regalía a aplicar en cada uno de los primeros tres (3) años se estimará con base en el Número Real de Visitantes (NRV) de cada año y de acuerdo a la*

siguiente tabla...”; (iii) “Durante el primer año contado a partir de la Fecha de Entrada en Operación, la Regalía se liquidará semestralmente y se pagará dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la terminación del respectivo semestre”; (iv) “A partir del inicio del segundo año de operaciones de Panaca de la Sabana, la regalía se liquidará mensualmente y se pagará dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la terminación del respectivo mes”.

(ii) Reza la cláusula 11.1 del contrato: *“La falta de pago de las Regalías por el FRANQUICIATARIO, sin justa causa, constituirá causal de terminación sólo en los eventos en que el FRANQUICIATARIO deje de pagar oportunamente (3) o mas instalamentos consecutivos”.* En este caso –y siete más previstos en misma cláusula que no son pertinentes en este debate- PANACA tendría el *derecho “a terminar de manera inmediata y unilateral el presente contrato...”*, lo que bien podría ser calificado como la existencia de un pacto comisorio expreso.

(iii) En los Hechos la convocante afirma que SABANA no le ha pagado las regalías correspondientes a tres (3) instalamentos consecutivos (Hecho No. 3), que ello constituye una causa justa de terminación unilateral del contrato (Hecho No. 4), y que SABANA le reclamó a PANACA por primera vez, nueve (9) meses después de la apertura del Parque, por unos sobrecostos en su construcción y que esa es la razón que invoca la convocada para no pagar los dineros causados por regalías y patrocinios (Hecho No. 36).

(iv) SABANA, por su parte, afirma en la contestación al Hecho No. 3 que *“no le ha pagado a PANACA algunos instalamentos correspondientes a regalías causadas”* y agrega –en una aclaración insólita- que no le consta el número de meses de regalías no pagadas. Dice además, en esta misma respuesta, que *“SABANA no se encuentra en mora de cumplir con tal obligación, dado que PANACA ha incumplido el contrato...”*. Igualmente, pone de presente *“que existe una discusión en relación con la forma en que se liquida el valor de las regalías causadas”*.

Para despachar lo relativo a las pretensiones SEGUNDA PRINCIPAL y DECIMA PRINCIPAL de la convocante serán suficientes las siguientes consideraciones:

1ª. El tribunal no accederá a la terminación del contrato porque ha llegado a la convicción de que las razones invocadas por PANACA no revisten la **gravedad** que exige el ordenamiento jurídico para ello, y porque la decisión de la convocante no cumple con los

estándares de prudencia (es una manifestación de la buena fe) para que pueda decretarse una declaración tan extrema, no solo perturbadora de la existencia del negocio jurídico sino, además, en el caso concreto, aniquiladora de una determinada organización empresarial que, según lo informa el plenario, se encuentra en plan de salvamento económico mediante la suscripción con sus acreedores de un **“Acuerdo Extrajudicial de Reorganización de Pasivos”** al amparo de la Ley 1116 de 2006, Acuerdo en el que se admitieron y graduaron los créditos dinerarios de PANACA como quirografarios y contingentes (nuevamente, Cuaderno de Pruebas No. 2).

2ª. El catálogo de instituciones jurídicas que tiene a disposición un acreedor no es de forzosa ejecución, ni la selección de una de ellas es asunto de meras estrategias (sustanciales o procesales), puesto que el arsenal de instituciones jurídicas del que puede echar mano un acreedor debe someterse al rigor de la buena fe, perspectiva en la que tiene que sopesar los derechos y valores jurídicos implicados y ordenarlos de acuerdo con su jerarquía intrínseca, y dependiendo de las circunstancias propias del caso optar por las vías menos traumáticas de los bienes que pudieran resultar afectados, y esa es la perspectiva, precisamente, en la que debe indagarse –cuando proceda- un eventual abuso en el ejercicio de los derechos.

3ª. En este orden de ideas, en el caso bajo examen el tribunal echa de menos los intentos que han debido hacer ambas partes –y siempre dentro de la más exigente buena fe- para adecuar la ejecución contractual a las vicisitudes de esta concreta explotación empresarial – que nada tiene de genérica o corriente- en un ejercicio de adecuación a la realidad en el que debe entenderse que los textos contractuales no son inamovibles y que es necesario tratar de que ellos reflejen lo que las partes en sus efectivas circunstancias pueden o deben hacer.

4ª. El tribunal observa una innecesaria precipitación en la decisión tomada por la convocante de terminar este contrato el 15 de febrero de 2008 e, igualmente, observa una cierta impericia e imprudencia empresarial en la convocada para percibir cabalmente los alcances de su situación económica y financiera y plantearle a su franquiciante la realidad exacta de la ejecución contractual y ofrecerle cuentas fundadas y convincentes de la causación y liquidación de las regalías, y nada de ello hizo, hasta el punto de sostener –así, por ejemplo, en la contestación de la demanda- que no sabía cuantos meses, ni cuánto, le debía a PANACA a título de regalías.

5ª. En circunstancias como estas deben las partes contratantes sentarse a revisar los términos de sus contratos y sus equivalencias patrimoniales e introducir los ajustes y

correcciones que sean necesarios, obrando con base en los mismos elementos bien conocidos del artículo 871 del C. de Co., y si esas salvaguardas no se consignaron en el texto contractual, nada impide que en ejercicio de la autonomía de la voluntad procedan a introducirlas antes de tener que llegar a soluciones compulsorias y generales –de las que se ocupa el Derecho Concursal- que deben cobijar o afectar a la totalidad de los acreedores (Ley 1116 de 2006) y sin que sus causas tengan que constituir circunstancias “*extraordinarias, imprevistas o imprevisibles*”, de las que también se ocupa el derecho bajo el instituto de la revisión del contrato “*de ejecución sucesiva, periódica o diferida*” (art. 868 del C. de Co.).

6ª. Aún dentro de la hipótesis del incumplimiento del pago de las regalías pesaba sobre PANACA, parte acreedora, una carga de prudencia que debía servirle para evitar las hipótesis extremas y escoger una vía jurídica que conjugara el servicio del crédito y la conservación del contrato, comportamiento que era razonable suponerlo y esperarlo en la medida en que las partes se encontraban vinculadas no por un contrato de cambio sino de colaboración, en el primer año de la operación del Parque, que estaban comprometidas a su ejecución durante treinta (30) años, que PANACA estaba tratando de consolidar su esquema de franquicias en una experiencia que debía multiplicarse –el plenario da cuenta de que ello se estaba intentando en México, Cuba, Costa Rica y España-, escenario en el que no se necesita ser un experto para concluir que el fracaso de esta franquicia podía constituir, igualmente, el fracaso del programa empresarial de franquicias de PANACA.

7ª. Y en esta misma línea de reflexiones, el comportamiento de SABANA ha debido ser más franco y oportuno, y si bien tenía el derecho de acogerse a una solución concursal – universal y obligatoria para todos los acreedores, inclusive los disidentes- el tribunal encuentra indicios suficientes de que ello no fue informado de manera oportuna a PANACA y de haberse conformado el Acuerdo (tratativas) sin su participación, pues no otra conclusión puede sacarse de los documentos agregados por PANACA al expediente en su alegato de conclusión. En este caso concreto no estaba de por medio un problema de votos, ni de mayorías, sino el meollo del salvamento empresarial de SABANA que, a términos de aquel acuerdo, depende totalmente de este contrato de franquicia y de su convivencia contractual con PANACA.

8ª. Por otra parte, los textos contractuales no son para atrincherarse en ellos y convertirlos en fuente de ejercicios jurídicos apabullantes de la otra parte, o perturbadores de las empresas implicadas, y una ejecución contractual como la que nos ocupa, alrededor de un objeto especialísimo, de largo plazo, y primeriza para ambas partes en tema de Franquicias,

puede resultar, especialmente al comienzo, vacilante, imperfecta, diferente del plan de trabajo originalmente concebido o, como ocurrió en este caso, muy alejada de las expectativas comerciales del franquiciante y del franquiciado, sin que las partes hayan tenido la tolerancia y prudencia que se necesitaba para revisar el contrato y adecuarlo a las realidades económicas y financieras por ambas percibidas y culposamente soslayadas.

9ª. Al no revestir este incumplimiento la **gravedad**¹⁰ que exige el derecho positivo para que pueda deprecarse la terminación del contrato, y habiendo contribuido ambas partes con su comportamiento recíproco a dificultar sus relaciones, y por su propia culpa no haber utilizado los medios que ofrece el ordenamiento jurídico para asegurar o reestructurar el pago de esta prestación que por su mero aspecto cuantitativo no estaba llamada a desencadenar una decisión tan drástica como la que tomó PANACA, el tribunal no accederá a la terminación del contrato de franquicia que existe entre la convocante y la convocada, lo que implica que, encontrando prosperidad la pretensión SEGUNDA PRINCIPAL, ello no tiene mérito suficiente para que tribunal declare la terminación por justa causa del contrato de franquicia que existe entre las partes, punto en que se declarará el fracaso de la pretensión DECIMA PRINCIPAL, debiendo correr la misma suerte las consecuenciales de ésta.

10ª. Lo anterior no significa que SABANA no tenga que pagar a PANACA lo que se haya causado y seguido causando, sin solución de continuidad alguna, tanto por regalías como por cualquier otro concepto que a la luz del Contrato y del derecho de las obligaciones se hubiere hecho actual y exigible, y a ello deben estar ambas partes.

11ª. Finalmente, el tribunal no decretará el pago de las regalías incumplidas (no pagadas) por SABANA a PANACA porque es bien claro que esa consecuencia, a términos de las pretensiones (UNDECIMA PRINCIPAL), la hizo depender la convocante del éxito de las pretensiones DECIMA PRINCIPAL o DECIMA SUBSIDIARIA que, como ha quedado consignado, han fracasado. Tampoco podría el tribunal hacerlo en función del cumplimiento del contrato porque no estando permitido al actor acumular la resolución (en este caso terminación) del contrato con su cumplimiento, tampoco le está permitido al juez proceder en ejercicio de una acumulación expresamente prohibida en la ley sustancial, aún de manera subsidiaria (art. 1546 del C. C.).

¹⁰ El tribunal remite a lo que tiene sentada nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, y a la mejor doctrina contractual, respecto de la **gravedad** que se exige en un incumplimiento para que pueda justificar la resolución del contrato, asunto que fue tratado en páginas anteriores de este mismo laudo.

3.2. El incumplimiento en el pago de participaciones por Patrocinios Niveles 1, 2 y 3. Pretensiones Principales OCTAVA, NOVENA y DECIMA SUBSIDIARIA de PANACA.

Las pretensiones de PANACA vinculadas con las participaciones que le corresponderían en los Patrocinios conseguidos por SABANA sin la colaboración o intervención de PANACA son la OCTAVA y NOVENA PRINCIPALES y la PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DECIMA PRINCIPAL, que se transcriben nuevamente para mayor claridad.

“OCTAVA PRINCIPAL: Que se declare que SABANA, previos los descuentos a que hubo lugar según el Anexo de Patrocinios de LA FRANQUICIA, incumplió su obligación de pagarle a PANACA el treinta por ciento del dinero obtenido por SABANA en contraprestación de los contratos de patrocinios Niveles 1, 2 y 3 que celebró.”

“NOVENA PRINCIPAL: Que se declare que SABANA incumplió su obligación de entregarle a una sociedad fiduciaria el dinero obtenido en contraprestación de los contratos de patrocinios Niveles 1, 2 y 3 que celebró”.

“PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DECIMA PRINCIPAL: Que con base en los incumplimientos contractuales imputables a SABANA a que se refieren los hechos de la demanda y cuya fe se solicita en las PRETENSIONES SEGUNDA A NOVENA PRINCIPALES, y con fundamento en el artículo 870 del Código de Comercio, se declare la terminación de la FRANQUICIA a partir de la ejecutoria del Laudo Arbitral”.

Los referentes contractuales y las posiciones de las partes se resumen así:

- (i) Nada estipula el contrato sobre patrocinios y este concepto no está incluido en las Definiciones. Sin embargo, forma parte del contrato su Anexo No. 5, MANUAL DE PATROCINIOS, en el que se encuentra lo relativo a esta prestación dineraria. Los Niveles 1, 2 y 3 de patrocinios se refieren, en su orden, a los Patrocinadores Institucionales, Agroindustriales y de Estación.
- (ii) PANACA formula estas pretensiones para buscar la terminación del contrato (a ello apunta la DECIMA SUBSIDIARIA) pero, además, a sabiendas de que su causación y exigibilidad, así como la obligación de que trata la pretensión NOVENA PRINCIPAL estaban sometidas a unas determinadas condiciones y requisitos, conocimiento que se

hace expreso en la "Nota" de la p. 135 de su alegato de conclusión, al tratar precisamente (No. 58) la reclamación por estos patrocinios, así: *"El Parque de la Sabana únicamente estuvo en operación 17 meses. El Parque de la Sabana inició operaciones en septiembre de 2006 y la FRANQUICIA terminó el 15 de febrero de 2008. Por esta razón no se verificó la condición (i) del Parágrafo Primero"* (destaca el tribunal).

(iii) SABANA, por su parte, al contestar los Hechos Nos. 7, 8, 9 y 10 de la Demanda Reformada de PANACA manifiesta (i) Que *"la condición prevista en la cláusula citada... para que haya lugar al pago del porcentaje allí previsto, no se ha dado en este caso particular"*; (ii) Que *"...SABANA no estaría en mora de cumplir la obligación dados los incumplimientos en que ha incurrido la parte demandante"*; (iii) Que *"... la celebración de un contrato de fiducia, con el objeto de que una sociedad fiduciaria administre los pagos en efectivo que tengan origen en los contratos de patrocinio, y haga la distribución de esos valores, a que se refiere la cláusula séptima del anexo de patrocinios, está prevista para los eventos en que en esos contratos se encuentren involucrados varios parques franquiciados..."* (Contestación a los Hechos Nos. 8 y 9).

El tribunal no accederá a estas solicitudes de la convocante y para fundar su decisión resultan suficientes las siguientes consideraciones:

1ª. A la vista del PARAGRAFO PRIMERO de la cláusula Tercera del Anexo de Patrocinios se concluye, sin duda alguna, que lo que reclama PANACA a SABANA al amparo de las Pretensiones que se estudian no corresponde a una obligación pura y simple, cierta y exigible, sino que se trata de una obligación sometida no solo a condiciones sino también a modos.

2ª. En efecto, de la estipulación citada, transcrita en el Hecho No. 7 de la Demanda Reformada de PANACA se deduce que para que la obligación que se comenta fuera exigible debían verificarse unos determinados presupuestos económicos de los que nada informa el plenario y, además, respetarse un determinado lapso que al momento de incoarse la demanda que nos ocupa no había transcurrido.

3ª. En adición a lo anterior, lo que se consigna en la pretensión NOVENA PRINCIPAL, que se funda en la cláusula SEPTIMA del Anexo de Patrocinios (constitución de una fiducia mercantil y su reglamento), no puede considerarse una obligación incumplida porque no encuentra el tribunal que se hubieran dado los presupuestos de su conformación,

en especial porque se trata de un modo o manera de recaudar y administrar los dineros provenientes de estos niveles de patrocinios cuando existan varios contratos de franquicia de PANACA en operación y, obviamente, patrocinios de los niveles varias veces referidos, quedando por dilucidar, todavía, a cargo de quien estaría la obligación de crear ese patrimonio autónomo, circunstancias todas de las que no puede deducirse un incumplimiento diáfano como lo pretende la convocante. Se trata, entonces, de una situación conformada o estructurada sobre una circunstancia imposible (arts. 1518 y 1532 del C. C.) al momento de incoarse esta acción.

4ª. Así no correspondan en estricto sentido a la técnica de unas verdaderas excepciones, en este punto tiene razón SABANA cuando invocó (ps. 15 a 20 de la Contestación a la Demanda Reformada), en apoyo de su posición, las defensas que rotuló “*No se ha generado la obligación de pago de un porcentaje del valor (sic) los patrocinios*” y “*No se ha presentado incumplimiento de la obligación relativa a la celebración de un contrato de fiducia mercantil para la administración de los pagos originados en los contratos de patrocinio*”, posición que el tribunal encuentra equivalente a la prosperidad de la excepción de *inexigibilidad de la obligación* que halla plenamente probada a términos de lo previsto en el artículo 306, inciso primero, del C. de P. C.

En mérito de todo lo expuesto con relación a las obligaciones dinerarias por las que reclama PANACA a SABANA (**Regalías y Porcentajes por Patrocinios**), no prosperan las PRETENSIONES PRINCIPALES SEGUNDA, OCTAVA, NOVENA, DECIMA y DECIMA SUBSIDIARIA, así como las demás, consecuenciales de todas ellas, relativas a los accesorios que habrían tenido que decretarse de haber encontrado prosperidad esas solicitudes de PANACA.

4. Las excepciones de SABANA.

En este punto el tribunal remite a lo que se consigna en este mismo laudo arbitral en el No. 4 de la TERCERA PARTE (“*Medios de defensa propuestos por PANACA*”), puesto que el elenco de excepciones de SABANA participa, en lo esencial, de las mismas características que el tribunal observa en los medios exceptivos de PANACA.

En efecto, SABANA reiteradamente propone como excepción la mera negación de lo que le imputa PANACA (“*no se ha generado la obligación...*”; “*no se ha presentado incumplimiento...*”; “*no se otorgó plazo...*”) lo que desde el punto de vista de la técnica procesal, y de acuerdo con doctrina reiterada de nuestra Corte Suprema de Justicia, no es

suficiente para conformar verdaderas excepciones (hechos que destruyen, impiden, modifican o postergan el ejercicio del derecho) que tuvieran que ser objeto de estudio en este laudo.

Sin embargo, el tribunal ha encontrado probada la excepción de *inexigibilidad de la obligación* relativa al pago de los porcentajes que le habrían correspondido a PANACA y a la pretendida constitución de una fiducia como modo de ejecución de ese pago, a que se refieren las pretensiones PRINCIPALES OCTAVA y NOVENA, y así lo consignará en la parte resolutive de este laudo arbitral, circunstancia que determina, como ha quedado consignado, el fracaso de esas pretensiones.

III. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE SABANA.

Tratándose de la demanda propuesta por Parque Agropecuario de la Sabana S.A., previamente, así como se hizo en el aparte correspondiente a la demanda de Parque Nacional de la Cultura Agropecuaria S.A., se especificarán para efectos de su análisis, los incumplimientos que imputa a la parte reconvenida, para que sean reconocidos en pretensiones de estricto carácter declarativo, que consecuentemente aparejan pretensiones de condena, mediante las cuales se aspira al resarcimiento de los perjuicios.

1. Incumplimientos obligacionales que SABANA imputa a PANACA.

Las obligaciones que se predicen incumplidas por la parte demandada en reconvención son las siguientes:

- a) Entrega de planos e información para la construcción del parque de la Sabana que no eran aptos para llevar a cabo la construcción con la inversión acordada inicialmente, lo cual generó sobrecostos (pretensión segunda).
- b) Incumplimiento de la obligación de desplegar la máxima diligencia para la obtención y gestión de los Patrocinios Niveles 1, 2 y 3 (pretensión tercera).
- c) Incumplimiento de la obligación de innovar espectáculos, exhibiciones y presentaciones cada doce meses (pretensión cuarta).

- d) Incumplimiento de la obligación de pagar los costos que generaran las modificaciones que tuvieron lugar durante el proceso de construcción del parque por deseo de Parque Nacional de la Cultura Agropecuaria S.A. (pretensión quinta).
- e) Incumplimiento de la obligación de entregar un Know How que permitiera la comercialización, construcción, administración y explotación de un parque agropecuario en la ciudad de Bogotá, en la forma prevista en el plan de negocios elaborado por PANACA (pretensión sexta).

2. Incumplimientos relacionados con la construcción del parque.

Siguiendo el mismo orden del planteamiento, el Tribunal se ocupará del examen de cada una de dichas pretensiones, para decidir lo que al respecto proceda en consideración al acervo probatorio que obra en el expediente, pero llevado de la mano por el marco teórico que inicialmente se expuso.

2.1. Sobrecostos por defectos de los diseños.

De acuerdo con el contrato de franquicia celebrado entre las partes de este proceso, el franquiciante como parte integrante del Know How que se estaba licenciando, estaba obligado a entregarle al franquiciatario la *“Información y conocimiento derivado de la experiencia de Panaca en la creación, concepción, construcción, administración y comercialización de parques temáticos agropecuarios”* (cláusula 1ª., numeral 1.8). Know How, que al decir de esa misma cláusula, conllevaba entre otros ítems, la información y conocimiento referente a *“(ii) los planos”*, indispensables para ejecutar la construcción en la Sabana de Bogotá de un parque agropecuario que fuera réplica del existente en el Departamento del Quindío.

Conforme al numeral 1.14 de la cláusula primera del contrato, los mencionados planos se integraban por *“los planos arquitectónicos, estructurales, hidráulicos y eléctricos contratados por PANACA con profesionales especialistas en cada una de esas materias y que hacen parte del Know How y cuya utilización y goce se autoriza al FRANQUICIATARIO mediante el presente contrato”*. Por lo demás, en este mismo numeral, PANACA para garantizar la aptitud de los planos, dice que *“cumplen con todas las normas y regulaciones que sean aplicables a los mismos y contemplan especificaciones que garantizan la seguridad de los visitantes de Panaca de la Sabana”*. Con todo, en esta misma estipulación, *“las partes reconocen y aceptan expresamente que los Planos pueden*

ser modificados y ajustados por el FRANQUICIATARIO teniendo en cuenta las condiciones particulares del sitio en el que operará el Parque de la Sabana (según se define más adelante)”.

El contenido contractual que se acaba de citar, permite dejar por averiguados dos aspectos fundamentales para el análisis del incumplimiento obligacional en cuanto concierne a la entrega de *“planos e información” “aptos para llevar a cabo la construcción con la inversión acordada inicialmente”*, que sustenta la pretensión segunda de la demanda de reconvencción.

Véase: cuando la estipulación contractual se refiere a que los planos cumplen todas las normas y regulaciones que le son aplicables a los mismos, sin duda que allí se está haciendo un juicio de valor sobre la aptitud, idoneidad o calidad de los planos, como no podía ser de otra manera, si es que de verdad se quería garantizar lo que las propias partes previeron en el ordinal sexto de las declaraciones del contrato de franquicia, es decir, *“dar acceso a un “know how” esencial para replicar el Parque Nacional de la Cultura Agropecuaria” en “la Sabana de Bogotá”*.

De modo que esta obligación tendría perfecto cumplimiento en tanto el franquiciatario tuviera acceso a unos planos con la calidad suficiente para obtener el resultado previsto, o sea, la construcción en la sabana de Bogotá de un parque agropecuario que fuera *“réplica”* del que ya PANACA venía explotando.

Empero, la misma cláusula que es objeto de análisis, prevé la posibilidad de que los planos entregados sean susceptibles de modificación y ajuste por parte del franquiciatario con el fin de adecuarlos a *“las condiciones particulares del sitio en el que operará el Parque de la Sabana (según se define más adelante)”*.

Significa lo anterior que las partes fueron conscientes de que la *“réplica”* del parque no era un proceso de transplante automático o mecánico, si no que advirtieron la necesidad de hacer ajustes, modificaciones o adecuaciones que permitieran llevar a cabo una construcción a la medida de *“las condiciones particulares del sitio”*, donde habría de operar el nuevo parque. De ahí la facultad atrás indicada, la cual debía ser ejercida por el franquiciatario, guiado por el principio de colaboración que gobierna este tipo de contratación, como al comienzo de las consideraciones del laudo se anotó.

Visto lo anterior, es claro que los reproches a la idoneidad o calidad de los planos, no pueden estar fundados en desacoplamientos con las condiciones particulares o específicas del sitio, ni mucho menos en aspectos que no se califiquen como esenciales para el adelantamiento del proceso constructivo, porque como quedó estipulado en el contrato, con él se garantizaba el acceso a un *“know how esencial”*, incluyendo aquí el modelo de construcción del parque de cuya réplica se trataba, más cuando como lo dice el perito (Ingeniero Jorge Torres Lozano), en este tipo de obras, dado su alto grado de *“complejidad”* y *“magnitud”* *“es necesario, usualmente, hacer modificaciones o cambios a los planos arquitectónicos y técnicos, de acuerdo con las condiciones y circunstancias en que se desarrolla la construcción...”* (Página 7 del dictamen, folio 338 del Cuaderno de Pruebas No. 10). Además, como ya quedó observado, en este caso particular desde el mismo momento de la celebración del contrato, franquiciante y franquiciatario sabían que los planos debían someterse a modificaciones y adaptaciones con el fin de adecuarlos a las realidades del sitio donde se iban a ejecutar.

Ahora bien, según la demanda de reconvención, *“Panaca incumplió el contrato de franquicia, al haber entregado unos planos, que de acuerdo con el contrato eran esenciales para la construcción del Parque, con tales deficiencias, que generaron que la inversión superara la que inicialmente estaba prevista en los documentos elaborados por la propia PANACA”* (hecho 13 de la demanda).

En su alegato de conclusión, el apoderado de la sociedad reconviniendo acudiendo al respaldo de las respectivas pruebas, concreta las siguientes *“deficiencias”* de los planos entregados por PANACA:

- a) No entrega de *“los permisos y licencias que se requerían para la implantación y construcción del proyecto”*. De hecho, agrega, *“los diseños eléctricos e hidrosanitarios no contaban con los sellos de aprobación de las empresas prestadoras de servicios públicos...”*.
- b) Los planos además de incompletos, *“no estaban debidamente coordinados con los diseños técnicos”*, como lo explica, dice el apoderado, el testigo señor De la Concha, constructor de la obra.
- c) *“Hubo diseños que de hecho no existían, como el de paisajismo, esencial en una obra de esta naturaleza.”*

- d) *“...hubo errores en el levantamiento topográfico, de tal magnitud que parte del área del lote quedó sin levantamiento debido a un desplazamiento del mismo”.*
- e) *Se presentaron problemas “de funcionalidad de los planos y diseños. Pareciera que los mismos hubieran sido hechos sin tener en cuenta en la más mínima medida las condiciones de la zona en la que la obra iba a ser construida”.*

Varios de los testigos que rindieron declaración en el curso del proceso, se refieren a estas mismas “deficiencias” de los planos, incluidas otras, tal como se lee en las exposiciones del señor Esteban Alejandro Devis y de los ingenieros José Felipe Ardila y Fernando de la Concha, este último constructor de la obra. A su vez, el perito Ingeniero Jorge Torres Lozano, al responder pregunta formulada por PANACA, también da noticia de “*las deficiencias encontradas en los diseños*”, cuando responde: *“Aunque con base en los planos entregados por PANACA se construyó la obra en plazo inferior al contemplado en el contrato de franquicia, es preciso señalar que, como consta en el expediente y concretamente en las Actas del Comité de Obra, durante la ejecución de la obra fue necesario introducir modificaciones a los planos y proyectos, algunas como consecuencia de las deficiencias encontradas en los diseños y otras como complemento indispensable para atender reformas adoptadas por las partes”* (página 5 del dictamen, folio 336 del Cuaderno de Pruebas No. 10).

Al responder preguntas hechas por el apoderado de la contrademandante, el perito concretó del siguiente modo las “deficiencias” de que se viene hablando:

Luego de referirse al contrato celebrado entre PANACA y María Mercedes Mejía Barreneche, mediante el cual la segunda se obligaba a elaborar los planos arquitectónicos, así como los pagos hechos por PANACA a otras personas por estudios de suelos, elaboración del presupuesto de obra para el proyecto Panaca Sabana, estudio y diseño de redes hidráulicas e hidrosanitarias para el mismo proyecto, el perito concluye *“que no existió coordinación de la Arquitecta contratada por PANACA para elaborar los planos correspondientes y los demás profesionales que realizaron los diferentes diseños técnicos, coordinación que ha debido efectuarse antes de la iniciación de la obra”.*

Seguidamente el perito responde la pregunta relacionada con los “inconvenientes” que presentaron los diseños eléctricos entregados por PANACA, remitiendo en primer lugar al Acta del Comité de Obra No. 14 (noviembre 28 de 2005), donde el Ingeniero Edgardo Bernal de la firma Interventora deja constancia de *“que el diseño tuvo un ajuste importante*

por normas CODENSA, e informó que el Ing. de la firma Escobar Botero se comprometió a enviar un listado definitivo de las especificaciones, con base en el cual se podrá hacer el ajuste económico del proyecto". También a las actas 15 y 17 del mismo Comité y sobre idéntico tema, para a partir de ellas concluir "que el proceso de ajuste y modificación del proyecto eléctrico hasta su aprobación por CODENSA se realizó en un término inferior a tres meses desde su recibo" y que de acuerdo con el informe Final de Interventoría, el "contrato eléctrico tuvo una disminución de "\$31.784.123, como se aprecia en la página 67".

En cuanto a "inconvenientes" presentados por los "diseños hidrosanitarios entregados por Panaca", el perito después de mencionar la modificación que al diseño original entregado por PANACA hizo el ingeniero Yunda, la referencia al tema en el comité, Acta No. 21 y el Informe final de Interventoría, muestra con base en este último, que el presupuesto de este proyecto disminuyó en "\$11.925.574 (pág.67)".

Posteriormente advierte el perito que "el proyecto principal no incluyó canales y bajantes para el manejo de aguas lluvias sobre las cubiertas de las exhibiciones, elementos que debieron ser colocados posteriormente dado el régimen de lluvias del sector". Igualmente anota que el proyecto entregado a SABANA "no incluía diseño de red telefónica", ni "diseño de paisajismo" (páginas 15 a 20 del dictamen, folios 346 a 351 del Cuaderno de Pruebas No. 10).

Como antes se expuso, los testigos Esteban Alejandro Devis Morales, Fernando de la Concha y José Felipe Ardila Vásquez, también mencionan los defectos que la reconviniendo achaca a los planos entregados por PANACA . El primero, quien estuvo vinculado al negocio, y al parque Sabana, afirma que "los planos no estaban completos", razón por la que se tuvieron que completar "sobre la marcha". Otros, "estaban mal hechos basados en estudios que estaban mal hechos y algunos definitivamente no existieron sino que fueron arreglados a la carrera durante el término de la obra para terminar la obra..." . En concreto el señor Devis se refiere "a los planos estructurales" que tuvieron que "rehacerse en su totalidad porque los que entregaron ellos estaban incompletos". Afirma también que el estudio de suelos que entregaron tampoco servía, "porque de hecho en donde ellos nos habían dicho que teníamos que hacer unas obras, cuando se abrió el hueco pues salía agua y entonces si salía agua y sí había que hacer ahí esa obra, en particular la estación de porcicultura, pues hubo que incurrir en unos costos inmensos para hacer los rellenos en piedra de esos terrenos, para poder construir ahí, esa parte del parque...". Crítica similar hace al "tema hidrosanitario" y al "tema eléctrico".

El ingeniero José Felipe Ardila Vásquez, quien fue consultado por SABANA para rendir un informe técnico que obra en el expediente, explicando el contenido de este, manifiesta haber verificado *“con la información aportada al expediente”, la “falta de culminación de los diseños arquitectónicos y de los diseños técnicos”, así como “falta de coordinación entre los diseños arquitectónicos y los diseños técnicos, otro aspecto es no consulta preliminar de las fuentes que producen información importante para la definición del proyecto y para la cuantificación de los proyectos y por ende el cálculo adecuado de los costos, otro aspecto que no se consultó las variables climáticas en Bogotá, el Parque en lo que pudimos ver en la información que se nos expuso no se diseñó y se trasladó a Bogotá, después aparecieron unos sobrecostos producto de unas modificaciones que fue necesario hacer”.*

Así mismo, el testigo Ardila Vásquez explica que el levantamiento topográfico tuvo errores, *“pero el error más importante es que el proyecto arquitectónico no se implantó teniendo en cuenta las alturas o niveles del lote sino que se puso como si el terreno fuera plano, eso obviamente produjo después corrección a todos los estudios, a todos los diseños técnicos, diría que esos son, hay otros de funcionalidad pero pequeños, pero también marcaron, es decir, el proyecto venía con unos parámetros de diseño de Panaca Quimbaya que aquí se tuvieron que modificar, pero digamos que esos son los grandes capítulos. Me queda uno que es el costo de la elaboración de esos diseños en donde fue necesario hacerlos”.*

Por último, específicamente el testigo trató como ejemplos de las dificultades generadas por la deficiencia de los diseños y planos, el problema eléctrico, dado que no se hizo la consulta previa con Codensa; la planta de tratamiento exigida por la CAR, *“los costos del proyecto no tenían planta de tratamiento”*, también hubo un problema al tener que mover el puente de acceso y las vías de acceso *“que también produjo sobrecostos”*. Señala igualmente el defecto de la ausencia de un diseño de paisajismo, que según su opinión era una obligación de PANACA, así como lo concerniente a las redes hidrosanitarias y el techo de las estructuras metálicas que tuvo que modificarse de paja a teja de barro.

El ingeniero Alvaro Fernando De la Concha Alvarez, constructor de la obra, manifiesta que el proyecto que se les entregó para realizar el trabajo *“no estaba coordinado, no estaba conciliado”* con todos los estudios técnicos. Afirma que faltaba la licencia ambiental para hacer un puente y una doble calzada para aumentar la vía de acceso y *“faltaban los permisos de los servicios públicos básicamente”*. En cuanto a si los planos estaban

completos, insiste en la falta de coordinación “*de los planos arquitectónicos con los eléctricos, con hidráulicos, con estructurales...*”, explicando con respecto al tema eléctrico que se “*contemplaba una acometida aérea del parque, acometida que no se podía hacer o que Codensa no la permitía porque pasaba por debajo una línea de alta tensión y que había que subterranizar, por otra parte las cargas que ofrecían para locales comerciales estaban estipuladas en cuatro, cinco kilovatios, cargas que eran muy bajitas para poder desarrollar un trabajo comercial en esos locales y que tocó replantearlo y aumentarles la carga para poder atender el compromiso que se había adquirido con la venta de los locales*”.

El testigo relata igualmente deficiencias en “*la parte de sonido y comunicación que no lo contemplaban las instrucciones*”; “*el apantallamiento*” que “*es la protección de las edificaciones contra descargas eléctricas*”. El tema eléctrico hubo que replantearlo, dice, así como el de sanitarios y manejo de aguas lluvias, que era demorado y demasiado costoso. “*Las exhibiciones no tenían unos drenajes, no tenían unas formas para recoger las aguas y con el invierno de la sabana iba a ser imposible el manejo de los animales en esos sitios de las exhibiciones, había fallas que se detectaron y hubo que replantearlos, también en la parte estructural hubo temas que estaban muy vacíos, las estructuras de las exhibiciones eran incompletas, nos tocó conseguir otro asesor para que nos pudiera complementar lo que hacía falta para esas estructuras de tal forma que se las pudiéramos cotizar*”. El diseño del sistema de gas para atender los locales, es otro ejemplo que da el señor De la Concha, sobre omisiones de los planos, así como el diseño de paisajismo que en su opinión es esencial en ese tipo de obra.

Para terminar el Ingeniero De la Concha, manifiesta que los planos “*se vinieron a completar al final de la obra*”; que se “*recibió un proyecto “sin detalles y sin ninguna coordinación con los planos técnicos”*”; que los diseños eléctricos e hidrosanitarios carecían de los sellos de aprobación y que las correcciones y complementaciones originaron “*sobrecostos*” para SABANA , los cuales intenta calcular.

El dictamen pericial del ingeniero Torres Lozano, aunado a las anteriores declaraciones, así como a la de Luis Miguel Gómez, vinculado al proyecto de Sabana por invitación de la señora Elsa Carrasquilla, propietaria de los terrenos donde se construyó el parque, quien también informa de trabajos y obras adicionales realizadas en la ejecución de los planos y diseños entregados por PANACA (las cubiertas de todas las construcciones estaban pensadas en paja y se tuvieron que cambiar a teja de barro “*más característica del altiplano cundiboyacense*”; a la madera se le tuvo que hacer “*tratamientos*” “*para adaptarla al*

clima de Bogotá que es muy diverso al del Quindío; “a lo largo de la construcción fue necesario hacer algunos rediseños...”; hubo necesidad de hacer cerramientos para proteger del frío a los visitantes), llevan a una primera conclusión fáctica: que al ejecutarse la obra de construcción del parque de la Sabana, los planos y proyectos entregados por PANACA fueron objeto de modificaciones, bien para cubrir omisiones o hacerles adecuaciones necesarias y apropiadas para el sitio donde se desarrollaba la construcción, o para corregir errores, defectos o “deficiencias” encontradas en los diseños.

Además, como lo dice el dictamen y también los declarantes, hubo otras modificaciones de los planos y proyectos que tenían como objetivo acoger “*reformas adoptadas por las partes*”, para mejorar la obra.

Verificado lo anterior, procede continuar con la evaluación probatoria con el fin de determinar exactamente, cuáles de las modificaciones y obras reseñadas, corresponden a verdaderos errores o “deficiencias” de los planos y proyectos entregados por la reconvenida como parte del know how, porque si algún perjuicio sufrió la contrademandante este solo tendría relación de causalidad con aquellas modificaciones destinadas a la corrección de verdaderos errores de diseño que pudieran imputarse a incuria del franquiciante.

Como antes se expuso, y lo dice la pericia del ingeniero Torres Lozano, algunas de las modificaciones que se le hicieron a los planos y proyectos, tenían como finalidad introducirle mejoras a lo propuesto originalmente, o suplir omisiones advertidas o hacer adecuaciones o adaptaciones teniendo en cuenta el sitio donde se iba a llevar a cabo la construcción del parque. Pues bien, estos tres rubros de trabajo de entrada se descartan como factores de indemnización, porque así ellos hubieren producido sobrecostos con relación al presupuesto inicial, y mayores erogaciones pecuniarias para SABANA, lo cierto es que los valores relacionados con mejoras acordadas no se reclaman; las omisiones que fueron corregidas mediante obras nuevas, por ejemplo el caso del diseño del paisajismo, obviamente no estaban incluidas en el presupuesto original, y por ende ningún pago había hecho SABANA, lo cual excluye el carácter perjudicial de las erogaciones novedosas que con ocasión de esos trabajos, igualmente nuevos, tuvo que hacer; en tanto que las modificaciones o complementos para efectos de la adaptación al sitio donde debía llevarse a cabo la construcción, fueron expresamente previstas en el contrato como una facultad del franquiciatario en la cláusula primera, numeral 1.14, sin que por ningún lado se establezca obligación alguna a cargo del franquiciante con respecto al valor de esas adaptaciones o adecuaciones.

Pero la importancia de la previsión no radica en la facultad otorgada a SABANA para adelantar las obras de adaptación al sitio que fueren apareciendo, sino en que el franquiciatario desde el momento mismo del ajuste contractual, sabía que los planos y proyectos que PANACA le estaba entregando eventualmente debían ser sometidos a los acondicionamientos y adecuaciones que el sitio específico demandara. Desde luego que eso solo podía determinarse a medida que el proyecto se fuera ejecutando o desarrollando, como en la práctica ocurrió. Por consiguiente, no se ve justificable que SABANA venga ahora a reclamar indemnizaciones por obras que por lo previsibles se tuvieron en cuenta desde el principio de la contratación, hasta el punto de establecer la mencionada facultad, aunque su concreción solo fuera dable ulteriormente con ocasión de la ejecución del proyecto. Facultad que debe interpretarse sin perder de vista la naturaleza y objeto del contrato celebrado, así como la decidida intervención que en su formación tuvo el franquiciatario, no empece a los proyectos y manuales que en abstracto ya tenía concebidos el futuro franquiciante.

Era tan clara la normatividad del contrato en este punto, que nunca en el desarrollo de la obra SABANA hizo reclamación alguna por sobrecostos, específicamente relacionados con trabajos de adecuación o adaptación al sitio. Como antes se anotó, la primera manifestación sobre el tema se presentó en el Comité de Franquicia del 27 de junio de 2007, cuando la obra había sido entregada y recibida a satisfacción el 15 de septiembre de 2006.

Los ingenieros Ardila y De la Concha, al unísono manifiestan que los planos estaban incompletos, en tanto se estaba frente a un proyecto "*sin detalles*". Esta que es una crítica desde el punto de vista de la técnica y el arte de la arquitectura, tiene que ser matizada cuando de la evaluación jurídica del caso concreto se trata, no sólo por la naturaleza atípica del contrato celebrado entre las partes, donde entra a jugar rol fundamental la regulación por ellas establecida, entre otras la estipulación que se ha venido comentando (cláusula primera, numeral 1.14), sino por el carácter sui generis de la franquicia otorgada, porque como lo explican algunos de los testigos especialistas en el tema de franquicias, no se estaba frente a una franquicia clásica, perfectamente experimentada, de una marca de producto o servicio de gran reconocimiento, inclusive global, si no en torno a un tipo de franquicia ciertamente novedoso, si se quiere experimental, tanto para el franquiciante como para el franquiciatario, donde cobra mayor importancia el deber de colaboración de ambas partes y la necesaria combinación de recursos humanos y financieros para sacar adelante el objetivo principal de la contratación, como es el mutuo beneficio.

En este orden de ideas, el Tribunal considera que por los conceptos hasta ahora analizados no hay lugar a hacer reproche de incumplimiento a PANACA , en cuanto se refiere a la obligación que identifica la pretensión segunda. Restaría por examinar similar prestación: entregar planos e información *“aptos para llevar a cabo esa construcción con la inversión acordada inicialmente”*, pero ya en relación con las obras y trabajos que adicionalmente tuvo que hacer SABANA con el fin de corregir o enmendar las *“deficiencias”* que se dice detectadas en los diseños de los planos y proyectos.

Como ya se dejó por sentado, a estas *“deficiencias”* se refieren, como igualmente se vio, tanto los testigos conocedores del tema, como el perito, Ingeniero Jorge Torres Lozano, cuyo dictamen guiará la parte siguiente del laudo, no solamente por la idoneidad de quien lo produjo, sino por su fundamentación, porque como puede observarse en su contenido, cada una de las apreciaciones y consideraciones del perito, así como la mayoría de las conclusiones, tienen asidero en documentos que obran en el expediente y que corresponden al desarrollo histórico de la construcción del parque (contratos celebrados, actas del comité de obra, presupuestos, informes de interventoría, etc.). Todo, adobado por la firmeza que el dictamen adquirió, por cuanto ninguna de las partes lo objetó.

Desde luego que las *“deficiencias”* o errores que se le endilga a los diseños entregados por PANACA, deben ser sopesadas teniendo en cuenta la *“magnitud”* y *“complejidad”* de la obra, porque como bien lo dice el experto, en este tipo de proyectos, dadas sus características, *“es necesario, usualmente, hacer modificaciones o cambios de planos arquitectónicos y técnicos, de acuerdo con las condiciones y circunstancias en que se desarrolla la construcción...”* (pág. 7 del dictamen, folio 338 del Cuaderno de Pruebas No. 10). Por lo tanto, no basta con advertir el error, sino que hay que tener en cuenta su relevancia, amén de su incidencia en el patrimonio de la reconviniente, porque como antes se anotó, conforme al dictamen pericial, hay eventos donde el valor inicialmente presupuestado resultó disminuido al final de la obra, caso de los contratos eléctrico e hidráulico, no obstante las severas críticas que respecto de sus proyectos se hacía, como que del primero se echaba de menos la aprobación de CODENSA y del segundo omisiones en el manejo de aguas lluvias y desagües (dictamen pericial, págs. 18 y 19, folios 18 y 19 del Cuaderno de Pruebas No. 10).

El apoderado de SABANA, conforme a lo expuesto en el alegato de conclusión, porque en la demanda ninguna concreción se hizo, dice que los planos entregados por PANACA presentaban los siguientes defectos: 1. *“no entregó los permisos y licencias que se requerían para la implantación del proyecto”*, 2. *“los diseños eléctricos e hidrosanitarios*

no contaban con los sellos de aprobación de las empresas prestadores de servicios públicos”; 3. “no entregaron los planos completos”; 4. “los planos no estaban debidamente coordinados con los diseños técnicos; 5. “Hubo diseños que de hecho no existían, como el de paisajismo, esencial en una obra de esta naturaleza”, y 6. “se presentaron problemas de funcionalidad de los planos y diseños”.

Según el apoderado de SABANA, los problemas se pueden resumir de la siguiente manera: *“Entrega incompleta de planos”; “Entrega incompleta de diseños”; “Falta de funcionalidad de planos y diseños”; “Falta de coordinación de planos con diseños” y “Errores en el levantamiento topográfico”.*

En la pericia el Ingeniero Torres Lozano da cuenta de los siguientes hallazgos:

- No existió coordinación de la arquitecta contratada por PANACA para elaborar los planos y los demás profesionales que realizaron los diseños técnicos (pág. 15 del dictamen).
- Las modificaciones que se hicieron a los diseños durante el proceso de construcción de obra, no fue por falta de funcionalidad, si no por conveniencia y para beneficio del proyecto en general, según consta en las actas del Comité de Obra (pág. 17 del dictamen, folio 348 del Cuaderno de Pruebas No. 10).
- El proyecto *“principal no incluyó canales y bajantes para el manejo de aguas lluvias sobre las cubiertas de exhibiciones, elementos que debieron ser colocados posteriormente dado el régimen de lluvias del sector”* (pág. 19 del dictamen, folio 350 del Cuaderno de Pruebas No. 10).
- Tampoco existía diseño de *“paisajismo”* (pág. 20 del dictamen, folio 351 del Cuaderno de Pruebas No. 10).
- En el escrito de aclaraciones al dictamen (página 27, folio 384 del Cuaderno de Pruebas No. 10), el perito precisó *“que la totalidad de los diseños entregados a SABANA no se encontraban completos al momento de su entrega, pues quedaban pendientes los documentos citados en la misma comunicación, como se transcribe en la página 10 de estas aclaraciones”* (la comunicación a la cual se refiere el perito, que obra en el Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 124 a 126, es una carta del Interventor de la obra al representante de SABANA, donde se manifiesta que quedaban pendientes *“algunos*

detalles y elementos arquitectónicos que deberá solucionar la arquitecta diseñadora en el proceso de dirección arquitectónica del proyecto –a su cargo-, y el complemento de instalaciones interiores de los planos eléctricos que deberán ser resueltos por el diseñador eléctrico y la arquitecta del proyecto”).

- Aunque no de manera categórica, el perito al responder algunas preguntas del apoderado de SABANA, también da a entender la ocurrencia de problemas con la implantación de los planos topográficos. Por supuesto que esto también fue mencionado por el constructor Fernando De la Concha.

Como antes se explicó, de las deficiencias para lo que ahora es objeto de análisis por parte del Tribunal, deben ser excluidos los defectos concernientes a omisiones, tales como los canales y bajantes para el manejo de aguas lluvias sobre las cubiertas de exhibiciones, el diseño de red telefónica, y el mismo diseño de paisajismo, porque con independencia de lo conveniente o necesario que resultaba cada uno de estos elementos, lo cierto es que los valores que adicionalmente debió pagar SABANA por los respectivos diseños y por los mismos trabajos, amén de quedar incorporados a sus activos, como que se trataba de una inversión reflejada en la obra de construcción, como lo afirma el propio perito, no implicaron para ésta la consumación de un perjuicio, o por lo menos el mismo no se demostró, porque como atrás se expuso, los costos de esos diseños y obras no previstas en los proyectos originales, tampoco aparecían, como apenas resulta obvio, en el presupuesto inicial. Al respecto vale el ejemplo que trae a cuento el ingeniero Ardila, quien manifiesta que los diseños no preveían la *“planta de tratamiento exigida por la CAR”*, pero advierte que *“los costos del proyecto no tenían planta de tratamiento”*.

Tratándose de las otras *“deficiencias”* que el apoderado de SABANA identifica, algunas de las cuales corrobora el perito, es el propio dictamen el que de alguna manera les resta significación, porque como allí se afirma, en este tipo de proyectos, tan *“complejo”* y de *“gran tamaño”*, es normal y corriente que *“tanto los planos arquitectónicos, como los planos técnicos”*, requieran durante el desarrollo de la obra de *“complementaciones”* y *“modificaciones”* (pág. 17 del dictamen, folio 348 del Cuaderno de Pruebas No. 10). De ahí que el mismo perito al aclarar el dictamen, no obstante dejar por averiguado que todos los planos entregados inicialmente estaban incompletos (pág. 27 de la aclaración, folio 384 del Cuaderno de Pruebas No. 10), categóricamente afirma que *“Las deficiencias a que se refiere el dictamen pericial fueron corregidas, completadas o complementadas oportunamente, es decir, antes de que se hubieran ejecutado las obras correspondientes”* (página 12 de la aclaración, folio 369 del Cuaderno de Pruebas No. 10) y que *“la falta de*

coordinación de los planos fue solucionada antes de que se ejecutara imperfectamente una obra o que se cumpliera la fecha de ENTRADA EN OPERACIÓN DEL PARQUE” (pág. 15 de la aclaración, folio 372 del Cuaderno de Pruebas No. 10). Además, como ya se dijo, el perito expresamente afirmó que las modificaciones que a los diseños se le hicieron *“durante el proceso de construcción de la obra, no fue por falta de funcionalidad”*, como lo alega el apoderado de SABANA, *“si no por conveniencia y para beneficio del proyecto en general, según consta en las actas del Comité de Obra”* (Pág. 17 del dictamen, folio 348 del Cuaderno de Pruebas No. 10).

Por lo demás, aunque el perito acepta lo importante que era contar con todos los diseños, con el fin de *“cumplir con la programación”*, lo claro es que al fin de cuentas esos déficit fueron irrelevantes para la obtención del resultado final: la construcción del parque, porque como el perito reiteradamente lo afirma en consonancia con el informe final de interventoría, se ejecutó en *“un plazo inferior al contemplado en el contrato de franquicia”* (Pág. 15 del dictamen, folio 346 del Cuaderno de Pruebas No. 10).

Por consiguiente, entonces, en lo *“esencial”*, PANACA cumplió frente a SABANA con la obligación de entregarle planos arquitectónicos, estructurales, hidráulicos y eléctricos suficientes para llevar a cabo la construcción en la Sabana de Bogotá de un parque réplica del Parque Nacional de la Cultura Agropecuaria, como en efecto ocurrió.

Para ratificar la anterior conclusión, basta observar las *“razones fácticas y/o técnicas”* presentadas por el perito, para explicar el incremento de \$3.032.175.646, que se dio en el costo final de la obra con respecto al presupuesto inicial. Estas razones que aparecen en las páginas 6 a 9 del escrito de aclaración y complementación del dictamen (folios 363 a 366 del Cuaderno de Pruebas No. 10), corresponden a una serie de obras con causa en factores que en modo alguno tocan con la esencia y funcionalidad del proyecto, aunque si estaban destinadas a mejorarlo, modificarlo o complementarlo, no sólo por conveniencia, sino por exigencias que el desarrollo del proyecto en sí mismo iba generando, lo cual es normal y corriente en este tipo de construcciones, según se lee en la pericia.

En efecto, la mayoría de los trabajos descritos por el perito, pero también relacionados por el informe final de interventoría, se refieren a cambio de diseños, o a complementos de los mismos o a obras no contempladas, pero todas explicables en el devenir o desarrollo del proceso de la construcción del parque. Pero además, extrañas al núcleo de cualquier pretensión resarcitoria, porque, como ya ha quedado explicado, el costo que para SABANA tuvieron las mismas no puede calificarse como un perjuicio, pues este además de ser el

único valor por ellas pagado, tiene un reflejo fiel en sus activos, pues se trata, se repite, de cambios en los diseños voluntariamente dispuestos o complementos o suplementos de lo proyectado por PANACA, lógicamente sin que se incluyeran en el presupuesto inicial de la obra que necesariamente tenía que guardar armonía con el proyecto original.

Sin embargo, la relación de obras que el perito Torres Lozano detalla en las páginas 6 a 9 del escrito de aclaraciones y complementaciones del dictamen (folios 363 a 366 del Cuaderno de Pruebas No. 10), da cuenta de cuatro trabajos, que de acuerdo con la razón técnica y/o fáctica de los mismos que el dictamen ofrece en armonía con el informe final del interventor, bien pueden imputarse a cumplimiento imperfecto de la obligación que el franquiciante tenía de entregar unos diseños y planos aptos para la construcción del parque. En otras palabras, en esos eventos que seguidamente se identificarán, se verifica una manifestación deficiente de las cargas contractuales que el franquiciante tenía para con el franquiciatario, lo cual originó el desplazamiento de su ejecución del ámbito del deudor al acreedor y por consiguiente el origen de un perjuicio que justamente tendría que ser indemnizado, en tanto la corrección o enmienda de la imperfección en que incurrió el franquiciante generó para el franquiciatario un sobrecosto o pago adicional al que originalmente se había previsto para esa misma obra.

Las obras que corresponden a este rubro (corrección de errores de diseño o planos), son las identificadas bajo los numerales 2.1.2.15 (corral de trabajo ganadería), pues se tuvo que reconstruir porque en el inicial no cabía la dotación mecánica; 2.1.2.02 (instalaciones hidrosanitarias y tratamiento de aguas), por desfase en el diseño original que subestimó las redes de conducción de aguas de esorrentía y tratamiento de aguas residuales; 2.1.2.16 (exhibición de ganadería), al tener que hacer rellenos adicionales por inconsistencia entre planos estructurales y arquitectónicos; así como la canalización de la acometida eléctrica general por exigencia de CODENSA por cercanía de red de alta, no tenida en cuenta inicialmente (2.1.1.02).

En estos casos, se reitera, el constructor del parque (Sabana en el sentido más amplio), debió asumir por su cuenta la corrección, o sea suplir los defectos que en el punto presentaban los diseños y planos recibidos de PANACA como parte del *Know how* licenciado por el contrato de franquicia que es objeto de controversia.

Ahora, según el dictamen pericial del ingeniero Jorge Torres Lozano, las obras adicionales de corrección produjeron el siguiente incremento presupuestal (sobrecosto): corral de trabajo (ganadería), numeral 2.1.2.15, ampliación: \$21.300.000 y 2.1.2.16 Exhibición de

Ganadería, redistribución ejes cimentación, excavaciones y rellenos adicionales: \$2.600.000 (dictamen pericial, pág. 22, folio 353 del Cuaderno de Pruebas No. 10).

Con relación a la “*subterranización*” de la acometida eléctrica general por la cercanía de la red de alta, el expediente no ofrece ningún elemento demostrativo de un perjuicio por este concepto. Contrariamente queda la idea que el cambio en la forma de conducción de la acometida, no originó ningún sobrecosto, porque como ya se anotó, el contrato eléctrico, a la postre, no obstante los defectos advertidos, se ejecutó con una disminución de costos. Con respecto a los “*desfases*” en el diseño original de instalaciones hidrosanitarias y tratamiento de aguas, en tanto se había subestimado “*las redes de conducción de aguas de escorrentía y tratamiento de aguas residuales*”, vale la misma acotación acerca de la ausencia probatoria, porque ninguno de los dos dictámenes que obran en el expediente avalúan específicamente los sobrecostos derivados de este error achacado a los diseños entregados por PANACA. Pero además, en estricto sentido la falta de previsión de redes de conducción de las aguas residuales y de la planta de tratamiento de las mismas, sería técnicamente una omisión de los diseños, por lo tanto no presupuestada en el proyecto original, y por ende extraña a la concepción de sobrecosto que se ha dejado expuesto para hacer los reconocimientos que proceden. Recuérdese que ya se había expresado acudiendo al testimonio del ingeniero Ardila, que “*los costos del proyecto no tenían planta de tratamiento*” de aguas. Así mismo, tampoco puede olvidarse que el hidrosanitario fue otro contrato que se ejecutó con disminución del valor original.

El análisis precedente trae como consecuencia que el Tribunal declarará que PANACA incumplió la obligación de entregar unos planos aptos para llevar a cabo la construcción del parque de la Sabana, en cuanto concierne a los aspectos últimamente evaluados. Consecuentemente, la parte reconvenida (PANACA), será condenada a indemnizarle a SABANA los perjuicios originados por este cumplimiento imperfecto, los cuales se concretan en la suma de veintitrés millones novecientos mil pesos (\$23.900.000). Siendo este el único valor que se reconoce como respuesta a las pretensiones séptima y octava de la demanda de reconvención, porque aunque esa suma fue erogada en la época de la construcción del parque, lo cierto es que la obligación a cargo de PANACA solo adquiere claridad con ocasión de esta sentencia, porque como atrás se observó, ni el propio SABANA sabía a ciencia cierta de su derecho, pues, como se dijo, la primera reclamación que por sobrecostos hizo, fue casi un año después de entregada la obra a satisfacción.

De suerte que esta conducta, sumada al hecho de que ni siquiera en la demanda expuso un detalle específico de las obras que debió adelantar SABANA para corregir los errores de los

diseños de PANACA, permite al Tribunal dar por averiguado que la claridad de la obligación solo se obtiene por virtud y al cabo de este proceso de conocimiento, lo cual trae como consecuencia lo ya anticipado, es decir, que la condena que a PANACA se impondrá solo comprenderá la suma antedicha, como valor del daño emergente padecido por SABANA por el incumplimiento de PANACA que quedó deducido. Se descarta así entonces, el costo financiero de ese mayor gasto y los intereses de cualquier tipo antes de la ejecutoria de este laudo, porque mal pudiera predicarse un rédito, cualquiera que él fuera, pero con mayor razón el moratorio que se impetra en la demanda, cuando la obligación adolecía de claridad, que como bien se sabe, es condición necesaria para su certeza y por contera para su exigibilidad.

2.2. Sobrecostos por obras ordenadas por Panaca.

En la quinta pretensión principal de su demanda de reconvenición, Parque Agropecuario de la Sabana S.A., solicita que se declare que Parque Nacional de la Cultura Agropecuaria S.A., incumplió el contrato de franquicia, por cuanto no ha pagado los costos que generaron las modificaciones introducidas en el proceso de construcción del parque por “*deseo*” de la reconvenida. Consecuentemente en las pretensiones decimatercera y decimacuarta, la contrademandante pretende que PANACA sea condenada a pagar el valor de esos costos y los intereses moratorios que correspondan.

La cláusula contractual en la cual se fundamentan las pretensiones declarativa y de condenas que se han traído a colación, es la cuarta, numeral 4.2. del contrato de franquicia, cuyo tenor dice: “*Sin perjuicio de las demás obligaciones asumidas por PANACA de conformidad con las cláusulas y condiciones de este contrato, el FRANQUICIANTE asume las siguientes obligaciones: 4.2. Diseñar y hacer entrega de todos los Planos y Manuales. Si con posterioridad a la entrega de los planos PANACA desea hacer cambios a los mismos, deberá obtener previa autorización escrita del franquiciatario y pagarle a éste los mayores costos en los que debe incurrir con el fin de ajustarse a ello. Lo anterior, solamente será válido durante la etapa de construcción de Panaca Sabana*” (negrilla fuera de texto).

El perito Ingeniero Jorge Torres Lozano al responder en el dictamen pregunta del señor apoderado de Sabana, relacionada con la obligación en comento, manifestó (folios 352 y 353 del Cuaderno de Pruebas No. 10): “*El estudio contratado por PANACA con el Ingeniero Gonzalo Echeverri Palacio, fechado el 14 de noviembre de 2007, copia del cual*

fue suministrada por el Representante Legal de Sabana analiza las sumas que, en su concepto, deben ser reembolsadas a SABANA en su calidad de FRANQUICIATARIO:

<i>Rediseño estructuras metálicas</i>	<i>16.000.000</i>
<i>Diseños cubierta de madera Restaurante Norte</i>	<i>2.300.000.</i>
<i>Corrección corral de trabajo ganadería</i>	<i>21.300.000.</i>
<i>Corrección exhibición de ganadería</i>	<i>42.400.000.</i>

Al aclarar el dictamen, el mismo perito, refiriéndose al mismo tema, dice:

“En el numeral 3.8 CONTROL DE PRESUPUESTO – COSTO FINAL DE OBRA DEL INFORME FINAL DE INTERVENTORIA se encuentra el detalle de las OBRAS ADICIONALES (numeral 2.2) clasificadas en Obras solicitadas por Panaca – Sabana, solicitudes Junta de Socios y Solicitudes Comité Directivo y/o Gerencia por un valor de \$2.253.125.921”.(Folio 386 del Cuaderno de Pruebas No. 10).

Luego agrega el dictamen, *“Adicionalmente SABANA atribuye a recomendaciones de PANACA las siguientes modificaciones a los diseños:”* El perito seguidamente describe varias obras cuyo costo total arroja un valor de \$334.771.894, que es el que el apoderado de SABANA reclama en el alegato de conclusión, con independencia de lo que finalmente acotó el perito, cuando expresó: *“Sin embargo revisando las actas de comité de obras no se encontró evidencia de que algunas de estas obras hubieran sido solicitadas o exigidas por PANACA, como lo estipula, en los siguientes términos, la cláusula 4.2. del contrato de Franquicia: ...”* (Aclaraciones y complementaciones, Págs. 29 y 30, folios 386 y 387 del Cuaderno de Pruebas No. 10).

A decir verdad, con independencia de cualquier interpretación que se haga de la cláusula que sustenta las pretensiones que ahora examina el Tribunal, lo cierto es que las mismas están destinadas al fracaso porque definitivamente lo que en el expediente se constata es una ausencia de pruebas acerca del soporte fáctico de dichas pretensiones.

En otras palabras, en el expediente no existe medio probatorio que demuestre que algunas de las obras adicionales que se hicieron durante el desarrollo del proceso constructivo del parque, corresponden a la voluntad o *“deseo”* de PANACA de hacerle cambios a los planos con posterioridad a la entrega de los mismos. Razón tiene el perito cuando hace esta advertencia al final de su escrito de aclaraciones y complementaciones, porque ni las obras

que describió en su informe original, ni las que luego detalló en el último escrito, pueden considerarse como aserto de lo investigado, no sólo porque el mismo perito les resta fuerza probatoria cuando deja la constancia última, sino porque las que menciona en el dictamen original son trabajos de corrección de diseños que fueron apareciendo en el desarrollo del proceso constructivo, como algo "*normal y corriente*" (palabras del perito) en proyectos complejos y de gran tamaño, como lo es el Parque Panaca en la Sabana. Obras estas que además hicieron parte del análisis relacionado con la pretensión segunda, para al cabo del mismo desecharlas como un factor de indemnización.

En cuanto a las modificaciones descritas en el trabajo de aclaraciones y complementaciones (págs. 20 y 21), baste afirmar que lo dicho por el perito nada prueba, tanto por la advertencia hecha por él mismo sobre la ausencia de "*evidencias*", como por la anotación que también hizo antes de hacer la descripción de los trabajos, en el sentido de que esas son obras que "*SABANA atribuye a recomendaciones de PANACA*". Desde luego que siendo ese el sustento, descartada está la eficacia probatoria de la descripción del perito, porque en el régimen probatorio del Código de Procedimiento Civil Colombiano, a nadie le está permitido crearse su propia prueba.

Así las cosas, el Tribunal, como ya se anticipó, también rechazará las pretensiones que en la demanda de reconvención se identifican bajo los numerales quinto, decimotercero y decimocuarto.

3. Incumplimientos relacionados con la explotación del Parque.

Respecto de las demás obligaciones vinculadas con el ejercicio de actividades propias del esquema de servicios franquiciados, diferentes de las relacionadas con la construcción del Parque, el tribunal sienta las consideraciones que siguen y concluye el estudio de la demanda de reconvención.

3.1 Las pretensiones vinculadas al incumplimiento de la obligación de procurar patrocinios.

La tercera pretensión, se recuerda, solicita declarar que PANACA incumplió el contrato de franquicia por cuanto omitió satisfacer "*...la obligación de desplegar la máxima diligencia para la obtención y gestión de los Patrocinios NIVELES 1, 2 y 3*". A ella está ligada la pretensión de condena formulada bajo el ordinal noveno mediante la cual se reclama el

resarcimiento de los perjuicios que la reconvenida le habría causado a SABANA S.A. por el incumplimiento antedicho “... *consistentes en el valor de los ingresos que ha dejado de obtener como consecuencia de que no se ha desplegado la máxima diligencia en la obtención y gestión de los PATROCINIOS NIVELES 1, 2 y 3*”.

Asimismo se relaciona con esta pretensión la duodécima sobre pago de intereses moratorios.

El régimen de los patrocinios está contemplado en el Anexo número 5 del contrato, que omite una definición conceptual de los mismos, lo que obliga a deducir los contornos de la figura a partir de los desarrollos de los distintos tipos de ella que las partes toman en consideración, diferenciándolos como especies que constituyen otros tantos “*niveles*”, cada uno estructurado en atención a su origen y su función, así:

Nivel 1: **INSTITUCIONAL**, constituido por aquellos patrocinadores que acompañan la marca PANACA, aún cuando su actividad no esté vinculada al sector agropecuario. Con ellos, según manifiesta el anexo, se constituye “... *una relación con perspectivas a largo plazo, con posibilidades de desarrollar negocios y/o productos al lado de PANACA en cualquier lugar del país o del territorio de la franquicia.*”

El nivel 2, **AGROINDUSTRIAL**, denominación con la cual se indica el tipo de actividad económica que caracteriza al patrocinador, que “... *además de vincular de manera divertida al público con sus procesos de producción, tiene la posibilidad de ofrecer, en el PARQUE SABANA sus productos terminados para la venta.*” Esta clase de patrocinador, advierte el documento, podría convertirse desde el comienzo de su vinculación “... *en proveedor exclusivo de productos (alimentos y bebidas o materia primas) para los servicios internos a los visitantes (cafetería, restaurantes, puntos de hidratación).*”

El nivel 3, “**DE ESTACION**”, alude a un patrocinador que “... *puede presentar sus productos a través de actividades que le permitan al visitante interactuar con la marca mientras aprende y se divierte.*” Advierte la cláusula que “... *una importante labor de branding hace parte integral de este nivel*”.

En el nivel 4, “**ASOCIADO**”, el patrocinador participa como proveedor de productos para el PARQUE SABANA y con el aporte de efectivo al sostenimiento y desarrollo del mismo.

El nivel 5 por su parte, “COLABORADOR”, define la “... *marca proveedora de productos y servicios para cada estación, representados en maquinaria, equipos, infraestructura o materiales para la misma*”.

Sobre los anteriores niveles de patrocinio cabe destacar:

- El régimen contractual de los distintos niveles establece dos tratamientos diferenciales según se trate de uno de los niveles 1, 2 y 3, o de los niveles restantes, caracterizados por los siguientes elementos:
- Los niveles 1, 2 y 3 son, según dice el ordinal primero del clausulado del Anexo 5, coordinados y definidos integralmente por PANACA, a quien corresponde en exclusividad la aprobación de los mismos, que deberá ser formulada por ella “*de manera previa y expresa a la suscripción del respectivo contrato de patrocinio.*” En contraste, los niveles 4 y 5 son competencia de la gerencia del PARQUE SABANA de manera que es el franquiciatario quien los negocia y suscribe, respetando las directrices que para el efecto señala el Manual de Patrocinios.
- El monto de los patrocinios en dinero efectivo en los niveles 1, 2 y 3 se distribuye entre el PARQUE SABANA, a quien corresponde el 70% y PANACA S.A., legitimado a percibir el 30% en todos los casos, aún en aquéllos en que la gestión mediante la cual se obtiene un patrocinio de esos niveles, haya sido obra exclusivamente del franquiciatario.
- Respecto a los patrocinios niveles 1, 2, y 3 la aludida cláusula primera descarga sobre PANACA S.A. la obligación de “... *desplegar la máxima diligencia para obtenerlos y gestionarlos*”.
- El rigor de la cláusula conduce al señalamiento del régimen de responsabilidad a que se sometió la franquiciante en lo relativo al cumplimiento de su obligación. Para el Tribunal es claro que el señalamiento contractual del deber de proceder al cumplimiento con la “*máxima diligencia*” es equivalente al que el art. 63 del Código Civil define con las expresiones “*suma diligencia o cuidado*”, al tiempo que vincula al deudor de una obligación así calificada al exigente deber de desplegar para alcanzar una satisfacción liberatoria, “*aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes,*

cuya ausencia, en su caso, hace responsable al deudor aún de aquella culpa o descuido levísimo". Es claro asimismo que en el presente caso el deudor quedó sometido a este particular rigor en virtud de la estipulación celebrada entre las partes, pues, de no haber mediado el pacto expreso, el régimen de responsabilidad a que habría estado sujeta esta obligación habría sido distinto por tratarse de uno de aquellos contratos "... que se hacen para beneficio recíproco de las partes" (C.C. art. 1604).

Es ésta última previsión del contrato la que fundamenta el reclamo que SABANA formula en la pretensión tercera en estudio y es entonces sobre la conducta de PANACA registrada en el expediente probatorio en orden a satisfacer esta obligación suya sobre lo que el Tribunal debe concentrar su atención.

El tema de los patrocinios fue enfocado en la prueba pericial "*INFORME EN MERCADOTECNIA, FINANCIERO Y CONTABLE*" bajo los aspectos de celebración de contratos al respecto por parte de SABANA, es decir, sobre el hecho de haber ésta recibido ingresos por este concepto, el monto de los recursos obtenidos de esa fuente, la naturaleza dineraria o en especie que revistió cada patrocinio específico y la distribución de su valor entre las partes contratantes. Resulta de la información así recaudada que el PARQUE SABANA celebró cuatro contratos de patrocinio. Tres de ellos, a saber, el que vinculó a REDEBAN MULTICOLOR-MASTECARD, a CAFAM y a INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS pertenecen al nivel 1 y el último, convenido con NESTLE PURINA PET CARE y clasificado como perteneciente al "*nivel 2 (de estación)*" sobre lo cual el perito se vio obligado a formular la observación de que perteneciendo a este nivel, en realidad constituye un patrocinio agroindustrial. No se celebraron contratos del nivel 3 propiamente dicho. En virtud de los celebrados el PARQUE SABANA recibió un total de ingresos de \$2.817.915.798,00 por patrocinios en efectivo y de \$947.500.000,00 como producto de patrocinios en canje según la valoración que en el único contrato que contempla esta modalidad hicieron NESTLE PURINA PET CARE y SABANA.

El peritaje ilustra sobre metodología y gestión de patrocinios en SABANA diferenciando ambos conceptos.

A la pregunta sobre si PANACA no adelantó gestiones tendientes a la consecución de los patrocinios, el perito contestó:

“Según información enviada por SABANA S.A., PANACA no participó en la consecución de patrocinios, según se aprecia en el comunicado enviado el 9 de marzo de 2009 al perito. En este se afirma: Todo los patrocinios anteriormente relacionados han sido vendidos y gestionados por SABANA”. El perito por su parte no dispone de alguna evidencia que le permita aseverar que PANACA tuvo alguna participación en la consecución de patrocinios, debido a que éstos fueron celebrados directamente por SABANA, por las condiciones legales que se exponen en el enunciado de esta pregunta. Sin embargo, y de acuerdo a lo establecido por Juan Zea en el enunciado puede afirmarse que la metodología utilizada para la consecución de patrocinios fue desarrollada por funcionarios de PANACA S.A. En este orden de ideas y si la consecución de patrocinios por parte de Sabana utilizó la estrategia desarrollada por PANACA, lo único que el perito puede decir que la participación de PANACA está limitada a suministrar el know how necesario para los patrocinios”. (subrayas en el original)

En el acervo testimonial se encuentra que distintos testigos se refirieron al punto, entre ellos, NICOLAS LOPEZ (en la declaración rendida el 19-09-08), quien fue el creador de la arquitectura del know how en la materia para PANACA. Resumió así su trabajo a este respecto: *“tuvimos oportunidad de hacer esta arquitectura de patrocinio de diseñar desde cero este concepto, yo presenté el modelo en consecuencia una vez habiendo hecho este análisis y con ello se sentaron básicamente todas las bases para poder comercializarlo de acuerdo a los niveles que están representados en el modelo”*. Acerca de la aplicación concreta de la matriz al PARQUE SABANA mediante ventas, expuso:

“DR. PEÑA: Cómo percibió usted que fue efectivamente... tuvo oportunidad de verificar qué tanta aplicación práctica tuvo su propuesta?”

SR. LOPEZ: Al final del día sí, realmente la respuesta es que cuando yo tuve la oportunidad de ir estaba a punto de abrir, a mí no me tocó ya en funcionamiento con gente caminado, no, no me tocó, pero estaba a una semana o 15 días de que sucediera, entonces ya realmente a partir de ese punto los detalles que afinamos y corregimos ya básicamente eran muy pequeños, cosas muy puntuales, sí se hicieron, que seguramente se hicieron, yo ya no lo constaté” (folio 417 reverso, del Cuaderno de Pruebas No. 11).

RICARDO NOVOA (en la declaración rendida el 16-09-08) informó detalladamente sobre el empeño de PANACA en el establecimiento de un know how propio en materia de patrocinios que lo llevó a contratar los servicios de un profesional particularmente versado en la materia, el señor PABLO LONDOÑO cuyos conocimientos especializados aunados a los de NICOLAS LOPEZ y posteriormente a los de LILIANA HOYOS, estuvieron

encaminados a armar las matrices respectivas *“para que eso quede como un producto de PANACA y se hace un acuerdo con PABLO LONDOÑO para que él sea la persona que comercialice los patrocinios contra unas comisiones”*. Afirma este testigo:

“Cuando viene el tema de Panaca Sabana y la entrada de Andrés Afanador entonces Andrés Afanador ya no ve también (sic) que Pablo sea la persona que haga toda la gestión de patrocinios, él pide también tener la posibilidad de hacer gestión de patrocinios, entonces se tienen las conversaciones con Pablo y finalmente se le dice listo tenga usted la opción también de hacer esto y de todas formas llega un momento en el cual Andrés Afanador dice vea yo quisiera contratar a Liliana Hoyos para que ella sea la encargada de manejar todo este tema de patrocinios que es un tema muy relevante.

Panaca no está completamente de acuerdo, pero realmente no teníamos mucho más que hacer sino decirle hágale pero tratemos de estar muy coordinados en este tema, entre Liliana Hoyos y termina trabajando para Panaca Sabana y es ella quien se encarga de trasladar todo este know how sobre patrocinios y concesiones a Panaca Sabana de tal manera que se pudieran vender las concesiones y los patrocinios de Panaca Sabana.” (folio 393, reverso, del Cuaderno de Pruebas No. 11).

De esta declaración tampoco surge ningún indicio de que PANACA haya ido más allá de la construcción del modelo de contratación de franquicias que desde luego fue aplicado al franquiciatario, dejando claro que fue SABANA quien obtuvo las vinculaciones de patrocinio en virtud de la gestión comercial de la señora HOYOS, incorporada a su nómina para el ejercicio de esas funciones, dicho que coincide con las informaciones que esta misma señora arrimó al proceso como se verá en su momento.

El abogado LUIS MIGUEL GOMEZ S. miembro de la Junta Directiva de SABANA vinculado a la gestación de este proyecto por la propietaria del predio doña Elsa Carrasquilla, dijo en torno al tema: *“lo que se considera como las concesiones contrato respecto del cual el modelo del contrato lo hice yo que ese fue un trabajo y me consta lo hizo Andrés Afanador...”* (Audiencia del 16 de septiembre de 2008, pág. 14 de la transcripción, folio 386, reverso, del Cuaderno de Pruebas No. 11). Esta somera referencia indica que la tarea concreta de venta de los patrocinios fue cumplida por el gerente de SABANA y no por el de PANACA.

La señora LILIANA PATRICIA HOYOS HERNANDEZ, también funcionaria de SABANA tuvo amplio conocimiento de lo ocurrido en este particular dado que su contratación derivó de su participación, en conjunto con la compañía SMG *“...en la*

valoración de los patrocinios que el Parque PANACA proyectaba tener en sus franquicias". Su testimonio merece ser detenidamente considerado:

"Tal como mi vinculación lo determinó en su momento y empecé a trabajar con Panaca Sabana para administrar la relación con los diferentes patrocinadores y gestionar la comercialización de los patrocinios, en términos de eso hemos hecho miles de esfuerzos visitando más de 120 de las principales empresas que hay en el país.

Para la consecución de estos patrocinios hemos convocado reuniones con diferentes grupos de empresarios para presentarles el proyecto Sabana, incluso trajimos un asesor externo que venía de Estados Unidos, el señor Tom... es una persona que conoce sobre el tema de valoraciones de patrocinios y... marcas deben recurrir a implementar sus actividades promocionales dentro de espacios publicitarios como los parques Panaca. Ese fue un evento bastante importante con una convocatoria bien exitosa donde se invitó a todas las empresas a conocer el proceso, hemos tenido diferentes tipos de reuniones individuales aunando todos nuestros esfuerzos por lograr las consecuciones." (Audiencia del 10-09-08 pág. 41, folio 356, reverso, del Cuaderno de Pruebas No. 11)

Específicamente sobre la individualización de los empeños para obtener los patrocinios, atestigua:

"Dr. VELEZ: Sabe usted si Panaca ha hecho alguna gestión con miras a la consecución de los patrocinios para el parque Sabana?"

SRA. HOYOS: No, nosotros no hemos recibido apoyo e incluso hemos tenido casos en los que tienen patrocinadores dentro del parque Panaca que en principio de legalización de las relaciones acordamos que iban a ayudarnos a promover conjuntamente empresas que tienen productos animales como lo mencionaban en el objeto de mi citación, concentrados para animales que Panaca manifestaba que ellos tenían como patrocinadores y les proveían a ellos el total de la comida o gran parte del total de la comida de esos animales en el Quindío.

Basados en esas expectativas nosotros recurrimos a las mismas compañías que ellos nos había sugerido como potenciales patrocinadores por tener ya relaciones con Panaca y les pedimos a ellos que nos facilitaran las reuniones con los contactos de cada una de esas compañías, eso no sucedió, nosotros acudimos directamente a las empresas y a los contactos que logramos obtener para la gestión comercial e incluso pudimos notar que en las relaciones comerciales entre esas compañías y Panaca había era un descuento comercial sobre la compra de concretados y no lo que se nos citaba anteriormente que eran compañías que los proveían a cambio de publicidad del total de los concentrados para dichos animales en cada una

de las estaciones y así en diferentes casos hemos nosotros recurrido a que nos acompañen en reuniones sin lograr ese acompañamiento con éxito, entonces hemos estado bastante solos en la consecución de los patrocinios". (ibídem, págs. 42 y 43, folio 356 del Cuaderno de Pruebas No. 11).

Y por último:

*"DR. PEÑA: El **Tribunal** entiende que esa cifra es un acumulado hasta hoy desde la apertura del parque?*

SRA. HOYOS: Correcto, desde la preapertura del parque, que eso es importante, nosotros vendíamos patrocinios desde antes en la apertura del parque a la fecha.

DR. VELEZ: Cuál es el valor de los patrocinios que hasta este momento se han conseguido para el parque Sabana por gestión directa de Panaca?

SRA. HOYOS: Ninguno." (ibídem, pág. 43, folio 356, reverso, del Cuaderno de Pruebas No. 11).

La señora CATALINA GONZALEZ funcionaria del PARQUE PANACA desde octubre de 2002 hasta mayo de 2008 igualmente descarta la consecución de patrocinios para SABANA por parte de su empleadora. Al contestar pregunta del apoderado de SABANA sobre el tema, dijo:

"SRA. GONZALEZ: En esos asesores o personas que nos acompañaron en el proceso se contrató a un señor que se llama Nicolás, no se el apellido, pero se ve que vive en México y a un señor de Colombia que se llama Pablo Londoño, con ellos se hizo el levantamiento de los activos patrocinables y la valoración de esos activos patrocinables, pero su acompañamiento no incluía la parte de negociación, de hecho, durante mi vinculación a Quimbaya no se logró ningún patrocinio, se tenían canjes que en el tiempo se fueron agotando, digámoslo así, los canjes no corresponden a la misma estructura de patrocinio definida por estos señores.

Como gerente administrativa y financiera nunca recibí dinero por concepto de patrocinios a excepción del tema de Purina, que está presente en el Parque de Quimbaya y está presente en el Parque de Sabana no conocí de alguna otra gestión puntual para el tema de patrocinios.

DR. VELEZ: Sabe usted si Panaca Quimbaya consiguió algún patrocinio para Panaca Sabana?

SRA. GONZALEZ: No, a excepción del tema que menciono de Purina no habría ninguna consecución de patrocinio porque no fue un tema que se

discutió dentro de los espacios en los cuales me desenvolví durante mi vinculación con Quimbaya” (declaración rendida en audiencia 07-05-09, págs. 4 y 5 de la transcripción, folios 149 y 150 del Cuaderno de Pruebas No. 13).

Las piezas testimoniales entonces dejan claro que no fue el esfuerzo de PANACA el que condujo a la contratación de patrocinios para el PARQUE DE LA SABANA. Al registro probatorio que da cuenta de la ausencia de la parte reconvenida en el logro de los resultados que el ejercicio social del PARQUE DE LA SABANA muestra en la vinculación al acervo de sus fuentes financieras de esta modalidad particular de ingresos se suma, para completar su fuerza como razón de convencimiento, el hecho de que los afanes probatorios de PANACA no dan cuenta en parte alguna de que hubiera empleado al efecto aquella máxima diligencia a que estaba obligada, cuya demostración constituye para ella una carga inequívoca impuesta por la ley, según el mandato del inciso tercero del art. 1604 del Código Civil, según el cual *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”*. Se debe tener entonces como verdad del proceso que PANACA incumplió, tal como en la pretensión que se viene analizando se lo endilga la parte demandante en reconvenición, la obligación de ejecutar con la *“máxima diligencia”* la gestión orientada a la búsqueda de patrocinios, razón por la cual se declarará en la parte resolutive de esta providencia la prosperidad de la tercera pretensión declarativa deducida por la convocada.

Ahora bien: ¿cuál es la consecuencia de este hecho? Como todo incumplimiento el de este deber contractual lleva implícita la obligación de indemnizar el perjuicio que haya causado al acreedor de la prestación omitida, una vez establecido con plena certeza el hecho mismo del incumplimiento, el surgimiento de un daño y el nexo causal entre uno y otro fenómenos. Es en este aspecto del problema sometido al Tribunal donde no se encuentra en el expediente ninguna demostración de que se haya producido un daño tal ni, desde luego, de que el daño esté unido causalmente al cumplimiento indolente del contrato, pues las referencias probatorias a este aspecto del problema no acreditan que SABANA haya derivado un daño cierto de la omisión de su deudor.

Desde luego es conjeturable que la ausencia de esfuerzos de PANACA para atraer patrocinadores a la entidad franquiciataria deba haber tenido algún efecto negativo en la generación de recursos de ésta, pero también lo es que, aún si PANACA hubiera cumplido el empeño con la intensidad con que el contrato se lo demanda y hubiera así satisfecho completamente su carga, esos esfuerzos habrían podido ser infructuosos, hipótesis que,

siempre en el plano de las conjeturas que es dable plantearse para reemplazar los datos empíricos de realidad ausentes del material probatorio, habría podido advenir como resultado del agotamiento de las fuentes existentes en el mercado con vocación a conceder tales patrocinios; a ello podría haberse llegado en parte por obra de aquellos que SABANA logró y de los restantes y similares contratados a favor de PANACA. No puede a este respecto perderse de vista que, según evidencia el peritazgo rendido por JULIO ERNESTO VILLARREAL NAVARRO, los rendimientos de los patrocinios, según el comportamiento histórico de éstos salvo respecto de una de sus fuentes, tuvieron una tendencia declinante, lo que puede ser interpretado como una muestra de debilidad del mercado para proveerlos.

No existiendo entonces la demostración de un perjuicio cierto y actual, es decir, que reúna las condiciones que la ley y la doctrina más acreditada en punto a responsabilidad por incumplimiento contractual exigen para que un daño sea indemnizable, no puede concederse prosperidad alguna a las pretensiones que se vienen estudiando.

3.2. Las pretensiones derivadas del incumplimiento de la obligación de innovar los espectáculos.

Mediante la cuarta pretensión el libelo de reconvención reclama que se declare el incumplimiento del contrato de franquicia por parte de PANACA por no haber esta entidad *“cumplido con la obligación de que trata el numeral 4.5 de la cláusula cuarta de dicho contrato relativa a la innovación de los espectáculos, exhibiciones y presentaciones cada 12 meses”*. En relación con la declaración deprecada, la undécima pretensión reclama el cumplimiento del contrato mediante la reparación de los perjuicios que habría sufrido PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A. *“... consistentes en el valor de los ingresos que ha dejado de obtener como consecuencia de que no se ha realizado la innovación de los espectáculos, exhibiciones y presentaciones cada 12 meses”*.

La obligación cuyo cumplimiento echa de menos la entidad reconviniendo está concebida en el numeral 4.5 del texto principal del contrato en los siguientes términos:

“Diseñar espectáculos, exhibiciones y presentaciones que el FRANQUICIATARIO pueda incluir dentro de su programación, y renovarlos periódica y frecuentemente de tal manera que el FRANQUICIADO pueda ofrecer una programación variada que estimule las visitas repetitivas. PANACA debe innovar los espectáculos, exhibiciones y presentaciones antes indicadas cada 12 meses. Lo anterior sin perjuicio de los espectáculos, exhibiciones y atracciones que el FRANQUICIATARIO

diseño e implemente en el Parque Panaca de la Sabana, de tiempo en tiempo, los cuales deberán ser aprobados por PANACA. ... ”

Surge del material probatorio que el diseño de los espectáculos como parte del know how transmitido por PANACA a SABANA a lo largo de la vigencia del contrato no sufrió cambios significativos que pudieran acreditar la satisfacción de la obligación que asumió la primera de dichas entidades al suscribir el contrato de franquicia. Al igual que ocurrió en su propio caso, según los comentarios que sobre éste plasmó el perito VILLARREAL NAVARRO en su dictamen para responder la pregunta que le exigió “*determinar si de haberse presentado renovación de espectáculos hubiera sido mayor el número de visitantes del parque y qué ingresos adicionales se habrían producido para SABANA por este motivo*” los espectáculos permanecieron sin variación de importancia. De tal manera, es forzoso registrar aquí de nuevo un incumplimiento de obligación contractual y por consiguiente habrá de prosperar la cuarta pretensión declarativa de la demanda de reconvención.

Pero también a este propósito es imposible determinar el deber del resarcimiento y su cuantía, pues, ninguna evidencia arroja certeza sobre el hecho de haberse desprendido un perjuicio de la omisión, ni tampoco, mucho menos, sobre su posible magnitud patrimonial. Ello porque, si bien está claro que la vocación de la cláusula contractual es abrirle camino mediante la renovación de los espectáculos a la repetición de las visitas dentro de la concepción propia del creador de los parques agropecuarios, señor BALLEEN, que los adeptos al oficio conocen ordinariamente como el programa de las “3 r”, a saber, *recreación, recordación y repetición*, ningún hecho verificable empíricamente muestra la conexión entre renovación de los espectáculos y aumento de los espectadores, ni de su reverso, la existencia de relación entre estabilidad de las demostraciones y declinación del número de visitantes. Más grave aún, al parecer no existe método alguno de conocimiento cierto que permitiera establecer esas relaciones ni, obviamente, cuantificarlas. Así, el peritazgo que trata el tema pone de manifiesto la impotencia para dar una respuesta a la pregunta transcrita atrás, por lo cual se ve obligado, a su propósito, a conjeturar lo que habría pasado en SABANA si para esa difícil búsqueda pudieran ser aplicados los análisis que las variables estadísticas recogidas históricamente en el caso de PANACA permiten formularse, sin mayor fuerza de evidencia por otra parte, en relación con lo ocurrido en esta última. Por lo mismo, formuladas las salvedades y cautelas sobre un método de tan inciertos resultados y la prevención de no ser exactamente extrapolables a SABANA las experiencias de PANACA debido a las diferencias que distancian ambas especies de

aplicación del mismo modelo por razón de los diversos ambientes cultural y demográfico en que operan, dice el perito:

“Si se observan todas las exhibiciones se encuentra que los cambios significativos al interior de las mismas no se dan con la misma frecuencia. Aunque la política de cambio en las exhibiciones se cumple de manera global,. Ya que no hay ningún año en que todas las exhibiciones hayan permanecido constantes, de manera local (para cada exhibición por separado) no se cumple esta norma, por lo menos no de manera estricta. Además no todos los cambios conducen a una exhibición nueva, ya que se observan muchos casos en los cuales se retoman números que se han presentado con anterioridad.

Al realizar un análisis del ingreso de visitantes a PANACA S.A. durante el período 2003-2008, se obtiene que el número de visitantes ha venido en descenso tal como lo muestran la siguiente tabla y la siguiente gráfica:

Tabla 11. Visitantes anuales a PANACA S.A. (2008 hasta el mes de Septiembre) (pág. 54 y 55 del dictamen, folios 55 y 56 del Cuaderno de Pruebas No. 11)

Año	Visitantes
2003	262.610
2004	221.795
2005	209.000
2006	200.445
2007	183.838
2008	120.338

A continuación de la revelación de estas cifras, el perito las refleja en un gráfico que muestra la vertiginosa curva de declinación que media entre el número de visitantes del primer año y el del año 2008, para concluir con el siguiente texto:

“Ahora, si se combina la renovación anual que se da a las exhibiciones, al menos de manera general, con los datos de ingresos de visitantes a PANACA S.A. no se encuentra evidencia que indique que la renovación de los mismos genera un aumento en los visitantes, más aún si se considera que los datos de visitantes no están influenciados únicamente por las exhibiciones; son muchos los factores que afectan este número y por ende con la información disponible no hay manera de desagregarlos para considerar cada uno de estos efectos por separado.

En conclusión, a partir de los datos que se tienen disponibles no se

encuentra evidencia que permita afirmar que la renovación de espectáculos genera un mayor número de visitantes” (Se subraya. *Ibidem*, pág. 56, folio 57 del Cuaderno de Pruebas No. 11).

El Tribunal se encuentra, entonces, ante la reclamación de un perjuicio apenas conjeturable o materia de especulación, que carece también de las condiciones de actualidad y certeza que insoslayablemente debe reunir el daño indemnizable. Por lo mismo, aunque registra la presencia de un nítido incumplimiento de una obligación contractual, no puede desprender de ese hecho condena alguna a cargo de PANACA.

3.3 Las pretensiones por el incumplimiento de la obligación de transmitir *know how*.

La pretensión sexta incluida en la demanda de reconvención reformada e integrada reclama la terminación del contrato por incumplimiento por cuanto PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. “... *no cumplió con la obligación de entregar un know how que permitiera la comercialización, construcción, administración y explotación de un parque agropecuario en la ciudad de Bogotá en la forma prevista en el plan de negocios elaborado por PANACA, know how que respondiera a estudios serios y diligentes elaborados por esa sociedad*”. En consecuencia de esa declaración la pretensión décimo quinta reclama la condena al pago a favor de PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A. de los perjuicios que PANACA le causó “... *consistentes en el valor de los ingresos que ha dejado de obtener como consecuencia de que el know how entregado no respondía a estudios serios y diligentes de la entidad demandada en reconvención...*”

El esclarecimiento del alcance de estas pretensiones exige acudir al contexto de la demanda y a los alegatos de conclusión para precisar en qué aspectos de la transmisión de *know how* se concreta la queja de la entidad demandante. A este respecto, el número 29 del capítulo HECHOS indica que el supuesto cumplimiento deficitario por parte de PANACA surge, no sólo de las deficiencias “*relacionadas fundamentalmente con asuntos de carácter arquitectónico*” que según la estructura del libelo se decantan en las pretensiones anteriormente estudiadas, “... *sino también, como consecuencia de que el know how entregado, en general no respondía a estudios serios y diligentes elaborados por esa sociedad. En efecto son tales las deficiencias de los estudios que con ellos era imposible que el negocio que se pretendió replicar fuera realmente exitoso*”.

El alegato de conclusión aterriza la vaguedad de estas afirmaciones en las consideraciones que consagra a sustentar los precisos motivos de la queja. Dice al respecto:

“Está suficientemente claro que el know how transferido presentó serias deficiencias, relacionadas en la mayoría de las ocasiones con la omisión de considerar que el sitio donde se replicaría el parque original tenía unas características completamente diferentes a las del sitio donde funciona ese parque, lo que llevó a que se establecieran tarifas inadecuadas para la zona; a que no se establecieran estrategias de mercadeo adecuadas para la plaza; y a que se establecieran proyecciones en el plan de negocios que evidentemente no se iban a cumplir” (folio 192 del Cuaderno Principal No.

3)

Bajo el numeral 1.5 y el título *“la transferencia del know how en aspectos no relacionados con la construcción”* se describe con mayor nitidez el origen de la inconformidad, que podría resumirse así:

- (i) Los estudios previos realizados para replicar el Parque Quimbaya en la Sabana de Bogotá partieron del supuesto falso de que *“... el comportamiento de visita al Parque Quimbaya sería el mismo del Parque La Sabana”*, amén de que los mismos estudios condujeron a una determinación equivocada de las tarifas que en este deberían ser cobradas.
- (ii) Los manuales entregados por PANACA a SABANA, inspirados directamente en la operación del Parque de Quimbaya, carecían de *“... los ajustes necesarios dadas las evidentes diferencias existentes entre las plazas en que estaban localizados los parques”*, y
- (iii) El plan de negocios de la franquicia *“... presentó falencias evidentes en buena medida como consecuencia de los errores que se presentaron en relación con los estudios previos”*.

La decisión de este aspecto del litigio exige al Tribunal la tarea previa de distinguir entre aquello que cae dentro del ámbito de su competencia y aquello que no. Es obvio para el Tribunal que las actuaciones precontractuales de las partes y aquellas conductas observadas por ellas en la negociación misma del contrato que no hayan sido conducidas al entramado obligacional, si bien pueden ser origen de responsabilidad para aquella que haya inobservado los deberes que le impone el principio de buena fé en la celebración de los contratos, constituyen una materia litigiosa excluida de la cláusula compromisoria que da lugar a la conformación del Tribunal. No obstante ello, los antecedentes del contrato deben ser cuidadosamente escrutados a efectos de poder conocer el alcance jurídico del clausulado

así como para evaluar la conducta de los contrayentes en cuanto es susceptible de acarrear consecuencias a cargo de cualquiera de ellas. Para su análisis el Tribunal parte de unos presupuestos jurídicos y fácticos, entre ellos:

- (i) PANACA entregó a SABANA oportunamente y sin que en momento alguno anterior a la trabazón de la litis hubiera sido motivo de reclamación, los elementos que conforman el know how operativo, como ya se dijo cuando se trató el tema específico a propósito de los de diseños arquitectónicos.
- (ii) Los estudios preexistentes al otorgamiento de la franquicia, fruto del largo proceso de su configuración con distintos sucesivos inversionistas, fueron conocidos también por quienes finalmente constituyeron el PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A.
- (iii) El plan de negocios que se incorporó al contrato como Anexo No. 18 es un documento bilateral acogido por ambos contratantes como empresarios profesionales capaces de evaluar el rigor y validez de su contenido, así como conscientes de cuál es la naturaleza y cometido de un instrumento de su índole, más aún, obligados a proceder a su respecto "con la diligencia y cuidado que los hombres emplean en sus negocios propios".
- (iv) El plan de negocios no es parte del know how que PANACA se obligó a transmitir a SABANA. Así se desprende de la definición de ese elemento prestacional del contrato (cláusula 1, subnumeral 1.8) que no lo incluye, pero también de la naturaleza propia del plan mismo, que no es otra cosa que el documento en el que las partes consignan las expectativas y proyecciones que esperan encontrar, según su mutua y concurrente apreciación, en el desarrollo de las relaciones que contraen o de la empresa que tienen en mira. De allí que de ninguna manera pueda atribuírsele el alcance de constituir una meta que recíprocamente se garantizan o que una de ellas asegura a la otra como resultado de las prestaciones propiamente tales que se obliga a otorgarle. Importa ello que ninguna responsabilidad deriva para ninguna del fracaso de esos pronósticos, siempre, claro está, que no medie dolo o culpa grave en la formulación de sus supuestos por parte de aquel contratante que se haya obligado a establecerlos o que en la práctica los haya establecido.
- (v) El contrato de franquicia, como contrato de colaboración que es, vincula entre sí partes paritarias que, aunque asimétricas con respecto a su grado de conocimiento del negocio

determinado que va a ser su objeto, no lo son en su capacidad de análisis y crítica de los supuestos del negocio, de la validez o verosimilitud de esos supuestos o de su entorno negocial, de su veracidad y de su pertinencia. Por ello, salvo que medie maniobra engañosa, ocultamiento de información que la buena fe obligue a revelar, o circunstancias que configuren dolo o culpa grave, la celebración del contrato incorpora dentro de los riesgos propios de la actividad mercantil las deficiencias de prospección y análisis en que hayan podido incurrir.

- (vi) El contrato de colaboración en que consiste la franquicia es un contrato, como se mencionó en algún apartado anterior de este fallo, de aquéllos que se celebran en beneficio recíproco de las partes lo que conduce a que el grado de responsabilidad que a cada de ellas compete en la ejecución del mismo y en el cumplimiento de las obligaciones a que recíprocamente están obligadas, sea el de la culpa leve es decir, “... *la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*”. Esto es en general predicable para todas las prescripciones de la especie contractual bajo examen, con la sola excepción, estudiada atrás, de la diligencia exigible a PANACA en la gestión de patrocinios para SABANA, porque así lo estipularon expresamente las partes exceptuando esta obligación del régimen general a que está sujeto el contrato.

Venidos a los hechos se tiene:

- (i) Ninguna duda hay acerca de la entrega de los manuales que forman parte del know how para la operación del PARQUE SABANA por parte de PANACA. Así lo deja ver la enumeración hecha por el perito JULIO ERNESTO VILLARREAL NAVARRO en su dictamen.
- (ii) Está fuera también de controversia que tanto PANACA como SABANA tuvieron a su consideración en la etapa precontractual los estudios relativos al negocio que emprendieron, y está igualmente acreditada la solvencia de dichos estudios, elaborados como fueron por profesionales serios y competentes, independientemente de que sus resultados no sean en todos los casos los que ellos previeron. Lo que puede exigirse de la carga obligacional que echó sobre sí PANACA en los tratos con los posibles inversionistas y, en concreto, con quienes finalmente celebraron con ella el contrato de franquicia, es la solvencia de los estudios en función de la competencia técnica de quien los realizó, no el acierto de cada una de sus previsiones o recomendaciones, a menos de mediar culpa grave que ninguno de los medios probatorios aportados al

expediente deja ver. Es pertinente a este efecto transcribir parte de la respuesta que dio el perito en mercadotecnia a la pregunta No. 3 formulada por el apoderado de SABANA, que reza:

“PREGUNTA NUMERO 3. Le solicitó revisar y analizar los estudios que hizo PANACA para determinar la posibilidad de replicar su Parque Agropecuario en la ciudad de Bogotá D.C., los cuales debe exhibir en el transcurso del presente proceso, y con base en dicha revisión y análisis, determinar si esos estudios fueron adecuados y suficientes para el propósito que se hicieron; y en caso que no hubieran sido adecuados o suficientes indicar las razones por las cuales se hace tal dictamen e indicar qué estudios o análisis adicionales han debido hacerse.”

A tal cuestión respondió de este tenor:

“El perito dispone de los siguientes estudios e informes que fueron enviados por las dos partes, previa solicitud de información, con el propósito expreso de dar respuesta a esta pregunta:

- 1. Estudio de Medios Panaca (informe elaborado por Media Planning). Marzo de 2004.*
- 2. Proyecto Panaca. Revisión de Ingresos 2003 (informe elaborado por KPMG Transaction Services). Abril de 2004.*
- 3. Evaluación de Concepto: Parque Panaca Sabana (elaborado por YanHaas Advanced Market Research). Abril de 2004*
- 4. Evaluación de Concepto: Parque Panaca Sabana. Evaluación de Precios. (informe elaborado por YanHaas Advanced Market Research), Junio de 2004.*
- 5. Estudio Vehicular e Informe de Tráfico (informe elaborado por los ingenieros Germán Ospina y Ricardo Vargas S.) Octubre de 2004 y noviembre de 2004 respectivamente.*
- 6. Planes de Negocios (Informe realizado por Inverlink y documento anexo a la franquicia). Enero de 2005 y Mayo de 2005 respectivamente.*
- 7. Concesiones de Comidas (informe elaborado por Market Research – Investigación de Mercados y Consultoría). Noviembre de 2005.”*

“A manera de conclusión y luego de describir los anteriores siete (7) estudios en detalle, el perito considera que en términos generales dichos estudios fueron desarrollados según las técnicas estándar de mercadotecnia, vigentes y usadas en la práctica profesional. Sin embargo, como se expuso con claridad a lo largo del desarrollo de esta pregunta, todos los modelos, no sólo en el dominio de la mercadotecnia, pueden ser susceptibles de mejorar introduciendo elementos que hagan de ellos herramientas más parecidas a la realidad. En este orden de ideas, el perito considera que en el caso particular que atañe a este dictamen pericial, algunos de los modelos desarrollados para replicar el parque temático

PANACA en la Sabana de Bogotá, pudieron haber sido mejorados introduciendo elementos adicionales en particular elementos que permitieran un mejor entendimiento del RIESGO implícito del negocio. Con relación a las mejoras que pudieron haberse considerado el perito hace las siguientes observaciones:

✓ *Haber medido algunas de las diferencias que existen entre las características de los potenciales visitantes que asisten a un parque temático en el Departamento del Quindío y los que podrían asistir a un parque temático con las características similares en la Sabana de Bogotá. En otras palabras, haber realizado una extrapolación al caso de la Sabana de Bogotá, teniendo en cuenta siempre que las características turísticas del Quindío no son iguales a las de Bogotá y la Sabana de Bogotá.*

✓ *No haber introducido en los estudios un modelo de elasticidad precio de la demanda es a criterio del perito una debilidad fuerte de los estudios de mercado toda vez que el objetivo fundamental de los estudios fue hacer una estimación de la intención de visita y del número potencial de visitantes al Parque en la Sabana de Bogotá enfocada en los estratos económicos 2, 3 y 4.*

✓ *Haber utilizado en el desarrollo de la evaluación financiera del negocio un rango de tarifas provenientes de un estudio de mercado en la población de interés, y no haber tomado como base una tarifa igual a la de PANACA, puesto que la disposición de pago de los visitantes a PANACA es diferente a la disposición de pago de los visitantes a SABANA, toda vez que son visitantes con características diferentes; a PANACA asiste un número significativo de turistas que tienen una disposición de pago diferente a un visitante a SABANA con disposición de pago diferente a la de un turista.*

✓ *Haber medido qué porcentaje de visitantes al parque PANACA corresponde a visitantes turísticos y qué porcentaje de visitantes habitan la zona de influencia, no como turistas, sino como visitantes naturales.*

✓ *Dicho lo anterior, reitera una vez más que introducir mejoras en los modelos de mercado puede ser una excelente práctica para conocer con más precisión y exactitud el comportamiento de un consumidor. Los estudios realizados para elaborar un proyecto de inversión son herramientas hechas para planear adecuadamente la nueva inversión. Sin embargo, un estudio de mercado no garantiza el éxito de ningún proyecto, pues los resultados finales no sólo dependen de la planeación, sino también en gran parte de las estrategias comerciales, financieras, operativas, etc. que se implemente en el proyecto. Así las cosas, un estudio resulta ser una muy buena herramienta de planeación, pero al hacerlo, no garantiza resultados óptimos para ningún proyecto.* (Subraya el Tribunal. Folios 30 y 31 del Cuaderno de Pruebas No. 11).

En complemento de esta respuesta al absolver la nueva cuestión (No. 4) de "... si con esos

estudios o análisis adicionales se hubiera llegado a una conclusión diferente a la que se llegó por parte de PANACA en relación con la afluencia de visitantes al PARQUE SABANA” dijo el perito:

“De acuerdo a las conclusiones expuestas por el perito en la respuesta a la pregunta anterior (pregunta número 3) el haber introducido elementos de análisis adicionales a los estudios realizados por PANACA para replicar su Parque en la Sabana de Bogotá, les hubiese impreso más confiabilidad, tranquilidad y precisión a dichos estudios. Sin embargo, no es posible predecir con certeza la proporción de los cambios en los resultados de un modelo (incluso podrían permanecer constantes) luego de introducir nuevos parámetros o variables. En particular el estudio hubiera resultado en una mejor estimación del riesgo del negocio y en su posible desempeño en escenarios más pesimistas.

Es probable que el haber introducido un nuevo elemento o variable de análisis a los modelos realizados, hubiese afectado los resultados obtenidos. Sin embargo, lo que no es posible estimar ni precisar técnicamente es la magnitud de la variación de los resultados ante la presencia de nuevos elementos en los modelos realizados o la realización de nuevos estudios. Para ello sería necesario hacer una corrida de los modelos con los nuevos elementos introducidos o bien la realización de nuevos estudios. Por tal razón, no es posible afirmar de manera determinística cuáles podrían ser las nuevas conclusiones a las que se hubiera llegado. De igual forma, no es posible afirmar con total seguridad que la introducción de nuevos parámetros o elaboración de estudios adicionales relacionados con la afluencia de visitantes hubiesen llevado a conclusiones significativamente diferentes a las obtenidas con los modelos efectivamente realizados.” (Subraya el Tribunal. Folios 31 y 32 del Cuaderno de Pruebas No. 11).

- (iii) Acerca de los manuales de franquicia también está claro que la franquiciante los suministró en forma completa y oportuna. En torno a su suficiencia técnica y a los resultados de su aplicación dijo el perito en términos que exoneran a PANACA del cargo de cumplimiento deficiente de su obligación:

“Los manuales de franquicia suministran información valiosa y estrictamente necesaria para poder replicar el parque PANACA bajo la modalidad de Franquicia. Todos los manuales están elaborados con el fin último de ser usados por PANACA y por la red de Franquiciados, como documentos elaborados para obtener certificaciones de calidad ISO 9001 e ISO 14000. Es importante aclarar que, de no poseer dichos manuales sería imposible para un franquiciado intentar replicar el parque, pues provee la información detallada necesaria sobre múltiples áreas de operación del parque.

Sin embargo, el perito considera que, si la tarea del franquiciado consiste en seguir "al pie de la letra" lo establecido en los Manuales de Franquicia probablemente los resultados no le serían favorables, pues considera que los manuales de franquicia no son contundentes en la diferenciación del componente "Plaza" del modelo de las 4P's. En este orden de ideas, el perito considera que los manuales de franquicia presentan una metodología de operación del parque diseñadas para la operación de PANACA ubicado en el Departamento de Quindío, sobre todo en la perspectiva de Plaza, toda vez que replicar un parque temático de las características de PANACA en otro lugar del país o del mundo (otra plaza) requiere de adaptaciones importantes, en esta perspectiva. En este orden de ideas, no se aprecia en la sección de mercadotecnia de los Manuales de Franquicia una diferenciación en la perspectiva Plaza entre la zona y características de ubicación PANACA y la zona y ubicación de la franquicia PANACA SABANA, lo cual podría implicar que a la hora de promocionar el producto el franquiciado se encuentre con esta limitante.

En conclusión, el perito considera que los Manuales de Franquicia contienen información necesaria y sumamente valiosa para PANACA y el franquiciado. Sin la existencia de los Manuales de Franquicia no sería posible lograr construir un concepto de producto equiparable con el parque original (PANACA). Sin embargo, el perito considera que los Manuales están desarrollados sin considerar detalladamente la posibilidad de encontrar una plaza con condiciones sociales, culturales, económicas, diferentes a las condiciones de mercado de PANACA Quimbaya."

- (iv) La naturaleza del plan de negocios fue precisada por el mismo perito VILLARREAL NAVARRO al responder, en el informe de aclaraciones y complementaciones pregunta específica al respecto:

"Un "Plan de Negocios" (Business Plan, en inglés) debe entenderse como un estudio que, de una parte, incluye un análisis del mercado, del sector y de la competencia, y de otra, el plan desarrollado por la empresa para incursionar en el mercado con un producto y/o servicio, una estrategia, y un tipo de organización, proyectando esta visión de conjunto a corto plazo, a través de la cuantificación de las cifras que permitan determinar el nivel de atractivo económico del negocio, y la factibilidad financiera de la iniciativa; y a largo plazo, mediante la definición de una visión empresarial clara y coherente.

Un plan de negocios es una guía para el emprendedor o empresario. Se trata de un documento donde se describe un negocio, se analiza la situación del mercado y se establecen las acciones que se realizarán en el futuro, junto a las correspondientes estrategias para implementarlas.

De esta manera, el plan de negocios es un instrumento que permite comunicar una idea de negocio para venderla u obtener inversiones. También se trata de una herramienta de uso interno para el empresario, ya que le permite evaluar la viabilidad de sus ideas y concretar un seguimiento de su puesta en marcha.

Así como señala los objetivos a cumplir, un plan de negocios debe incluir un detalle del plan de acción necesario para alcanzarlos. Por otra parte, es importante que el plan de negocios esté elaborado de forma tal que permita ser actualizado con los cambios propios del dinamismo del mercado y de la situación de la empresa.” (Folio 298 del Cuaderno de Pruebas No. 11).

- (v) Y sobre la supuesta obligación de garantía de los resultados del plan de negocios por parte de la franquiciante a la franquiciataria también es contundente su respuesta que coincide con el concepto anteriormente expresado por el Tribunal.

“Como se mencionó antes, un plan de negocios tan sólo intenta de modelar el comportamiento futuro de algunas variables relevantes para la ejecución de un proyecto de inversión. Claramente, el objetivo corporativo de la gerencia de una empresa debe velar por el cumplimiento del plan de negocio. En este orden de ideas, suele ocurrir con una alta frecuencia que las cifras proyectadas no coincidan con la realidad ocurrida.

En el caso particular por lo tanto, PANACA no tenía la obligación de garantizarle a SABANA la efectiva causación de los ingresos proyectados en el Plan de Negocios.”

Las anteriores consideraciones llevan al Tribunal a concluir que no existió incumplimiento defectuoso por parte de PANACA de su obligación de suministrar el know how operativo del PARQUE DE LA SABANA a la entidad franquiciataria, que no deriva responsabilidad alguna a su cargo por los defectos técnicos que los estudios previos conocidos por su contraparte contractual acerca de la viabilidad de replicar en las cercanías de Bogotá el Parque Agropecuario de Quimbaya, que ninguna probanza allegada indica como fruto de la negligencia o de la culpa grave de quien los presentó a su contraparte comercial y que tampoco es fuente de responsabilidad el infortunio de alguno de los supuestos o alguna de las metas previstas en el plan de negocios, dada la naturaleza de este documento que de ninguna manera puede ser revestido de la trascendencia de una obligación de garantía.

Por estas razones, el Tribunal desestimará las pretensiones sexta y undécima de la demanda de reconvencción.

4. Los medios de defensa propuestos por PANACA.

Como de acuerdo con lo expuesto, las pretensiones segunda y séptima (sobrecostos de la construcción), prosperarán en cuanto se refiere al rubro de trabajo que ha quedado analizado, así como la pretensión mero declarativa postulada en el numeral tercero, acerca del incumplimiento de Panaca de la obligación de procurar patrocinios y la pretensión cuarta, de igual linaje declarativo, sobre el incumplimiento de innovar espectáculos, procede examinar las excepciones de mérito que la parte reconvenida formuló con el fin de enervar dicho *petitum*.

Panaca, como se lee en el aparte de antecedentes del proceso que contiene este laudo, propuso como excepciones de mérito un cúmulo de afirmaciones y circunstancias que definitivamente no tienen la naturaleza del medio de defensa invocado, porque como desde antaño lo han explicado la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la excepción de mérito no es otra cosa que un hecho destinado a enervar la pretensión, bien sea porque la destruye, la impide, la modifica o la dilata. Desde luego que técnica y necesariamente, son hechos distintos a los elementos o presupuestos fácticos que fundamentan la *causa petendi* y que por contera estructuran la pretensión.

Por lo tanto, no es excepción de mérito, como lo explica la más ilustrada de las doctrinas procesalistas, alegar la “*inexistencia de la obligación*”, como aquí lo hace el apoderado de Panaca, o limitarse a decir que en el contrato no se acordó una “*inversión inicial*”, o que los planos entregados por Panaca eran “*aptos*” desde el punto de vista de la técnica del arte y profesión, o que Panaca “*cabalmente*” cumplió con todas sus obligaciones, o que el daño alegado por Sabana “*a título de sobrecostos es inexistente y en todo caso no puede ser imputado a Panaca*”, o que Panaca “*gestionó diligentemente los patrocinios*”, etc. Obsérvese en el listado de excepciones que propone la reconvenida, y especialmente en el que se ha traído a colación, que nada nuevo aduce. Los hechos que allí se plantean, carecen de novedad y por ende de potencial enervativo, precisamente porque ellos integran en un todo la causa misma de las pretensiones, que como bien se sabe, giran en torno al contrato de franquicia y al incumplimiento de sus obligaciones que Sabana le imputa a Panaca.

Véase por ejemplo, si la pretensión segunda no prosperó en cuanto a diseños omitidos por Panaca, no fue porque alguna excepción se hubiera atravesado para impedirla, sino porque el Tribunal halló que la obligación de pagar esos posibles sobrecostos no existía para Panaca, lo que en otras palabras significa que Sabana no demostró su derecho, que es un

presupuesto material para obtener una sentencia favorable.

Por lo analizado entonces, se rechazan todas y cada una de las excepciones propuestas por Panaca, pero específicamente las que tenían como objetivo confrontar las pretensiones que resultan prósperas, incluida la que plantea la nulidad de la cláusula contractual que le imponía a Panaca la obligación de "*desplegar la máxima diligencia*" para obtener y gestionar patrocinios, pues el carácter meramente potestativo que respecto de ella se alega para reclamar su invalidez, está muy lejos de serlo, porque una cosa es que la obligación dependa de "*la mera voluntad de la persona que se obliga*" y "*otra que la condición consista en un hecho voluntario de una de cualquiera de las partes*" (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 23 de febrero de 1961, G.J. XCIV, pág. 549). Por supuesto que en los términos del art. 1535 del Código Civil, la primera es nula, pero la segunda valdrá.

De la primera los ejemplos que la jurisprudencia y la doctrina trabajan son obvios: "*si quiero*", "*si lo juzgo*", etc. De la segunda el caso ofrece el ejemplo, porque si bien la obligación de Panaca dependía de un acto de su voluntad, su actuar no era exclusivo de su arbitrio, sino que su voluntad estaba subordinada o vinculada a circunstancias ajenas y contingencias que no manejaba. El entramado de obligaciones recíprocas que la franquicia muestra y el beneficio recíproco como objetivo del contrato, da suficiente claridad al punto y descarta de una vez por todas que el capricho fuera el gobierno de la obligación que se controvierte con la referida excepción.

IV. COSTAS.

Con fundamento en el artículo 392, cardinal 6, del Código de Procedimiento Civil el tribunal se abstiene de condenar en costas a las partes, inclusive de manera parcial. Las razones para ello son evidentes en las consideraciones que anteceden y se contraen a la responsabilidad que ambas partes tienen en la presentación de demandas exorbitantes, carentes de fundamentos en lo esencial, originadas en la mala comprensión que han tenido de su propio contrato y en el desconocimiento del grado de colaboración recíproca que el mismo les impone, tanto por su naturaleza suficientemente estudiada en este laudo arbitral, como a términos de su propio clausulado.

La condena dineraria impuesta a la convocante no es suficiente para enervar o reconsiderar la anterior decisión, por lo que el tribunal se abstiene de proferir condena en costas en este caso.

TERCERA PARTE: DECISION

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje integrado para resolver las diferencias contractuales entre **PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. — PANACA S.A.** y **PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A.**, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

Primero.- Declarar que entre el **PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. — PANACA S.A.** y el **PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S. A.** se celebró un contrato de franquicia en el mes de septiembre de 2005, tal y como se solicita en la PRIMERA PRETENSION tanto de la demanda como de la reconvencción.

Segundo.- Declarar que **PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A.** incumplió su obligación de pagarle a **PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S. A. — PANACA S.A.** las regalías pactadas en el contrato a que se refiere la anterior resolución. Prospera, en consecuencia, la pretensión SEGUNDA PRINCIPAL de la demanda.

Tercero.- En los términos del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, declarar probada la excepción de inexigibilidad de la obligación respecto de las pretensiones OCTAVA y NOVENA PRINCIPALES del **PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S. A. — PANACA S. A.** En consecuencia, no prosperan estas pretensiones.

Cuarto.- Por no haber resultado probadas, se rechazan las pretensiones TERCERA, CUARTA, QUINTA, SEXTA, SEPTIMA y DECIMA PRINCIPALES, así como la pretensión DECIMA SUBSIDIARIA de la demanda, y las pretensiones consecuenciales y principales UNDECIMA, DUODECIMA, DECIMA TERCERA, DECIMA CUARTA, DECIMA QUINTA y DECIMA SEXTA de la demanda.

Quinto.- Declarar que **PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S.A. — PANACA S. A.** incumplió parcialmente, en los términos consignados en la parte considerativa, el contrato de franquicia suscrito con el **PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S.A.** a que se refiere la primera resolución de esta providencia. En consecuencia, prosperan parcialmente la pretensión SEGUNDA de la demanda de reconvención, así como las pretensiones TERCERA y CUARTA de la misma.

Sexto.- Como consecuencia de la anterior declaración, condenar al **PARQUE NACIONAL DE LA CULTURA AGROPECUARIA S. A. — PANACA S. A.** a pagar a **PARQUE AGROPECUARIO DE LA SABANA S. A.** la suma de veintitrés millones novecientos mil pesos (\$ 23.900.000) a la fecha de ejecutoria de este laudo. A partir de esa fecha, esta suma devengará intereses moratorios a la tasa más alta que legalmente resulte procedente. En consecuencia, prospera parcialmente la pretensión SEPTIMA de la demanda de reconvención.

Séptimo.- Por las razones indicadas en la parte motiva, no prosperan las pretensiones QUINTA, SEXTA, OCTAVA NOVENA, DECIMA, UNDECIMA, DUODECIMA, DECIMOTERCERA, DECIMOCUARTA, DECIMOQUINTA, DECIMO SEXTA y DECIMOSEPTIMA de la demanda de reconvención.

Octavo.- Por las razones expuestas en la parte motiva, abstenerse de proferir condena en costas.

Noveno.- Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimo.- Disponer que se entregue a los árbitros y al secretario el saldo de sus honorarios.

Undécimo.- Ordenar que en la oportunidad de ley, se protocolice este expediente en la

Notaría treinta y dos (32) del Círculo de Bogotá y se rinda por el Presidente cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización.

Esta providencia quedó notificada en esta audiencia a los apoderados de las partes.

Bogotá Distrito Capital, doce (12) de agosto de dos mil nueve (2009).

GILBERTO PEÑA CASTRILLON
Presidente

JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ
Arbitro

HERNANDO YEPES ARCILA
Arbitro

FERNANDO PABON SANTANDER
Secretario