

Alberto Lyon Puelma

Árbitro Arbitrador en cuanto al Procedimiento y de Derecho en cuanto al Fallo

Fecha Sentencia: 23 de julio de 2015

Rol: 1634-2012

MATERIAS: Cumplimiento de contratos - indemnización de perjuicios recíprocos causados por incumplimiento de ambas partes - excepción de contrato no cumplido - compensación de perjuicios, de culpas o imputabilidad - la mora como requisito de la indemnización de perjuicios moratorios - la mora como requisito de la resolución del contrato por incumplimiento - naturaleza jurídica del pacto de indemnidad y efectos.

RESUMEN DE LOS HECHOS: Se celebró entre las partes un Contrato de Franquicia Maestra en virtud del cual el Franquiciante envió al Franquiciado, domiciliado en país extranjero, una cantidad de mercadería (consistente en productos de muy variada naturaleza) excesivamente grande, porque pretendía cubrir demandas para dos años y, por ende, varias temporadas. Parte de los distintos productos no venían con la documentación adecuada, en parte por desconocimiento de ambos contratantes y en parte por simple dejación. Si bien los productos tuvieron buena venta, obteniéndose de ello importantes ganancias brutas, se produjeron pérdidas en el negocio final producto de diversas causas, principiando por el manejo de esa excesiva cantidad de productos no esperada por el Franquiciante y en parte porque este último hizo un desordenado retiro de la mercadería, con lo cual se hizo difícil y excesivamente costoso el manejo de inventario y el monto esperado del cumplimiento del contrato. El resultado del negocio arrojó en consecuencia pérdidas cuantiosas para ambas partes y se trataba de determinar quién debía soportarlas.

Se solicitó por una de las partes la resolución del contrato con su correspondiente indemnización de perjuicios y por la otra la ejecución forzada de una obligación postcontractual de indemnidad establecida en la Cláusula del Contrato de Franquicia Maestra y en subsidio, la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Artículos del Código Civil: 1.489, 1.545, 1.546, 1.552, 1.557 y 1.560 y siguientes.

DOCTRINA: 1. Que, en casos de incumplimiento recíproco de las obligaciones de las partes, el orden jurídico chileno en materia de derecho de los contratos no establece fórmula alguna para determinar cuál de dichos incumplimientos es el que mayor importancia tuvo en la causa de los perjuicios, ni permite o habilita al Tribunal que falle la causa en base a la determinación de quien mayor culpa ha tenido en la generación de los mismos, o compensando los perjuicios causados por una y otra parte, obligando de esta manera a pagar la diferencia a aquella parte que sólo es responsable de los que resultan mayores. Estos procedimientos o elecciones legislativas no se encuentran consagrados en nuestro ordenamiento jurídico y, hasta ahora, incluso en el derecho comparado, se discuten, porque en ocasiones es imposible determinar la importancia relativa de las causas de los perjuicios sufridos y el grado de culpa e imputabilidad de las partes en los respectivos incumplimientos recíprocos y, por otra parte, se presta para que con argumentos muy generales se condene a una de las partes mediante procesos racionales abstractos alejados de toda realidad no obstante parecer lógicos. Con todo, cualesquiera sean los procedimientos que se apliquen, para este Sentenciador no es posible aplicar ninguno, no porque no quiera o no haya tenido la voluntad de hacerlo, sino porque el Orden Jurídico Chileno, las interpretaciones de la doctrina y la aplicación casi

uniforme que la jurisprudencia ha efectuado de los Artículos 1.557 y 1.552 del Código Civil son claras en el sentido que la indemnización de perjuicios, ya sean compensatorios, moratorios, daño emergente o lucro cesante, son uniformemente claras en el sentido de que en el caso de incumplimientos recíprocos el Orden Jurídico Chileno impide que se condene a indemnizar perjuicios a alguna de las partes, ya sea mediante los procesos de neutralizaciones, indemnizaciones cruzadas o porcentajes de imputabilidad, porque la ley no impone alguno de estos remedios para casos distintos a los de mora en que ha incurrido sólo una de las partes. En definitiva, debiendo este Tribunal fallar en Derecho por voluntad de las partes, no le es posible resolver esta cuestión conforme a corrientes doctrinales extranjeras de reciente data, por muy acertadas que puedan resultar para el caso de autos, cuestión esta última en la que este Tribunal tampoco ha arribado a convicción.

2. Que, lo que ordena la ley es que habiendo incumplimientos recíprocos, los perjuicios sufridos por las partes no puedan ser objeto de indemnización alguna, al requerirse como requisito para la indemnización de perjuicios contractual, que exista mora en el cumplimiento de las obligaciones, según lo dispone el Artículo 1.557 del Código Civil, exigiéndose incluso el mismo requisito para cobrar una cláusula penal de acuerdo con el Artículo 1.538 del mismo cuerpo legal. Pues bien, ninguno de los contratantes pudo haber estado en mora, porque ambos han incumplido sus obligaciones conforme se ha prevenido en los considerandos precedentes y dado lo dispuesto en el Artículo 1.552 del Código Civil, en el sentido de que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, es obvio que, en el caso de autos no se cumple uno de los requisitos exigidos para la procedencia de la indemnización de perjuicios contractual. Lo cual quiere decir, en este caso, que ni la demandada estaba en mora en la entrega de la documentación requerida para la internación de los documentos y facturación apropiada, porque la demandante, no había cumplido con su obligación de retiro e internación de los productos de una manera eficiente y apropiada; y, al revés, que esta última no estaba en mora respecto al incumplimiento de su respectiva obligación, porque la primera no cumplió con la suya.

3. Que pudiera decirse -como se ha dicho por algunos (Alfredo Barros Errázuriz, (1932) Curso de Derecho Civil: tercer año, Santiago Nascimento, vol. II, pág. 66.) - que el requisito de la mora para la procedencia de la indemnización de perjuicios sólo se exige cuando se pide la indemnización de perjuicios moratorios, pero no puede exigirse cuando se pide la indemnización de los perjuicios compensatorios. Sin embargo, esta interpretación ha sido rechazada por todo el resto de la doctrina, porque la ley no hace distinción alguna a este respecto entre perjuicios compensatorios y moratorios y porque, en el caso de las obligaciones de hacer, cuyo es el caso de autos, el Artículo 1.553 del Código Civil establece que sólo cuando el deudor está en mora puede cobrar los perjuicios resultantes de la infracción del contrato, con lo cual se vuelve a aplicar la misma regla respecto de los compensatorios.

4. Que la distinción entre perjuicios moratorios y compensatorios no existe en el Código Civil, y mal podría existir cuando los perjuicios compensatorios pueden comprender incluso los moratorios cuando se demanda la resolución del contrato, porque ésta comprende *todos* los perjuicios sufridos por la parte diligente, siendo su alternativa para que se le paguen sólo aquellos causados por el retardo culpable en el incumplimiento de las obligaciones aquella que consiste en demandar el cumplimiento forzado de la obligación, en cuyo caso, este último cumplimiento cubre la parte no comprendida en la indemnización por el retardo en el cumplimiento de la obligación.

5. Que la demanda reconventional presentada en autos no ha solicitado el pago de los perjuicios que reclama aduciendo que ello debe hacerse en virtud de la cláusula 14.1 del Contrato de Franquicia mediante la acción de ejecución forzada de la obligación postcontractual de indemnidad.

Que, de acuerdo a los conocimientos de este Tribunal Arbitral, en las cláusulas de indemnidad, uno de los contratantes, el “otorgante”, asume ante la otra parte, el “beneficiario”, el deber de “mantenerlo indemne” *frente a reclamos de terceros* que tengan vinculación con la causa que motiva el contrato, pero una cláusula de indemnidad en que se instituye convencionalmente la obligación de uno de los contratantes de mantener indemne al otro por el incumplimiento de sus obligaciones, no puede tener otra naturaleza jurídica que la propia que tiene la obligación de indemnizar perjuicios, extendiendo con ello, probablemente, la obligación de indemnizar aquellos que expresamente la ley excluye, como los imprevistos, o los indirectos con tal que se mencionen en la convención. El pacto, por cierto, no es ilícito, pero es redundante, por lo menos en sus aspectos generales.

Que, establecido lo anterior, es evidente que este pacto no puede quedar al margen de la reglamentación jurídica a la que se encuentra la indemnización de perjuicios contractual y, por tal razón, debe quedar sujeto a las mismas condiciones de procedencia que esta última, en particular, al requisito de la mora exigido, como se ha dicho, por el Artículo 1.557 del Código Civil, tantas veces citado, y que no concurre en este caso como se ha visto y demostrado.

6. Que la demandada, refiriéndose a la acción de resolución del Contrato de Franquicia intentada por la actora, ha señalado que ella es improcedente por cuanto el contrato se terminó con anterioridad por voluntad suya, no siendo posible resolver un contrato ya extinto por otra causa. Sin embargo, en opinión de este Tribunal Arbitral, ello puede ser efectivo cuando se pretende poner término a un contrato ya extinto por una causal que no opera con efecto retroactivo. Pero, antes bien y por el contrario, si la sobredicha causal operare con efecto retroactivo, ello carecería de fundamento, porque para los efectos del Derecho, la resolución se habría producido al momento de incumplirse la obligación que constituyó el evento de la condición resolutoria cumplida, cuestión esta que ocurre con la resolución, cualquiera que sea la naturaleza de la misma.

DECISIÓN: El Tribunal resolvió:

1. Acoger la demanda de la actora sólo en cuanto se declaró resuelto el contrato denominado Franquicia Maestra, celebrado entre ella y la demandada, por incumplimiento de las obligaciones de esta última sociedad.
2. Rechazar la demanda en lo relativo a la indemnización de perjuicios solicitada.
3. Rechazar la demanda reconvenzional de demandada de ejecución forzada de la obligación postcontractual de indemnidad establecida en la Cláusula 14.1. del Contrato de Franquicia Maestra.
4. Rechazar la demanda reconvenzional subsidiaria de resolución de contrato por haberse éste declarado ya resuelto según el numerando primer precedente y, consecuentemente, rechazar también la demanda de indemnización de perjuicios subsidiaria.
5. Que cada parte pagará sus costas.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, 23 de julio de dos mil quince.

VISTOS:

1. El documento que rola a fs. 1 y siguientes de autos, en que don C.R. en su calidad de representante legal de XX, ambos domiciliados en calle DML1, Bogotá, y don AB en su calidad de abogado de la misma y domiciliado en DML2, Santiago, solicitaron con fecha 25 de septiembre de 2012, al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, el inicio del procedimiento arbitral en contra de ZZ, representada por don R.C., ambos domiciliados en DML3,

Santiago, exponiendo al efecto como cuestión objeto del arbitraje la “terminación del Contrato de Franquicia Maestra celebrado entre ZZ y XX. Por instrumento privado de 20 de junio de 2010 (el “Contrato” o la “Franquicia”), en virtud de los graves incumplimientos incurridos por ZZ a las obligaciones principales que contrajo en virtud de la cláusula quinta de la Franquicia y la indemnización de los correspondientes perjuicios”.

2. Los documentos que rolan a fs. 67 y 68 por el cual doña Karin Helmlinger C., secretaria general del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, comunica a don AB por XX, y a don R.C. por ZZ, que el Consejo del CAM procederá a designar Árbitro de entre aquellos nombres que no resulten vetados, para resolver la controversia surgida entre las sociedades citadas.

3. El documento que rola a fs. 70 de autos por el que se acompaña al proceso la escritura pública otorgada el 27 de septiembre de 2012 otorgada ante el notario doña NT donde consta un mandato judicial otorgado por ZZ a los señores AB1, AB2 y doña AB3 para representar a la mandante en todos los procedimientos judiciales que se sigan en su contra.

4. El documento que rola a fs. 73, donde don Peter T.Hill, presidente de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., resuelve con fecha 17 de octubre de 2012, designar como Árbitro Arbitrador en cuanto al Procedimiento y de Derecho en cuanto al Fallo a este Árbitro, para que se aboque a conocer y resolver la controversia existente en torno a la aplicación del contrato de Franquicia Maestra en cuestión. Junto con lo anterior, ordena notificar la designación precedente a las partes para los efectos de lo dispuesto en el inciso 2º del Artículo 10 del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.

5. El documento que rola a fs. 75, donde doña Karin Helmlinger con fecha 3 de noviembre de 2012 certifica que, habiendo transcurrido el plazo dispuesto en el Artículo 10 del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, no se presentaron oposiciones al nombramiento de este Árbitro para conocer y resolver la dispuesta existente entre las partes.

6. El documento que rola a fs. 38, donde consta el acta de aceptación de fecha 7 de noviembre de 2012, en virtud de la cual este Árbitro acepta el cargo de Árbitro Arbitrador en cuanto al Procedimiento y de Derecho en cuanto al Fallo, y jura desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible.

7. La resolución que rola a fs. 77 de autos donde el Tribunal con fecha 21 de noviembre de 2012, resuelve tener por constituido el compromiso, y cita a las partes a comparendo para el día 11 de diciembre de 2012 a las 11:00 horas en las oficinas del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, ubicadas en Monjitas 392, piso 11, Santiago, a fin de fijar en esa audiencia las normas de procedimiento y demás reglas básicas respecto de este arbitraje, bajo apercibimiento de procederse en rebeldía de la parte inasistente.

8. El documento que rola a fs. 93, consistente en el acta de la audiencia de 11 de diciembre de 2012, donde se fijan las normas de procedimiento, audiencia a la que asistieron don AB4 en representación de XX y doña AB3 y don AB5 por ZZ, todo ello ante la presencia de este Juez Árbitro.

9. La demanda de autos, corriente a fs. 102 y siguientes, en la que XX Corp. en adelante, también, XX, señala:

(a) que previo a la tramitación del procedimiento convenido se acoja en todas sus partes declarando el Juez Árbitro **(1)** La resolución o terminación anticipada del contrato denominado Franquicia Maestra, celebrado entre XX y ZZ de fecha 22 de junio de 2010, por incumplimiento grave y negligente de la demandada de sus obligaciones contractuales; **(2)** que se condene a la demandada a la indemnización de perjuicios causados por dicho incumplimiento de acuerdo a la suma pedida o la que soberanamente determine el Juez de acuerdo al mérito del proceso; y **(3)** que se condene a la demandada al pago de las costas del juicio;

(b) Que XX es una sociedad que pertenece a un conglomerado económico con casi veinte años de experiencia en el mercado mayorista y de retail de artículos para el hogar y oficinas, que el grupo económico al que pertenece XX cuenta con siete tiendas en Colombia y tres tiendas en Venezuela, generando 523 empleos directos, 307 en Colombia y 216 en Venezuela y cuyas ventas durante el año 2012 superaron los 60 millones de dólares.

(c) Que para el cumplimiento del numeral 3.2 de la Franquicia Maestra XX constituyó TR como su subsidiaria de acuerdo a las leyes de Colombia, a fin de que esta última fuere el único facultado y autorizado dentro del Territorio Contractual para gestionar, coordinar, contratar y ejecutar todo lo relacionado al desarrollo del Negocio TR1, al uso de las Marcas Comerciales, a la apertura de Locales TR1 y demás actos relacionados con la Franquicia Maestra;

(d) Que con el propósito de impulsar su emprendimiento XX buscó complementar su oferta de negocios e identificó en TR1 un nicho adicional a su portafolio habitual. La hipótesis de negocios residía en que ZZ garantizaba el éxito de la franquicia en una herramienta de trabajo denominada “Sistema TR1”, descrito como sistema único, de gran aceptación, mercadeo visual, precio, presentación de tiendas, vigencia de mezcla, renovación y manejo de inventarios y uniformidad en la presentación de los locales, cuyo back-office era parte fundamental del negocio.

(e) Así -señala- quedó demostrado en las declaraciones contenidas en la Franquicia Maestra donde se señalaba por ZZ que ella había desarrollado un modelo de negocio que consistía en “una serie de métodos, sistemas tecnologías conocimientos experiencias y metodologías propias, particulares y exclusivas de ZZ”.

(f) que ZZ no entregó nunca al Franquiciante, en su totalidad, el citado “sistema TR1” sino partes aisladas del mismo, lo que produjo el consecuente fracaso de la operación en Colombia, en especial, porque no se contó con: **(i)** variedad de productos; **(ii)** Inventario suficiente para obtener rotación que corresponde en este tipo de negocio; **(iii)** seguimiento de procesos; **(iv)** capacitación de personal; **(v)** disponibilidad de la mercancía completa por temporadas; **(vi)** documentación necesaria para internar la mercancía en tiempo, evitando demoras, sobre costos y discontinuidad de las temporadas; **(vii)** software necesario para el manejo de inventarios, restablecimiento de tiendas y seguimiento comercial, entre otros.

(g) Explica que es de la propia naturaleza del contrato de franquicia que el franquiciante quede obligado a “mantener un interés permanente en el negocio franquiciado”, en aspectos tales como know-how y asistencia técnica.

(h) Que el contrato de franquicia celebrado entre las partes contempló en la cláusula tercera la entrega al franquiciado por parte del franquiciante de una Franquicia Maestra para desarrollar y operar en el territorio contractual, el Negocio TR1, a través de una cadena de Locales TR1, bajo el Sistema TR1. Que, de acuerdo a las definiciones del contrato “Negocio TR1” es la explotación y operación de uno o más establecimientos comerciales, propios o franquiciados para la venta de productos de decoración y hogar y niños. Caracterizados esencialmente por su permanente innovación y diseño a precio justo, y a modelos particulares de servicio y de autoservicio, todo bajo las marcas Comerciales”. Y “Sistema TR1” es un modelo de negocio objeto de esta Franquicia maestra y que considera una serie de métodos, sistemas, tecnologías, conocimientos,

experiencias y metodologías propias, particulares y exclusivas del franquiciante, para el desarrollo del negocio TR1. El detalle de los principales procesos comerciales y operaciones que forman parte del Sistema TR1, se contiene en el Anexo 8 del presente Contrato”.

(i) Que era esencial para el éxito del Negocio TR1 que éste se desarrollara y ejecutara conjuntamente con la dirección del franquiciante, en base a las estimaciones y estrategias que las herramientas de software debían guiar al franquiciado en sus decisiones comerciales y mediante la asesoría de TR1 en las estrategias de marketing que debían diseñarse para potenciar las ventas.

(j) Que la primera etapa de ejecución del Contrato consistía en un procedimiento de adquisición de productos que se realizaba presencialmente y con periodicidad bimensual, en las denominadas “ferias de productos”, lugar éste donde se reunían franquiciante y franquiciado, y en el que se recomendaba el stock de productos se debía comprar a un precio fijado por TR1, en base a sus estimaciones de demanda y a las correcciones que el franquiciante o el Sistema TR1 pudiera incorporarle. El precio de los productos correspondía a un porcentaje del Precio de Venta Público sugerido, neto de impuestos a las ventas o al valor agregado, por su valor en dólares, conforme al tipo de cambio de la fecha de confirmación de cada orden de compra, resultante luego de aplicar la fórmula del Anexo N° 2 del Contrato. Este valor sería el valor CIF (CIF Territorio), siempre que no afectase las condiciones comerciales del Franquiciado, aseguradas conforme a la Franquicia Maestra, correspondiente al margen inicial del 42,6%, el franquiciante estaba facultado para cambiar dichas condiciones de precio a otras e incluir la posibilidad de adquirir productos que debían ser transportados desde China (FOB China) o desde Chile (FOB Chile).

(k) Que el Franquiciado estaba obligado a cumplir con las directivas del Franquiciante, en relación a la adquisición de productos de cada Feria, y exhibirlos, comercializarlos y ofrecerlos, en la forma que TR1 le indicara, incluso al interior de las tiendas. Toda modificación a las puntas de precio de venta de los productos TR1 en Colombia, debía acordarse previamente con el gerente general del Franquiciante y el Franquiciado no podía vender a precios distintos a los fijados por TR1, pero sólo en los períodos de tiempos definidos por el Franquiciante para cada clase de productos.

(l) Que para el pago de los productos adquiridos, el Franquiciante debía emitir las correspondientes facturas de venta, debiendo el Franquiciado pagarlas con un 30% al tiempo de colocación de la respectiva orden de compra; y 70% contra entrega al Franquiciado de las mercaderías en Colombia, conjuntamente con los documentos necesarios para su internación.

(m) El Franquiciante tiene un plazo de seis meses para la producción y entrega de los productos adquiridos por el Franquiciado en las Ferias, siendo TR1 el único responsable de la logística para que los productos lleguen al destino en términos que el Franquiciado pueda realizar la internación en el Territorio Contractual.

(n) que en beneficio de la comprensión y del orden expositivo explica y detalla todos los incumplimientos de ZZ, que serían: **(n1)** Proporcionar al Franquiciado la debida asistencia técnica necesaria para la instalación, operación y desarrollo de la Franquicia Maestra y poner a su disposición el Sistema TR1, incluyendo todo su conocimiento, manuales, tecnología y métodos a fin de conseguir la mejor adaptación del negocio TR1 a las realidades del Territorio Contractual. Lo anterior, principalmente por: **(i)** la total ausencia de un canal de comunicación abierto y dedicado a recomendar soluciones y solventar los problemas suscitados durante las etapas de operación y desarrollo de la Franquicia; **(ii)** la total ausencia de un representante dependiente de ZZ en Colombia, para asistir al franquiciado en la ejecución de las etapas de operación y desarrollo posteriores a la implementación del negocio TR1; **(iii)** la falta de visitas técnicas

periódicas a los locales TR1 y, por ende, la falta de informes de sugerencias para implementar mejoras en la operación y administración del negocio TR1 en cada uno de los locales TR1. Agrega que el único software habilitado al franquiciado fue el sistema denominado “POS” (sistema de registro de ventas en línea con TR1 Chile), faltando todas las demás herramientas de software esenciales y necesarias para la gestión del almacenamiento, provisión y reposición de tiendas, tales como YP, DM, AS (software de contabilización y gestión de inventarios) y la denominada herramienta comercial, programa computacional clave en la toma de decisiones de compra de nuevos productos en las ferias. **(n2)** Falta de entrega de los manuales con todos los detalles operativos del Sistema TR1. Para cumplir con lo anterior y conforme se pactó en el párrafo 13.4 de la cláusula 13°, TR1 debía hacer entrega al Franquiciado, “durante la vigencia de la presente Franquicia Maestra (1) copia de los Manuales indicados en el Anexo 9 conteniendo las especificaciones, normas, procedimientos operativos y reglas obligatorias, dispuestas oportunamente por el Franquiciante para la operación de los Locales TR1. Pues bien, los Manuales no fueron entregados al Franquiciado. **(n3)** Incumplimiento del procedimiento de adquisición y comercialización de los productos suministrados al Franquiciante, conforme a la cláusula 10° de la Franquicia. Sobre este particular, el Franquiciante incurrió en incumplimientos de los protocolos para el envío e internación de los productos en Colombia. Lo anterior, porque era el Franquiciante quien “será responsable de la logística para que los productos lleguen a destino en términos que el Franquiciado pueda realizar la internación al Territorio Contractual” lo que significa que los productos deben contar con toda la documentación para ser internados a Colombia. El Franquiciante, arbitrariamente y sin consultar al Franquiciado -se dice- despachó mercadería propia a Colombia, por aproximadamente US\$7.000.000 que no se encontraba en condiciones de ser internada bajo la jurisdicción aduanera del país de destino, debido a un sinnúmero de errores documentales, incurridos por ZZ. **(n4)** Falta de transmisión y/o recepción de innovación, mejora o ventaja del Sistema TR1, referido a la explotación y/o desarrollo del Negocio TR1. Señala a este respecto que no se recibieron sugerencias, planes de desarrollo de nuevos proyectos, innovaciones o soluciones relacionadas al desarrollo y explotación del Negocio TR1 debido a la falta de visitas periódicas, dirección y asistencia del Franquiciante. **(n5)** Falta de asistencia técnica y canales para el apoyo al Franquiciado en el desarrollo del Negocio TR1. **(n6)** Falta de suministro e instalación de software y upgrades necesarios para la operación de la Franquicia y mantención del sistema operativo de las listas y precios y descuentos aprobados, los sistemas de reabastecimiento de productos y control de existencias, los subsistemas SAP para el uso del Sistema TR1, Herramienta Comercial, Sudoku, Sistema Hyperion, Maestro de Materiales, Sistema de Inventario Selectivo y todas las actualizaciones necesarias para mantenerlos operando en el manejo de la franquicia. **(n7)** Cambio en las operaciones relacionadas con la determinación del precio de adquisición de los productos desde CIF Territorio a FOB Asia. Con infracción a lo establecido en la Franquicia Maestra, el Franquiciante modificó unilateralmente y sin derecho a ello, el precio de adquisición de los productos, desde CIF territorio a FOB Asia. Agrega que, de acuerdo al párrafo 10.3 de la cláusula 10° del Contrato, “el precio que el Franquiciado deberá pagar por la adquisición de los productos se calculará como un porcentaje del Precio de Venta Público (“PVP”) sugerido, neto de impuestos a las ventas o al valor agregado, por su valor en dólares conforme al tipo de cambio de la fecha en que se confirme cada orden de compra. Dicho porcentaje se establece en el Anexo N° 2 de este Contrato, y el valor que resulte de aplicarlo al PVP, será el Precio CIF territorio o FOB Chile o FOB Asia de los productos, según el Franquiciante libremente lo determine (...)”. En desarrollo de esta estipulación, que expresamente refiere al Anexo N° 2 del Contrato, éste dispone que el “Franquiciante podrá cambiar la condición CIF territorio a FOB Asia en cualquier momento,

siempre que no perjudique las condiciones comerciales del Franquiciado. El Franquiciado asumirá en este caso los costos y a la administración logística y seguros al Territorio” (énfasis agregado). Por CIF territorio, debe entenderse el valor de adquisición de los productos para el Franquiciado, incluyendo su fabricación, producción y embarque con todos los gastos y derechos pagados en el puerto de despacho que TR1 determine, calculado en la forma descrita en el Anexo N° 2 del contrato. Por FOB Asia, debe entenderse el valor de adquisición de los productos, incluyendo su fabricación, producción y embarque con todos los gastos y derechos pagados en el puerto de origen en Asia que el Franquiciante determine, sin incluir costos de seguros ni de flete. El Franquiciante entiende que el numeral 10.3 del Contrato lo faculta para fijar el precio “CIF territorio o FOB Chile o FOB Asia de los productos”, pero el Anexo 2 limita esa facultad a que su ejercicio “no perjudique las condiciones comerciales del Franquiciado”. En su oportunidad, se señala que la Franquiciada se opuso a que el Franquiciante modificara el precio de productos, a lo que adujo que TR lo había aceptado anteriormente, sin observaciones.

(ñ) Que una vez terminado el contrato ZZ comenzó un verdadero bombardeo epistolar, intentando transformarse en acreedor del Franquiciado. Así, con fecha 25 de septiembre de 2012, pretende dar por terminado el contrato, con fecha 28 del mismo mes, conmina al Franquiciado a ejecutar ciertos actos, a abstenerse de operar los locales comerciales y usar las marcas comerciales licenciadas, con fecha 12 de octubre formula reserva de acciones, con ánimo intimidatorio, con fecha 31 de octubre reitera calendario unilateral de término de operaciones.

(o) Respecto al Derecho Aplicable, sostiene la demandante que el Artículo 1.489 establece una condición resolutoria de no cumplirse por una de las partes lo pactado, pudiendo el contratante diligente pedir la resolución o el incumplimiento del Contrato, con indemnización de perjuicios. Alude al daño emergente y al lucro cesante, destacando que en el caso de este último se considera un grado razonable de probabilidad en la percepción de los ingresos futuros y obedece al curso normal de los acontecimientos. Se alude a los requisitos de la indemnización de perjuicios. Menciona que los incumplimientos del Franquiciante habilitaban al Franquiciado para suspender ab-initio el cumplimiento de sus obligaciones, paralizando el contrato al amparo de la excepción de contrato no cumplido, pero no lo hizo.

(p) Que respecto a las cláusulas de salvaguarda que impuso TR1 en el Contrato, según el párrafo 14.5 del Contrato, debe oponer lo dispuesto en el párrafo 14.3 del mismo, en el sentido de que nada de lo establecido en el Contrato podrá ser interpretado como una limitación a la responsabilidad de las partes, por daños a las personas o en las cosas derivados de fraude, dolo o negligencia y que cualquier limitación se entenderán excluidas del Contrato y expresamente renunciadas por las partes.

(q) Respecto de los perjuicios que deberá indemnizar el Franquiciado, XX alega los siguientes:

(q1) La pérdida de la inversión inicial y su costo financiero, incluyéndose en este concepto la cantidad de US\$1.304.755,73 por adecuación de tiendas, dotación de locales y capital de trabajo, más la suma de US\$631.900,01 por concepto de pérdida financiera incurrida en la inversión de estos capitales según el costo de capital del Franquiciado de 14,17% anual amortizado diariamente desde el 1 de octubre de 2010 hasta el 17 de diciembre de 2012; **(q2)** Los gastos y pérdidas incurridos por el Franquiciado por la no reparación en tiempo de la mercancía de apertura, incluyéndose en este concepto US\$194.393,14 por pago de aranceles y rescates, la disposición de personal administrativo, la contratación de proveedores de servicios de comercio exterior y gastos de representación del gerente general y de su ejecutiva del Franquiciado. Asimismo, mayores aranceles aduaneros pagados por el Franquiciado, ascendentes a US\$61.835,87. **(q3)** Gastos y pérdidas incurridos por el Franquiciado por la no recepción de la mercancía de apertura en tiempo. Por hecho imputable exclusivamente al Franquiciante, la

apertura de los locales comerciales ocurrió el día 12 de febrero de 2011, cuatro meses de desfase respecto al inicio de las ventas navideñas. Esto significó perjuicios por US\$944.965,68, suma que se descompone en US\$672.192,31 resultantes de aplicar el margen contractual asegurado sobre el total de las ventas obtenidas en igual período durante el mes de diciembre de 2011; US\$157.822 por costos de mantención de contratos de arrendamientos de locales que debieron permanecer cerrados en diciembre de 2010 y enero de 2011; US\$75.864 por personal contratado para operar ambos locales comerciales; y US\$39.057,37 por servicios contratados para los locales comerciales y gastos de administración. **(q4)** Pérdidas ocasionadas por la ausencia de las herramientas comerciales para la gestión del Negocio TR1, ascendentes a US\$175.488,33 en razón de haberse visto obligado el Franquiciado a vender mercaderías a precios de liquidación, en razón de no poder establecerse con precisión las proyecciones de venta, cantidad ésta que se obtiene teniendo en consideración el número de productos vendidos, el PVO de cada uno de ellos; y el valor al cual fueron realmente comercializados. **(q5)** Otros costos incurridos por el Franquiciado con motivo de los incumplimientos de TR1. Se dice que estos costos totalizan US\$0.J.,25 e incluyen: la contratación de un área directiva dependiente de un tercero, con dedicación exclusivamente a la operación del Franquiciado y al desarrollo de la Franquicia en Colombia; costos de viaje de los ejecutivos del Franquiciado a Chile para asistir a reuniones; contratación de asesores legales; producto de sustanciales diferencias contables y de cuadro de cuentas, se contrataron asesores tributarios y financieros para la realización de ajustes contables; y la contratación y licenciamiento de sistemas informáticos necesarios para la operación del Negocio TR1, luego que el Franquiciante impidiera el acceso del Franquiciado a las pocas y precarias herramientas comerciales que utilizaba a tal efecto. **(q6)** Pérdidas económicas por la no recepción de la mercadería adquirida en la Feria N° 25. Ascenden -se dice- a US\$218.114,39 resultante de la diferencia entre el presupuesto de ventas para los meses de noviembre y diciembre de 2012 y las ventas reales efectuadas en noviembre y las proyectadas en diciembre, atendido que para este mes no habían productos para comercializar. Dicho resultado arrojó una diferencia en ventas de US\$510.806,54 respecto de la cual el 42,7% de margen asegurado por la franquicia, corresponde a US\$218.114,39. En razón de lo anterior, el Franquiciado perdió, además de las diferencias de ganancia inherentes a las ventas de los productos adquiridos en la Feria N° 25, la posibilidad de vender otros productos, cuya comercialización estaba supeditada o asociada a las ventas de los productos adquiridos en la Feria N° 25. Conforme al presupuesto de dichas ventas, elaborado para los meses de noviembre y diciembre de 2012, con motivo de la ausencia de los productos adquiridos en la Feria N° 25, el Franquiciado dejó de vender productos por US\$767.634,87, de los cuales, de acuerdo al margen garantizado por la Franquicia, US\$327.780,09 era la ganancia del Franquiciado. Además de lo anterior, atendido que los productos adquiridos en la Feria N° 25 se comercializarían hasta el mes de marzo de 2013, los ingresos que provendrían de dichas ventas ascenderían a US\$759.761,97, por lo que, aplicando el margen asegurado de utilidad, se dejarían de percibir ganancias por US\$324.418,36. **(q7)** Perjuicios en volumen de ventas, al no haber podido ofrecer, por responsabilidad de TR1, el mix o mezcla completa de productos, ni haber contado con las herramientas comerciales necesarias para ello. Tomando el Business Plan Franquicia para determinar el volumen efectivo de ventas proyectado por el propio Franquiciante y comparado con las ventas realizadas en cada uno de los locales comerciales al día 17 de diciembre de 2012, correspondía que el Franquiciado vendiera productos por un monto total de US\$24.685.144,17, en circunstancias que sólo tuvo ventas por US\$11.572.375,57. Respecto a las ventas, se produjo una diferencia de US\$13.112.768,59, de los cuales US\$5.113.979,75, corresponden al margen del 39% considerado por el Franquiciante en el Business Plan Franquicia, pérdida experimentada

por el Franquiciado. Se afirma que esta merma de ventas no se puede atribuir a la gestión de la Franquiciada, sino a la falta de productos, a la carencia de una muestra de inventario variado, con la presentación mezcla o mix prometido en el Business Plan y que en realidad no se cumplió. Por último -se afirma- el Franquiciado tuvo que terminar anticipadamente varios contratos de arrendamiento con opción de compra suscritos con banco BO de Colombia, para el alquiler de los muebles de tienda, habiendo incurrido en un gasto de US\$262.142,78, debido a que dichos bienes no tienen uso ni valor de rescate, pues son de utilización exclusiva para ese tipo de tiendas. **(q8)** Pérdida de los retornos proyectados del Negocio TR1. Que con los flujos de caja resultantes, considerando los costos de capital promedio ponderados (o "WACC", por sus siglas en inglés, Weigthed Average Cost of Capital) ascendentes al 14,17% para el Franquiciado, considerándolos a valor presente a partir del segundo y hasta el décimo año de operación, las utilidades que habría generado, en caso que el contrato se hubiese cumplido de la manera pactada, habrían arrojado la suma de US\$6.200.000, misma que el Franquiciado simplemente no recibirá. **(q9)** Pérdida del valor terminal del Franquiciado. Donde "Flujo Efectivo Año 10", conforme a las propias estimaciones de TR1 asciende a la suma de US\$4.019.000, el WACC ascendente al 14,17% y un 5% de gradiente, esto es un crecimiento normal de un negocio de ventas al por menor en un mercado ya maduro, da como resultado que los flujos futuros, a 8 años, harían que el valor empresa del Franquiciado hubiese llegado a la suma de US\$15.200.000 y no carecer de valor alguno, como lo es hoy. **(q10)** En definitiva, la demandante pide un valor total de US\$32.699.563,54.

10. La contestación de la demanda por parte de ZZ S.A., corriente a fs. 144 y siguientes de autos, en adelante, también, ZZ, que en lo sustancial señala:

(1) Que el Franquiciado nunca aceptó ni aplicó la Franquicia ni el contrato que le daba vida, que funda su demanda y perjuicios que pretende en meras expectativas y proyecciones que no fueron garantizadas por ZZ en el Contrato, sino que por el contrario, según el acuerdo, dependían única y exclusivamente de la correcta aplicación del modelo de negocio, que se negó a aplicar desde el inicio de la vigencia del Contrato. Que la demanda es instrumental y pretende mejorar la posición de XX frente a la decisión de ZZ de terminar anticipadamente el contrato. Que el modelo de negocios de TR1 consiste simplemente en combinar la creación de productos que los clientes consideran entretenidos, bellos, exclusivos, funcionales y únicos, a precios que resultan accesibles para amplios sectores de clase media; que el surtido, exclusividad, diseño, y variedad de sus productos es un elemento fundamental de la propuesta de valor de la compañía, el cliente entra a las tiendas motivado por la posibilidad de descubrir qué es lo nuevo que lo puede sorprender, es decir, el 65% de ellos no sabe qué va a comprar cuando decide entrar en una de sus tiendas; que los ejes del modelo de negocios son básicamente el diseño, la innovación, variedad, autenticidad, alegría, profesionalismo y buenos precios; que las estadísticas reflejan las razones de que el modelo TR1 sea exitoso:

- (a)** TR1 diseña el 80% de lo que vende;
- (b)** Cada año innova y renueva alrededor de un 60% de sus productos;
- (c)** El 30% de los productos son introducidos por primera vez;
- (d)** El 25% de los hogares en Chile son clientes de TR1;
- (e)** El 65% de los clientes entra a la tienda sin saber qué va a comprar;
- (f)** Los clientes frecuentes visitan la tienda más de cinco veces por año;
- (g)** El 64% de las ventas es por clientes frecuentes;
- (h)** Los niños son el 25% del negocio;
- (i)** Existen cuatro temporadas por año;

(j) Existen dos tendencias de diseño por año;

(k) una vez al mes se cambian vitrinas y motivos en todas las tiendas; que el modelo cuenta con elementos imprescindibles de existencia y funcionamiento, como los que se detallan a continuación: (i) Sistema de Precios de Venta al Público y Puntas de Precio: Es el elemento que determina que los precios sean asequibles a todo público, sin sacrificar por ello calidad ni diseño; (ii) El sistema de precios consiste en proponer un precio conforme a un modelo DW, para que el cliente siempre tenga la percepción de excelente relación entre precio y calidad; (iii) En el caso del Contrato, se operaría bajo el sistema Puntas de Precio Predefinidas, entregadas por el Franquiciante en las ferias, luego de la debida toma de precios en el Territorio Contractual; (iv) El Franquiciado jamás podrá aumentar estas puntas de precio sin consentimiento de ZZ; (v) Lo importante de lo anterior es que si el Franquiciado arbitrariamente modifica la punta de precio, incumpliendo el Contrato, éstas no tendrán relación con la estrategia comercial, y el cliente no verá la diferencia entre el producto elegido y su sustituto, y no tendrá una apreciación de valor-precio de la propuesta de mix de productos, perdiendo la relación precio-calidad; (vi) Mix de Productos: Otro elemento esencial del modelo, conforme al mismo, cada tienda debe tener en cada temporada un conjunto de productos atemporales y full temporada determinado. Además debe existir un número mínimo de skus con los que debe contar toda tienda, para efectos de mantener un estándar óptimo del modelo; (vii) Este concepto es clave al estar ligado a la necesidad de renovación de productos, lo que también es una exigencia esencial del modelo; (viii) El mix de productos se recompone cada tres y cuatro meses dependiendo de la temporada, con el flujo de productos que fueron adquiridos en la feria anterior. Si el mix de productos no es implementado efectivamente, se afectará en forma inmediata la renovación de productos, y con ello, se afectará la percepción de innovación y recambio. A su vez, a menor innovación y recambio de productos, se esperará menor rotación de público y por ende menores ventas; (ix) En las franquicias de TR1, el área comercial del Franquiciado puede solicitar alargues y modificaciones de fecha de término de una temporada, especialmente si hay sobrestock de productos, o aún hay demanda en el mercado, y es posible que convivan con el mix actual. Eso es una situación acotada y sólo puede darse con autorización expresa del Franquiciante; (x) Masividad en las Ventas: También es una característica esencial del modelo. El precio promedio de los productos de TR1 es US\$7 u US\$8, dependiendo del mercado, lo que hace necesario un gran volumen de ventas a fin de que el negocio sea rentable; (xi) Abrir una franquicia en un país, requiere de una administración central y de un mínimo de tiendas a fin de contar con un flujo de ventas que permita comprar lotes mínimos a proveedores, y por otra parte, el resultado de las tiendas debe absorber los costos de una administración central; (xii) Según la experiencia de ZZ, un país puede recién lograr su punto de equilibrio con al menos cinco tiendas, por lo mismo, en los contratos de franquicia hay un anexo de calendario de apertura de tiendas, el cual debe ser respetado a efectos de lograr que el modelo se desarrolle correctamente; (xiii) En ningún caso, dos o tres tiendas permiten financiar la administración central y obtener a la vez las ganancias reales que permiten proyectar el modelo de negocio. Además, cada tienda debe generar un volumen de visitas diarias que alcance una venta mínima que permita cubrir los gastos de operación; (xiv) Valor de la Marca TR1 y TR2: Es en estas marcas donde radica el verdadero valor del negocio, y en su convicción de que los productos que se ofrecen son únicos y diseñados bajo ideales apreciados por sus clientes.

(2) De la Internacionalización del Negocio TR1: Que es común que las empresas chilenas de retail tomen la decisión de internacionalizarse, así el año 2009, TR3 evaluó un proyecto que incluía el desarrollo a través de franquicias en países latinoamericanos que tuvieran características similares a Chile. Que de esa forma, TR1 inició el proceso de apertura de tiendas

fuera de Chile, estudiando mercados y posibles candidatos, en donde se consideró, entre otros, antecedentes económicos y conocimiento del mercado, aprobación de pre-factibilidad del proyecto en el país, aprobación de pre-factibilidad comercial, presentación de estrategia de ingreso al país, y estudio de factibilidad de operación del sistema POS (central única de cajas); que después del estudio se abrió en octubre de 2010 la tienda de Miami, luego la primera franquicia en Bolivia, y en febrero de 2011, se inaugura la tienda TR4 en Bogotá, y al mes siguiente la tienda TR5 en la misma ciudad. Finalmente, en diciembre de 2011, se inaugura la tienda TR6 de Medellín.

(3) Que la relación con la demandante se remonta al año 2009, cuando don M.D., empleado de TR1 y colombiano, presentó al señor R.C. la empresa TR7 que estaba interesada en conocer el modelo de la compañía, y eventualmente embarcarse en una franquicia. Dicha empresa, tenía como principal giro comercial la venta minorista de muebles y exportaciones a países vecinos como Guatemala, Panamá y Aruba, y de los antecedentes recopilados resultaba ser confiable para ZZ, que dicha empresa tenía solvencia económica y un extenso conocimiento previo del negocio de retail; que con fecha 20 de enero de 2010, el Directorio de ZZ aprobó como franquiciado en Colombia a XX, controladora de TR7 S.A.S., operadora de las tiendas TR7, la cual operaría dicha franquicia a través de la sociedad colombiana TR, creada especialmente al efecto. Así se llegó a la firma del Contrato con fecha 22 de junio de 2010.

(4) Del Contrato de Franquicia Maestra. Naturaleza del Contrato y alcance de sus principales obligaciones: Según el Contrato, el objeto de éste es “la entrega al Franquiciado de una Franquicia Maestra para desarrollar y operar en el Territorio Contractual, el Negocio TR1, a través de una cadena de locales TR1, bajo el sistema TR1 ya definido”; que la misma convención define el Sistema TR1 como “el modelo de negocio objeto de esta Franquicia Maestra, y que considera una serie de métodos, sistemas, tecnologías, conocimientos, experiencias y metodologías propias particulares y exclusivas del Franquiciante, para el desarrollo del Negocio TR1”; que como contrapartida a la entrega de la Franquicia Maestra, XX se obligó a asumir la obligación de adquirir al Franquiciante la totalidad de los productos que se comercializarán en los locales TR1, y cualesquiera otros productos que el Franquiciante oportunamente defina que serán vendidos, comercializados o exhibidos en ellos; que el precio que deberá pagar XX por los productos antes indicados “se calculará como un porcentaje del Precio de Venta al Público sugerido neto de impuestos a las ventas o al valor agregado, por su valor en dólares conforme al tipo de cambio de la fecha en que se confirme cada orden de compra. Dicho porcentaje se establece en el Anexo 2 de este Contrato, y el valor que resulte de aplicarlo al PVP, será el precio CIF territorio o FOB Chile o FOB Asia de los productos, según el Franquiciante libremente lo determine, que el Franquiciado deberá pagar al Franquiciante”; que el Contrato establece que los productos a ser vendidos en los locales TR1 por el Franquiciado serán definidos por ZZ, conforme a las tendencias de diseño actuales, Precios de Venta al Público y Puntas de Precio que permitan que el mix determinado sea vendido efectivamente y que el Franquiciado no puede “bajo ninguna circunstancia” comercializar productos en Puntas de Precio superiores a las establecidas por ZZ en la Feria respectiva; que ZZ dio licencia de uso exclusivo en el Territorio Contractual de su activo máspreciado, esto es su marca y el prestigio asociado a ella, que en ese sentido el Contrato establece al Franquiciado límites a las conductas que puede realizar; que otro mecanismo contractual de resguardo del activo de ZZ son las obligaciones de exclusividad de giro de cargo del Franquiciado, establecidas en las cláusulas 6.2, 6.3, 6.10, 6.11 del Contrato; que adicionalmente, el Contrato otorga a ZZ la siguiente garantía personal: “El Franquiciante tendrá facultad de exigir el cumplimiento de cualquier obligación derivada de la presente Franquicia Maestra, tanto al Franquiciado como a la Subsidiaria, indistintamente, siendo el

Franquiciado y la Subsidiaria solidariamente responsable frente al Franquiciante”; que asimismo, el contrato en su cláusula 14.1, establece una cláusula de indemnidad en favor de ZZ; que la voluntad y entendimiento común respecto del modelo de negocios quedó establecido en el numeral 1.2 que señala: “ZZ, que además, ha desarrollado un modelo que permite replicar su negocio y operación bajo la modalidad de franquicias, contando ya con experiencias exitosas en el mercado internacional. Que se señala también en las declaraciones previas que XX tiene pleno conocimiento del singular y valioso modelo de negocios desarrollado por ZZ, el cual ha evaluado y estudiado con detenimiento, y asistido por asesores profesionales, luego lo cual ha manifestado su interés de participar de la red de Franquicias...”; que XX reconoce que “su incorporación a la red de franquicias de ZZ, no considera en modo alguno la entrega o recibo de ninguna garantía explícita o implícita, en lo que concierne a volúmenes de venta, ingresos, beneficios, utilidades, ni probabilidades de éxito”, y que su decisión de incorporarse a la red de franquicias “se fundamenta exclusivamente en su propio estudio de viabilidad”; Finalmente, XX reconoce que el éxito de sus negocios relacionados con este acuerdo, “depende principalmente de su capacidad y de la capacidad de sus factores y dependientes, de mantener altas y uniformes normas de calidad, operaciones y servicios del modelo de negocios de ZZ y de utilizar adecuadamente los sistemas, métodos, y procedimientos comprendidos en la franquicia”;

(5) Ejecución del Contrato de Franquicia por parte de ZZ: La implementación del contrato requirió de un proceso complejo de estudios y evaluación en terreno del equipo de ZZ, con el fin de proteger la marca de todo detrimento y promover su pleno desarrollo y crecimiento en un mercado nuevo; que con dicho fin, se designó un equipo especial de personas para desarrollar y cumplir las metas esperadas, y en especial para apoyar el traspaso del modelo de negocios; que en cada área de negocios, ZZ realizó distintas acciones para implementar el modelo como son:

a) Área de Recursos Humanos, doña M.V., líder de selección y desarrollo de ZZ, realizó la capacitación de la líder de selección y desarrollo de Colombia, instruyéndola en los siguientes temas de modelo TR1: **i) Estructura Organizacional; ii) Estructura Funcional; iii) Perfiles de Cargo; iv) Reclutamiento y selección de personas; v) Puntos Hays; vi) Bandas salariales; vii) “Diccionario de Competencia” de la compañía;**

b) Área de Operación de Tiendas, don M.G., líder de Escuela de Servicio ZZ, quien viajó a Colombia y capacitó en el modelo de servicio de tiendas al personal de las tres tiendas abiertas, y don B.R., líder de experiencia clientes, quien capacitó al personal del Franquiciado en: **i) Proceso de evaluación de tiendas; ii) Elaboración de puntos metas; iii) Proceso de apertura y cierre de tiendas; iv) Rito diario; v) Cómo se entrega el feedback al personal; vi) Cómo se informan las metas y su cumplimiento; v) Definición de mallas de turnos; vi) Pasos a seguir si no se dan las variables de tienda esperadas;**

c) Plana Gerencial del Franquiciado, desde el 9 al 27 de mayo de 2011 se capacitó en Chile a don A.P., en todos los puntos antes mencionados, como en los siguientes: **i) Módulo BestPractice; ii) Módulo de servicio en tienda; iii) Estrategia de productos; iv) Layout; v) Eventos; vi) Definiciones de marca; vii) Proceso creativo; viii) Plan de innovación de la compañía, ix) Definición del mix de productos; x) Proceso de ferias TR1; xi) Diseño de marketing y cómo funciona dentro de la compañía; xii) Funcionamiento del departamento de diseño; xiii) Presentación de líneas; xiv) Definición de tendencias; xv) Cómo interactúa el área “IDM” con el área comercial; xvi) Responsabilidad del área de QA en el negocio; xvii) Interacción del área de QA con diferentes departamentos de la compañía; xviii) Metodología de trabajo QA; xix) Proceso de compras internacionales; xx) Entrega de mercadería en aduana u origen; xxi) Proceso de centro de distribución completo; xxii) Política corporativa de selección y desarrollo transversal a la misión de la compañía y al modelo de competencias;**

xxiii) Planes de selección y desarrollo; **xxiv)** Revisión de todas las descripciones de cargo, método de puntos Hays; **xxv)** Planes de capacitación e introducción al “diccionario de competencias corporativas”; **xxvi)** Estructura Organizacional de tiendas TR1; **xxvii)** Presentación de las áreas y su impacto en el negocio; **xxviii)** Sistema de gestión de desempeño; **xxix)** Cultura de la compañía; **xxx)** Modelo de metas con sus variables como boleta promedio y conversión;

d) Se capacitó a encargados de servicios, asistentes de clientes, cajeros y encargados de zona según el plan de inducción de estos cargos, lo que incluía las siguientes acciones: **i)** Realizar caminatas por la tienda con el objeto de mostrar de forma general los mundos; **ii)** Explicación de las jerarquías de cada zona y propuesta del modelo de autoservicio de visual; **iii)** Explicación del modelo de puntos-meta incluyendo las variables de boleta promedio y conversión; **iv)** Explicación de concepto y aplicación en la tienda de macrolayout, microlayout, mundos por jerarquías, tendencias y conceptos; **v)** Revisión, implementación y corrección de plantillas; **vi)** Proceso de reposición y recolocación de precios; **vii)** Tipos, características y beneficios de productos exhibidos; **viii)** Montaje de vitrinas y eventos; **ix)** Procedimientos de los distintos tipos de precio e imagen en tienda; **x)** Funciones de un asistente de caja y proceso de POS completo; **xi)** Visualización de información de cajas a través del BO tienda; **xii)** Correcto desarrollo del check listo de apertura y clausura de tienda; **xiii)** Check listo de actividades en tienda para correcta implementación del modelo de servicio; **xiv)** Asignación de tareas por zona; **xv)** Completar ficheros con puntos meta y resultado semanal; **xvi)** Seguimiento y control de metas diarias; **xvii)** Control del modelo de servicio; **xviii)** Levantamiento y definición de stocks objetivo de los productos nuevos recepcionados en tienda; **xix)** Proceso de reposición automática de stock; **xx)** Procesos de merma y de segunda selección;

e) En el área de Marketing: Doña L.M., directora creativa de Marketing de ZZ, y su equipo, entregaron las directrices de marketing de eventos y sus calendarios a la líder visual de Colombia, doña R.D. y su gerente general, don A.P. Que el contrato entre las partes, obligaba a ZZ a mantener debidamente al Franquiciado con las nuevas gráficas publicitarias adoptadas por la compañía, así ZZ envió, hasta junio de 2012, las piezas de material gráfico necesarias para la implementación de los eventos y de embalaje corporativo para usar en las tiendas;

f) En el área Comercial: Se capacitó al equipo de Product Manager de XX en Chile, señoras F.N., D.J., J.S. y O.M., sobre los siguientes temas: **i)** Modelo de autoservicio; **ii)** Modelo de Servicio; **iii)** Los Productos; **iv)** Servicio a clientes en tienda; **v)** Proceso de feria; **vi)** Realización de mix por clúster por grupos de exhibición; **vii)** Realización de mix por tienda por grupos de exhibición; **viii)** Definición de cargas iniciales por grupos de exhibición skus; **ix)** Revisión de los microlayout por tiendas según línea designada; **x)** Planificación semanal del control de presupuesto; **xi)** Control de los alcances de los productos; **xii)** Análisis de los quiebres; **xiii)** Análisis de elasticidad por puntas de precios; **xiv)** Revisión de llegadas de productos; **xv)** Definición de productos de eventos; **xvi)** Definición de productos de reemplazos; **xvii)** Cómo y cuándo aplican los cambios de precios y el impacto de ellos; **xviii)** Visitas a tienda; **xix)** Relación de las áreas de operaciones y las estrategias comerciales en las tiendas;

g) En el área de Logística: Se capacitó a personal del Franquiciado en los procesos de Ferias para compras de productos, su llegada, tracking, sitio FTP, disponibilidad de facturas e información de las órdenes de compra, y disponibilidad de fichas de productos;

h) En el área de Análisis de Quiebres de Stock: Se capacitó en Chile al analista de stock del Franquiciado señor S.Q., en: **i)** Modelo de servicio y autoservicio; **ii)** Los productos; **iii)**

Servicio al cliente en tienda; **iv)** Conceptos propios del área; **v)** Cálculos de stock objetivo; **vi)** Calendario de tiendas; **vii)** Quiebres por grupos de exhibición; **viii)** Quiebres por skus; **ix)** Mundos de productos, jerarquías, y niveles; **x)** Mix de temporadas; **xi)** Eventos; **xii)** Fechas de inicio y término de productos; **xiii)** Microlayout; **xiv)** Plantillas; **xv)** Stocks diferenciados entre muebles, cajón perimetral o caja; **xvi)** Trabajo con centro de distribución; **xvii)** Transacciones en SAP; **xviii)** Reportes de stock; **xix)** Reporte de ventas; **xx)** Reporte de negativos; **xxi)** Inventarios; **xxii)** Devolución de productos; **xxiii)** Análisis de los productos vencidos. En este sentido, ZZ designó a doña O.J. a cargo de asegurar la transferencia del modelo TR1 se materializara en tiempo y forma. Además era el nexo entre distintas áreas de la Compañía, y entre Franquiciante y Franquiciado; que en la primera etapa de ejecución del contrato, relativos al traspaso del modelo, sus estructuras, modelos, tecnologías, metodologías, unido con la simultánea apertura de tiendas, ZZ cumplió con el apoyo comercial, de arquitectura, visual, operativo, y todas las áreas necesarias para que el Franquiciado iniciare de forma adecuada la toma de contra de la Franquicia Maestra; *(Nota: transcripción textual de la sentencia)*.

6. De los Incumplimientos Imputados a ZZ: Que el Franquiciado funda su demanda en que “El Franquiciante infringió su obligación principal y esencial de la Franquicia Maestra, de entregar el Sistema TR1 que permitiera al Franquiciado operar la franquicia y desarrollar el Negocio TR1”, lo que constituye un incumplimiento a la cláusula quinta del contrato que contiene el “núcleo del objeto del contrato”; que XX imputa a ZZ no haber traspasado la Franquicia, atribuyéndoles el incumplimiento de todas sus obligaciones como Franquiciante; (49) El Franquiciado jamás protestó respecto de ninguno de los puntos que hoy enarbola como sendos incumplimientos; que lo que sí consta, son quejas respecto del modelo de negocio y los márgenes de ganancias; *(Nota: transcripción textual de la sentencia)*.

1. Respecto de los incumplimientos imputados a ZZ se dice: **a)** que ZZ sí prestó asistencia técnica necesaria para la instalación, operación y desarrollo de la Franquicia, y sí puso a disposición el sistema TR1; que además de reiterar lo ya reproducido, alega que ZZ no sólo encomendó a doña O.J. que asumiera el rol de canal de comunicación directo con la franquicia, sino que además envió continuamente personal chileno a Colombia, a fin de cooperar y prestar la asistencia técnica en la implementación de la Franquicia por parte de XX. Además, existió una ardua capacitación durante los años 2010 y 2011, en los cuales al menos 26 empleados de ZZ viajaron a Colombia; **b)** que ZZ sí entregó los manuales con todos los detalles operativos del sistema TR1: Controvertiendo lo señalado por el demandante, sostiene que ZZ entregó todos los manuales relativos a las áreas de capacitación planteadas, ya antes descritas. Los manuales no se entregaron de una vez, algunos se entregaron por mano y otros digitalmente en forma simultánea a las capacitaciones; **c)** que ZZ sí cumplió con el procedimiento de adquisición y comercialización de los productos suministrados al Franquiciante, conforme a la cláusula décima de la Franquicia: La norma antes citada, contiene más obligaciones para el Franquiciado que para el Franquiciante, además de la obligación expresa de realizar la internación de los productos en el territorio contractual correspondiente. Ante la alegación de XX de que ZZ le hizo llegar una gran cantidad de mercancías sin consultarle, respecto de las cuales hubo problemas de internación, sostiene que ZZ no tiene obligación legal o contractual de pedir permiso, o consultar al Franquiciado del envío de mercancías. Que es cierto que la cláusula 10.4 señala que es el Franquiciante el que dispone a su arbitrio la cantidad de mercancía necesaria para el primer abastecimiento a fin de cumplir con la carga inicial de aquellas tiendas que se abren de acuerdo al calendario de aperturas. Que en este caso, es un hecho reconocido que el primer envío fue sobreestimado en relación al ritmo de apertura de los locales que mantuvo XX, pero dicha sobreestimación, jamás causa perjuicios a la demandante, sino por el contrario, todos los costos

de bodegaje y otros asociados fueron plenamente asumidos por ZZ. Que no obstante la sobreestimación, ZZ sí envió todos los skus necesarios para configurar el mix requerido para aperturar las tiendas, por ende de cualquier interpretación literal, lógica, y armónica del Contrato se desprende claramente que ZZ no incumplió su obligación establecida en el Artículo 10. Que en cuanto a la alegación de XX de que debió asumir costos de internación de mercancías que no le correspondían, ZZ señala que es de cargo del Franquiciado (cláusula 10.6), lo que se traduce en que todos los costos asociados deben ser solventados por la demandante y no por ZZ; que ZZ sí cumplió con su obligación de transmisión de innovación y ventajas del Negocio TR1; que sí asistió y apoyó al Franquiciado; y, sí suministró software y upgrades para operación de la Franquicia. e) que ZZ detenta la facultad contractual de modificar a su arbitrio el precio de adquisición de los productos desde CIF Territorio a FOB Asia, como lo dispone la cláusula 10.3 del Contrato. Que la demandante argumenta que el derecho del Franquiciante se ve limitado por el Anexo 2 del Contrato que señala que esta condición no podrá ser modificada si perjudicase las condiciones comerciales del Franquiciado. Agrega que dicha interpretación es absurda, pues resta utilidad a la cláusula 10.3, y que la correcta interpretación y sentido de la limitación al derecho arbitrario de modificar el precio, la da la simple lectura íntegra del Anexo 8 que establece “La limitación a propósito de la hipótesis de que esta modificación de precios se realizara con posterioridad a la respectiva feria en caso de que haya cambio en el Arancel Promedio”; que desde la Feria 19, se ha aplicado el valor FOB Asia con pleno conocimiento de XX, lo que constituye una aceptación tácita, pues constan los pagos de los anticipos.

7. Terminación Anticipada del Contrato de Franquicia Maestra. Que XX no puede deducir una acción de resolución de contrato sobre un contrato que ya está extinto; que es jurídicamente imposible resolver lo que ya está resuelto; que así, el 25 de septiembre de 2012, ZZ terminó anticipadamente el Contrato por verificarse los presupuestos que lo habilitan para hacerlo, cumpliendo con cada una de las etapas establecidas en las cláusulas 16 y 17 del Contrato. Que los hechos que configuraron la terminación anticipada se sucedieron de la siguiente forma:

- a)** Entre los meses de junio y agosto de 2012, se generó abundante correspondencia entre las partes generada por la insistencia de ZZ por cobrar los saldos de precio pendientes de mercaderías vendidas a XX;
- b)** Producto de la discusión, XX advirtió que la posición de ZZ ha dejado de ser condescendiente al insistir que el Contrato debe respetarse irrestrictamente y que no se concederán más plazos ni facilidades al Franquiciado que importen incurrir en nuevos sobrecostos para ella;
- c)** La reacción a lo anterior fue que con fecha 31 de agosto de 2012, XX envió, por medio de sus asesores legales, una carta al ex gerente general de ZZ, don G.K., comunicando el inicio del período de mediación o discusión directa previsto en las cláusulas 22 y 24, en atención a los supuestos incumplimientos incurridos por ZZ, respecto de las obligaciones principales establecidas en la cláusula quinta del Contrato;
- d)** Se comunicó también que ni XX ni TR, adquirirían nuevos bloques de productos, ni realizarían nuevas órdenes de compra, suspendiendo al efecto indefinidamente el cumplimiento y ejecución de la Franquicia;
- e)** En carta de fecha 3 de septiembre de 2012, ZZ accedió a la solicitud de mediación, e hizo hincapié que el Contrato no contempla la opción de suspender sus efectos;
- f)** Los días 20 y 21 de septiembre de 2012, las partes llevaron a cabo conversaciones directas a fin de buscar soluciones a los conflictos, conversaciones que terminaron intempestivamente dada la decisión de XX de retirarse de la mesa negociadora;

g) Por carta de fecha 25 de septiembre de 2012, ZZ dio formal y anticipadamente por terminado el Contrato. Que con esa misma fecha, el abogado don AB respondió señalando que había presentado una solicitud de designación de Árbitro en el CAM;

h) Con fecha 28 de septiembre de 2012, y según dispone la cláusula 17 del Contrato, ZZ estableció el cronograma a seguir a fin de llevar a cabo de forma ordenada y eficiente el término de sus operaciones en la Franquicia colombiana;

i) El 5 de octubre de 2012, XX manifestó que ZZ no puede invocar las cláusulas a que alude en comunicación de 28 de septiembre, para solicitar la terminación anticipada, toda vez que no se encuentra legitimada activamente para ejercer derechos de un Contrato que no ha cumplido, ni se encuentra llana a cumplir;

j) que el 31 de octubre de 2012, ZZ envió carta a XX señalándole que no ha dado cumplimiento al cronograma establecido para el fin de las operaciones, y que por ende se encontraban vencidos todos los plazos contractuales dispuestos al efecto;

k) que el 4 de diciembre de 2012, XX contestó la presentación anterior, y que al encontrarse el asunto radicado ante el Arbitro señor Alberto Lyon Puelma, cualquier misiva relativa al mismo debería enviarse a través de él;

l) que el 15 de enero de 2013, XX presentó su demanda de terminación de Contrato en el CAM.

8. De los Perjuicios Alegados por el Franquiciado. Que el monto de los perjuicios alegados se construye multiplicando una serie de ítems de daños, tratando de hacerlos parecer como cosas diferentes cuando en verdad son lo mismo y/o se encuentran repetidos; que el desarrollo de cada uno de los ítems indemnizatorios es:

a) Supuesta pérdida de la inversión inicial y su costo financiero: XX señala que invirtió la cantidad de US\$1.936.675,74 en “adecuaciones de tiendas, dotación de locales y capital de trabajo”. Que la demandada no entiende a qué se refiere con adecuación de tiendas para vender los productos y sugiere que si se refiere al valor de los estantes y repisas para vender los productos, no entendería porque éstos estarían a cargo del Franquiciante y argumenta que según lo establecido en la cláusula 5.14 del Contrato, es el Franquiciante quien suministraría el precio del costo del mobiliario y sus mejoras al Franquiciado. También sugiere que si se refiere a los valores de los arriendos de los locales comerciales en que instaló las tiendas, suponen que no porque contradiría el perjuicio de la página 39 de su demanda. Señala que la explicación de la pérdida financiera no permite controvertirla de forma fundada y que debiese ser rechazada por el SJA ya que es un daño incierto y propio de cada decisión de negocios libremente tomada.

b) Supuestos costos de importación asumidos por el Franquiciado para mercancías adquiridas de TR1. Menciona que el monto de este ítem ascendería a US\$256.229 debido a que ZZ habría despachado mercaderías sin la documentación necesaria para su internación en el puerto de destino, además de errores de valoración de la mercadería aumentando los valores de aranceles. Se señala que estas afirmaciones son derechamente falsas ya que las mercaderías eran parte de un mix predeterminado y que los costos de internación y desaduanamiento son de cargo del Franquiciado según el contrato. Se señala también que fue ZZ la que incurrió en los gastos de desaduanamiento de los productos que no le correspondía según el acuerdo para agilizar la adquisición de mercaderías y desocupar las bodegas arrendadas por lo que ningún valor reclamado se condice con lo que se pide en la demanda.

c) Supuestos gastos y pérdidas incurridos por el franquiciado por la no recepción de las mercancías de apertura en tiempo. Se mencionan pérdidas por un monto de US\$944.935 ya

que habrían empezado a operar sus dos primeros locales con cuatro meses de retardo a lo originalmente estipulado. La demandada señala que el cargo formulado es falso ya que el despacho de mercaderías necesarias para abrir siempre estuvo a disposición del Franquiciado. Agrega también que XX no escatimó en la obtención de beneficios y que habría retirado productos a su disposición para un mayor provecho sin respetar el mix de productos.

d) Supuestas pérdidas ocasionadas por la ausencia de herramientas comerciales para la gestión del Negocio TR1. Se imputa un total de perjuicios por US\$175.488,33. Se señala que fueron entregadas todas las herramientas necesarias para el funcionamiento de la franquicia incluyendo el sistema de terminales “POS”, sistema de visualización web, sistemas de informes para cuadratura de ventas, accesos para las bajadas de datos del maestro de material y el programa SAP 6.0 para la operación logística que nunca funcionó por la falta de cargas debido a una negligencia del franquiciado. Además de eso se remitieron todos los manuales pertinentes. Se indica que no es posible que no se hubiera entregado la información siendo que funcionaron y aún lo hacen dos tiendas, cual habría sido el incentivo de no darle acceso al “know how” del negocio y se agrega que ZZ habría sido el más interesado en que el negocio funcionara. Que se le imputa a ZZ el no haber proyectado con precisión sus ventas y asegurado así los beneficios esperados. Se pregunta la demandada si acaso existe alguna herramienta comercial o manual que pudiera haber sido entregada por el franquiciante para darlo a conocer y se agrega que aseveraciones como éstas no llevan sino a sospechar una vez más las verdaderas intenciones al interponer la demanda.

e) Otros supuestos costos incurridos por el franquiciado con motivo de los incumplimientos de TR1. Se dice que los daños por este concepto ascienden a US\$523.295,25 y están constituidos principalmente por viajes de ejecutivos del Franquiciado a Chile y contratación de asesores legales y tributarios. Se contesta que los gastos de servicios de terceros no son atribuibles a ZZ, se indica que si la franquicia se hubiera llevado a cabo tal y como se estipuló ninguna asesoría habría sido necesaria y se agrega que las capacitaciones y gastos relativos a la operación y administración interna de la franquicia son de cargo del Franquiciado. Adicionalmente se incluyó en este ítem costos provocados porque ZZ habría privado a la demandante, intempestivamente y sin causa legal, de las herramientas comerciales, cuya privación habría representado un elevado costo para la empresa. Ante ello, el demandado manifiesta que a confesión de parte, relevo de prueba. Se reafirma la efectividad de la instalación del sistema POS tal y como se había programado y posteriormente recordado como consecuencia lógica y necesaria de la terminación anticipada del contrato. Se señala que lo grave de esto es que se sigue haciendo uso de las marcas comerciales de propiedad exclusiva de TR1 a pesar de carecer del título para hacerlo, incrementando en forma exponencial el perjuicio causado a ZZ y una usurpación evidente de sus derechos legales. Se afirma que XX logró el objetivo deseado que era vender los productos TR1 con las condiciones y precios que ellos quieren, situación que se viene dando desde octubre de 2012 y no se sabe hasta cuánto tiempo más.

f) Pérdidas Económicas por la no recepción de la mercadería adquirida en la Feria N° 25. Se valoriza en US\$870.312 por mercaderías que no fueron enviadas producto de la terminación del Contrato. Se manifiesta que efectivamente asistieron a dicha feria, pero en el momento en que se puso término anticipado al Contrato dichas órdenes de despacho fueron suspendidas, manifestando que habría sido absurdo perseverar con dichos envíos considerando el altísimo monto de las deudas del Franquiciado para con ZZ.

g) Supuestos perjuicios en volumen de ventas al no haber podido ofrecer, por responsabilidad de TR1, el mix o mezcla completa de productos, ni haber contado con las herramientas

comerciales para ello. El valor alegado es de US\$5.113.979,75. El primer argumento es que la falta de los mix es uno de los incumplimientos contractuales graves en que incurrió XX, señalando que en el primer envío de mercaderías no sólo se mandaron íntegramente sino que sobraron mercaderías cumpliendo ZZ con su obligación, siendo XX quien eludía la adquisición del mix completo a través de su retiro selectivo de productos. Adicionalmente entiende en este argumento que los perjuicios señalados son una indemnización por no haberse cumplido las proyecciones de ventas que es del "Business Plan" lo que es expresamente rechazado por el contrato en las cláusulas 1.3 y 1.4. Se vuelve a señalar que no se siguió el modelo de negocios propuesto por el Franquiciante y ésta habría sido la razón de los perjuicios.

h) Supuestos costos incurridos por el Franquiciado producto del cierre de locales comerciales, atendida la falta de productos y de las herramientas comerciales del sistema TR1, costos que en gran parte XX indica que incurrió al cerrar sus tiendas, pero se señala que una de las tres tiendas que alcanzaron a inaugurar se encuentra cerrada. Se agrega también el costo de término anticipado de arriendos, señalando que dichas condiciones comerciales no fueron revisadas por ZZ.

i) Supuesto costo de oportunidad por el cierre de las operaciones del Franquiciado. Alcanzaría un valor de US\$21.426.608. Primera hipótesis, se alega el costo de oportunidad de haber celebrado el contrato de franquicia y no otro, pero para que esto se configure debe existir dolo, y se rechaza expresamente que se configure la hipótesis de daño por costo de oportunidad, y se agrega que carece del requisito esencial de la certidumbre de daño. Segunda hipótesis, lucro cesante por el término de las operaciones de la franquicia. Se destaca que, en tal supuesto, el negocio habría generado ganancias. Se señala que los montos proyectados en el "Business Plan" no son parámetros ni referencia para una solicitud de indemnización de perjuicio.

DEMANDA RECONVENCIONAL:

En el primer otrosí de su escrito, TR1 demanda reconvencionalmente a XX mediante la interposición de una acción de ejecución forzada de la obligación de dejar indemne a la Franquiciante, basándose en los mismos hechos descritos en su contestación a la demanda, los que se dan por reproducidos. Alega que las obligaciones incumplidas por parte de XX fueron:

- (1)** la de respetar los estándares y el modelo TR1 en lo concerniente a la no adquisición del mix de productos definido por ZZ (cláusula 16.2.13), que pretendía mantener una constante renovación del mix retirando en forma selectiva los productos conforme a lo que el Franquiciado estimaba era necesario y más demandado en el mercado local;
- (2)** la de respetar el sistema de precios de venta a público establecido en el contrato, ejerciendo una presión indebida y oportunista para que los precios se modificaran a fin de obtener un margen mayor al fijado en el acuerdo, fundado en la amenaza latente de no adquirir producto alguno de las bodegas que mantenía ZZ con un sobrestock, terminando por obtener de la Franquiciante un incremento en las puntas de precio que sólo beneficiaba a XX;
- (3)** la de seguir un calendario de apertura de tiendas programado en el Contrato, al abrir sólo tres tiendas cuando debería haber abierto seis;
- (4)** Al no cumplir con su obligación de pago íntegro y oportuno de las mercaderías. Que el incumplimiento de todas estas obligaciones la habilitan para ejecutar forzosamente ciertas obligaciones del contrato, aun cuando éste se encuentre terminado, pues éstas subsisten después de ocurrido lo anterior. Que la existencia de obligaciones post contractuales ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, las que se originan ya en el contrato, ya en la buena fe objetiva de conformidad al Artículo 1.546 del Código Civil. Que el objeto de la obligación

de indemnidad se traduce en una obligación de dar que debe llevar a cabo la demandada reconvenzional por la suma de: **(a)** US\$2.101.306 a raíz del incumplimiento de la obligación de adquirir el mix; **(b)** US\$2.928.469 a raíz del incumplimiento de la obligación de cumplir el calendario de apertura de locales; **(c)** US\$1.650.000 a raíz del incumplimiento de la obligación de pagar el precio total, ascendiendo a ese monto el saldo adeudado; **(d)** US\$34.240.967 por concepto de lucro cesante; **(e)** US\$ 4.531.846 por concepto de gastos necesarios para desarrollar la franquicia; **(f)** US\$6.900.000 por daño emergente en las marcas comerciales TR1 y TR2 y **(g)** US\$44.728 diarios como valuación anticipada de perjuicios según cláusula 17,8 del Contrato.

En el Segundo Otrosí de su escrito y, en forma subsidiaria, ZZ deduce acción de resolución de contrato con indemnización de perjuicios por las mismas cantidades y bajo los mismos fundamentos de hecho anotados a propósito de la acción principal, los que se dan por reproducidos.

11. En su réplica a la demanda principal, corriente a fs. 239 de autos, XX señala:

(a) que los pilares fundamentales en que se sustenta la contestación de ZZ son la trayectoria, gestión y fama, de su especial y novedoso modelo y el éxito que todo lo anterior le ha reportado, desarrollándose a continuación una descripción de hechos relativos al inicio del Negocio TR1, a su intento de desarrollar el negocio en EE.UU., en el que, al parecer, el directorio de TR1 minimizó la crisis financiera por la que atravesaba esa nación y su impacto en las ventas, así como la competencia de las poderosas empresas del retail locales. Se refiere también a las palabras del presidente de ZZ referentes a la deficiente gestión de 2010-2011 que merma los resultados de económicos de la empresa y pone en pausa su crecimiento. Se refiere en los pésimos resultados del ejercicio 2011 y el proceso de desinversión de TR3, culminando con una breve alusión al Convenio extrajudicial suscrito entre la empresa y los bancos;

(b) Ya derechamente en lo que se refiere a la contestación, XX insiste en que lo fundamental en un contrato de franquicia es que el Franquiciante es obligado a mantener un interés permanente en el negocio del Franquiciado, en aspectos tales como Know-How y asistencia técnica. Que a este respecto -señala- ZZ no prestó asistencia técnica necesaria para la instalación, operación y desarrollo de la Franquicia, y no puso a disposición el sistema TR1, infringiéndose con ello el párrafo 5.1 de la cláusula quinta del Contrato, procediendo a enumerar en concreto en qué consistió el incumplimiento, lo que ya había efectuado en la demanda; que TR1 no entregó la totalidad de los manuales con todos los detalles operativos del Sistema TR1, volviendo a repetir lo señalado en la demanda (fs. 123 y siguientes); que ZZ no cumplió con el procedimiento de adquisición y comercialización de los productos suministrados al Franquiciado, conforme a la cláusula 10 de la Franquicia. Que afirma y reconoce que hubo una sobreestimación de carga inicial de los locales TR1 que XX debía abrir el primer año de ejecución de la franquicia. Que tampoco controvierte el hecho que haya enviado un stock de productos ampliamente superior al necesario para el abastecimiento inicial de los locales TR1, pero se equivoca en afirmar que XX no ha alegado que tal sobreestimación le ha causado perjuicios y que el Franquiciado recibió el 100% del mix de productos para que el Negocio TR1 funcionara, situación ésta que se califica como medular en el incumplimiento alegado por XX. Respecto a la primera afirmación, XX vuelve a repetir los perjuicios que sufrió con motivo del caso a que alude así como sus causas. Respecto de la segunda afirmación, señala que ZZ sobreestimó negligentemente el stock de productos necesarios para la carga inicial de los locales y que ello le convenía para inflar artificialmente sus ventas a fin de disfrazar la precaria situación patrimonial por la que atravesaba. Que el mix de productos que TR1 obligó a adquirir a XX para la dotación inicial de sus tiendas estaba

compuesto por 4.995 skus y de 759.442 unidades de productos. De ese mix inicial, al momento de la apertura de los dos primeros locales TR1 en Colombia, XX había logrado nacionalizar sólo 1.534 skus y 182.698 unidades, lo que correspondía a un 31% del mix inicial. Además, el mix inicial debía estar internado en Colombia entre mediados de octubre e inicios de noviembre de 2010. Al 1 de noviembre de 2010 había arribado a Colombia sólo el 24% del MIX Inicial, y no pudo ser internado íntegramente atendida las graves deficiencias documentales. Estas deficiencias no fueron subsanadas por ZZ sino a mediados del mes de febrero de 2011, es decir, cuatro meses después de que se abrieran a público los dos primeros locales TR1. Se añade que sólo a fines de abril de 2011 se habían nacionalizado 2.756 sku, esto es, sólo el 55% de ésta.

(c) Que ZZ no ha controvertido en ningún momento que no hizo entrega de las herramientas de software necesarias para la operación de la Franquicia.

(d) que controvierte que ZZ estuviere facultada para modificar a su arbitrio el precio de adquisición de los productos desde CIF Territorio a FOB Asia. Señala que TR1 intenta subsumir el Anexo N° 2 del Contrato a un nivel secundario, haciendo parecer que su aplicación es sólo un antojo de XX. Incluso -se dice- se intenta traer a colación el Anexo N° 8 del Contrato que sólo se encarga de describir a modo de resumen los pasos y procesos del Sistema TR1. Culmina diciendo que existe una perfecta concordancia y armonía entre lo establecido en la cláusula décima del Contrato y el Anexo 2, y el cambio de condición de CIF Territorio a FOB Asia transgrediendo el espíritu de la obligación esencial de XX, produjo efectivamente perjuicio en las condiciones comerciales del Franquiciado.

(e) Que respecto a la terminación anticipada del contrato cuando ya se encontraba en sede jurisdiccional, sólo constituye un intento extemporáneo de TR1 en orden a revertir el irreversible procedimiento que XX iniciaría, lo que comprueba que a aquélla no le interesa la suerte de su contraparte; agregando que XX, haciendo uso del derecho conferido en el Artículo 1.552 del Código Civil, comunicó a su contraparte que no estaba en incumplimiento o mora de cumplir con ninguna de sus obligaciones.

(f) Que respecto a los perjuicios sufridos por XX, ascendentes a USD32.699.563,54 debe considerarse lo siguiente: **(f1)** que no sólo incurrió en perjuicios consistentes en amoblar los locales sino también en capital de trabajo que tuvo que aportar para adaptar los locales, costos de organización, remodelaciones, útiles, papelería, publicidad, empleados, mejoras en los inmuebles arrendados, elementos de aseo y cafetería; **(f2)** Que respecto de costos adicionales de importación asumidos por el Franquiciado para mercaderías adquiridas para TR1, éstos comprendieron el pago de aranceles y rescates, la disposición de personal administrativo, la contratación de personal administrativo, la contratación de proveedores de servicios de comercio exterior y gastos de representación del gerente general y de una ejecutiva del franquiciado y a hacerse cargo de diferencias arancelarias sustanciales sólo con la finalidad de poder contar con el tanpreciado mix inicial; **(f3)** Con respecto a las pérdidas ocasionadas por la ausencia de las herramientas comerciales para la gestión del Negocio TR1 repite lo señalado en la demanda en relación a este tema y, contestando la primera de las preguntas de la demandada señala que, a falta de los sistemas y software que el Franquiciante le debía entregar, XX tuvo que comprar licencias de software de otros desarrolladores que permitiesen la gestión comercial de los productos que mantenía en sus locales. **(f4)** Con respecto a los otros cobros incurridos por el Franquiciado y cuya indemnización, la replicante precisa que continuó vendiendo los productos que adquirió del Franquiciante, para evitar pérdidas. **(f5)** Pérdidas por la no recepción de la mercadería comprada en Feria N° 25. Al respecto se dice que las declaraciones que hace ZZ en relación a deudas que XX mantiene por los productos adquiridos son falsas. Manifiesta que ZZ no ha refutado el monto de los perjuicios causados por este motivo a XX. **(f6)** Perjuicios en volumen

de ventas al no poderse ofrecer el mix completo de productos ni haber contado con las herramientas para ello. Señala que las mercaderías recibidas no quedaron a disposición del Franquiciado por inexperiencia del Franquiciante en la exportación. Agrega que no se ha afirmado que el éxito del negocio se haya basado exclusivamente en el Business Plan. **(f7)** Respecto de los costos incurridos por cierre de locales señala que no sólo se refieren a pérdidas de ganancias proyectadas sino de desembolsos que deberá hacer para terminar con su operación. Añade que ellos son los mínimos que han podido negociar y si aún se mantienen abiertos es porque los arrendadores le dieron a XX algunas concesiones para que no se produzcan impactos peores, lo que no quita que se tengan que pagar a los arrendadores las sumas señaladas en la demanda. **(f8)** Costo de oportunidad por cierre de operaciones del Franquiciado. Se afirma que respecto al costo de oportunidad por el cierre de operaciones del franquiciado se traduce en las múltiples oportunidades de negocio que XX dejó pasar por estar ensimismado en ejecutar la Franquicia. Se trata de los beneficios que le habría reportado a XX cualquier negocio alternativo al Franquiciado. Respecto a la pérdida de retornos proyectados se trata de los beneficios que el plan de negocios de la Franquicia proyectaba para el Franquiciado a diez años desde la apertura del primer local, estimados en el 14,7% anual para este último, los que habrían alcanzado a US\$6.200.000. Añade que el plazo de diez años es razonable porque XX pretendía mantener con TR1 una relación duradera. Finalmente, respecto al valor terminal del Franquiciado o de mercado se dice que corresponde al valor de sus flujos a los años siguientes, a contar del año posterior al décimo año de vigencia del Contrato y que para ello se incluyó en la demanda la fórmula para el cálculo de dicho valor terminal, la que consideraba un crecimiento normal de un negocio de ventas al por menor en un mercado maduro, arrojando un valor intrínseco del Franquiciado de US\$15.200.000 y no 0 como es en la actualidad.

12. En la contestación a la demanda reconvenzional intentada en su contra por ZZ, XX, además de solicitar su rechazo con expresa condenación en costas, señala:

(a) Que el contrato contemplaba tres etapas de ejecución, de instalación, de implementación y de desarrollo, todas las cuales describe. Sin embargo, para el inicio de cualquiera de dichas etapas y del negocio mismo, era necesario que se le entregara al Franquiciado el Sistema TR1, sus manuales, conocimientos aplicados, técnicas, sugerencias y capacitaciones. Enseguida advierte que el Franquiciante y el Franquiciado debían reunirse bimensualmente en ferias en las cuales el Franquiciante considerando el stock luego de la comercialización del mix inicial y los períodos de vigencia para cada uno de los productos, debía emitir un documento denominado Ficha Corta, en la cual señalaría al Franquiciado qué productos o skus adquirir, la cantidad de unidades de tales productos, el período de vigencia en que debían ser comercializados y el PVP para cada uno de ellos. Para que esto funcionara -dice- la recopilación de información debía ser realizada por el Franquiciante utilizando las herramientas de software que debía entregarle al Franquiciado.

(b) Respecto de la acción de ejecución forzada de la obligación de dejar indemne al Franquiciante, XX sostiene: **(b1)** que la primer acción reconvenzional se pretende asilar en la cláusula 14.1 del contrato y, para configurarla ZZ le imputa que no cumplió con los estándares u modelo del Negocio TR1, que incumplió su obligación de adquirir el mix de productos, que incumplió su obligación de respetar el sistema de determinación de precios de venta a público definido por la Franquicia, que incumplió su obligación en relación al calendario de apertura de tiendas en Colombia y que no pagó íntegramente las mercaderías adquiridas al Franquiciante.

(b2) que respecto a no cumplir con los estándares o modelo del Negocio TR1, los yerros que lo provocaron provienen del Franquiciante y no del Franquiciado. Sostiene que XX no pudo realizar la internación del mix inicial a Colombia, lo que produjo que la Ficha Corta que TR1 debía

preparar para el Franquiciado no contemplara el 100% de los productos que TR1 debía ofrecer a XX en cada una de las ferias posteriores, lo que impidió a XX cumplir con su obligación de adquirir la totalidad de los productos ofrecidos en cada feria y reducir y limitar forzosamente un mix compuesto de productos del mix inicial un porcentaje de productos ofrecidos por TR1 en cada feria. Dicho eso, XX relata a continuación que debió contratar servicios de bodegaje, que hubo un desorden logístico con que tan inexperto Franquiciante manejaba sus importaciones, que aún con los inexpertos intentos de TR1 por hacer llegar el mix inicial de productos, obstruyeron las obligaciones que nacerían para XX en las siguientes ferias. **(b3)** que XX sí cumplió con su obligación de respetar el sistema de Precios de Venta a Público establecido en el Contrato, pues siempre contó con el consentimiento del Franquiciante y que el aumento de precios no obedecía a una codicia del Franquiciado sino a que los precios estaba desactualizados. **(b4)** que XX si cumplió o ha estado llana a cumplir con el calendario de apertura de tiendas contractual, pero que el incumplimiento de ZZ al corazón de la franquicia causó una reacción en cadena que terminó por sepultar el Contrato. Que el contrato se firmó el 22 de junio de 2010, que sólo hasta febrero de 2011 se pudieron abrir las dos primeras tiendas. La tercera se abrió en diciembre de 2011. Cada una de esas tiendas jamás fue surtida con el mix inicial. Y concluye señalando que, en todo caso, en ninguna parte del Contrato, de sus anexos, conversaciones o tratativas previas se le informó al Franquiciado que el punto de equilibrio del negocio recién se conseguiría con la apertura de cinco tiendas. **(b5)** Que XX pagó íntegramente las mercaderías y que la deficiencia en el manejo de inventarios de TR1 produjo descalces contables en que se funda el reproche. Señala que primero se ajustaron las cantidades a empaque, lo que provocó un alza de valor de compra, lo que se revisó con posterioridad y la orden bajó de precio, Luego de tales ajustes, la orden de compra quedó en US\$2.183.941,69, que correspondía al valor original de la orden, pero que de esta orden XX sólo logró nacionalizar US\$1.649.141,46, pagando en exceso una suma cercana a US\$500.000. Se añade que las cuentas recién se conciliaron el 9 de septiembre de 2012 y que XX siempre estuvo atenta a pagar lo que se debiera.

(c) Que la demanda reconventional debe ser rechazada porque no existe una obligación post contractual incumplida. Que la jurisprudencia si bien en un fallo admite la existencia de obligaciones post contractuales, se reducen sólo a las obligaciones de confidencialidad y no competencia. Que en ningún caso la Corte alude a obligaciones post contractuales de indemnidad y que para admitirlas en general debería responderse adecuadamente la pregunta de cómo pueden subsistir obligaciones contractuales, si se sostiene al mismo tiempo que la relación contractual terminó. Sostiene en resumen que cuando ZZ alega la existencia de una obligación post contractual de indemnidad se refiere en realidad a la responsabilidad contractual de XX en caso de que se acreditasen todos los requisitos legales, es decir, incumplimiento, mora, culpa, daño y relación de causalidad. **(d)** Finalmente, XX en subsidio de todo lo dicho, opone la excepción de contrato no cumplido, es decir, alega de que no se encuentra en mora de cumplir con sus obligaciones mientras que su contraparte no cumpla con sus compromisos o se encuentre llana a cumplirlos.

13. Contestando la demanda reconventional subsidiaria de resolución de contrato e indemnización de perjuicios deducida por ZZ, solicita su total rechazo en razón de que los fundamentos de hecho de esta demanda subsidiaria son las mismas que la acción principal y que, por lo mismo, y dando por reproducidos todos los antecedentes de hecho ya señalados, que demuestran contundentemente que XX cumplió con todas y cada una de sus obligaciones contractuales, procede rechazar la demanda en todas sus partes, con costas.

14. A fs. 300 y siguientes de Autos, rola la dúplica de ZZ a la demanda principal y la réplica a la demanda reconvenional y subsidiaria. En su dúplica ZZ analiza las respuestas de XX a sus defensas y señala:

(a) que respecto a la alegación de XX de falta de asistencia técnica para la instalación, operación y desarrollo de la Franquicia y no poner a disposición el Sistema TR1, manifiesta que es falso que no existiera un canal de comunicaciones entre las partes como lo demuestra que XX ha reconocido en la página 15 de su réplica que doña O.J. estuvo prestando sus asistencia a XX durante el primer año de funcionamiento de la Franquicia. Que es falso que cuando la señora O.J. se retiró de la compañía ese nexo haya dejado de existir, pues se mantuvo a través de don M.D. y luego a través de doña N.P. Que más allá de la existencia de un ejecutivo de TR1 in situ, la compañía está organizada en diferentes áreas cuyas gerencias tienen línea directa con cada una de las Franquicias. Que lo anterior se demuestra con los correos electrónicos que cita y acompaña. Que frente a la afirmación de XX de que tuvieron que contratar herramientas de software de gestión de inventarios, ello es incorrecto dado que el único desarrollo tecnológico que tuvo que implementar a su costo y riesgo -el software WMS- que permite gestionar la operación de bodegas, es un desarrollo que no estaba incluido dentro de las obligaciones del Franquiciante y era el Franquiciado el que libremente contrataba lo que necesitaba, no teniendo injerencia alguna ZZ en el control de inventarios. Que respecto a las capacitaciones prestadas al Franquiciado, XX nada ha dicho respecto al correo electrónico en que don A.P., gerente de TR, da sentidos agradecimientos a 16 trabajadores de ZZ que participaron en las capacitaciones dadas al Franquiciado y que eran sólo los líderes de las distintas áreas en que se capacitó al personal de TR. Que en todo caso, las capacitaciones intensivas se realizaron al principio de la Franquicia y, con posterioridad, se mantenía una constante comunicación entre las partes.

(b) Respecto a la alegación de que no se entregaron los Manuales con los detalles operativos del Sistema TR1, acompaña en el otrosí 11 DVD con la totalidad de los Manuales que fueron entregados ya sea por mano ya sea por medios electrónicos.

(c) Respecto a que ZZ no habría cumplido con los procedimientos de adquisición y comercialización de productos suministrados al Franquiciado, se dice que efectivamente se le envió al Franquiciado una gran cantidad de mercadería suficiente para abastecer el primer año de operación en Colombia. Que esto le significó al Franquiciante graves consecuencias, acarreado costos especialmente en bodegaje y logística que ZZ absorbió por completo. Que a ese reconocimiento XX le ha dado alcances desmedidos. Que el costo de internación y nacionalización de los productos que ZZ compró para la carga inicial de Colombia eran necesariamente de XX, pues así lo establece el Contrato, citando principalmente al efecto el Anexo N° 8, Punto 15 del Contrato. Que, de esta forma, XX se desentendió de su obligación de internación. Enfrentada a alguna objeción de Aduana, XX dejó a cargo de la cuestión a ZZ, quien evidentemente no podía dejar a la deriva a su nueva franquiciada. Que estas objeciones se referían a artículos como velas, juguetes y textiles, que requerían de documentación adicional a la factura, el bill of landing y certificados básicos, siendo exigencias netamente locales. Que finalmente, la internación terminó complicándose por otro hecho netamente imputable a XX, pues decidió abrir los grupos o fardos de mercaderías que llegaban a la zona franca, previamente a la internación, a fin de seleccionar qué productos y en qué cantidades retiraría para llevar a sus locales, lo cual provocó un caos de inventarios que llevaba la empresa de logística y bodegaje contratada por ZZ; y muy principalmente generó que las facturas de mercaderías emitidas por ZZ (emitidas por lotes y no por mercaderías) no sirvieran para documentar la salida de productos en detalle. Se agrega, además, que muchas veces dentro de un grupo de mercadería existía un producto (ej. velas) respecto de las cuales se necesitaba un certificado especial. En todos esos

casos, TR señalaba que el total de la mercadería del grupo no tenía documentación necesaria para su internación, lo que no era correcto. Que el argumento de que ZZ hubiera llevado a cabo ventas para asegurar una facturación mayor es falso, porque en primer lugar ello sería irrelevante para la Franquiada dado que su costo de adquisición se define por modelo DW y porque dicha eventual mayor facturación es un evento aislado ocurrido en el mes de noviembre de 2010, situación que fue corregida a través de una reversa que se reflejó en el Estado de Resultados de la compañía al 31 de diciembre de 2010. Que es falso que XX no hubiere recibido el mix de productos que TR1 lo obligó a adquirir para la dotación inicial de sus tiendas, pues en su propia réplica reconoce que recibió 4.995 sku y 759.442 unidades de producto y en la contestación a la demanda reconvenional reconoce que no adquirió nunca el mix completo en las Ferias por temor a tener nuevos problemas de ingreso de mercaderías.

(d) Respecto a que ZZ no asistió ni apoyó al Franquiado ni suministró software y upgrade para la operación de la Franquicia, ésta señala que todas las herramientas tecnológicas fueron entregadas en la medida en que XX proporcionó la información básica necesaria para hacerlo y aquellos que no fueron implementados fue porque el sistema en sí mismo fue dejado de lado por la Compañía de forma global por evaluarse como defectuoso o poco fiable, o porque la Franquiada no proporcionó información básica para dicho fin. En este sentido, dice, XX reconoció que ZZ instaló en tiempo la herramienta primordial de operación de cajas, que es el llamado POS, que ZZ implementó el sistema “cinta de testigos” que no estaba establecido en el contrato y que fue un requerimiento especial único de la Franquicia de Colombia, producto de la legislación interna del país en temas contables, que el sistema SAP no fue implementado por la negligencia exclusiva de XX que jamás envió formalmente la información respecto al stock con que contaban en las tiendas, que el software “Herramienta Comercial” no fue implementado luego de que en su primera utilización se evidenciaran fallas de operación, lo que ocurrió también con el sistema tecnológico de operación de tiendas denominado Hyperion, que si bien era utilizado cuando se celebró el contrato, fue reemplazada parcialmente y que, en cualquier caso, lo importante es la información necesaria para la gestión del negocio y no la tecnología como un fin. Se afirma también que cuando XX sostiene haber gastado dinero de su bolsillo para implementar procesos o software, cree que se refiere a la gestión de inventario en el centro de distribución, materia respecto de la cual ZZ no tiene responsabilidad. Que más allá de las herramientas mencionadas, ZZ prestó en todo momento asistencia técnica a la franquiciada.

(e) Respecto de que ZZ no detentaría facultades para modificar precio de adquisición de productos desde CIF Territorio a CIF Asia, se sostiene se remiten íntegramente a los párrafos 124 y 125 de su contestación. Solamente se hace una corrección en cuanto la referencia al Anexo 8 en el número 128 de la Contestación es al Anexo 2, párrafo 8.

(f) Respecto a los efectos de la Terminación Anticipada del Contrato, ZZ sostiene que XX pretende neutralizar la terminación llevada a cabo por ZZ con fecha 25 de septiembre de 2012, escudándose en la activación de la cláusula de Resolución de Controversias (cláusula 22 del Contrato), que se produce con anterioridad. Señala que la decisión de poner término al contrato se tomó frente a la decisión de XX de poner el contrato en “suspensión” y que se debe rechazar su argumento porque la terminación se verificó antes que la solicitud de arbitraje fuera enviada al Centro de Arbitraje del CAM así como también el que la terminación se diera mientras se encontraban activadas las negociaciones tendientes a obtener un acuerdo consensuado, porque el Contrato no impone restricciones ni exigencias para que proceda la Terminación anticipada del Contrato.

(g) Respecto a los perjuicios alegados por XX, ZZ señala que carecen de todo fundamento y que muchos de ellos ni siquiera pueden ser calificados de tales. Y añade: **(g1)** Se insiste en evaluar

los perjuicios en US\$32.699.653,54 en circunstancias que sumados todos los ítems arrojan una cifra inferior en US\$44.701,33. **(g2)** que XX repite en varias ocasiones algunos de ellos, presentándose así una duplicidad. Así -dice- si se reclama una suma por lucro cesante o costo de oportunidad no corresponde que reclame otra por pérdida de mobiliario, gastos de comunicaciones, arriendos, capital de trabajo, remuneraciones, ya que todos ellos están implícitos en la determinación de un supuesto lucro cesante que no es más que el valor presente del flujo efectivo o EBITDA. **(g3)** Respecto a la pérdida de la inversión inicial y de su costo financiero, se advierte que se incluyen gastos operacionales que se deben cubrir con el margen de venta y no como inversión, que la inversión en instalaciones, mobiliario y material promocional se deprecia en 72 meses, habiendo transcurrido 26,5 meses, lo que implica que a la inversión residual le queda un 63,2% de la cifra solicitada, que respecto al cálculo de intereses se aprecia un error de cálculo que genera una diferencia en exceso de US\$187.108,78. **(g4)** Respecto a los costos adicionales de importación advierte que XX cambia de línea argumental ya que no los atribuye a errores en la valoración de la mercadería ni al retraso o falta de documentos sino al hecho de haberse mandado una cantidad estratosférica de mercadería, además de no poner a disposición del Franquiciado el mix inicial para surtir a los locales TR1, en circunstancias que esa sobreestimación no causó perjuicios a XX, por los costos de bodegaje fueron asumidos por ZZ, que por el contrato, la benefició al permitirle condiciones de retiro de mercaderías completamente extra contrato, permitiéndole, además, ser completamente financiado en su operación por más de 12 meses por parte de ZZ producto del ofrecimiento suyo de pagar a 90 días las mercaderías que retiraba a su propio arbitrio y con la periodicidad que le daba la gana. **(g5)** Respecto a las pérdidas por ausencia de herramientas comerciales y de gestión del negocio, se dice que nuevamente se cambia la fundamentación, pues en la demanda se habla de falta de manuales y herramientas comerciales y ahora se refiere a la falta de herramientas de software, es decir, XX sostiene que producto de no haber contado con la herramienta comercial –software- para realizar las compras en Ferias, habría sufrido un perjuicio de US\$175.488,33 sin lograr explicar cómo llega a esa cifra, porque según los datos que se entregan tuvo que vender productos a un promedio de US\$7,41 por unidad en lugar de hacerlo a US\$12,47 por unidad, en circunstancias que revisando el POS de venta de XX se obtiene un promedio de US\$8,1 por lo que el máximo a reclamar sería US\$33.273,35 en vez de US\$175.488,33. **(g6)** Respecto de los otros costos incurridos por XX para subsanar errores y minimizar perjuicios se manifiesta que en lo tocante a la contratación de asesores legales y tributarios para solucionar diferencias contables o de cuadro de cuentas y de los costos de viajes de ejecutivos a Chile son propios del desarrollo de la Franquicia. **(g7)** Respecto de la contratación y licenciamiento de sistemas informáticos para la operación ante la falta de acceso a las herramientas comerciales, se señala que se desconectó el sistema POS una vez terminado el Contrato de Franquicia conforme a una convención y que si XX siguió vendiendo productos después de tal terminación se reconocería expresamente el incumplimiento contractual, sin perjuicio de que, en caso de que se acreditare un incumplimiento de ZZ, XX deberá probar con cuál sistema se reemplazó el POS. **(g8)** Respecto a las pérdidas económicas por la no recepción de los productos adquiridos en la Feria 25 y que XX acusa de que ZZ no se refirió a ellos en la Contestación, se advierte que ello no se hizo porque no se aportaron antecedentes de dicha pérdida, es decir, las ventas reales que la actora ha tenido a partir del 4 de octubre de 2012. **(g9)** Respecto a los perjuicios en volumen de ventas al no haber podido ofrecer el mix completo de productos ni haber contado con las herramientas comerciales necesarias, se señala que ellos no son indemnizables porque son inciertos, atendido que no se puede asegurar un volumen de ventas y que no es posible vender alrededor de 24 millones de dólares si, por decisión propia, no efectuaron las compras necesarias. **(g10)** Respecto a los

costos producto del cierre de locales atendida la falta de productos y herramientas comerciales se señala que se ha acreditado que a la fecha de presentación de la demanda principal siguen abiertos dos locales comerciales por lo que es de presumir que ni los contratos de arriendo ni los empleados han sido finiquitados, además de señalarse que las cantidades indicadas por XX están mal sumadas. **(g11)** Respecto al costo de oportunidad por el cierre de operaciones, pérdida de los retornos proyectados y pérdida de valor del Franquiciado, se señala que esto es un lucro cesante, que el valor pedido se descompone en 6,2 millones de dólares por lucro cesante por el período que va desde el segundo hasta el décimo año de operación de las utilidades que se habría generado según el business plan y 15,2 millones de dólares por el valor presente de los flujos efectivos proyectados desde el año undécimo hasta la eternidad. Se señala que, con respecto de los primeros, se contraviene la cláusula 1.4 del acuerdo, que expresamente no ofrece garantías explícitas ni implícitas respecto a volúmenes de venta, beneficios, utilidades ni probabilidades de éxito. Respecto de los segundos se señala que a pesar de ser inaceptable cobrar lucro cesante por un período que va hasta la eternidad, en todo caso, bien calculado ascendería a US\$13.317.565 y no la suma señalada por la demandante. **(g12)** Respecto a las pérdidas por la no recepción de mercadería de apertura a tiempo manifiesta que XX omite el concepto en su réplica y, además, señala que, descomponiendo las cifras US\$672.192,31 resultan del margen contractual asegurado, el cual -se dice- expresamente no está asegurado en el Contrato además de estar mal calculado porque no todos los locales estaban abiertos a diciembre; US\$157.922 corresponden a costos de mantención de arrendamiento de locales que debieron permanecer cerrados durante diciembre de 2010 y enero de 2011 y US\$75.864 por personal contratado, todos los cuales corresponden a gastos de operación y por lo mismo necesarios para producir el margen reclamado por concepto de margen contractual.

15. La réplica a la demanda reconventional de ejecución forzada de la obligación post contractual de indemnidad, en la que ZZ señala que XX no ha refutado la imputación principal de la demanda reconventional en el sentido que la franquiciada puso en tela de juicio tanto los precios como el rol que a ella debía corresponderle en el proceso de abastecimiento de ellos, tornando el proyecto en algo ambiguo y de difícil administración. Que dicha disconformidad fue manifestada por la cúpula de la Franquiciada y se refería a aquello que definía el negocio -sus precios y masividad-, lo que hacía más grave y profundo el reparo. Se señala además que la configuración de la Franquicia por Etapas no corresponde a la realidad, pues escapa a la letra y espíritu del Contrato. Finalmente, analizándose derechamente las defensas opuestas por XX se señala por ZZ:

(a) que con respecto de la obligación de XX de adquirir el mix de productos previamente definido por el Franquiciante, ésta ha reconocido que incumplió su obligación en tal sentido durante las diferentes ferias en que participó, pues dijo que la obligación de XX en tal sentido se tuvo que reducir y limitar forzosamente. Advierte ZZ que las excusas que intenta esbozar XX son falsas, pues la afirmación de que no compró el mix porque no se pudo hacer del mix inicial por culpa de ZZ es incorrecto, porque se ha acreditado que es imposible imputar a ZZ un hecho que ésta no controlaba, como es las mercaderías que XX elegía no ingresar a su Territorio Contractual, estando todo el mix disponible en dicho territorio. Afirma ZZ que es falso que para la apertura de las tiendas XX sólo contara con el 24% del mix de productos, pues según la orden de compra 100, documento confeccionado por TR que detalla las compras de skus para la apertura de tiendas, está compuesto por 3.486 skus; y si ella correspondiere a un 24% del mix como afirma XX, entonces el mix total debería ascender a 14.529 skus, cantidad que para enero y febrero de 2011 ascendía a menos de 5.000 skus en total.

(b) Que aun cuando se hubiere cumplido la obligación anterior por parte de XX, aún ésta no habría cumplido su obligación de adquirir el total del mix en cada feria en que le tocó participar. Se insiste en que la obligación de comprar el mix no es condicional ni potestativa para el Franquiciado y es insostenible defender que si una franquicia realiza su apertura con un mix insuficiente, aunque sea por negligencia del Franquiciante, este incumplimiento inicial anula las obligaciones correlativas del Franquiciante. Afirma que más allá de la incapacidad de XX de acatar el modelo de negocios impuesto por la Franquicia, hay impericia del Franquiciado para manejar un nivel tal de sku.

(c) Respecto de la obligación de XX de respetar el sistema de precios de venta a público establecido en el contrato, ZZ señala que la única defensa de XX es que ellos actuaron siempre consultando al Franquiciante. Sin embargo, lo que se aduce por ZZ es que XX nunca se sometió al modelo de negocios de TR1, buscando siempre ser el adaptador de un modelo en una realidad que entendían propia.

(d) Respecto a la obligación de XX de cumplir con el calendario de apertura de tiendas del contrato, ZZ señala que XX ha confesado que no cumplió con su obligación de abrir seis tiendas en los primeros dos años de vida del contrato. Que respecto a que XX no supiera que con cinco tiendas se lograba el punto de equilibrio y que esa información no estaba en el Contrato, se contradice con la propia obligación que tenía XX de abrirlas en un calendario previamente acordado por las partes indicándose hasta el número de metros cuadrados y los nombres de los centros comerciales.

(e) Respecto a la obligación de XX de pagar la mercadería oportunamente, se sostiene que su defensa olvida el correo electrónico de don A.P. a don R.Ch. y doña N.P. en el cual se reconoce expresamente que se adeudaban a la fecha a lo menos US\$494.633 por concepto de mercaderías impagas, que antes se habían firmado sendos reconocimientos de deudas y que existen correos electrónicos entre las partes con fecha 4 de julio de 2011 en los que se informa por el gerente general de ZZ que se adeudaban por ese concepto más de 2,4 millones de dólares.

(f) Que en cuanto a los argumentos de derecho de XX dice que son solamente dos, a saber, que no existe una obligación post contractual incumplida; y que opone la excepción de contrato no cumplido. Que respecto de la obligación post contractual señala que no es que la Corte Suprema y la Dirección del Trabajo se muestren estrictas ante la admisibilidad de esas obligaciones sino que se ponen límites a la obligación post contractual de no competencia impuesta a un trabajador en el contexto de un contrato de trabajo. En cuanto a la pregunta de XX de cómo puede subsistir una obligación contractual si se puso término al contrato, ZZ responde que fue por voluntad de las partes. Respecto a la confusión de que se acusa a ZZ de que lo que se alega como obligación post contractual es un simple incumplimiento de obligaciones se contesta diciendo que si bien en ambos casos la obligación se reduce a indemnizar perjuicios en el caso de la obligación post contractual ésta tiene su fuente en el contrato y en el caso de la obligación de responsabilidad por haber cometido un daño después de un contrato tiene su fuente en un hecho que ha inferido injuria o daño como en los delitos y cuasidelitos. Finalmente, sobre la excepción de contrato no cumplido ZZ insiste en que ella no ha dejado de cumplir ninguna obligación.

(g) En cuanto a los perjuicios que reclama, los reitera.

16. La réplica de XX a la demanda reconvenzional y su réplica a la demanda reconvenzional subsidiaria, corriente a fs. 402 y siguientes de autos, en la que se señala que la acción de ZZ se funda solamente en la supuesta continuación de hecho de la explotación de la franquicia por parte de XX, quien habría adquirido el crítico know-how y rentabilizarlo sólo para ella, aunque precisa que

lo único que viene haciendo XX es vender un stock de mercadería que ya es de su propiedad y la fórmula que utiliza para hacerlo, que no lo hace porque sea buena sino para demostrar su buena fe. En suma -dice- al seguir funcionando con sus tiendas, se intenta liquidar el stock pagado y adquirido al Franquiciante y aminorar las pérdidas. Por otro lado, XX manifiesta que la réplica reconventional de ZZ aclara cuál sería el pilar fundamental de su pretensión que la habilitaría para demandar perjuicios, a saber, el supuesto incumplimiento de XX del modelo de negocios TR1 y que éste nunca se entendió por parte de XX, quien pretendió comportarse como socio y no como simple Franquiciado. Pero argumenta que si la pretensión se sustenta en haber incumplido el modelo de negocios TR1 se debe concluir que la acción no tiene destino porque se estaría en presencia de un incumplimiento imposible, dado que el modelo de negocios jamás fue entregado a cabalidad y nunca se estuvo en la aptitud contractual de poder cumplirlo. Agrega XX que el hecho de no haber refutado todas las alegaciones de ZZ relativas a su imputación esencial de su demanda, debe entenderse que las acepta, lo que rechaza porque el silencio en derecho significa negación de todo lo alegado.

Respondiendo las acusaciones de ZZ, XX señala:

(a) Inicia su análisis señalando que la división del contrato de franquicia en etapas de instalación, de implementación y de desarrollo se encuentra en la cláusula 5.1 del contrato y que más grave que desconocer lo anterior es el intento de ZZ de, a través de negar lo anterior, minimizar la importancia de la obligación primaria de entregar a XX los Manuales que contenían el know-how del negocio y que nunca fueron entregados, todo lo cual constituía una obligación principal del Franquiciante según reza el Artículo 5 del Contrato. En relación a la obligación de XX de adquirir el mix de productos del Franquiciante y a la acusación de ZZ de que XX habría elegido no ingresar productos al territorio contractual, XX insiste en que éstos no pudieron ingresarse debido a su retención por Aduana Colombia, circunstancia ajena a su voluntad y ejemplo de fuerza mayor. Añade en este mismo sentido que en el numeral 15 del Anexo 8 del Contrato la Franquiciada se compromete a verificar la documentación aportada por el Franquiciante para su despacho, pero ello sólo se explica y se entiende -según dice- porque dicho numeral hace referencia a entrega FOB y que entenderlo de otra manera aparte de ser una interpretación forzada no se condice con la naturaleza de la obligación. Lo que hizo la Franquiciante fue enviar mercadería a Colombia, pero a Zona Franca y a nombre de ellos mismos. Esta conducta implicó que la Franquiciada no pudiera verificar los documentos sino una vez que la mercadería estuviese efectivamente en Zona Franca, y no antes. Fue en ese momento en que XX constató que la documentación era insuficiente y por lo mismo, no estaba en aptitud de adelantar ningún proceso de nacionalización de mercadería. De donde se concluye que no es efectivo que fuere el Franquiciante el que ha realizado el proceso de internación, toda vez que este proceso sólo puede ser realizado por un importador y no por el propio exportador. Que ZZ ha reconocido en diversas oportunidades su responsabilidad en estos hechos que hoy imputa. Así en el cuadro de cuentas conciliado entre las partes, el mismo franquiciante reconoce notas de crédito de productos que nunca contaron con documentación necesaria para la internación y debieron ser devueltos a Chile. Que fue ZZ la que no entregó el mix de productos en condiciones de ser internados, por la falta de la documentación requerida y por el hecho de haber despachado la mercadería sin ninguna proporción de cantidades o temporadas lo que generó sobreestimación de inventario. Con todo, XX pagó las multas a la autoridad colombiana y no las pagó ZZ.

(b) Que respecto a la obligación de XX de respetar el sistema de precios de venta al público, sostiene que resulta difícil creer que ZZ haya cedido frente a presiones de XX para aumentar los precios. Lo cierto -dice- es que ambas acordaron el aumento libremente. Que tampoco es correcto afirmar que XX nunca entendió el sistema de precios bajos impulsado por ZZ, pues

existían productos de mayor, menor e igual precio al de mercado. Y que otra cosa son las sugerencias que hizo XX basada en el conocimiento del mercado colombiano, pero siempre basándose en el mismo modelo.

(c) Que con respecto a la obligación de XX de cumplir el calendario de apertura de tiendas, XX sostiene que ZZ intenta trivializar la causa tomándose de que se haya confesado no haber abierto seis tiendas en los primeros dos años de vida del contrato, ignorando su incumplimiento de su obligación de proporcionar a XX toda la información para implementar en modelo de negocios extraño y desconocido para el Franquiciado.

(d) Que respecto a la obligación de XX de pagar las mercaderías, XX señala que los reconocimientos de deudas se originaron a consecuencia de un acuerdo sobre la manera de liquidar los sobre inventarios provocados por ZZ y no tienen que ver con moras en el pago de los precios. Que este acuerdo convenido con don M.D. consistió en que toda la mercadería existente en Colombia correspondiente a la compra inicial, más el sobre inventario de las mismas (que no habían ingresado propiamente al territorio de Colombia, pues se encontraban en Zona Franca) se dividirían en tres bloques para luego definir qué parte sería adscrita a cada bloque y asumiendo el consecuente compromiso de pago del bloque respectivo. El primer bloque, que ingresaría XX dentro de la reestructuración del mix para poder tener una oferta interesante comercialmente dentro de la tienda. El segundo con mercadería que sería la renovación del bloque número uno. El tercer bloque con mercadería que no contaba con documentación para internación y/o comercialización, o con valores unitarios errados, lo que impedía la comercialización en Colombia, por razones tributarias. Los mentados reconocimientos dicen relación con cada uno de esos bloques.

(e) Respecto de las defensas de derecho, se dice que ZZ intenta reducir los alcances del fallo de la Corte Suprema. Que ZZ intenta atribuir al libre consentimiento de las partes la configuración de una institución curiosa. Que la intención de las partes expresada en la cláusula 14.1 del Contrato no fue más que expresar o reiterar las reglas generales en relación a la indemnización de perjuicios por concepto de responsabilidad contractual. Que en cuanto a la excepción de contrato no cumplido ZZ intenta enervarla manifestando que ha cumplido con sus obligaciones, cosa que insiste XX que no ha realizado.

(f) Que respecto a los perjuicios que alega respecto de los cuales acusa a XX de no haberse pronunciado, se insiste en que el silencio suyo significa rechazo.

(g) Finalmente, XX presenta su dúplica a la demanda reconventional subsidiaria de resolución de contratos más indemnización de perjuicios solicitando su rechazo, con costas expresando: **(g1)** que con la estrategia de ZZ de disfrazar un juicio de responsabilidad civil bajo la fachada de una ejecución forzada, neutraliza la discusión en torno a la culpa de XX como requisito de procedencia de la acción. **(g2)** Que lo cierto es que XX actuó y sigue actuando de modo diligente, según el estándar que se le exige. Pero que no pudo obtener lo imposible.

17. La resolución de fs. 421, de fecha 25 de julio de 2011, por la cual se recibe la causa a prueba y se fijan los hechos sustanciales y pertinentes controvertidos.

18.- La prueba documental rendida por las partes, la prueba testimonial corriente a fs. 882 y siguientes de autos.

19.- La resolución de fecha 30 de enero de 2015, corriente a fs. 1319 de autos, en la que se cita a las partes para oír sentencia.

20.- Los escritos de observaciones a la prueba presentados por los demandantes y por los demandados.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LA OBJECCIÓN DE DOCUMENTOS:

Primero: Que a fs. 713 de autos, XX ha objetado los documentos que se indican acompañados al proceso por su contraparte, en razón de que ellos no cumplen con los requisitos de la legalización, traducción y protocolización. Los documentos objetados por tal razón rolan en los archivadores de prueba documental presentada por ZZ bajo las letras y números que en cada caso se señalan.

Los documentos signados como:

- (i) AD-I.19, denominado “Acta de Testimonio N° 2”, otorgado por la notaría de doña NT1, de 10 de octubre de 2012;
- (ii) AD-I.20, denominado “Acta de Testimonio N° 3”, otorgado por la notaría de doña NT1, de 10 de octubre de 2012;
- (iii) AD-I.21, denominado “Acta de Testimonio Especial N° 02”, otorgado por la notaría de don NT2, de 11 de octubre de 2012;
- (iv) AD-I.26, denominado “Acta de Testimonio Especial N° 1”, otorgado por la notaría de doña NT1, de 14 de marzo de 2013;
- (v) AD-I.27, denominado “Acta de Testimonio Especial N° 1”, otorgado por la notaría de don NT2, de 15 de marzo de 2013;
- (vi) AD-VII.5, denominado “Acta de Testimonio Especial N° 02”, otorgado por la notaría de don NT2, de 19 de junio de 2013;
- (vii) AD-VII.6, denominado “Acta de Testimonio Especial N° 03”, otorgado por la notaría de don NT2, de 8 de agosto de 2013,
- (viii) AD-VII.7, denominado “Acta de Testimonio Especial N° 05”, otorgado por la notaría de don NT2, junto con dos boletas de compra de la misma fecha, de 25 de septiembre de 2013;
- (ix) AD-VII.8, denominado “Acta de Testimonio Especial N° 06”, otorgado por la notaria NT3 de la Notaría de don NT2, junto con una boleta de compra de la misma fecha, de 26 de noviembre de 2013.

Segundo: Que la objeción se refiere más a la forma en que han sido presentados a este juicio los documentos mencionados que al fondo de la cuestión que suscita un documento que adolece de falsedad o falta de integridad, forma que ciertamente difiere de aquella consagrada en el Artículo 345 del Código de Procedimiento Civil. Que, en este sentido, dado los hechos y circunstancias descritos y contenidos en las respectivas Actas de Testimonio, que ha sido objeto de análisis por parte de este Tribunal, se debe llegar a la conclusión que la falsedad o falta de integridad que se alega podrían haber sido fácilmente descubiertas por el objetante y denunciadas oportunamente a este Tribunal Arbitral, lo que no ha ocurrido.

Tercero: Que teniendo presente la naturaleza mixta de este Tribunal Arbitral, esto es, Arbitrador en cuanto al Procedimiento, y teniendo presente por otro lado lo expuesto en la consideración segunda precedente, se rechazará esta objeción, sin perjuicio del mérito probatorio que pueda atribuirle a los sobredichos documentos.

Cuarto: Que a fs. 754 de autos ZZ deduce objeción formal respecto del documento signado con el N° 3 del referido escrito y que corresponde a un acta de reunión sobre el tema “conectores” de fecha 25 de enero de 2011, formulándose la objeción por falta de autenticidad e integridad de conformidad

a los numerales 3 y 4 del Código de Procedimiento Civil. Que a fs. 758 deduce igual objeción respecto del documento consistente en minuta de reunión denominado Reunión TR1 – TR de fecha 24 de mayo de 2012. Que a fs. 761 deduce igual objeción respecto del documento consistente en Acta de Reunión de Comité Comercial sobre Primer Business EE Colombia de 17 de diciembre de 2011.

Quinto: Que este Tribunal Arbitral considera que si dicha Acta de Reunión de 25 de enero de 2011, minuta de fecha 24 de mayo de 2012, Acta de reunión de Comité Comercial, no fueren auténticas e íntegras, ZZ debería haberlas objetado oportunamente por lo menos enviando al Moderador señor P.L. o a los asistentes un correo electrónico señalando las razones de su falsedad o falta de integridad en cuanto haya sido extendida y/o recibida por ella, tanto más cuanto asistieron a las reuniones respectivas varias personas sin contar al moderador. Que la falta de anuncio de estos correos o de antecedentes y noticias sobre este particular, a lo menos en el escrito que objetan como documentos auténticos e íntegros hace presumir a este Tribunal Arbitral que nunca hubo una objeción formal o de fondo respecto de los documentos impugnados por parte de ZZ, por lo que se rechazará la objeción, sin perjuicio del mérito probatorio que pueda atribuirle al sobredicho documento.

Sexto: A fs. 759 de autos ZZ objetó el correo electrónico de fecha 17 de diciembre de 2010, enviado por doña O.J. a don C.R., por tratarse de una cadena de correos en que sólo se acompaña uno solo y, por lo mismo, se trata de un documento que adolece de falta de integridad.

Séptimo: Que teniendo en consideración que el correo electrónico emana de doña O.J. –funcionaria de TR1- y el hecho de que lo que cuenta o describe se sostiene a sí mismo, esto es, por los dichos del propio documento, se rechazará esta objeción por considerarse que los otros correos electrónicos que formarían parte de la cadena que se menciona, no podrían alterar lo dicho en él.

EN CUANTO A LAS TACHAS DE LOS TESTIGOS:

Octavo: Que a fs. 1.313 y siguientes, XX ha deducido tacha en contra de la testigo doña N.P., por las causales contempladas en el N° 4 y N° 5 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.

Noveno: Que teniendo en consideración que la protección que les proporciona a los trabajadores las normas laborales actualmente vigentes les confiere a los deponentes una independencia a prueba de presiones y amenazas por parte de sus empleadores, no es razonable pensar que por ellas se les pueda privar de imparcialidad sobre todo cuando han declarado bajo juramento. Que, por otro lado, los únicos testigos que conocen con exactitud los hechos del juicio son precisamente los trabajadores que han actuado por ZZ en el desarrollo de la franquicia; y que, habiendo la testigo doña N.P. declarado en algunos aspectos, por cierto destacados por la defensa de XX¹, precisamente en contra de la parte que los presenta, se demuestra con ello su imparcialidad, se rechazará la tacha opuesta por la actora.

Décimo: Que por iguales razones se rechazará la tacha opuesta por XX en contra de la testigo G.J.

Undécimo: Que a fs. 1.315, XX ha deducido tacha en contra del testigo don R.Ch., por las causales contempladas en el N° 4, N° 5 y 6 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, basado en que

¹ Fojas 1221 de autos.

es asesor el Directorio de la Franquiciante mensualmente, es remunerado por sus servicios y participó en reuniones de abogados en dos oportunidades y, además, porque carece de imparcialidad.

Duodécimo: Que no obstante los cargos que ostenta o los servicios que presta, no se ha probado que el testigo sea dependiente de la parte que lo presenta. Se ha probado que es asesor del Directorio, pero, señala el testigo que actualmente trabaja para un empleador distinto y no vinculado con la parte de ZZ, lo que, de suyo, le otorga la libertad suficiente para deponer en estos autos. Además, no se ha demostrado al punto de producir convicción en el Tribunal Arbitral de que el testigo tenga un interés directo o indirecto en el pleito, en los términos exigidos por la ley. Por lo cual se rechazará la tacha interpuesta en su contra.

Decimotercero: Que a fs. 1.315 y siguientes, XX ha deducido tacha en contra de la testigo E.O., por las causales contempladas en el N° 6 y 7 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.

Decimocuarto. Que, del solo hecho de haber trabajado 13 años en ZZ, no puede inferirse necesariamente que la señora E.O. tenga íntima amistad con la persona que la presenta, sólo demuestra que no le gusta cambiar de empleador. Menos puede demostrar que ella carezca de la imparcialidad necesaria para declarar en autos, pues no se ha probado que tenga interés directo o indirecto en los resultados del juicio. El Tribunal no puede desconocer que, eventualmente, la testigo podrá tener simpatías, pero ninguna tan importante como para faltar a la verdad. Por otro lado, la amistad que se invoca no se ha fundado en hechos graves, porque -como se ha dicho- la permanencia en un empleo por 13 años puede haber desarrollado en la mente del trabajador también enemistad, pero ninguna puede demostrarse ni se ha demostrado por el solo hecho de la permanencia de la testigo en un empleo determinado, por muy cercano al controlador de la empresa que lo representa.

Decimoquinto: Que a fs. 1.316 y siguientes, XX ha deducido tacha en contra de la testigo Y.E., por las causales contempladas en el N° 4 y N° 5 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. Que por las mismas razones que se ha decidido rechazar la tacha formulada a la testigo E.O. se rechazará la tacha presentada en contra de la testigo Y.E.

Decimosexto: Que a fs. 1.316 y siguientes, XX ha deducido tacha en contra de los testigos B.F. y S.T., por las causales contempladas en el N° 4 y N° 5 del Artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. Que, teniendo en consideración que estos testigos depusieron en autos como autores de un estudio profesional para determinar el monto de los perjuicios sufridos por ZZ, se debe concluir por parte de este Tribunal que la remuneración que por tal trabajo realizaron no fue ni pudo ser recibida para que depusieran favorablemente a la peticionaria sino para la elaboración de dicho trabajo. Que habiéndose revisado por este Tribunal el estudio elaborado por los señores B.F. y S.T., se debe llegar a la conclusión que el mismo fue confeccionado profesionalmente, recurriendo ambos a la ciencia y arte que profesan, de manera que no puede estimarse que hayan actuado como dependientes de la parte que los presentó, sino como profesionales independientes, ni que carezcan de la imparcialidad necesaria para deponer en autos, pues la probabilidad de que sus conclusiones sean parciales son directamente proporcionales a la probabilidad de que no sean contratados nunca más por poco creíbles, todo ello sin perjuicio del mérito que pueda asignársele a sus declaraciones verbales y escritas.

EN CUANTO AL FONDO:

Primero: Que de un análisis general de los escritos de demanda, contestación réplica y dúplica, y de los mismos a que dio origen la demanda reconvenional, se puede concluir que el centro de la cuestión debatida en autos dice relación con la determinación de las causas del fracaso del negocio propiciado y convenido entre las partes, dejando para un segundo análisis si dichas causas pueden corresponder a un incumplimiento de las obligaciones contractuales. Sólo de esa manera podrá responderse debidamente a las conclusiones que se piden de este Tribunal con sus consiguientes consecuencias jurídicas.

Segundo: Que, de acuerdo a las declaraciones de los testigos en esta causa y la absolución de posiciones de don R.C., se deduce o concluye lo siguiente:

(a) que el primer envío de mercaderías por parte del Franquiciante al Franquiciado se genera con una dotación de mercadería y artículos que había previsto, diseñado y elaborado exclusivamente ZZ para ella, cuando aún pensaba abrir por sí misma, sin franquicia, los locales en Colombia². Y que ese envío iba con el control de calidad que ZZ estaba haciendo para EEUU³.

(b) Que esa dotación era gigante porque como Colombia se encuentra en el hemisferio norte, cuando en Chile es invierno allá es verano y viceversa. Es decir, se debían cubrir dos semestres de mercadería, por un lado, y había que dotar cuatro tiendas, es decir había que dotar dos temporadas completas a nivel de renovación para cuatro tiendas⁴.

(c) Que el sobredicho primer envío que se remitió al Territorio Contractual se hizo en tres etapas, pensando en una apertura de tienda para octubre de 2010 cosa que posteriormente cambió y se postergó a febrero de 2011. Un primer envío se compró en marzo de 2010 con llegada a septiembre de 2010, un segundo envío que se hizo en abril y mayo de 2010, que llegaba en noviembre y Navidad de 2010 y un tercer envío que se hizo en agosto de 2010 para arribar en marzo de 2011⁵. (d) Que la apertura de tiendas para octubre de 2010, y que se postergó a marzo de 2011, significó que una proporción del mix de productos enviados iba a quedar caduco respecto de un 30% de los sku, quedando un 70% sin ningún problema de caducidad. Que, al parecer, el 30% de los sku caducos debería haber llegado en marzo de 2011⁶ para la apertura de la tienda respectiva, por lo que no habría debido producirse problemas para la formación de los mix de productos y su presentación en tiendas.

Segundo (*): Que, el testigo de la demandante don A.P.⁷ señala que el Sistema TR1 no fue entregado porque no se proporcionó el mix de productos suficientes en la cantidad necesaria para propiciar la rotación o la renovación que exige el modelo de negocios, porque el primer envío fue excesivo atendido que la cantidad equivalía a tres veces más; y que eso iba en contra de la rotación o renovación que exige el modelo. Más adelante⁸, el propio testigo precisa esta cuestión señalando que el hecho de tener productos de más provoca que el comprador ve siempre el mismo producto y la tienda no cambia y por ende no se puede hacer uso de la renovación permanente de la tienda, todo lo cual significa a la postre que no podía renovar hasta vender todo el stock. Ello -agrega- es bueno para un determinado esquema de negocios, pero definitivamente es malo para el esquema de

² Absolución de Posiciones de don R.C., fs. 891 de autos. Testigo Y.E., fs. 992, Testigo R.Ch., fs. 1037

³ Testigo H.R., fs. 1066.

⁴ Absolución de Posiciones de don R.C., fs. 892. Testigo N.P., fs. 1104, 1106.

⁵ Testigo Y.E., fs. 982.

⁶ Testigo Y.E., fs. 984

⁷ Testigo A.P., fs. 882 iv y v de autos.

⁸ Testigo A.P., fs. 882 LXXII de autos.

negocios propuesto por TR1, porque este esquema se basa en la necesidad de generar pasión en la compra, en el momento de la visita y, por lo mismo, no se puede tener un producto eternamente. Y, finalmente, agregó⁹ que la cantidad de productos le impidió la renovación porque a la primera feria que fue, la compra de TR fue mínima en circunstancias que habría debido comprar la totalidad del mix, pero tenía tal cantidad de productos en Colombia que no podían comprar más.

(*) (Nota: transcripción literal a la declaración en audio del testigo; enumeración textual de la sentencia).

Tercero: Que, dadas la declaraciones de dicho testigo, queda claro que la falta de formación del mix no se debió, al menos en lo fundamental, a la gran cantidad de productos enviados, sino más bien a que dicha cantidad le impedía renovar el o los mix de productos que debían ofrecerse con posterioridad, por lo que, al menos en esta etapa, debe descartarse que la sobredicha abundancia de productos haya sido la causa natural de la falta de formación del mix para la apertura de las tiendas.

Cuarto: Que, para discernir con un grado de certeza aceptable cuál pudo haber sido la causa directa de la falta de formación del mix, es necesario considerar las siguientes circunstancias:

(a) que el primer envío de productos a Colombia no fue una venta propiamente tal que le hizo ZZ a TR. Que dicho envío, por muy abundante que hubiere sido, fue mantenido a nombre de ZZ en Zona Franca; y que los productos que efectivamente fueron vendidos a TR e internados por ella al territorio contractual, eran elegidos por la propia compradora de entre los abundantes productos que conformaron ese primer envío;

(b) que, una de las causas de la no formación completa del mix inicial de la primera tienda en ser inaugurada fue la postergación de su apertura de octubre de 2010 a febrero de 2011, porque como ha dicho la testigo Y.E.¹⁰, ello produjo que una proporción del mix inicial caducara en alrededor del 30%, entendiéndose por caducidad aquella referida a productos que no correspondía a la fecha en que efectivamente se inauguraba la tienda y que sí correspondían a la temporada de la apertura original. Sin embargo, esa misma testigo señala¹¹ que el 30% faltante del mix se completó con el embarque que llegó en marzo, de manera que la incidencia de esta causa de falta de formación del mix inicial fue muy acotada en el tiempo y no explica que no se haya formado nunca el mix que se requería para cada tienda como se ha afirmado en autos. Es más, la misma testigo¹² señala más adelante que ese 30% no iba a afectar las ventas “porque si yo tengo algo vencido acá y compré lo que lo reemplaza, no tengo ningún efecto sobre mi venta porque estoy haciendo el empalme entre lo que se va y lo nuevo que llega”;

(c) que las otras causas de la falta de formación del mix, y que aparecen reiteradamente manifestadas por las declaraciones testimoniales, fueron ciertamente las siguientes: (c1) La falta de documentación adecuada para la internación de ciertos productos; (c2) El sistema de internación de productos para el abastecimiento de tiendas cuando se necesita internar productos en cantidades menores a las enviadas.

Quinto: Que la falta de documentación adecuada para la internación de ciertos productos la explica el testigo don A.P. señalando que, por ejemplo, dentro del primer envío de siete contenedores venía la presencia de textil y la Aduana comunicó que iba a retener el producto por no traer la

⁹ Testigo A.P., fs. 882 LXXXV de autos.

¹⁰ Y.E., fs. 982

¹¹ Idem, fs. 983

¹² Idem, fs. 991

documentación adecuada¹³. Que las velas nunca se pudieron internar sino un año después de haber abierto, porque no tenían la certificación adecuada.¹⁴. Y lo mismo explica el testigo don R.Ch. que se refiere a la cerámica¹⁵. Y H.R.¹⁶ quien afirma que “hubo un problema gigante porque en Aduana no dejaban ingresar los productos de TR1..., pero Colombia eran los encargados de poder ingresarlos, porque finalmente eran ellos los que sabían todo el manejo de las Aduanas”. Respecto a las elevadas tasas arancelarias para la internación de ciertos productos, la explica el testigo don M.D. quien advierte que “habían muchos productos o muchos casos en los cuales pudo haber algunos errores y no coincidían los valores, pues es más barato y más rentable eliminar el producto que pasar a pagar una internación de 98 millones de pesos, entonces creo.... Mi opinión comercial, punto de vista de negocios, es que la cosa que vale 8.000 no voy a meterle 50.000 cuando el precio de venta está fijo y no los voy a recuperar y va a ser pura pérdida, entonces yo creo que sí y eso uno... debe haber varios casos parecidos...”. De manera, entonces, que existen suficientes pruebas testimoniales de ambas partes que acreditan que hubo problemas para la internación de algunos productos al Territorio Contractual y que ellos influyeron en la conformación tanto del mix inicial de apertura de las tiendas como de aquellos que se iban requiriendo para cada temporada.

Sexto: Que, en cuanto a la incidencia que tuvieron esos problemas de internación de productos para la formación del mix inicial con que se abrieron las tiendas, el testigo don A.P. habla¹⁷ de un porcentaje de formación del mix del 37%, encontrándose el porcentaje restante en barcos y el resto en Zona Franca. Por su parte, la testigo doña Y.E. afirma¹⁸ que la proporción era del 30% del mix integrado por productos caducos y un 70% de productos que estaban al momento de la apertura de tiendas, aunque no se explicita si estaban en Colombia o se encontraban en la tienda respectiva. La testigo doña H.R. señala¹⁹ que al momento de la apertura de las tiendas tuvieron que desechar lo que se había previsto poco tiempo atrás para efectos del layout por cuestiones de caducidad de los productos y “hacer con lo que ellos tenían lo mejor que pudiéramos, cubriendo todos los espacios con lo que había y se pudo abrir la tienda, pero -agrega- no sé, el 40%, el 30% de lo que debiese haber sido”; aunque más adelante sostiene²⁰ que esos porcentajes no necesariamente se referían al mix, que se referían a los productos, culminando su declaración sobre este tema afirmando²¹ que al año de apertura de las tiendas éstas contenían ya entre el 80% y 90% del mix total.

Séptimo: No obstante lo anterior, reviste particular importancia la declaración de la testigo señora N.P. quien señaló²² que “es importante entender que el mix se fue completo y no lo sacaron completo (refiriéndose a la gente de TR) por muchas razones... Algunos necesitaban certificados, sí, algunos necesitaban requisitos de etiquetas o del proveedor que le estoy comprando, sí, otro no y no lo sacaron igual, entonces esa diferencia de que sí o que no y qué hubiere significado si hubieran sacado todo lo que sí hubieran podido sacar, no lo voy a saber nunca, porque nunca lo hicieron así, no es que hayan dejado aparte sólo los que tenían algún tipo de problemas, por el que fuera, el

¹³ Testigo A.P. fs. 882 VI

¹⁴ Testigo A.P. fs. 882 XLII

¹⁵ Testigo R.Ch., fs. 1,042

¹⁶ H.R., fs. 1.066.

¹⁷ A.P., fs. 882 VII.

¹⁸ Y.E., fs. 982

¹⁹ H.R., fs. 1.059.

²⁰ H.R., fs. 1.065 y 1.066.

²¹ H.R., fs. 1.069.

²² N.P., fs. 1.111 y 1112.

motivo que fuera y la responsabilidad que fuera, acá se dejaron productos afuera, que podían haber ingresado al país...”. Y más adelante añade: “te vuelvo a repetir, el mix completo es el que se envió en un 100%. Si habían productos que tú sacas, en el fondo no es el completo sí. Qué porcentaje de eso necesitaba algún tipo de certificación, no era superior a un 15%”, pero a renglón seguido señala que “ese 85% tampoco fue el que se llevó a la tienda”.²³

Octavo: Que, en consecuencia, este Sentenciador debe llegar a la conclusión de que la cuestión relativa a la falta de documentación adecuada para la internación de ciertos productos tuvo ciertamente un impacto en la formación del mix, que ese impacto, en opinión del testigo de XX ascendía a un 63%, mientras que en opinión de los testigos de ZZ alcanzó como máximo un 15%, aunque después se añade categóricamente por la testigo doña N.P., que el 85% restante no fue el que necesariamente llegó a las tiendas. En consecuencia, se hace necesario preguntarse por qué ese 85% de los productos no llegaba íntegramente a las tiendas. Las hipótesis que surgen de las declaraciones de los testigos de la causa se concentran básicamente en dos causas: debido a la caducidad de ciertos productos (tema que ya se ha tocado anteriormente y que no superaba 30% y que fue muy acotado en el tiempo) y/o a la forma en que se implementó por XX el sistema de internación de dichos productos para el abastecimiento de tiendas, que constituye -como se ha dicho- la segunda causa de la no formación del mix requerido en cada una de las tiendas, lo que será analizado a continuación.

Noveno: Que, respecto a este tema del método de internación de productos para el abastecimiento de tiendas que se fue implementando atendido que se necesita internar productos en cantidades menores a las enviadas, se debe considerar lo afirmado por el testigo don M.D. quien señaló²⁴ que cuando llegó en octubre, lo primero que hizo fue averiguar cómo funcionaba y se hacía el pedido y que ello se efectuaba recurriendo a TR8 mediante un “pickeo” (elección de productos de entre muchos otros) al interior de la bodega a fin de despachárselo a TR, procedimiento éste que formaba parte del sobre costo y del absurdo que estaban armando, porque si se le suma que los productos estaban en Zona Franca, pagaban 30 dólares por posición rack, además de que cuando se sacan cuatro vasos, tienes que hacer todo el papeleo y la documentación hacia atrás con esta internación de los mil vasos que enviaste y eso se tendría que hacer el día lunes y el siguiente lunes en que sacaste tres vasos y el siguiente lunes en que sacaste doce y pierdes el control. Que, en el fondo era menester ordenar las salidas para que éstas sean en bloque y no por puchos, porque es una locura. El segundo en mencionar el mismo tema, aunque desde un punto de vista distinto, fue el propio señor A.P. quien señaló²⁵ que “una orden de cargue de un contenedor sugiere una serie de productos con un código, una descripción, una cantidad y un precio, si nosotros habíamos comprado el producto equis, que era un florero rojo, y habíamos comprado 10 unidades, en ese despacho podría figurar 40 unidades, 20 unidades, normalmente una cantidad diferente a la comprada por nosotros, y esa mercancía fue enviada a nombre de ZZ y no a nombre de TR, quien era la compañía que había pagado por esa mercancía y los papeles debían venir a su nombre... a nombre nuestro, entonces el primer inconveniente... es que los documentos de internación las unidades para internar esa mercancía no correspondían con lo comprado”. Que a lo anterior debe agregarse -como ya se ha considerado, la declaración de la testigo señora N.P. en el sentido que el mix completo es el que se envió en un 100%. Si habían productos que tú sacas, en el fondo no es el completo sí. Qué

²³ N.P., fs. 1.114 y 1.115.

²⁴ Testigo M.D., fs. 925.

²⁵ A.P., fs. 882 VII.

porcentaje de eso necesitaba algún tipo de certificación, no era superior a un 15%”, pero a renglón seguido señala que “ese 85% tampoco fue el que se llevó a la tienda”.²⁶

Décimo: Que en opinión de este Juez Árbitro, este método de internación de productos para el abastecimiento de tiendas que se fue implementando resulta ser claramente perjudicial en muchos sentidos. Primero, hizo que se perdiera cualquier planificación para la formación del mix de cada tienda, reservándose todo el sistema de aprovisionamiento a los impulsos generados por el solo hecho de haberse agotado los productos en tiendas. Segundo, constituyó una de las causas para que no se aplicara en plenitud el sistema TR1, porque este exige -como lo han referido varios testigos- que se genere el deseo de comprar en el público ante la posibilidad que el producto se agote, lo que nunca ocurriría si el producto es permanentemente repuesto en tienda. Pero lo más importante, claro está, es que encareció enormemente la operación para ambas partes, impidió el manejo adecuado de inventarios y obligó a repetir los trámites de internación cada vez que se requirieran productos, todo lo cual ya ha sido dicho por los mencionados testigos. Que, por lo mismo, resulta evidente que ello confabuló contra la necesidad de mantener el mix de productos de forma permanente, no sólo por el hecho de encarecer ciertamente la internación sino que, también, por el hecho de hacerla mucho más dificultosa, menos metódica y automática.

Undécimo: Que, dicho ya todo lo anterior, se debe concluir en primer lugar que la gran cantidad de productos que contenía el primer envío, no impidió necesariamente, aunque sí dificultó, que se respetara el retiro para cada temporada, según el mix que se debía configurar. Asimismo, que el gran envío inicial efectuado no vulnera de por sí el Contrato de Franquicia y se explica porque éste se configuró para abastecer a lo menos a cuatro tiendas durante un año completo (dos temporadas). Y que, salvo el caso de caducidad de productos dado el retraso en la apertura inicial y los problemas de internación por falta de la documentación exigida, este Sentenciador estima, que el método que se implementó para el retiro de productos puede explicar la falta de formación del mix de productos durante todo el período contractual, y consecuentemente la falta de rotación de productos, todo lo cual constituye el método de picqueo aludido por los testigos, y que constituyó un procedimiento implementado y ejecutado por XX que vulneró el contrato, porque aumentó los costos contractuales de cumplimiento a la vez que provocó un desorden grande en el control y manejo de inventarios, lo que en términos jurídicos significa que esta sociedad, o TR, o ambas, no imprimieron en el cumplimiento de sus obligaciones el grado de diligencia exigido considerando la naturaleza del contrato y la ley.

Duodécimo: Que no obstante lo anterior, la testigo señora N.P. ha señalado en autos que las tres tiendas que se abrieron el primer año de vigencia de la Franquicia vendieron alrededor de 9 millones de dólares; y que ese resultado no constituyó una mala venta, porque 3 millones de dólares por tienda no es una mala venta²⁷. Más adelante, la misma testigo afirma²⁸ que la venta que tenían de 9 millones de dólares en tres tiendas no era nada de mala y que en Bolivia, con seis tiendas venden ocho millones y medio y es un muy buen negocio. Y en la Absolución de Posiciones del señor R.C., se afirma²⁹ por éste que el negocio de Colombia generaba ventas de 9 millones de dólares en tres tiendas, y agrega, ¡era extraordinario! Es más, según el Informe³⁰ agregado a autos elaborado por

²⁶ N.P., fs. 1.114 y 1.115.

²⁷ N.P., fs. 1.115.

²⁸ N.P., fs. 1.122

²⁹ R.C., fs. 903 de autos.

³⁰ Véase página 26 del Informe.

los señores B.F. y S.T., los parámetros de demanda en los centros comerciales instalados el primer año ascendían a US\$3.018.671 para el local TR9, US\$ 4.721.323 para el local TR10 y US\$2.045.023 para el local TR11, lo que totaliza la suma de US\$9.785.018, que es sólo un 8% inferior al proyectado. De esta manera, es inconcuso que las ventas efectuadas en las tiendas referidas resultaron conforme a lo proyectado y, en opinión del testigo y del absolvente ya citados, eran buenas y extraordinarias, respectivamente.

Decimotercero. Que, en consecuencia, la falta de formación del mix en tiendas así como la falta de rotación del producto durante la franquicia, no influyeron en las ventas y no pueden ser causa de los perjuicios alegados por ambas partes.

Decimocuarto: Que, por la misma razón antes señalada, las únicas causas que restan para explicar los perjuicios alegados, son el encarecimiento de la operación generada por el método que se implementó para el retiro de productos desde Zona Franca a Territorio Contractual y los problemas de internación de productos por falta de la documentación exigida.

Decimoquinto: Que, además de las mencionadas en el considerando anterior, es preciso que se analice por este Tribunal Arbitral si los otros incumplimientos alegados por las partes pueden también ser causa de los perjuicios que manifiestan haber sufrido, sin perjuicio de determinar si constituyen incumplimientos propiamente tales.

Decimosexto: Que en este sentido, la demanda de XX ha dado cuenta de que ZZ no cumplió con sus obligaciones de entregar al Franquiciante, en su totalidad, el citado “Sistema TR1” sino partes aisladas del mismo, lo que produjo el consecuente fracaso de la operación en Colombia, en especial, porque no se contó con:

- (a) capacitación de personal;
- (b) documentación necesaria para internar la mercancía en tiempo, evitando demoras, sobrecostos y discontinuidad de las temporadas;
- (c) software necesario para el manejo de inventarios, restablecimiento de tiendas y seguimiento comercial, entre otros, agregándose que es de la propia naturaleza del Contrato de Franquicia que el Franquiciante quede obligado a “mantener un interés permanente en el negocio franquiciado, en aspectos tales como know-how y asistencia técnica. Que respecto a esta última acusación se afirma que no se proporcionaron los manuales, tecnología y métodos a fin de conseguir la mejor adaptación del negocio TR1 a las realidades del Territorio Contractual. Que no se estableció un canal de comunicación abierto y dedicado a recomendar soluciones y solventar los problemas; que hubo una total ausencia de un representante dependiente de ZZ en Colombia; que hubo una falta de visitas técnicas periódicas a los locales TR1; que se alega que el único software habilitado al franquiciado fue el sistema denominado “POS”, faltando todas las demás herramientas de software esenciales y necesarios para la gestión del almacenamiento, provisión y reposición de tiendas, tales como YP, DM, AS (software de contabilización y gestión de inventarios) y la denominada herramienta comercial, programa computacional clave en la toma de decisiones de compra de nuevos productos en las ferias.

Decimoséptimo: Que ha quedado acreditado en autos que, aparte del POS que nadie discute que se hubiere proporcionado, también se entregaron las herramientas de software esenciales y

necesarias para la gestión de almacenamiento, provisión y reposición de tiendas³¹, aunque se señaló que no se podían utilizar bien, porque la Franquiada no conocía su stock; que con el SAP pasó lo mismo, porque si bien se desarrolló, se terminó y que se entregaron los manuales correspondientes³², no se tenía el stock y se levantó la cortina sin tener el dato del Q³³; que la parte conectores estuvo siempre, porque eso se apertura junto con Bolivia, que ellos dicen que no los tenía porque hablan del EDI y no hablan del XLS, que es el que se les proporcionó³⁴. Que se hizo incluso una cinta testigo para cumplir la legislación de Colombia y que ésta estuvo al momento en que se abrió la primera tienda, a pesar de que se les avisó de que ella era necesaria con sólo tres días de anticipación³⁵. Que el verdadero problema se suscita porque el franquiciado quería desarrollar el EDI, pues estaban desarrollando el “warehouse”, pero no terminaron ese desarrollo y nunca partieron con el XLS³⁶, porque no tenían el conteo de stock. Que, en resumen, de lo declarado por los testigos de la causa, se puede apreciar que la Franquiada no quería usar el SAP por ser muy caro dado el desarrollo de la operación en Colombia y que optaron por una decisión intermedia, respetada por ZZ y en la cual ésta colaboró, que consistió en utilizar el EDI³⁷, que no es un ERP³⁸ como el SAP, pero que es un sistema de transmisión de datos y que nunca lo pudieron implementar debido a que nunca cargaron el stock³⁹, situación ésta que resulta coincidente con lo afirmado y concluido respecto al caótico manejo de los inventarios y sistema de retiro que se implementó para abastecer las tiendas objeto de la franquicia. Que esta misma conclusión se confirma también mediante el análisis de los correos electrónicos que se enviaron las partes, en especial, los agregados al cuaderno de documentos presentado por XX de fs. 7 a 12, ambas inclusive, en los que doña G.J. de ZZ le comunica a don F.Q. la información requerida para operar el sistema de transmisión de datos, siendo “necesario -según dice- cargar el stock objetivo, el precio regular y el stock real por centro”. Asimismo, del análisis de la referida documentación se desprende que, eventualmente, el problema de los conectores quedó prácticamente solucionado faltando sólo pruebas menores, aunque no se encuentra acreditado fehacientemente el resultado exitoso de esas pruebas.

Decimotavo: Que en relación con este cargo de que ZZ no proporcionó los software necesarios para el manejo de inventarios, restablecimiento de tiendas y seguimiento comercial, entre otros, se debe advertir que, de la revisión efectuada por la empresa CO con fecha 12 de septiembre de 2012⁴⁰, con la finalidad de cumplir los requisitos establecidos por las leyes colombianas sobre derechos de autor, se desprende que TR contaba con los software y los hardware necesarios para la operación de la franquicia. En efecto, en dicho informe se detallan los equipos de que disponía, a saber: -11 Computadores de escritorio; -11 Computadoras portátiles; -16 POS 4810; -6 Celulares; -4 Servidores; -3 Switch; -14 Impresoras; -3 Sistemas de alimentación interrumpida. Así también, para cada uno de los equipos recién enumerados, se detalla en el Informe cada uno de los programas

³¹ Testigo G.J., fs. 939.

³² Testigo N.P., fs. 1.090

³³ Testigo G.J., fs. 939.

³⁴ Testigo G.J., fs. 940.

³⁵ Testigo G.J., fs. 940.

³⁶ Testigo G.J., fs. 958.

³⁷ Entiende este tribunal que la nomenclatura se refiere a Electronic Data Interchange (Intercambio Electrónico de Información)

³⁸ Entiende este tribunal que la nomenclatura se refiere a Enterprise Resources Planning (Sistema de Planificación de Recursos)

³⁹ Testigo G.J., fs. 958.

⁴⁰ Véase Informe de CO que rola a fs. 87 del Cuaderno de Documentos de XX.

con los que cuentan incluyéndose la procedencia de sus licencias y el estado de éstas. Es en la individualización de los programas instalados en los Servidores donde este Tribunal Arbitral ha llegado a la convicción de que XX disponía de los software y hardware necesarios para la conectividad entre ZZ y Colombia. Así, por ejemplo, el programa DL, encontrado en el servidor A-1, programa que realiza intercambio de archivos EDI entre dos o más servidores, demuestra que estaban instalados los protocolos conectores, si bien se afirma que se encontraban en etapa de pruebas. Es más, se señala en el Informe⁴¹ que el servidor Virtualizado 2, máquina virtual que depende del servidor A-2 es controlado totalmente por ZZ desde Chile, lo que deja en evidencia que existía un apoyo desde ZZ. De igual manera, en el informe se señala a propósito del servidor A-3 (tienda), que todos los programas fueron instalados desde Chile con la excepción de un antivirus. Es más, con respecto al sistema Hyperion en el mismo Informe se señala que en el Servidor Virtualizado 1 (A-2) dependiente del Servidor A-2 se encuentra instalado el sistema Hyperion por ZZ Chile; que el Sistema de Inventario Selectivo se encuentra en el propio Sistema Warehouse Management System, o WMS, elegido precisamente por XX, en el Servidor A-1 (Funza)⁴², que claramente era parte de un ERP por lo que debe presumirse y entenderse que lo contenía; que el sistema maestro de materiales es también el corazón de cualquier ERP, de forma que se debe concluir lo mismo por igual razón. Finalmente, se debe advertir que ZZ no se obligó a proporcionar el Sudoku conforme a lo convenido por las partes en la cláusula 5.14 del Contrato de Franquicia. Con todo, no le es posible a este Tribunal Arbitral profundizar en las gestiones de conectividad entre sistemas, porque si bien en los distintos correos electrónicos agregados al proceso⁴³ se habla de ellas, incluso refiriéndose a encontrarse las partes en condiciones de pasar a una etapa de alimentar los sistemas con datos reales o etapa de producción, no se acompañaron los resultados de esas pruebas reales, si es que llegaron a hacerlas.

Decimonoveno: Que, con respecto a la asistencia del Franquiciante al Franquiciado para la operación de la franquicia, se desprende de la prueba testimonial que:

a) ZZ envió entre cinco a seis personas para capacitar al equipo de las tiendas a fin de que cuando se hiciera la primera apertura estuvieran completamente capacitados tanto respecto al concepto como a los productos, que esa capacitación se repitió en la apertura de las demás tiendas y que el soporte se mantuvo permanentemente⁴⁴, que se entregaron manuales impresos y virtuales y otros que se entregaban por cada temporada⁴⁵, que se hacía un business review haciéndose como una gira donde se revisaban los números, las estrategias generales. Se trataba de reuniones con los product managers, con el gerente general y el dueño. Que se hicieron dos o tres business review que duraban días completos de revisión y soluciones para enfrentar problemas concretos⁴⁶.

(b) Que se entregaron manuales operativos con todos los detalles operativos del Sistema TR1, que concretamente el manual de operaciones se entregó a varias personas dependiendo de las funciones, que se les entregó a las que vinieron a capacitarse a Chile en esta área, que fueron los jefes de tienda durante un mes, donde se les explicó y se les entregó el manual, que se capacitó a cuatro product managers de Colombia antes de la apertura de tiendas, que éstos estuvieron en Chile durante un mes en las oficinas, que no sólo se les capacitó sino que además

⁴¹ Véase págs. 5 y 6 del Informe corriente a fs. 87 del Cuaderno de Documentos de XX.

⁴² Véase pág. 5 del Informe corriente a fs. 87 del Cuaderno de Documentos de XX.

⁴³ Véase correo electrónico corriente a fs. 50 del Cuaderno de Documentos de XX.

⁴⁴ Testigo H.R., fs. 1.059 y 1.060.

⁴⁵ Ídem, fs. 1,061

⁴⁶ Ídem, fs. 1063.

la prueba final consistió en una compra de una de las líneas para Chile en una temporada real de una línea completa. Que se les explicó el proceso de TR1, cómo desarrollar el presupuesto, qué comprende, qué significa comprar en una feria, la estimación de la demanda, cuánto comprar de cada cosa, cómo se realiza el control de presupuesto y los alcances de los productos y cómo es la operatoria del área comercial⁴⁷;

(c) Que se hizo capacitación en materia de recursos humanos, marketing y visual, que se entregaron manuales físicos y digitalmente;

(d) Que viajaron a Colombia más de veinte personas instruidas en áreas distintas a profundizar cada uno de los temas⁴⁸;

(e) que, además, se evaluó a cada persona, se hizo un informe que contenía lo que se había hecho bien, o dónde se debía profundizar, y hubo también evaluaciones posteriores.⁴⁹

Vigésimo: Que del conjunto de correos electrónicos acompañados al proceso por la parte de ZZ, y que se encuentran agregados en el Cuaderno de Documentos AD VI, se debe concluir también que durante la franquicia hubo una permanente y fluida comunicación entre las partes, y en la que la Franquiciada era atendida por la Franquiciante con relación a diversas materias, a veces no exentas de contrariedades, pero de la cual no se desprende que la Franquiciada haya carecido de apoyo, asesoría y soluciones concretas de carácter técnico por parte de la primera.

(Nota: transcripción literal a la declaración en audio del testigo; enumeración textual de la sentencia).

Vigésimo Tercero: Que atendido las pruebas aludidas en los considerandos precedentes, se debe llegar a la conclusión que ZZ cumplió en líneas generales con su obligación de capacitación, asistencia, apoyo y colaboración, no pudiendo estimarse lo contrario por no existir prueba suficiente de una determinada infracción a estos deberes a la par que si bien la implementación de los sistemas informáticos en materia de conectores no fue exitosamente ejecutada, no puede afirmarse que ello haya sido culpa de una sola de las partes sino más bien del intento de operar con sistemas distintos que requerían de conectores especiales respecto de lo cual ambas partes se esforzaron por construir, tardando quizás demasiado tiempo en el intento, no existiendo evidencias de que alguna de ellas haya actuado con una diligencia menor a la requerida por el orden jurídico.

Vigésimo Cuarto: Que, si bien ninguno de estos hechos incidió en las ventas, por pura lógica debe concluirse que sí incidieron en los costos de operación, porque la falta de implementación de los sistemas automatizados de conteo y transmisión de datos debió suplirse necesariamente recurriendo a mayor personal.

Vigésimo Quinto: Que, en consecuencia, las únicas causas a las que pueden atribuirse los perjuicios alegados por las partes, estarían constituidas por: **(a)** el encarecimiento de la operación generada por el método que se implementó para el retiro de productos desde Zona Franca a Territorio Contractual atendida la gran cantidad de productos enviados (pickeo); **(b)** los problemas de internación de productos por falta de la documentación exigida; y **(c)** la falta de implementación de los sistemas automatizados de conteo y transmisión de datos.

⁴⁷ Testigo N.P., fs. 1.080

⁴⁸ Ídem, fs. 1083.

⁴⁹ Ídem, fs. 1090

Vigésimo Sexto: Que, en relación con la primera de las causas mencionadas en el considerando precedente, es necesario tener presente en primer lugar que ZZ ha reconocido a fs. 182 de autos, párrafo 115 y 117 que “el primer envío fue sobreestimado en relación al ritmo de apertura de locales que mantuvo XX, pero esa sobreestimación de cálculo jamás causó un perjuicio para la demandante, sino por el contrario, -dice- todos los costos de bodegaje y otros asociados fueron plenamente asumidos por ZZ”. Se reconoció que ello repercutió en un envío de más unidades de sku (de cada producto) que aquellas que efectivamente se requerían para hacer la carga inicial, pero afirmó que sí había enviado todos los skus necesarios para configurar el mix requerido para la apertura de tiendas.

Vigésimo Séptimo: Que a lo largo del período de discusión y probatorio, quedó en evidencia que más que haberse enviado una cantidad excesiva de mercadería, el problema se presentó en la internación y nacionalización de la mercadería enviada, fundamentalmente porque -como lo afirmó el testigo señor A.P. a fs. 882 VI de autos- por una parte, dentro del mismo documento de cargue venían productos que TR había comprado y otros que no había comprado y, por otra parte, dentro del mismo documento, habían productos que tenían su documentación para la internación completa y otros que carecían de ella, todo lo cual provocó que se rompiera en parte el mix original y se tuviera que armar uno ad hoc, aunque afirmó que esto último se hizo con el acuerdo del encargado de TR1 en Colombia, haciéndose por ello muy difícil el manejo y control de inventarios.

Vigésimo Octavo: Que en consecuencia, esta cuestión de autos no radica tanto en si ZZ tenía derecho a enviar la mercadería sobreabundante que envió, porque lo tenía, y porque ella pagaba los costos de almacenamiento y bodegaje, sino en que por no actuar con la diligencia debida cuando estructuró y emitió la documentación de la mercadería para su identificación, venta e internación de los productos a Colombia en el sobreabundante primer envío, ZZ, infringió el Contrato; o si, por el contrario, fue XX el que lo hizo, ya sea porque tenía la obligación de revisar y analizar si los productos venían con la documentación necesaria para su expedita internación, ya porque no pudo manejar con la diligencia debida el proceso de internación y nacionalización de los productos ya sea por ambas razones.

(Nota: transcripción literal a la declaración en audio del testigo; enumeración textual de la sentencia).

Trigésimo: Que sobre esta materia es necesario determinar sobre quien pesaba la obligación de obtener y revisar cuál era la documentación necesaria para internar y nacionalizar la mercadería enviada a territorio colombiano tanto en sus aspectos administrativos como asimismo en sus aspectos económicos que le hacían viable para su comercialización atendida las respectivas tasas arancelarias.

Trigésimo Primero: Que el Contrato de autos contiene cuatro cláusulas relativas al tema en análisis. La primera, se consagra en el punto 1.4 de la Convención, relativa a Consideraciones Preliminares, y dispone que XX, “es una empresa que conoce el mercado de comercio de artículos en establecimientos especializados en el Territorio Contractual...”. La segunda, se contiene en el punto 6.3, previniéndose en ella que entre las obligaciones principales del Franquiciado se encuentra la de “adquirir exclusivamente del Franquiciante la totalidad de los productos que se comercializan en los locales TR1, financiar el costo de flete y seguros desde el puerto de embarque y gestionar y costear su internación al Territorio Contractual desde el puesto de destino...”. La Tercera, se halla en el punto 10.6 del Contrato disponiéndose por las partes que “el Franquiciante será responsable de la

logística para que los productos lleguen al destino en términos que el Franquiciado pueda realizar la internación al Territorio Contractual”. Finalmente, la cuarta, se encuentra en el punto 15 del Anexo 8 del Contrato conviniéndose por las partes que “el Franquiciante entregará los productos y sus documentos de embarque FOB Asia o FOB Chile según defina, siendo responsabilidad del Franquiciado asegurar que éstos se encuentran en forma y orden antes de ser embarcados, toda vez que ajustes posteriores al embarque generen atrasos y/o restricciones al ingreso al Territorio Contractual por los cuales el Franquiciante no será responsable”.

Trigésimo Segundo: Que la primera cláusula sólo es capaz de entregar una orientación muy general sobre el tema en cuestión, porque no se puede concluir de ella que se refiera o incluya específicamente artículos importados, de manera que ese conocimiento del mercado de comercio de Artículos en Colombia puede que no alcance necesariamente a los aspectos relativos a Aduanas. Que respecto de la segunda cláusula antes citada, si bien se manifiesta expresamente en ella que el Franquiciado se encuentra obligado a gestionar la internación de los productos al Territorio Contractual desde el puesto de destino, la mencionada gestión puede entenderse referida a efectuar los trámites necesarios para la internación de los productos al Territorio Contractual y no necesariamente obtener los documentos necesarios para obtener dicha internación; y si se entendiera que dicha cláusula lo obliga a obtener los referidos documentos, ello entra -como veremos- en contradicción con lo estipulado en la cláusula 10.6 del Contrato. En efecto, esta cláusula, que es la tercera de las citadas en el considerando anterior, expresa que el Franquiciante será responsable de la logística para que los productos lleguen al destino en términos que el Franquiciado pueda realizar la internación al Territorio Contractual, de lo que se podría concluir, si no fuera por su contradicción con la cláusula 6.3., que es el Franquiciante el que soporta el peso de procurar la documentación necesaria para la internación al Territorio Contractual y la información que haga viable su venta en Colombia teniendo en consideración el monto de los aranceles aduaneros. Que, finalmente, el punto 15 del Anexo 8 del Contrato, si bien impone al Franquiciado la obligación de asegurar que los productos se encuentran en forma y orden para su ingreso al Territorio Contractual, esta obligación sólo puede entenderse referida a los productos que dicho Franquiciado hubiere adquirido en la Feria respectiva -que constituye el procedimiento normal para adquirir los productos- pero no puede aplicarse al primer envío de productos, puesto que ellos no fueron adquiridos en Feria sino enviados directamente por el Franquiciante al Franquiciado, sin que éste supiere con exactitud el contenido del embarque. Aunque no puede dejar de concluirse que sobre el Franquiciado pesaba ciertamente una obligación de velar que los productos se encontraran en forma y orden antes de ser embarcados, a fin de no generar atrasos y/o restricciones al ingreso al Territorio Contractual.

Trigésimo Tercero: Que, en consecuencia, y sin perjuicio de la contradicción existente entre las cláusulas 6.3 y 10.6 del Contrato, es de notar que, en términos generales, se debe concluir en primer lugar que el Franquiciado no podía desentenderse de la labor consistente en examinar que la mercadería que se importaba viniera en forma y orden para su ingreso a Colombia.

Trigésimo Cuarto: Que la anunciada contradicción entre las cláusulas 6.3 y 10.6 del contrato radica esencialmente en que la primera obliga al Franquiciado a **gestionar** la internación de los productos al Territorio Contractual y la segunda obliga al Franquiciante a hacerse responsable de la **logística** para que los productos lleguen al destino en términos de que el Franquiciado pueda realizar la internación al Territorio Contractual.

Trigésimo Quinto: Que la expresión **gestionar** significa hacer diligencias conducentes al logro de un negocio y que la expresión **logística** significa el conjunto de medios y métodos necesarios para llevar a cabo la organización de una empresa o servicio, especialmente de distribución.

Trigésimo Sexto: Que conforme a lo dispuesto en el Artículo 1.564 del Código Civil, este Sentenciador se encuentra obligado a interpretar las cláusulas de un contrato unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Que, en este sentido, la expresión **logística** y **gestionar** le permiten a este Tribunal deducir las funciones que ambos términos sugieren. Así, quien debe procurarse el conjunto de medios y métodos para enviar al Territorio Contractual las mercaderías desde un punto de vista global es ciertamente el Franquiciante, incluyendo la documentación e información arancelaria necesaria para el éxito de la empresa que se propusieron las partes. Por otro lado, el que debe gestionar la internación en la práctica debe hacerlo con los elementos que el Franquiciante le proporcione, pero no puede desentenderse de lo que falte, primero porque al Franquiciante no se le puede exigir atendido el grado de culpa del que responde, que conozca los antecedentes que la Aduana colombiana requiera para cada uno de la gran cantidad de productos que envía, a lo menos al inicio de ejecución del Contrato, ni menos las tasas arancelarias de cada uno de ellos. En este sentido la colaboración y participación activa del Franquiciado es esencial, tanto más cuanto no puede dejar de concluirse, como ya se ha hecho, que sobre el Franquiciado pesaba ciertamente una obligación de velar que los productos se encontraran en forma y orden antes de ser embarcados, a fin de no generar atrasos y/o restricciones al ingreso al Territorio Contractual, lo que supone una labor de colaboración, información y participación en este proceso. Todo lo cual se ratifica y se sustenta, además, en lo dispuesto en el Artículo 1.546 del Código Civil.

Trigésimo Séptimo: Que del análisis de los correos electrónicos acompañados al proceso, especialmente el que rola a fs. 97 y 98 del Cuaderno de Documentos de XX, se desprende que, al día 7 de mayo de 2010, ambas partes conocían a la perfección los documentos y requisitos que exigía la Aduana de Colombia para el ingreso de textiles, cerámica y vidrio que tengan contacto con alimentos. Asimismo, en relación con juguetes, consta en autos que las partes conocían de la existencia y tipo de documentos que se exigían en Aduana, por lo menos a partir del 11 de junio de 2010, según se desprende del correo electrónico corriente a fs. 1001 del Cuaderno de Documentos de XX. Que, dada la actuación de XX proporcionando oportunamente la información que ZZ necesitaba, se debe llegar a la conclusión que esta última actuó conforme con la diligencia que le exige la ley y el Contrato; y que fue ZZ la que no lo hizo, al menos en esta materia, porque es un hecho no discutido en autos que la mercadería que arribó a Colombia y que requería de documentación especial, no arribó con ella al punto que no pudo ser ingresada a Colombia.

Trigésimo Octavo: Que, como se ha dicho precedentemente, se debe considerar que, con lo afirmado por los testigos don M.D.⁵⁰ y doña N.P.⁵¹, en el sentido de que el método implementado por XX para retirar productos consistente en un “pickeo” al interior de la bodega⁵², queda acreditado - como se ha dicho⁵³- que XX fue responsable del desorden que condujo a un mayor costo de ejecución del Contrato, pero que parte de ese mismo desorden, se debe también a que TR1 facturó

⁵⁰ Testigo M.D., fs. 925.

⁵¹ Testigo N.P., fs. 1107.

⁵² Véase considerando Noveno

⁵³ Véanse considerandos Décimo y Duodécimo.

la mercadería del primer envío de tal manera que impidió que TR retirara los productos que necesitaba, sin hacer nuevos trámites y facturas, además de los problemas de documentación, conclusión que se extrae de la declaración del testigo señor A.P.⁵⁴

Trigésimo Noveno: Que si bien no se puede determinar a ciencia cierta la incidencia que tuvo cada una de las causas mencionadas en el problema global, es de resaltar que con la declaración de la testigo señora N.P.⁵⁵, en el sentido de que efectivamente se necesitaban en ciertos casos certificados y etiquetas, pero que, en otros casos, no se sacaron las mercaderías pudiendo haberse hecho sin problemas, y que el porcentaje de productos con problemas de documentación ascendía a un 15%, se debe llegar a la conclusión que una buena parte del método del “pickeo”, no tuvo justificación en la falta de documentación adecuada, es decir, no hubo una relación de causa a efecto entre dicho incumplimiento y el método de “pickeo”, debiendo concluirse que TR y/o XX no actuó o actuaron con la diligencia que les exige el Contrato en esta materia, al implementar un método de retiro de mercaderías caótico que aumentó los costos de ejecución del Contrato de tal manera que constituyó una de las causas principales, si bien no la única, de los perjuicios alegados.

Cuadragésimo: Que en relación con el cargo formulado por XX en el sentido de que ZZ modificó unilateralmente y sin derecho a ello el precio de adquisición de los productos, desde CIF Territorio a FOB Asia, se debe concluir que ello no infringió el Contrato de Franquicia y tampoco causó daño alguno a XX. En efecto, ZZ estaba facultada para modificar el precio de adquisición de los productos según se previene en la cláusula 10.3 del Contrato, y además, dicha modificación no afectó en la práctica a la actora, porque no se aplicó, como lo reconoce expresamente el testigo de XX, don A.P.⁵⁶

Cuadragésimo Primero: Que, con lo dicho hasta ahora, este Tribunal Arbitral debe concluir que, salvo errores u omisiones mínimas no relevantes, no se ha acreditado en autos que ZZ incumpliera su obligación de asistencia técnica necesaria para la instalación, operación y desarrollo de la Franquicia Maestra, ni tampoco la de poner a disposición de la Franquiciada el Sistema TR1 incluyendo todo su conocimiento, Manuales, tecnología y métodos. Que tampoco se ha acreditado que incumpliera su obligación de entrega de Manuales con todos los detalles operativos del Sistema TR1; que, al contrario, se ha acreditado que entregó básicamente lo que el contrato le exigía en este sentido y que igual cosa debe decirse de los sistemas operativos o software y upgrades comprometidos, de la asistencia técnica y canales para el apoyo al franquiciado del Negocio TR1.

Cuadragésimo Segundo: Que no ocurrió lo mismo con su obligación establecida en el punto 10.6 del Contrato que la hacía responsable de la logística para que los productos lleguen al destino en términos que el Franquiciado pueda realizar la internación al Territorio Contractual, porque es un hecho no discutido en autos que la mercadería que arribó a Colombia y que requería de documentación especial, no arribó con ella al punto que no pudo ser ingresada a Colombia por parte de XX, y que la primera conocía de los requerimientos exigidos por Colombia para el ingreso de esta mercancía precisamente porque esta última se lo había informado en tiempo oportuno. En estos términos ya se ha demostrado en autos, tanto por las declaraciones de testigos antes mencionadas como por los correos electrónicos que se han mencionado, que ZZ no actuó con la diligencia debida

⁵⁴ A.P., fs. 882 VII.

⁵⁵ N.P., fs. 1.114 y 1.115.

⁵⁶ Fojas 882 LXXI.

cuando estructuró y emitió la documentación de la mercadería para su identificación, venta e internación de los productos a Colombia en el sobreabundante primer envío, infringiendo con ello el contrato.

Cuadragésimo Tercero: Que de igual manera, debe establecerse que XX o TR, o ambas, cumplieron en términos generales y con excepciones no relevantes, con sus obligaciones de respetar los estándares y el modelo de Negocios TR1, porque se cumplió con su obligación de respetar el sistema de precios de venta a público establecido en el Contrato y que si alguna vez se alzaron ello se hizo con el consentimiento de la contraparte; que sí se cumplió con el calendario de apertura de tiendas programado en el Contrato, si bien hubo pequeños retrasos no relevantes para los fines del éxito contractual, y que sí se cumplió con la obligación de pago íntegro y oportuno de las mercaderías y que la discrepancia entre las partes se debe a mercaderías que habiéndose comprado no pudieron ser retiradas de Aduana por parte de XX.

Cuadragésimo Cuarto: Que no ha ocurrido lo mismo con sus obligaciones relativas al proceso de adquisición, retiro y comercialización de productos, por cuanto -como se ha dicho- XX fue responsable del desorden generado por el régimen de retiro denominado pickeo, que condujo a un serio desorden en el manejo de inventarios y a un mayor costo de ejecución del Contrato, todo lo cual significa que no empleó en el cumplimiento de su obligación -que emana por lo demás de la naturaleza del Contrato según lo dispuesto en el Artículo 1.546 del Código Civil- el grado de diligencia a que la obliga tanto la Ley como el Contrato.

Cuadragésimo Quinto: Que, en estos casos de incumplimiento recíproco de las obligaciones de las partes, el orden jurídico chileno en materia de derecho de los contratos no establece fórmula alguna para determinar cuál de dichos incumplimientos es el que mayor importancia tuvo en la causa de los perjuicios, ni permite o habilita al Tribunal que falle la causa en base a la determinación de quién mayor culpa ha tenido en la generación de los mismos, o compensando los perjuicios causados por una y otra parte, obligando de esta manera a pagar la diferencia a aquella parte que sólo es responsable de los que resultan mayores. Estos procedimientos o elecciones legislativas no se encuentran consagrados en nuestro ordenamiento jurídico y, hasta ahora, incluso en el derecho comparado, se discuten, porque en ocasiones es imposible determinar la importancia relativa de las causas de los perjuicios sufridos y al grado de culpa e imputabilidad de las partes en los respectivos incumplimientos recíprocos y, por otra parte, se presta para que con argumentos muy generales se condene a una de las partes mediante procesos racionales abstractos alejados de toda realidad no obstante parecer lógicos. Con todo, cualesquiera sean los procedimientos que se apliquen, para este Sentenciador no es posible aplicar ninguno, no porque no quiera o no haya tenido la voluntad de hacerlo, sino porque el Orden Jurídico Chileno, las interpretaciones de la doctrina y la aplicación casi uniforme que la jurisprudencia ha efectuado de los Artículos 1.557 y 1.552 del Código Civil son claras en el sentido que la indemnización de perjuicios, ya sean compensatorios, moratorios, daño emergente o lucro cesante, son uniformemente claras en el sentido de que en el caso de incumplimientos recíprocos el Orden Jurídico Chileno impide que se condene a indemnizar perjuicios a alguna de las partes, ya sea mediante los procesos de neutralizaciones, indemnizaciones cruzadas o porcentajes de imputabilidad, porque la ley no impone alguno de estos remedios para casos distintos a los de mora en que ha incurrido sólo una de las partes. En definitiva, debiendo este Tribunal fallar en Derecho por voluntad de las partes, no le es posible resolver esta cuestión conforme a corrientes doctrinales extranjerías de reciente data, por muy acertadas que puedan

resultar para el caso de autos, cuestión esta última en la que este Tribunal tampoco ha arribado a convicción.

Cuadragésimo Sexto: Que, en efecto, lo que ordena la Ley es que habiendo incumplimientos recíprocos, los perjuicios sufridos por las partes no puedan ser objeto de indemnización alguna, al requerirse como requisito para la indemnización de perjuicios contractual, que exista mora en el cumplimiento de las obligaciones, según lo dispone el Artículo 1.557 del Código Civil, exigiéndose incluso el mismo requisito para cobrar una cláusula penal de acuerdo con el Artículo 1.538 del mismo cuerpo legal. Pues bien, ninguno de los contratantes pudo haber estado en mora, porque ambos han incumplido sus obligaciones conforme se ha prevenido en los considerandos precedentes y dado lo dispuesto en el Artículo 1.552 del Código Civil, en el sentido de que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, es obvio que, en el caso de autos no se cumple uno de los requisitos exigidos para la procedencia de la indemnización de perjuicios contractual. Lo cual quiere decir en este caso, que TR1 no estaba en mora en la entrega de la documentación requerida para la internación de los documentos y facturación apropiada, porque XX y/o TR, no cumplió o cumplieron con su obligación de retiro e internación de los productos de una manera eficiente y apropiada; y, al revés, que estas últimas no estaban en mora respecto al incumplimiento de su respectiva obligación, porque TR1 no cumplió con la suya.

Cuadragésimo Séptimo: Que pudiera decirse -como se ha dicho por algunos-⁵⁷ que el requisito de la mora para la procedencia de la indemnización de perjuicios sólo se exige cuando se pide la indemnización de perjuicios moratorios, pero no puede exigirse cuando se pide la indemnización de los perjuicios compensatorios. Sin embargo, esta interpretación ha sido rechazada por todo el resto de la doctrina, porque la ley no hace distinción alguna a este respecto entre perjuicios compensatorios y moratorios y porque en el caso de las obligaciones de hacer, cuyo es el caso de autos, el Artículo 1.553 del Código Civil establece que sólo cuando el deudor está en mora puede cobrar los perjuicios resultantes de la infracción del contrato, con lo cual se vuelve a aplicar la misma regla respecto de los compensatorios.

Cuadragésimo Octavo: Que la distinción entre perjuicios moratorios y compensatorios no existe en el Código Civil, y mal podría existir cuando los perjuicios compensatorios pueden comprender incluso los moratorios cuando se demanda la resolución del contrato, porque esta comprende *todos* los perjuicios sufridos por la parte diligente, siendo su alternativa para que se le paguen solo aquellos causados por el retardo culpable en el incumplimiento de las obligaciones aquella que consiste en demandar el cumplimiento forzado de la obligación, en cuyo caso, este último cumplimiento cubre la parte no comprendida en la indemnización por el retardo en el cumplimiento de la obligación.

Cuadragésimo Noveno: Que conforme a lo solicitado por XX, se le debe:

- (a) US\$1.936.675,74 por pérdida de la inversión inicial y su costo financiero;
- (b) US\$256.229,01 por costos de importación asumidos por el Franquiciado para mercancías adquiridas de TR1;
- (c) US\$944.935,68 gastos y pérdidas incurridos por el Franquiciado por no haber recibido la mercadería a tiempo;

⁵⁷ Alfredo Barros Errázuriz, (1932) Curso de Derecho Civil: tercer año, Santiago Nascimento, vol. II, pág. 66.

- (c) US\$175.488,33 por pérdidas ocasionadas por la ausencia de las herramientas comerciales necesarias para la gestión del Negocio TR1; (*Nota: enumeración textual de la sentencia*).
- (d) US\$523.295,25 por otros costos incurridos por el Franquiciado con motivo de los incumplimientos de TR1;
- (e) US\$870.312,84 por pérdidas económicas por la no recepción de la mercadería adquirida en la Feria N° 25;
- (f) US\$5.113.979,75 por los perjuicios en volumen de ventas al no haber podido ofrecer, por responsabilidad de TR1, el mix completo de productos ni haber tenido las herramientas comerciales necesarias para ello;
- (g) US\$1.452.038,94 por costos incurridos por el Franquiciado, producto del cierre de locales comerciales, atendida la falta de productos y de las herramientas comerciales del Sistema TR1; y
- (h) US\$21.426.608 por costo de oportunidad por el cierre de las operaciones del Franquiciado.

Cuadragésimo Décimo (*): Que de las partidas antes mencionadas, aquellas que corresponden a indemnizaciones compensatorias propiamente tales son las de las letras a) del considerando precedente, esto es, pérdida de la inversión inicial y su costo financiero, ascendente a US\$1.936.675,74; de la letra b) del mismo considerando, correspondiente a costos de importación asumidos por el franquiciado, ascendentes a US\$194.393,14 y diferencia de aranceles aduaneros pagados por el franquiciado, ascendentes a US\$61.835,87. Todos los demás cobros intentados por XX corresponden en realidad a indemnizaciones moratorias, esto es, que sólo se persiguen cuando se exige el cumplimiento forzado del contrato. En total, por concepto de indemnización compensatoria, la actora reclama la suma de US\$2.192.904,75.

(*) (*Nota: transcripción literal a la declaración en audio del testigo; enumeración textual de la sentencia*).

Quincuagésimo: Que conforme a lo solicitado por ZZ, XX le debe:

- (a) La suma de US\$2.101.306 por los perjuicios sufridos a raíz del incumplimiento de su obligación esencial de adquirir el mix de productos establecido por ZZ;
- (b) La suma de US\$2.918.469 por los perjuicios sufridos a raíz del incumplimiento de su obligación esencial de cumplir con el calendario de apertura de locales TR1;
- (c) La suma de US\$1.650.000 por concepto del daño emergente producto del no pago de saldos de precios de las mercaderías adquiridas al Franquiciante;
- (d) La suma de US\$34.240.967 por concepto de lucro cesante producto de la terminación anticipada del Contrato, forzada por los incumplimientos incurridos por la Demandada Reconvencional; y que se descompone en US\$16.489.881 por ingresos no percibidos producto de la discontinuación de la Franquicia a contar del 25 de septiembre de 2012 al 22 de junio de 2015, y US\$17.751.086 por la interrupción del negocio durante los otros cinco años de vigencia del acuerdo, establecidos conforme a la cláusula 15.2 como el período de renovación de la vigencia de éste;
- (e) La suma de US\$4.531.846 por concepto de daño emergente correspondiente a los gastos necesarios para desarrollar la Franquicia en Colombia;
- (f) La suma de US\$6.900.000 por daño emergente en las marcas comerciales de propiedad de la Demandante Reconvencional TR1 y TR2, marcas comerciales que por lo demás están siendo utilizadas sin autorización legal ni contractual desde el mes de octubre de 2012 a la fecha; y
- (g) La suma de US\$44.728 diarios, como evaluación convencional anticipada de perjuicios establecida en la Cláusula 17.8 del Contrato, contada desde el 25 de septiembre de 2012, por cada día que XX ha dejado de cumplir sus obligaciones estipuladas en la Cláusula 17° respecto de los efectos de la Terminación Anticipada del Contrato.

Quincuagésimo Primero: Que de las partidas antes mencionadas, aquellas que corresponden a indemnizaciones compensatorias propiamente tales son las de la letra c) correspondiente a daño emergente producto del no pago de saldos de precios de las mercaderías adquiridas al Franquiciante, ascendente a US\$1.650.000; y las de la letra e) correspondiente a los gastos necesarios para desarrollar la Franquicia en Colombia, ascendente a US\$4.531.846, que se descompone en US\$4.130.414 por concepto de constitución del stock o inventarios para abastecer de productos al Franquiciado, y US\$151.431 por concepto de gastos de capacitación y entrenamiento de personal. Todos los demás cobros intentados por ZZ corresponden en realidad a indemnizaciones moratorias, esto es, que sólo se persiguen cuando se exige el cumplimiento forzado del contrato. En total, lo demandado por concepto de indemnización compensatoria asciende a US\$6.181.846.

Quincuagésimo Segundo: Que, en consecuencia, aplicando estrictamente el orden jurídico chileno -como debe hacerse por este Tribunal, al revestir este Arbitraje el carácter de Mixto, según lo estipulado en la cláusula 22.2 del Contrato de Autos- a ninguna de las partes procede condenarla al pago de dichas cantidades, por no reunirse el requisito establecido en el Artículo 1.557 del Código Civil.

Quincuagésimo Tercero: Que si no fuera por la norma antes transcrita -que corresponde a lo que la Ciencia del Derecho ha elaborado durante siglos y que por lo mismo no es posible desmerecer o prescindir de ella fácilmente, este Tribunal estudió la procedencia práctica y la legalidad de establecer responsabilidades ponderando las causas de los perjuicios en sus respectivos órdenes de magnitud e importancia relativa, pero por una parte no existe en el proceso datos o elementos fácticos que le permitan al Tribunal realizar una ponderación confiablemente justa y racional y por otra parte no es legalmente posible prescindir de dicha norma sin incurrir en una infracción grave de la ley, conforme a la cual debe someterse la decisión del caso.

Quincuagésimo Cuarto: Que la demanda reconventional presentada en autos por ZZ no ha solicitado el pago de los perjuicios que reclama aduciendo que ello debe hacerse en virtud de la cláusula 14.1 del Contrato de Franquicia mediante la acción de ejecución forzada de la obligación postcontractual de indemnidad. Que, de acuerdo a los conocimientos de este Tribunal Arbitral, en las cláusulas de indemnidad, uno de los contratantes, el “otorgante”, asume ante la otra parte, el “beneficiario”, el deber de “mantenerlo indemne” frente a reclamos de terceros que tengan vinculación con la causa que motiva el Contrato, pero una cláusula de indemnidad en que se instituye convencionalmente la obligación de uno de los contratantes de mantener indemne al otro por el incumplimiento de sus obligaciones, no puede tener otra naturaleza jurídica que la propia que tiene la obligación de indemnizar perjuicios, extendiendo con ello, probablemente, la obligación de indemnizar aquellos que expresamente la ley excluye, como los imprevistos, o los indirectos con tal que se mencionen en la Convención. El pacto, por cierto, no es ilícito, pero es redundante, por lo menos en sus aspectos generales.

Quincuagésimo Quinto: Que, establecido lo anterior, es evidente que este pacto no puede quedar al margen de la reglamentación jurídica a la que se encuentra la indemnización de perjuicios contractual y, por tal razón, debe quedar sujeto a las mismas condiciones de procedencia que esta última, en particular, al requisito de la mora exigido, como se ha dicho, por el Artículo 1.557 del Código Civil, tantas veces citado, y que no concurre en este caso como se ha visto y demostrado.

Quincuagésimo Sexto: Que la demandada, refiriéndose a la acción de resolución del Contrato de Franquicia intentada por la actora, ha señalado que ella es improcedente por cuanto el Contrato se terminó por voluntad suya, no siendo posible resolver un contrato ya extinto por otra causa. Sin embargo, en opinión de este Tribunal Arbitral, ello puede ser efectivo cuando se pretende poner término a un contrato ya extinto por una causal que no opera con efecto retroactivo. Pero, antes bien y por el contrario, si la sobredicha causal operare con efecto retroactivo, ello carecería de fundamento, porque para los efectos del Derecho, la resolución se habría producido al momento de incumplirse la obligación que constituyó el evento de la condición resolutoria cumplida, cuestión ésta que ocurre con la resolución, cualquiera que sea la naturaleza de la misma.

Quincuagésimo Sexto: Que por otra parte, habiéndose constatado el incumplimiento de las obligaciones de ZZ contraídas en el Contrato de autos, habiéndose solicitado por parte de XX la resolución del Contrato por tal motivo y reuniéndose además los requisitos establecidos en el Artículo 1.489 del Código Civil, resulta procedente que este Tribunal declare la resolución del Contrato sobredicho, por tal motivo, por cuanto la mora exigida para la indemnización de perjuicios no lo es para que se declare la resolución del Contrato según lo dispuesto en el artículo ya citado.

Y teniendo presente, además, los Artículos 1.489, 1.545, 1.546, 1.552, 1.557 y 1.560 y siguientes del Código Civil:

Primero: Que se rechazan todas las objeciones a los documentos opuestas por XX así como las tachas que presentó en contra de los testigos de su contraparte.

Segundo: Que se acoge la demanda de XX sólo en cuanto se declara resuelto el Contrato denominado Franquicia Maestra, celebrado entre dicha sociedad y ZZ, que consta en instrumento privado de 22 de junio de 2010, por incumplimiento de las obligaciones de esta última sociedad.

Tercero: Que se rechaza la demanda en lo relativo a la indemnización de perjuicios solicitada.

Cuarto: Que se rechaza la demanda reconventional de ZZ de ejecución forzada de la obligación postcontractual de indemnidad establecida en la cláusula 14.1. del Contrato de Franquicia Maestra.

Quinto: Que se rechaza la demanda reconventional subsidiaria de ZZ de resolución de contrato por haberse éste declarado ya resuelto según el numerando segundo precedente y, consecuentemente, que se rechaza también la demanda de indemnización de perjuicios subsidiaria.

Sexto: Que cada parte pagará sus costas.

Pronunciada por el Árbitro Mixto señor Alberto Lyon Puelma.