

CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA

CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN

LAUDO ARBITRAL

INGENIERÍA, SERVICIOS Y CONSULTORÍA S.A.

VS.

BANCOLOMBIA S.A.

LAUDO ARBITRAL
DE INGENIERÍA, SERVICIOS Y CONSULTORÍA S.A.
Contra
BANCOLOMBIA S.A

TABLA DE CONTENIDO

PRIMERA PARTE.- DEMANDA, CONFORMACIÓN DEL CONTRADICTORIO Y TRÁMITE ARBITRAL.....	3
I ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO.....	3
1 Partes del Proceso.....	3
2 Conformación del Tribunal y desarrollo del trámite preliminar.....	3
3 Primera Audiencia de Trámite. Pruebas y desarrollo del Proceso.....	6
4 Término de duración del Proceso.	8
II LOS HECHOS DE LA DEMANDA.	9
III LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.	10
IV EL JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS DE LA CONVOCANTE.	12
V OPOSICIÓN A LA DEMANDA.	13
1 Contestación de los Hechos de la Demanda.....	13
2 Defensas y Excepciones.....	13
3 Objeción al juramento estimatorio.	15
VI ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	15
1 Alegato de Conclusión de ISC.	15
2 Alegato de Conclusión de Bancolombia.	17
VII PRESUPUESTOS PROCESALES.	18
SEGUNDA PARTE.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	19
I LO QUE OFRECE EL PLENARIO.....	19
1 El objeto del contrato y una línea de tiempo de los hechos relevantes.	19
2 Resumen de la controversia y problemas jurídicos asociados.	22
3 Características de este contrato en particular.....	24
4 El Contrato 2229-01 y los Contratos Informáticos.	26
4.1 Diversidad de bienes y servicios en el Contrato 2229-01 ¿Qué los nuclea?	27
4.2 ¿Qué entregó I.S.C. a BANCOLOMBIA para la ejecución del Contrato?.....	29
4.3 Conclusiones Preliminares.....	31

II LA MORA DEL DEMANDADO EN LA RESTITUCIÓN DE LOS BIENES.....	32
1 Los bienes entregados en virtud del contrato y su restitución.....	32
2 La no restitución de los bienes entregados a título de arrendamiento a la terminación del Contrato, la mora del deudor y la mora del acreedor.....	35
2.1 El vencimiento del contrato de arriendo y la mora del arrendatario.....	35
2.2 La mora creditoria.....	37
2.2.1 Las diferentes reglas aplicables en caso de que el acreedor no reciba el pago.....	37
2.2.2 Los efectos de la mora creditoria en materia de responsabilidad.....	39
2.2.3 La naturaleza de la oferta que debe hacer el deudor para constituir en mora al acreedor.....	41
2.3 Examen de la situación en el presente caso.....	44
3 El cumplimiento de la obligación de restitución.....	46
4 Las consecuencias del incumplimiento por parte del Banco.....	56
III EL PERJUICIO, SU EXISTENCIA Y CUANTIFICACIÓN.....	57
1. Marco General.....	57
2. El daño indemnizable y su prueba.....	58
3. El caso concreto.....	59
3.1.- El lucro cesante.....	60
3.2.- La pérdida de oportunidad solicitada a modo de pretensión subsidiaria. ...	66
3.3.- El daño emergente.....	68
IV RESUMEN DE CONCLUSIONES SOBRE LAS PRETENSIONES.....	69
V PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS “DEFENSAS Y EXCEPCIONES”.....	70
VI OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO.....	75
VII COSTAS.....	77
TERCERA PARTE.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL.....	78

Medellín, 21 de noviembre de 2016

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal a pronunciar el Laudo Arbitral en derecho que pone fin al proceso entre las sociedades **Ingeniería, Servicios y Consultoría S. A.**, como parte demandante, y **Bancolombia S. A.**, como parte demandada, respecto de las controversias vinculadas con el Contrato No. 2229-01 de 30 de mayo de 2001 que existió entre ellas.

PRIMERA PARTE.- DEMANDA, CONFORMACIÓN DEL CONTRADICTORIO Y TRÁMITE ARBITRAL.

I ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO.

1 Partes del Proceso

La parte convocante ("Demandante" o "Convocante" o "ISC") es **Ingeniería, Servicios y Consultoría S.A.**, sociedad con domicilio principal en Medellín, representada legalmente por Paulo Castrillón Restrepo, identificado con la cédula de ciudadanía No. 70.560.657. Su apoderado judicial ("Apoderado") en este Proceso es el abogado Martín Giovanni Orrego Moscoso.¹

La parte convocada ("Demandada" o "Convocada" o "Bancolombia", y conjuntamente con ISC las "Partes") es **Bancolombia S.A.**, sociedad con domicilio principal en Medellín, representada legalmente por Nancy Hoyos Aristizabal, identificada con la cédula de ciudadanía No. 43.751.805. Su Apoderado en este Proceso es el abogado Javier Tamayo Jaramillo.²

2 Conformación del Tribunal y desarrollo del trámite preliminar

2.1 ISC celebró con Bancolombia (antes, Conavi Banco Comercial y de Ahorros S.A.) un contrato de arriendo del sistema central de verificación biométrico de huella digital ("Contrato" o "Contrato de Arriendo de Sistema"). El Contrato se suscribió el 30 de mayo de 2001 y le fue asignado por referencia el No. 2229-01.

¹ Cuaderno Principal – Folios 19 a 22.

² Cuaderno Principal – Folio 487.

2.2 La cláusula compromisoria (Cláusula Compromisoria” o “Pacto Arbitral”), con fundamento en la cual se integró y ha ejercido sus funciones el Tribunal, se encuentra en el numeral 30 del Contrato. Este es su texto:

“30. - ARBITRAMENTO

Cualquier diferencia que se presente entre las partes con motivo de la celebración, ejecución o terminación del presente contrato, se someterá a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Medellín y de acuerdo con el procedimiento señalado por el centro de arbitraje y conciliación de la misma. El laudo que profiera el árbitro será siempre en derecho.

Si la diferencia corresponde al evento enunciado en la cláusula 19 numeral 2, en los cuales no se precise la declaración del derecho aplicable al caso concreto, las partes se someterán al Arbitramento técnico, a través de dos árbitros técnicos designado en la misma forma prevista para el Arbitramento de derecho y sometido a las mismas reglas de este.”

2.3 El 30 de Julio de 2015, con fundamento en la Cláusula Compromisoria, la Convocante, a través de Apoderado, presentó solicitud de convocatoria del Tribunal Arbitral ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición (“Centro de Arbitraje”) de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (“Cámara de Comercio”), con el fin de que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcribirán posteriormente.

2.4 Las Partes, de manera directa y de común acuerdo, designaron como árbitros (“Árbitros”) a los abogados Gilberto Peña Castrillón, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Henry Sanabria Santos³, quienes aceptaron la designación en forma oportuna y dieron cumplimiento al deber de información según lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 (“Ley 1563”).⁴

2.5 El 16 de octubre de 2015 se llevó a cabo la audiencia (“Audiencia”) de instalación del Tribunal, en la cual fueron proferidos los Autos Nos. 1, 2 y 3 por los que se adoptaron las siguientes decisiones:

1ª Declarar instalado y en funciones jurisdiccionales el Tribunal Arbitral.

2ª Designar como presidente (“Presidente”) al Árbitro Gilberto Peña Castrillón.

³ Cuaderno Principal – Folios 501 a 502, 506 a 507 y 511 a 512.

⁴ Cuaderno Principal – Folios 289 a 293 y 309.

3ª Designar como secretario (“Secretario”) al abogado Daniel Arango Perfetti.

4ª Admitir la demanda arbitral (“Demanda”).

5ª No conceder el amparo de pobreza que había sido solicitado por la Convocante.

2.6 En la misma fecha en que se celebró la Audiencia enunciada anteriormente, se notificó personalmente a la Convocada el auto admisorio de la Demanda, con entrega de la misma y de sus anexos para fines del traslado por el término legal de 20 días.⁵

2.7 El Secretario aceptó la designación de forma oportuna y dio cumplimiento al deber de información, según lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 1563, circunstancia que fue informada a las Partes por el Centro de Arbitraje.⁶ Así mismo, fue posesionado por el Presidente en diligencia practicada el 23 de noviembre de 2015.⁷

2.8 Surtido el término de traslado, Bancolombia dio respuesta a la Demanda (“Contestación” o “Contestación de la Demanda”), formuló excepciones de mérito (“Excepciones”) y objetó el juramento estimatorio. Mediante Auto No. 4 del 24 de noviembre de 2016 el Tribunal dio traslado de las Excepciones y de la objeción al juramento estimatorio.

2.9 El 26 de enero de 2016 el Tribunal dictó el Auto No. 5 por medio del cual le concedió a la Convocante amparo de pobreza y fijó fecha para la realización de Audiencia de conciliación.

2.10 El 8 de febrero de 2016 se realizó Audiencia de conciliación, sin que las Partes llegaran a un acuerdo conciliatorio. Fracasada la conciliación, en esa misma ocasión, el Tribunal dictó el Auto No. 6, mediante el cual estableció el monto de los honorarios y gastos del Proceso.

2.11 La Convocante canceló oportunamente la totalidad de gastos y honorarios a cargo de la Convocada, teniendo en cuenta que ésta informó al Tribunal su decisión

⁵ Cuaderno Principal – Folio 524.

⁶ Cuaderno Principal – Folios 525 a 526.

⁷ Cuaderno Principal – Folio 684.

de no consignar dichos emolumentos y que a aquella le fue concedido amparo de pobreza.

3 Primera Audiencia de Trámite. Pruebas y desarrollo del Proceso

3.1 El 11 de marzo de 2016 se realizó la Primera Audiencia de Trámite, en la cual, el Tribunal verificó que no era necesario adoptar medidas de saneamiento del Proceso y decidió positivamente sobre su propia competencia al tenor del Auto No. 9.⁸

La Convocada interpuso recurso de reposición contra el Auto No. 9 cuestionando la competencia del Tribunal al haber aceptado el pago de gastos y honorarios del proceso por parte de la Convocante, quien, a su vez, había sido beneficiada con amparo de pobreza.

El Tribunal desestimó el recurso mediante Auto No. 10 en el cual señaló que bajo principios en materia procesal y de obligaciones, en el caso particular, al haberse realizado el pago con fondos de terceros, quien esté amparado por pobre podía pagar por su contraparte lo que a ésta le correspondía por concepto de gastos y honorarios del proceso.

3.2 En la misma fecha y oportunidad, a través del Auto No. 11, se decretaron las pruebas solicitadas por las Partes, así:

(i) Se ordenó la incorporación de los documentos enunciados y aportados con la Demanda, con la Contestación de la demanda y con el escrito por medio del cual la Convocante recorrió el traslado de las Excepciones de mérito.

(ii) Se decretaron los interrogatorios de parte ("Interrogatorios de Parte") y testimonios ("Testimonios") solicitados por las Partes. Más adelante, mediante Auto No. 12 del 29 de marzo de 2016, el Tribunal aceptó el desistimiento de la práctica de algunas declaraciones que habían sido solicitadas por las Partes.

(iii) Se admitieron los dictámenes periciales aportados por las Partes y se ordenó la comparecencia de los peritos quienes fueron interrogados bajo juramento por el Tribunal y las Partes para efectos de la contradicción de estos medios de prueba.⁹

⁸ Cuaderno Principal – Folios 736 a 739.

⁹ Cuaderno de Pruebas 1 – Folios 214 y 227.

En la Audiencia celebrada para la contradicción del dictamen aportado por Bancolombia el Tribunal ordenó a los peritos que se aportaran unos correos electrónicos a los que hicieron referencia en su declaración. La Convocante a su vez, aportó documentos una vez le fueron puestos en conocimiento los correos electrónicos ya mencionados, con el objetivo de controvertir los mismos.¹⁰

(iv) Se ordenó, a solicitud de la Convocante oficiar (Oficio No. 1) al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín para que remitiera copia del expediente correspondiente al radicado 2008-0369 que se surtió entre las mismas Partes.

(v) Se decretó y practicó la exhibición de documentos solicitada por las Partes. Se denegó la prueba consistente en la exhibición de declaraciones tanto del impuesto al valor agregado (“I.V.A.”) como del impuesto de renta de la Convocante por tratarse de documentos sometidos a reserva según el artículo 583 del Estatuto Tributario.

El Apoderado de la Convocada, de conformidad con el artículo 267 del Código General del Proceso (“C.G.P.”) se opuso a la exhibición de los documentos que se decretó a instancia de la Convocante y el Tribunal señaló que decidiría sobre el particular en el Laudo.¹¹

En la oportunidad prevista para la práctica de la exhibición de documentos de la parte Convocada, su representante legal manifestó que no tenía documentos para exhibir al no existir un acta de destrucción. El Apoderado de Bancolombia manifestó que se habían opuesto a la práctica de ese medio de prueba con anterioridad y el Apoderado de la parte Convocante solicitó que se diera aplicación a la confesión establecida en la norma correspondiente. El Tribunal manifestó que sobre este particular resolvería en el momento oportuno.¹²

(vi) Se decretó y, previa posesión de la experta (“Perito”), se practicó el dictamen pericial (“Dictamen” o “Dictamen Pericial” o “Peritaje”) solicitado por la Convocada,¹³ respecto del cual se desató la siguiente actuación:

- Se ordenó a la Perito aclarar y complementar el Dictamen, atendiendo la solicitud formulada por las Partes. El Tribunal mediante Auto No. 19 del 22 de

¹⁰ Cuaderno de Pruebas 1 – Folios 227, 235 a 247 y 254 a 639.

¹¹ Cuaderno Principal – Folio 749.

¹² Cuaderno de Pruebas 1 – Folio 211.

¹³ Cuaderno de Pruebas 2 – Folios 1 a 566.

Julio de 2016 rechazó algunas de las solicitudes de aclaración y complementación del Dictamen formuladas por la Convocante, por tratarse de asuntos que habían sido resueltos o que desbordaban el marco de las verificaciones a cargo de la Perito o por tratarse de temas nuevos.¹⁴

- La Perito aclaró y complementó el dictamen,¹⁵ y de ello se corrió traslado a las Partes sin que se hubiesen efectuado manifestaciones adicionales por ninguna de ellas.

(vii) Mediante Auto No. 21 del 22 de agosto de 2016, el Tribunal declaró cerrada la etapa probatoria y citó a las Partes a la Audiencia de alegaciones en los términos del artículo 33 de la Ley 1563.¹⁶

(viii) El 6 de octubre de 2016 efectivamente tuvo lugar la Audiencia en mención, durante la cual las Partes hicieron sus exposiciones orales y presentaron los correspondientes escritos (“Alegato de ISC” o “Alegato de Bancolombia”, según sea el caso, y colectivamente “Alegatos”), reseña de los cuales se presenta más adelante.

(ix) Al concluir lo anterior, el Tribunal fijó el 21 de noviembre de 2016, como fecha para la Audiencia de fallo.

4 Término de duración del Proceso.

Teniendo en cuenta que las Partes no establecieron un término de duración del Proceso, el término para concluirlo es de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite,¹⁷ cómputo que se inició el 11 de marzo de 2016, con lo cual el término previsto en la ley vencería el 11 de septiembre de 2016.

No obstante, dicho término estuvo suspendido durante 102 días, en los períodos que se indican a continuación, por solicitud presentada en forma conjunta por las Partes y por el decreto de tales suspensiones por el Tribunal.

¹⁴ Cuaderno de Pruebas 3 – Folios 414 a 418.

¹⁵ Cuaderno de Pruebas 3 – Folios 480 a 543.

¹⁶ Cuaderno de Pruebas 3 – Folios 550 a 553.

¹⁷ Arts. 94 del Reglamento General del centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia y 10 de la Ley 1563.

Año No.	Periodo de Suspensión	Días de Suspensión
11	17 de Marzo – 28 de Marzo 2016	12
14	7 de Abril – 19 de Abril 2016	13
15	21 de Abril – 20 de Mayo 2016	30
21	1 de Septiembre – 30 de Septiembre 2016	30
22	7 de Octubre – 23 de Octubre de 2016	17

Así las cosas, el término del Proceso expira el 21 de diciembre de 2016 y el presente Laudo se profiere de manera oportuna.

II LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Los hechos que invoca ISC en la Demanda se sintetizan así:

(i) ISC y Bancolombia celebraron el 30 de mayo de 2001, un contrato de arrendamiento (No. 2229-01) sobre el sistema de verificación biométrica de huella digital.

(ii) El Contrato comprendía el uso (el contrato dice Arrendamiento) de un sistema (Hardware y Software) para la verificación biométrica de huella digital cuyos puntos de lectura o captura de información (huellas) estarían en los cajeros y cajas de Bancolombia, los cuales, con un software especializado, registraban esa información dactilar para comprobar la identidad de los usuarios en el servidor central del banco.

(iii) Una vez cumplida la vigencia del Contrato –pactada hasta el 16 de marzo de 2008- Bancolombia no procedió con la restitución de los bienes, que eran 2025 equipos.

(iv) ISC presentó demanda ejecutiva contra Bancolombia por cuanto ésta “no volvió a cancelar las sumas generadas con ocasión del uso de los bienes tomados en arrendamiento, por los periodos siguientes al 15 de marzo de 2008”.

(v) El Juez de conocimiento en sentencia de primera instancia negó seguir adelante con la ejecución, decisión confirmada en segunda instancia, en la que se indicó que si el arrendador estaba interesado en obtener indemnización de perjuicios por el retardo en la restitución de los bienes podría demandar en proceso ordinario.

(vi) Bancolombia realizó una restitución parcial de 1.118 equipos a ISC el 11 de abril de 2014 sin el software con el cual se podían operar y sin reconocer ninguna suma por haber ostentado su tenencia desde el 16 de marzo de 2008. Para el momento de la presentación de la Demanda restaban por restituir 907 equipos.

III LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

La Convocante solicita que se efectúen las siguientes declaraciones y condenas (“Pretensiones”). Se transcriben textualmente incluida su numeración y rotulación internas:

“PETICIONES PRINCIPALES

PRIMERA: Declárese que BANCOLOMBIA S.A, al no restituir los bienes entregados en arrendamiento y de propiedad de la convocante, a partir del 16 de Marzo de 2008, le ha generado a esta última graves perjuicios de carácter patrimonial.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la convocada al pago de la indemnización integral de los perjuicios causados al convocante, correspondiente a las siguientes sumas de dinero:

2.1. La suma de DIEZ MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO PESOS M/L (\$10.757.251.144), correspondiente al lucro cesante, causado desde el 16 de Marzo de 2008, hasta el 11 de abril de 2014, o el mayor o menor valor que resulte probado a lo largo del presente proceso.

2.2. La suma de MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/L (\$1.343.247.265), correspondiente al lucro cesante, causado desde el 11 de Abril de 2014, hasta la fecha de presentación de esta demanda, por concepto de los 907 equipos que faltan por restituir.

2.3. Las sumas que se causen desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha del respectivo pago.

2.4 Los intereses de mora sobre el valor relacionado en los numerales anteriores a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia Financiera desde el 16 de Marzo de 2008 hasta el día en que se realice el pago efectivo.

TERCERA: Se declare que BANCOLOMBIA S.A se encontraba en la obligación de restituir todos los bienes objeto del contrato y al no restituir 907 equipos faltantes o los que resulten probados dentro del proceso, debe ser condenada a reconocer el valor de los mismos.

3.1. Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a BANCOLOMBIA S.A al pago de la suma equivalente a DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE DOLARES (USD 247), por equipo, es decir, un total de DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL VEINTINUEVE DOLARES (USD 224.029), calculados a la tasa de cambio a pesos colombianos para el momento del pago efectivo, o la suma mayor o menor que llegue a ser probada dentro del proceso.

PRIMERAS PETICIONES SUBSIDIARIAS.

Las siguientes peticiones, son peticiones subsidiarias a las peticiones primera y segunda PRINCIPALES incluidos los numerales 2.1, 2.2, 2.3, y 2.4, las cuales de no prosperar solicito se acojan las siguientes o similares:

PRIMERA: Declárese que BANCOLOMBIA S.A, abusó de su derecho al tener los bienes de propiedad de la demandante sin sufragar suma alguna, luego de terminado el contrato de arrendamiento, causando perjuicios a INGENIERIA, SERVICIOS, Y CONSULTORÍA- ISC S.A.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la demandada a pagar la indemnización de los perjuicios causados a la demandante, por haber tenido sus bienes sin realizar pago alguno, correspondientes a las siguientes sumas de dinero:

2.1. La suma de DIEZ MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO PESOS M/L (\$10.757.251.144), correspondiente al lucro cesante, causado desde el 16 de Marzo de 2008, hasta el 11 de abril de 2014, o el mayor o menor valor que resulte probado a lo largo del presente proceso.

2.2. La suma de MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/L (\$1.343.247.265), correspondiente al lucro cesante, causado desde el 11 de Abril de 2014, hasta la fecha de presentación de esta demanda, por concepto de los 907 equipos que faltan por restituir.

2.3. Las sumas que se causen desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha del respectivo pago.

2.4 Los intereses de mora sobre el valor relacionado en los numerales anteriores a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia Financiera desde el 16 de Marzo de 2008 hasta el día en que se realice el pago efectivo.

SEGUNDAS PETICIONES SUBSIDIARIAS

Las siguientes peticiones, son peticiones subsidiarias a las peticiones primera y segunda PRINCIPALES incluidos los numerales 2.1, 2.2, 2.3, y 2.4, y a las primeras subsidiarias, las cuales de no prosperar solicito se acojan las siguientes o similares:

PRIMERA: Declárese que BANCOLOMBIA S.A, al no restituir los bienes de propiedad de la demandante, luego de terminado el contrato de arrendamiento, generó una pérdida de oportunidad para la convocante, causándole perjuicios.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la demandada a pagar la indemnización de los perjuicios causados a la demandante, por la pérdida de oportunidad, correspondientes a las siguientes sumas de dinero:

2.1. La suma de DIEZ MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO PESOS M/L (\$10.757.251.144), correspondiente al valor que hubiera podido recibir desde el 16 de Marzo de 2008, hasta el 11 de abril de 2014, o el mayor o menor valor que resulte probado a lo largo del presente proceso, por considerarse que la pérdida de oportunidad no genera la suma total que se hubiera percibido de haberse tenido la posibilidad de explotar dichos bienes.

2.2. La suma de MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/L (\$1.343.247.265), correspondiente al valor que hubiera podido recibir desde el 11 de Abril de 2014, hasta la fecha de presentación de esta demanda, por concepto de los 907 equipos que faltan por restituir.

2.3. Las sumas que se causen desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha del respectivo pago.

2.4 Los intereses de mora sobre el valor relacionado en los numerales anteriores a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia Financiera desde el 16 de Marzo de 2008 hasta el día en que se realice el pago efectivo.”

IV EL JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS DE LA CONVOCANTE.

En la Demanda, con fundamento en el artículo 206 del C.G.P., se presentó juramento estimatorio, señalando que los perjuicios reclamados ascienden a la suma de doce mil cien millones cuatrocientos noventa y ocho mil cuatrocientos diez pesos (\$12.100.498.410) “por concepto del lucro cesante sufrido por la demandante al no recibir ninguna suma de dinero mientras los bienes se encontraban en poder de la demandada después del 15 de marzo de 2008...” y la suma de doscientos veinticuatro mil veintinueve dólares USA (\$ US224.029) por concepto de daño emergente.

V OPOSICIÓN A LA DEMANDA.

La parte convocada, BANCOLOMBIA, contestó oportunamente la demanda, se pronunció en forma concreta sobre LOS HECHOS y LAS PRETENSIONES, formuló EXCEPCIONES y OBJETÓ EL JURAMENTO ESTIMATORIO.

1 Contestación de los Hechos de la Demanda.

Se destacan estos Hechos aceptados por la convocada en su Contestación:

(i) La celebración del Contrato cuyo objeto era el sistema central de verificación biométrico de huella digital.

(ii) La prórroga de la vigencia del Contrato hasta el 15 de marzo de 2008.

(iii) El valor del último canon mensual de arrendamiento, en la suma de \$169.015.352, sin incluir el IVA.

(iv) Que ISC promovió proceso ejecutivo contra Bancolombia *“alegando que el contrato de arrendamiento se había extendido más allá del 15 de marzo de 2008, y que por tanto BANCOLOMBIA le adeudaba los cánones causados después de esta fecha.”*

(v) Así mismo, que Bancolombia se opuso a la pretensión ejecutiva, argumentando que el Contrato había terminado el 15 de marzo de 2008 y que el Juez de conocimiento ordenó cesar la ejecución en contra de dicho banco. También aceptó la presentación de un recurso por parte de ISC y el hecho de haberse desestimado la apelación por el superior.

(vi) Que el 11 de abril de 2014 ISC aceptó recibir los equipos, pero solo de manera parcial.

2 Defensas y Excepciones.

La convocada presentó las siguientes Excepciones y Defensas de manera consecuente con su oposición a las Pretensiones y con los Hechos que negó o rechazó. Se respetan los títulos o rótulos utilizados por la convocada al describir sus Excepciones:

(i) *Inexistencia de la obligación indemnizatoria por mora del acreedor – Cumplimiento del contrato por parte de BANCOLOMBIA.* Bancolombia puso oportunamente a

disposición de ISC los equipos entregados en arrendamiento sin que ésta hubiese aceptado recibirlos, incurriendo así en mora, pues aquella se allanó a cumplir la obligación restitutoria de manera oportuna –cumplimiento de sus obligaciones contractuales-.

(ii) *Inexistencia de daño.* La obsolescencia de los equipos para el año 2008 no genera certeza sobre la posibilidad de haber podido arrendar los mismos equipos en iguales condiciones y por lo tanto, no pudo haberse causado el lucro cesante reclamado. En cuanto al daño emergente, no es posible que se indemnice a partir del precio de unos equipos análogos sino por el valor de los mismos dispositivos entregados por ISC, los cuales “... nada valen porque han pasado casi 15 años desde cuando fueron suministrados al Banco, y en el mercado han sido reemplazados por otros muchísimo más avanzados de precio muy inferior.”

(iii) *Inexistencia de la obligación indemnizatoria por ausencia de mora de BANCOLOMBIA.* En el contrato de arrendamiento, de conformidad con el artículo 2007 del Código Civil se requiere constituir al arrendatario en mora y por lo tanto los perjuicios por el retardo en la restitución se limitan a los perjuicios causados desde la mora -que implica requerimiento-. Al no haberse constituido en mora a Bancolombia, ISC no puede reclamar lucro cesante por falta de restitución o, a lo sumo, podría pedir la indemnización únicamente desde la notificación de la Demanda.

(iv) *Comportamiento contra los actos propios de ISC.* Por haber sostenido ISC en el pasado, que el contrato de arrendamiento no había terminado el 15 de marzo de 2008 y negarse a recibir los bienes en ese momento, sosteniendo actualmente lo contrario.

(v) *Ausencia de relación causal por hecho exclusivo de la convocante.* Por haberse negado ISC a recibir los equipos con la pretensión de obtener un beneficio económico.

(vi) *Ausencia de abuso del derecho por parte de BANCOLOMBIA.* Bancolombia siempre sostuvo que el Contrato terminó el 15 de marzo de 2008 y ofreció a ISC la restitución de los equipos, sin que éste hubiese aceptado recibirlos.

(vii) *Inexistencia de pérdida de una oportunidad.* No se presentan los elementos requeridos para la procedencia de esta modalidad indemnizatoria. Bancolombia obró lícitamente habiéndose allanado a restituir los equipos y no había siquiera una oportunidad para los equipos por su obsolescencia.

(viii) *Cobro injustificado de intereses moratorios.* El cobro de intereses a la tasa máxima legal es improcedente por cuanto Bancolombia no fue constituido en mora según la ley y porque lo reclamado no corresponde con una obligación dineraria.

(viii) *Compensación.* De llegarse a considerar que existe alguna obligación a cargo de Bancolombia, se solicita su compensación con la condena en costas proferida dentro del proceso ejecutivo iniciado por ISC, que asciende a un total de \$59.789.158.

3 Objeción al juramento estimatorio.

La Convocada, con fundamento en el artículo 206 del C.G.P. presentó objeción al juramento estimatorio presentado con la Demanda y solicitó al Tribunal que se diera aplicación a las sanciones establecidas en la mencionada norma.

Como fundamento de la objeción manifestó que la estimación del lucro cesante no puede tener en cuenta las condiciones del Contrato cuya vigencia culminó el 15 de marzo de 2008 sino la utilidad que esos mismos dispositivos le hubieren producido a ISC en un negocio diferente, teniendo en cuenta que se trata de equipos usados, depreciados y discontinuados. En cuanto al daño emergente, se señala que debería tener en cuenta el valor que hoy en día tendrían los mismos equipos, a los cuales se puede acceder en el mercado a un costo inferior.

VI ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Como atrás se indicó, el 6 de octubre de 2016 las Partes presentaron sus respectivos alegatos de conclusión en audiencia que se llevó a cabo en la sede del Tribunal con la presencia de todos los árbitros y del secretario. A continuación, se presenta una sinopsis de cada una de estas piezas.

1 Alegato de Conclusión de ISC.

Se destacan los siguientes raciocinios de su alegato de cierre:

1º Circunscribió el problema jurídico a establecer si a ISC se le causó un perjuicio como consecuencia de la restitución de solamente parte de los bienes, pasados seis años después de finalizado el Contrato, y/o por la ausencia de restitución de algunos de ellos por pérdida en manos de Bancolombia.

2° Sostuvo que ISC no incurrió en mora de recibir los bienes entregados en arrendamiento, señalando los aspectos jurídicos y materiales de su tesis.

3° Desde el punto de vista jurídico, indicó que de conformidad con los artículos 2007 y 1615 del Código Civil, es necesario el requerimiento del arrendador al arrendatario para que restituya la cosa y se obtenga el derecho de cobrar la indemnización de perjuicios. En este orden de ideas, señaló que el requerimiento para la restitución se efectuó en una audiencia de conciliación celebrada en la Cámara de Comercio de Medellín el 18 de julio de 2008, en cuya acta consta el contenido de las solicitudes presentadas por ISC, que incluye la petición de restitución de 2.055 equipos biométricos para verificación de huellas. Afirmó que esta circunstancia –el requerimiento para la restitución- fue objeto de confesión por la representante legal de Bancolombia al momento de practicarse el interrogatorio de parte.

4° Manifestó que Bancolombia únicamente ofreció la entrega de los bienes a ISC mediante comunicación del 20 de marzo de 2014, para luego concretarse, de manera parcial, el 11 de abril de ese mismo año. Sobre ese particular, indicó que la disposición que tenía Bancolombia era la de entregar parte del Hardware entregado en arrendamiento y no la totalidad de los bienes constituidos, además, por el Software y la “llave”, que habían sido extraviados.

5° Así mismo, planteó que en el momento en que Bancolombia reconoció su obligación de devolver los equipos –lo que ocurrió mediante comunicación del 20 de febrero de 2008-, renunció tácitamente a la necesidad de ser constituido en mora para efectuar la entrega, circunstancia que tendría asidero según el artículo 15 del Código Civil y que habría sido objeto de confesión por la representante legal de Bancolombia en el interrogatorio de parte.

6° Tomando como fundamento el artículo 1731 del Código Civil, sostuvo que si el arrendatario no efectúa la restitución de la cosa arrendada al momento de la terminación del contrato, aun no habiéndose constituido en mora, es responsable de los perjuicios que le ocasione al arrendador por encontrarse incurso en una actuación culposa circunstancia que ocurrió, en este caso, al haber perecido en manos de Bancolombia el Software, la “LLave” y 907 equipos biométricos.

7° Finalmente, la convocante abordó aspectos específicos relacionados con la forma en que se deberían liquidar los perjuicios materiales cuya indemnización se reclama en la demanda.

2 Alegato de Conclusión de Bancolombia.

Se destacan los siguientes raciocinios del alegato de cierre de la convocada:

1° En primer lugar, afirmó y explicó por qué no existe una obligación indemnizatoria en cabeza de la Convocada ya que nunca estuvo en mora de restituir los equipos y, por el contrario, fue ISC la que estuvo en mora de recibirlos. Lo anterior, con fundamento en lo que preceptúan los artículos 1608 y 2007 del Código Civil.

2° Sostuvo que Bancolombia puso a disposición de ISC los bienes arrendados en varias oportunidades, sin que los hubiera reclamado, motivo por el cual era éste el que estaba en mora de recibir. Luego de señalar una serie de comunicaciones con las que se pretende acreditar lo anterior, concluyó que ISC en vez de acercarse a retirar los equipos optó por iniciar un proceso ejecutivo pretendiendo el pago de los cánones de arrendamiento que a su juicio se adeudaban.

3° Con base en diferentes piezas jurisprudenciales y doctrinales sostuvo que no es posible predicar la existencia de responsabilidad contractual cuando el acreedor ha incurrido en mora –*mora creditoris*-. Desde el punto de vista material se dieron diferentes circunstancias que acreditarían que ISC se constituyó en mora de recibir los equipos, lo cual llevaría al fracaso de sus pretensiones.

4° A partir de lo señalado en el artículo 1739 del Código Civil, afirmó que la pérdida de parte de los equipos no haría responsable a Bancolombia sino en el caso de dolo o culpa grave, pues los equipos le fueron ofrecidos a ISC en diferentes oportunidades. A partir de estos elementos de juicio se invoca la ausencia de culpa de Bancolombia y un caso fortuito imputable a dolo y riesgo asumido por ISC, en atención a que no recogió, ni desconectó los equipos al término del Contrato, instauró una acción judicial temeraria y tardó seis años en reclamar las cosas que en múltiples oportunidades le fueron ofrecidas por Bancolombia.

5° Que ISC obró en contra de sus propios actos al haber sostenido inicialmente que el Contrato no había terminado el 15 de marzo de 2008 negándose a recibir los bienes y pretendiendo el pago de cánones adicionales. Una vez vencida en un proceso ejecutivo cambió su posición para sostener que dichos equipos le debieron ser entregados en marzo de 2008.

6° También planteó que de resultar acreditado que Bancolombia había estado en mora de restituir los equipos arrendados no habría lugar a indemnización por cuanto ISC habría incumplido con su obligación de mitigar el eventual daño. Lo

anterior, bajo el argumento de que la culpa grave, inexcusable o dolosa de la víctima sería la causa exclusiva del daño. Sobre este particular la convocada indicó que ISC podía haber reclamado y reutilizado los equipos –que fueron puestos a su disposición por Bancolombia- sin que ello hubiese impedido el inicio del proceso ejecutivo, si se consideraba que aún se debían cánones de arrendamiento.

7° Desde el punto de vista del daño, afirmó la convocada que éste es inexistente por cuanto el Contrato se terminó legalmente y en ese caso, no puede ser el equivalente de lo que los bienes hubieren producido a ISC en caso de que el Contrato estuviese vigente, pues ello sería conferirle efectos jurídicos a un contrato inexistente. En materia de lucro cesante, a la Convocante le correspondía probar que de no haber existido la supuesta mora en la restitución había certeza de realizar contratos con terceros, arrendando esos mismos bienes a un precio igual o similar, sin que ello se hubiese acreditado. ISC se habría limitado a cuantificar el daño supuestamente sufrido con el equivalente de lo que le habría producido el contrato terminado desde el momento en que ello sucedió.

8° La convocada hizo énfasis en la obsolescencia de los equipos para el año 2008 y actualmente, circunstancia que fue acreditada con el dictamen pericial aportado por Bancolombia al proceso.

9° En cuanto al daño emergente, sostuvo que ISC pretende que se tengan en cuenta unos equipos que se toman como análogos pero que en realidad son superiores, circunstancia que habría sido acreditada con el dictamen pericial aportado por Bancolombia y otras pruebas testimoniales practicadas.

10° Finalmente, solicitó que en el caso de que llegare a prosperar una condena en contra de Bancolombia, dicha obligación debe ser compensada con los créditos insolutos –incluyendo intereses de mora y plazo- a cargo de ISC correspondientes a la condena en costas proferida en contra de ésta en el proceso ejecutivo que formuló contra de Bancolombia.

VII PRESUPUESTOS PROCESALES.

Antes de entrar en las Consideraciones que deben fundamentar su decisión, el Tribunal observa que están debidamente cumplidos los requisitos de validez de este proceso arbitral, tanto por lo que hace a su competencia, como respecto de la manera como se atendió y respetó el derecho de defensa y el principio de contradicción, así como por haberse adelantado su instrucción con apego estricto al debido proceso.

Igual conclusión cabe si se analizan los presupuestos de eficacia, lo que lleva al Tribunal a concluir que no existe causa o motivo alguno que impida un pronunciamiento de fondo en esta causa, o que obligue a retrotraer el trámite de este proceso arbitral.

En mérito de lo anterior, pasa el Tribunal a sentar las Consideraciones, en derecho, que fundamentarán su decisión.

SEGUNDA PARTE.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

El contrato que existió entre las partes de esta controversia fue acordado por CONAVI BANCO COMERCIAL Y DE AHORROS, hoy BANCOLOMBIA S. A., e INGENIERÍA, SERVICIOS Y CONSULTORIA S. A. el 30 de mayo de 2001. En lo sucesivo las partes serán nombradas en forma abreviada BANCOLOMBIA e ISC o I.S.C.

I LO QUE OFRECE EL PLENARIO.

1 El objeto del contrato y una línea de tiempo de los hechos relevantes.

El contrato que se acaba de mencionar es el No. 2229-01 del 30 de mayo de 2001, cuyo objeto reza:

1. OBJETO: *En virtud del presente contrato I.S.C. suministrará a CONAVI en forma de arrendamiento el "SISTEMA CENTRAL DE VERIFICACIÓN BIOMÉTRICO DE HUELLA DIGITAL"; Cliente Servidor compuesto de los elementos de Software y hardware descritos en el Anexo # 1 que hace parte integral del presente contrato a instalarse en su sistema interno de cajas, cajeros-CONAVI y multidactilares-CONAVI, y 100 licencias de Internet, durante el período de duración que aquí se pacta, pagando como contraprestación el canon estipulado en el presente contrato.*

Para entender las vicisitudes relevantes de este contrato con impacto en esta controversia es conveniente precisar una línea de tiempo que informe de manera precisa el momento de cada una de las ejecutorias de las partes y de sus decisiones gerenciales, así como los demás sucesos que contribuyan a ilustrar el contexto en el que deben razonar, en derecho, los árbitros de esta causa.

- El contrato se suscribió el **30 de mayo de 2001** y, como acaba de sentarse, se ejecutó originalmente con otra contraparte. BANCOLOMBIA S. A. acabó vinculada a este contrato por razón de su fusión con CONAVI. La fecha de esta decisión empresarial se ubicará, más adelante, en esta misma línea de tiempo.

- Las partes ampliaron la duración del contrato mediante el Otrosí No. 2. A partir de este instrumento, la duración del contrato se extendió hasta el **15 de marzo de 2008**. En este mismo texto se consignó que el término era *“Correspondiente a 48 cánones adicionales de arrendamiento más dos meses de servicio sin cobro. Noviembre de 2003 y el último mes del contrato”*.
- Mientras transcurría la ejecución de este contrato se acordó la fusión de CONAVI y BANCOLOMBIA, negocio que fue elevado a Escritura Pública el **30 de julio de 2005**, debidamente registrado el **1º de agosto de ese mismo año**. De esto da cuenta la Escritura Pública No. 3974 de la Notaría 29 del Círculo Notarial de Medellín de la fecha indicada, información que obra en el Certificado de la Cámara de Comercio visible a folio 30 (vto) del Cuaderno Principal de este proceso.

Este hecho, si bien no tiene ningún énfasis, ni en la Demanda, ni en la Contestación, de unas pocas declaraciones se concluye que marcó el punto de quiebre en la ejecución de este contrato puesto que de esas versiones se infiere, razonablemente, que la plataforma por la que corría el Sistema provisto o arrendado por ISC, o era incompatible con la infraestructura tecnológica de BANCOLOMBIA (sociedad absorbente en la fusión), o la nueva administración tenía otras preferencias tecnológicas al respecto. Esto explica, el apreciable período que transcurrió durante el cual BANCOLOMBIA pagó cumplidamente el costo del servicio a pesar de no utilizarlo o aprovecharlo. En lo pertinente, pueden verse las escuetas referencias a estas circunstancias en las declaraciones de **Jorge Iván Toro Villegas**, Vicepresidente de Tecnología de CONAVI y luego Vicepresidente de la Fusión¹⁸ y de **Ángela María Sierra Gallón**, Gerente de Servicios de Abastecimiento de BANCOLOMBIA¹⁹.

- El **1º de febrero de 2008** BANCOLOMBIA envió una carta a I. S. C. en la que le comunicaba *“la decisión de BANCOLOMBIA de no renovar el contrato de Arriendo*

¹⁸ En la página 2 de la transcripción de su declaración, después de referir que estuvo al frente del montaje del sistema biométrico en CONAVI, afirmó: *“... cuando pasamos a Bancolombia, en Bancolombia no quisieron seguir con el proyecto fundamentalmente porque era CONAVI allá no les agradaba mucho... era un producto extraordinario, lo mataron; o sea el que compra es el que pone las condiciones, y digamos que no siguió el proyecto...”*.

¹⁹ Al preguntársele *“¿Por qué Bancolombia decidió no renovar el contrato suscrito con ISC?”*, contestó que en el momento en que hicieron *“la integración entre CONAVI y Bancolombia, al tratar de adaptar los equipos a la tecnología y a las necesidades de Bancolombia, no lograron hacer una instalación que funcionara correctamente, entonces no podían seguir con un contrato... que no estaba dando los resultados...”*. Página 2 de la transcripción de su declaración.

del sistema central de verificación biométrica de huella digital, que vence el 1 de marzo de 2008”.

- El **20 de febrero de 2008** BANCOLOMBIA envía una nueva comunicación a I. S. C. en la que le ratifica la decisión anterior y le manifiesta quedar *“a la espera de sus instrucciones para realizar la entrega de los equipos”*.
 - El **16 de marzo de 2008** es el día de terminación de contrato según el entendimiento invariable de BANCOLOMBIA. ISC, por su parte, disputó esta fecha de terminación del contrato, lo que cobra evidencia en el proceso ejecutivo que incoó contra BANCOLOMBIA, luego de aquella fecha.
 - El **16 de julio de 2008** se llevó a cabo una audiencia de conciliación entre las mismas partes de ese arbitraje de la que se concluye su fracaso y la insistencia de BANCOLOMBIA para que I.S.C. recogiera los equipos que, reza el acta de conciliación, *“estaban empacados y a su disposición... en la sede que tiene BANCOLOMBIA S. A. en Santillana en la ciudad de Medellín”* (Transcripción de la Contestación de la demanda, p. 6).
 - En **septiembre de 2008** I. S. C. inicia proceso ejecutivo contra BANCOLOMBIA para perseguir el cobro de 7 cánones adicionales a la fecha de terminación del contrato (**15 de marzo de 2008**). Para estos efectos, ISC argumentaba que el contrato no había terminado el **15 de marzo de 2008** y que, dada su naturaleza (arrendamiento) terminaba con la entrega de los bienes objeto del arrendamiento.
 - El **9 de noviembre de 2010** el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín dictó sentencia en la que ordenó cesar la ejecución contra BANCOLOMBIA.
 - El **15 de septiembre de 2011** el Tribunal Superior de Medellín dictó sentencia de segunda instancia en este mismo proceso ejecutivo de ISC contra BANCOLOMBIA, en la que confirmó la sentencia de primera instancia.
- Entre el día en que cobró ejecutoria la sentencia de segunda instancia del proceso ejecutivo de I.S.C. contra BANCOLOMBIA, lo que ocurrió en los días posteriores a su fecha (**15 de septiembre de 2011**), y hasta el día de la devolución parcial de bienes (**11 de abril de 2014**), el plenario nada informa respecto de actividades, ni de I.S.C., ni de BANCOLOMBIA, respecto de la entrega o restitución de los bienes objeto del Contrato 2229-01 que fundamenta este arbitraje.

- El 11 de abril de 2014 BANCOLOMBIA devolvió parcialmente los elementos de HARDWARE. De los 2025 equipos entregados en ejecución del contrato, ISC solamente aceptó la devolución de 1118. Respecto de los restantes en el plenario hay pruebas de que está pendiente la entrega de 907 equipos. Una parte de ellos fueron rechazados por I.S.C. bajo el pretexto de encontrarse defectuosos y, respecto de los restantes, las pruebas del proceso, especialmente la confesión de la convocada, llevan a la conclusión de que se perdieron en poder de BANCOLOMBIA.

2 Resumen de la controversia y problemas jurídicos asociados.

Para los fines de su demanda arbitral I.S.C. abandonó totalmente sus pretensiones respecto de la fecha o modo de terminación de este contrato, y asumió que el Contrato 2229-01 expiró su vigencia el 15 de marzo de 2008. En este orden de ideas lo que disputa la parte convocante es la oportunidad y el alcance de la restitución de los bienes objeto de este contrato que, si su rótulo lo define, sería un contrato de arrendamiento, y este fue el entendimiento que ambas partes le dieron en la demanda, en la contestación de la misma y en sus respectivos alegatos de conclusión.

En términos de la convocante, *“Los hechos que dan origen a la presente acción, se concretan en la ausencia de restitución en tiempo oportuno y/o por la pérdida de algunos de los bienes, entregados en arrendamiento a BANCOLOMBIA, antes CONAVI, por parte de I.S.C.S. A., en virtud del contrato de arrendamiento No.2229-01”* (Alegato de conclusión, p. 2).

La misma parte convocante presenta así la **“SÍNTESIS DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO”**:

“El problema planteado, que corresponderá resolver al H. Tribunal, consistirá en establecer si a la sociedad convocante se le ha causado un perjuicio imputable a la sociedad convocada, como consecuencia de la restitución de parte de los bienes únicamente el día 11 de abril de 2014, más de 6 años después de finalizado el contrato de arrendamiento, y/o la ausencia de restitución de algunos de ellos por pérdida en cabeza del arrendatario, una vez finalizado el contrato No.2229-01 sobre el SISTEMA DE VERIFICACIÓN BIOMETRICO DE HUELLA DIGITAL, celebrado entre las partes el 30 de mayo de 2001”.

Finalmente, el propósito de la convocante queda fuera de duda con lo que expresa en forma palmaria en el **Hecho Décimo Séptimo** de la demanda (p. 8): *“... dentro*

de este proceso no se pretende la restitución de los bienes de propiedad de la convocante, así como tampoco es el interés del proceso, sino que el mismo, es la indemnización de los perjuicios generados por la convocada al no haber restituido los bienes objeto del contrato de arrendamiento al momento de la terminación del mismo...”.

Para el tribunal la controversia se centra en dilucidar, bajo los precisos hechos de la demanda, sus pretensiones, la contestación y sus excepciones, si BANCOLOMBIA ajustó a derecho su conducta en la fase de la restitución de los bienes objeto de este Contrato 2229-01. En otros términos, debe el tribunal estudiar qué debía devolver BANCOLOMBIA y en qué momento, qué devolvió y si ello fue suficiente o no. Finalmente, deberá decidir si existió mora en las partes en esta fase del contrato, o si habiendo existido demora en la devolución de lo debido por parte de BANCOLOMBIA, o no habiendo devuelto la totalidad de lo debido, si ello causó un perjuicio antijurídico a I. S. C. y, en este último caso, bajo qué consideraciones o parámetros debe ordenarse su resarcimiento.

Sin importar el orden en que ello ocurra, en este laudo deben quedar dilucidados los siguientes problemas jurídicos que reflejan las tesis enfrentadas de las partes, tanto en la demanda como en su contestación y en sus respectivos alegatos de conclusión.

(i) ¿Habida cuenta de la naturaleza del contrato, en el que se identifican elementos del “Contrato de Licencia de Uso de Software”, y pese al rótulo que le dieron las partes, estaban todos los bienes entregados o dispuestos por ISC para la ejecución de este contrato sometidos a restitución, a la terminación del mismo?

(ii) ¿Estuvo alguna de las partes, o ambas, en mora de devolver, o de recibir, los bienes objeto de restitución a términos del objeto y naturaleza del contrato?

(iii) Habida cuenta de que existió una restitución parcial de bienes por parte de BANCOLOMBIA a I. S. C. ¿Qué consecuencia en derecho tiene la no devolución de unos determinados bienes?,

- ¿En primer lugar respecto de parte del HARDWARE sobre la que BANCOLOMBIA reconoce haberlo perdido estando en su poder?
- ¿En segundo lugar, respecto del SOFTWARE dispuesto por la convocante para la ejecución del contrato?

3 Características de este contrato en particular.

La simple lectura de los términos del Contrato 2229-01 de 30 de mayo de 2001 deja la sensación de que se trata de una relación jurídica más compleja que la que sugiere su rótulo, que desborda y hasta trastorna el esquema típico del **arrendamiento**, percepción que se torna evidente al observar el contenido y alcance del Anexo No. 1 del mismo²⁰.

Los términos con los que se describe su OBJETO (Cláusula 1) son cautos puesto que esquivan la calificación franca de tratarse de un contrato de arrendamiento y, en cambio, refieren que es un **suministro, en forma de arrendamiento**, de una **serie de bienes materiales** (Hardware) e **inmateriales** (Software y unos determinados servicios) que conforman el **“SISTEMA CENTRAL DE VERIFICACIÓN BIOMÉTRICO DE HUELLA DIGITAL”**, de tal manera que los bienes materiales e inmateriales considerados de manera particular pierden importancia al quedar incorporados en un *tertium genus*, **“El Sistema”** que, en lo sucesivo, no podrá desmembrarse hasta la terminación del contrato, so pena de quedar desnaturalizados el OBJETO del contrato y las prestaciones de las partes.

El Contrato 2229-01 ofrece otras peculiaridades que pueden resultar extrañas en la estructura básica o necesaria del Contrato de Arrendamiento, como las obligaciones de ISC de **“mantener el sistema en pleno funcionamiento”** (Cláusula 2.1.1), la de tener que personalizar la aplicación para el enrutamiento de las transacciones (Cláusula 3.1.3), la misma forma de pago que no dependía del uso escueto de unos determinados bienes sino de su funcionamiento y del rendimiento en la operación cotidiana de CONAVI (originalmente) esto es, de unos determinados rangos de transacciones (Cláusula 5), los alcances y complejidad de la obligación de **“Mantenimiento y Soporte”** por parte de ISC (Cláusula 9), la acreditación de las Licencias y de los acuerdos de licenciamiento en cabeza de ISC (Cláusula 11), la titularidad en cabeza de un tercero (COMPULETRA S. A.) del core del Sistema de Verificación Biométrico de Huella Digital que ISC instalaría y al que se le daría mantenimiento en las instalaciones del banco (Cláusula 28).

ISC estaba obligado a dar el servicio de **“Mantenimiento y Soporte”** en los términos previstos en la Cláusula 9 del Contrato, a proveer la reposición de equipos Cláusula 13) y el denominado **“Mantenimiento Evolutivo”**, una especie de actualización

²⁰ Llama la atención la forma enfática como el representante de ISC niega que este fuera un contrato de arrendamiento o de venta de equipos. En su declaración manifestó: **“Aclaro que el contrato no era un contrato de arriendo de equipos y en la empresa de nosotros, nunca, arrienda ni vende equipos; el contrato era un contrato de prestación de servicios de verificación... Otra vez repito que la empresa de nosotros no vende, ni vendía equipos, que es un contrato de software y hardware...”** (Página 3 de la transcripción de la declaración del Ingeniero Paulo Castrillón. Destaca el Tribunal).

restringida para el caso de “desarrollos posteriores y/o modificaciones por funcionalidades futuras o actualizaciones” (Cláusula 14).

El banco, por su parte, no era el simple tenedor de un bien o bienes arrendados, sino el usufructuario de un “Sistema” que no estaba originalmente predispuesto para que entrara en funcionamiento de manera automática para los fines de los servicios del banco sino que, “Por no ser un sistema desarrollado a la medida de CONAVI, la aplicación cumplirá solo con los estándares básicos de CONAVI para que la aplicación pueda funcionar bajo el esquema en que está definido en las especificaciones de detalle”. En otros términos era necesaria una actividad del banco, coordinada y controlada en lo técnico por ISC, y por el mismo banco, para que “El Sistema” funcionara o fuera operativo para la satisfacción de unos determinados servicios (Cláusula 28).

Adicionalmente a lo anterior “El Sistema” como tal, esto es, el Sistema Central de Verificación Biométrico de Huella Digital era una solución “ya desarrollada y registrada de COMPULETRA S. A., la cual se personalizará operativamente para cumplir con las especificaciones definidas en el documento Especificaciones de Detalle Verificación Centralizada” (Nuevamente, Cláusula 28). Esto imponía a CONAVI, por una parte, la obligación de entregar en una fecha determinada sus especificaciones de detalle (Cláusula 3.1) y a ISC, por la otra (Cláusula 3.2), la responsabilidad “del desarrollo de la personalización de los controladores locales de caja y de la aplicación del servidor central...”, que debía entregar a CONAVI “en la fecha estipulada en el cronograma de actividades...”. CONAVI debía, además, adecuar y disponer su plataforma **Bankaria** para integrarse e interactuar con “El Sistema” objeto del Contrato 2229-01 (Cláusula 3.3).

Como ocurre con la mayoría de los contratos de Ciencia y Tecnología –y el tribunal no está afirmando que este contrato sea de esta naturaleza- su ejecución tolera un cierto margen de prueba y error que en este caso se previó en su cláusula 3.5 (Certificación) en lo relativo al proceso o trámite técnico de la puesta a punto de la integración de “El Sistema” con la plataforma informática que ya existía en CONAVI. Este proceso (La Certificación) tenía un importante componente de capacitación a cargo de ISC, evidente en sus Cláusulas 3.5 y 4.

Finalmente, sin importar la calidad exacta en que lo hiciera, es evidente que ISC era un intermediario, representante o distribuidor de “El Sistema” (o siendo más precisos de “la pieza central del sistema de Verificación de Huellas”) desarrollado y de propiedad de COMPULETRA S. A., distribución que se hacía, para el caso que nos ocupa frente a CONAVI-BANCOLOMBIA, mediante el acuerdo que ISC tenía con

el fabricante “para sublicenciar el producto o aplicación ofrecida a CONAVI” (Cláusula 11), “Sistema” que, como se ha sentado, era una compleja predisposición de bienes de diferente naturaleza, con el concurso de ISC y CONAVI, para la prestación de un determinado servicio varias veces referido en lo que va corrido de estas consideraciones.

En este orden de ideas, el Contrato 2229-01 tiene elementos propios de los “Contratos de Licenciamiento de Software”²¹ tanto en forma directa como indirecta puesto que no otra cosa puede concluirse cuando se observa el texto de la Cláusula 11 (Licencias) que reza: “ISC deberá aportar los documentos que acrediten la existencia de acuerdo de licenciamiento con el fabricante y la autorización para sublicenciar el producto o aplicación ofrecida a CONAVI. Este documento registrará los términos de licenciamiento de los productos especificados en el anexo 1”.

La Cláusula transcrita lleva a la conclusión de la existencia de un contrato entre COMPULETRA S. A. e ISC que legitimaba a esta última para ofrecer sus productos, o este por lo menos, así como la legitimación de ISC para ajustar contratos de sub licencias y ese carácter tendría, al menos en parte, el Contrato 2229-01 que ocupa la atención del tribunal.

4 El Contrato 2229-01 y los Contratos Informáticos.

Lo que acaba de poner en evidencia el tribunal en el No. 3 anterior conduce a unas breves consideraciones sobre la naturaleza atípica del Contrato 2229-01 que existió entre las partes, así como a precisar los efectos que se derivan de un acuerdo de voluntades que si bien recae en obligaciones, cargas y servicios de diversa naturaleza y alcance las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, dotaron a ese acuerdo de una efectiva unidad e indivisibilidad que no se ve quebrantada en su ejecución (ahí no está la controversia) y que se hace efectiva ahora, con posterioridad a su terminación, asunto que resume bien la convocante en su alegato de conclusión (página 2) cuando precisa que la controversia se concreta en “la ausencia de restitución en tiempo oportuno... por la pérdida de algunos de los bienes entregados en arrendamiento a BANCOLOMBIA” lo que, afirma, le causó los perjuicios que reclama bajo este arbitraje.

El tribunal considera haber identificado en el clausulado del Contrato 2229-01 de 30 de mayo de 2001 suficientes elementos de juicio para concluir que este es un

²¹ Este es el título de la monografía de Marcela Castro publicada en “Contratos atípicos en el derecho contemporáneo colombiano”, Uniempresarial, Uniandes y Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2006, ps. 125 a 135.

contrato sobre bienes y servicios informáticos de diversa naturaleza que carece de adecuación típica al Contrato de Arrendamiento, así las partes hayan utilizado este rótulo para nominarlo y contenga, efectivamente, algunos elementos que podrían asimilarse al arrendamiento.

El tribunal concluye que estamos en presencia de un contrato atípico, de los denominados Contratos Informáticos, cuya interpretación debe ajustarse a esa naturaleza²², efecto para el cual se destacan algunas características que serán tenidas en cuenta o que determinarán algunas conclusiones de este laudo arbitral, y se sacan unas determinadas conclusiones preliminares.

4.1 Diversidad de bienes y servicios en el Contrato 2229-01 ¿Qué los nuclea?

El elenco de bienes y servicios que comprende el Contrato 2229-01 podría sugerir que se trata de la concurrencia de contratos de diversa naturaleza amalgamados en el de arrendamiento, pero es bien claro que las mismas partes evitaron una asimilación completa a este tipo contractual y por ello consignaron que el suministro e instalación del Sistema Central de Verificación Biométrica de Huella Digital lo hacían “en forma de arrendamiento”, esto es, como si lo fuera.

Hecha la anterior precisión el tribunal observa que lo que nuclea, explica y determina la función útil de los diversos elementos de este contrato (bienes, servicios, garantías) es el suministro, montaje y eficaz funcionamiento del SISTEMA CENTRAL DE VERIFICACIÓN BIOMÉTRICO DE HUELLA DIGITAL, y es esa finalidad u objetivo empresario hacia donde deben estar dispuestos los bienes y servicios implicados, y bajo esta perspectiva deben interpretarse las previsiones del contrato relativas al Hardware y al Software, a la reposición de equipos, el mantenimiento, la actualización tecnológica y demás suministros, servicios y garantías conexos bien que estén consignados en el contrato o que, como lo exige la ley (nuevamente, artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio), correspondan a la **naturaleza informática** de estas precisas obligaciones, prestaciones y suministros, y a la finalidad de la aplicación que necesitaba instalar el banco y que le contrataba a ISC.

En este orden de ideas, El Sistema configurado por la convocante solamente podía ser eficaz mediante la concurrencia simultánea de todos los bienes y servicios sin que sea procedente, ahora, exagerar la importancia relativa de alguno de ellos en la ejecución del contrato, puesto que la controversia se ha dado una vez terminada la ejecución del mismo y en su etapa de las restituciones a que haya lugar,

²² Artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

circunstancia que debe encaminar la atención del interprete, en este caso el tribunal, en primer lugar, a lo que en estricto sentido debía ser materia de restitución y, en segundo lugar, a precisar si habida cuenta de la naturaleza intrínseca, o de la utilidad residual, o de lo acordado por las partes, procedía la restitución *in natura* de alguno de los bienes originalmente predispuestos para la configuración y funcionamiento de **EL SISTEMA**.

En forma adicional a las anteriores consideraciones, el tribunal también tomará en cuenta la posición de dominio, disponibilidad o habilitación de cualquier clase de ISC respecto de todos aquellos bienes. En efecto, se observa en el plenario que frente a algunos de ellos tenía, o al menos esa es la apariencia, la calidad de propietario (por ejemplo, del **HARWARE** implicado en la ejecución del contrato) y, frente a otros, era una especie de intermediario del **creador y propietario** de los mismos, habilitado para comercializar unos bienes inmateriales (**SOFTWARE**) cuyo soporte material tiene un precio irrisorio y cuya matriz, Código Fuente²³, o el original, permanece en poder de su propietario a pesar de que por el Contrato de Licencia se le suministren al usuario los medios que requiera para sus fines contractuales (en este caso **EL SISTEMA**), de tal manera que a pesar de esta explotación comercial por parte del propietario esos bienes (Código Fuente; “Originales”) no salen de su dominio.

En otros términos, por numerosos que lleguen a ser los negocios de explotación de ese **SOFTWARE**, el propietario no pierde los derechos que le corresponden como autor del mismo, bienes que tampoco perecen para su autor o propietario porque se malogren en la específica aplicación a la que se destinan o porque se pierdan en manos del usuario de ese **SOFTWARE**. Esta última consideración del tribunal lleva a la doctrina especializada, cuando trata los denominados **Contratos Informáticos**²⁴, a concluir que en estos desarrollos, servicios o aplicaciones subyace, realmente, el **Contrato de Licencia**²⁵, de caracteres propios que marcan

²³ “Código Fuente es el núcleo formal del programa y constituye la primera expresión independiente del proceso de creación, que alcanza una protección directa del derecho de autor”. Xavier Ribas, citado por V. Carrascosa López *et al* en “La Contratación informática: el nuevo horizonte contractual”, Comares, Granada, 2000, p. 231.

²⁴ Ma. Reyes Corripio Gil-Delgado, “Los Contratos Informáticos”, Universidad de Comillas, Madrid, 1999; Miguel Angel Davara Rodríguez, “Manual de Derecho Informático”, Aranzadi, Navarra, 2001, 4ª edición, por ejemplo.

²⁵ “La venta de programas constituye un método de distribución y explotación de la obra. Su estandarización así como la existencia de un soporte material que se entrega al adquirente parecen propiciar dicha calificación. El cliente adquiere una copia o reproducción de la obra, pero bajo tal adquisición se ocultan dos acciones, la venta del soporte y la concesión de una licencia de uso sobre el contenido.

Por medio de licencias de uso el titular de los derechos de explotación cede un derecho de uso, distribución, realización de productos derivados, etc., que permitirán al usuario utilizar el programa. Las licencias destinadas a los consumidores finales son contratos consensuales, sinalagmáticos y,

su diferencia con el contrato de compraventa, de **arrendamiento**, y de comodato, por ejemplo²⁶.

4.2 ¿Qué entregó I.S.C. a BANCOLOMBIA para la ejecución del Contrato?

Para precisar lo que ISC debía entregar o disponer para la ejecución del Contrato 2229-01 el tribunal debe considerar y respetar lo que contiene el documento rotulado "Anexo # 1 al Contrato Nro. 2229-01", en el que se observa: En el No. 1 se describen los elementos de SOFTWARE; en el No. 2 los elementos de HARDWARE y, en el No. 3, el "LICENCIAMIENTO- TÉRMINOS". Sin embargo, el Tribunal advierte que más adelante, en el Capítulo II siguiente, volverá sobre el elenco de bienes entregados en virtud del contrato, para los fines precisos de ese capítulo.

"ELEMENTOS SOFTWARE"

El corazón del SOFTWARE que la convocante entregó originalmente a CONAVI es el "Desarrollo Central Personalizado de Verificación" que en este mismo Anexo # 1 se lo describe como "*la pieza central del sistema de Verificación de Huellas*" que, se afirma, "*es un producto registrado y desarrollado por COMPULETRA S. A. Porto Alegre Brasil*". A continuación las partes consignaron esta afirmación: "*ISC es*

también, de adhesión que tienen por objeto la cesión de un derecho de uso sobre una copia del programa para satisfacer las necesidades propias del cesionario: el destino final del programa es la utilización de la copia par una aplicación o uso concreto. La legislación reconoce a los licenciatarios un cierto derecho a reproducir la obra sin la autorización del titular de los derechos de explotación en determinados casos, entre los que se encuentran: la reproducción en la memoria interna del ordenador, la copia de seguridad o algunas operaciones de ingeniería inversa". Ma. Reyes Corripio Gil-Delgado, obra citada, p. 42. Negrillas fuera de texto.

En el laudo arbitral de Laboratorios California S. A. contra System Software Associates Inc y S. S. A. Colombia S. A. (Cámara de Comercio de Bogotá, 19 de enero de 2001) se incluye esta descripción del Contrato de Licencia de Uso de Software: "*Es un contrato mediante el cual el titular de los derechos de explotación patrimonial de un programa de ordenador autoriza a otro a utilizar este programa a cambio de una retribución, conservando el licenciante la propiedad del mismo*" (ps. 32 y 33). En sus racionios el laudo expone que los derechos sobre el Software no son registrables bajo los cánones de la propiedad industrial por lo precario que resulta, casi siempre, el margen de invención y que, además, en el derecho colombiano hay prohibición expresa de proteger el Software bajo las normas de la propiedad industrial (Artículo 6 de la Decisión 344 de 1993 de la Comunidad del Acuerdo de Cartagena). En el laudo, también, se acoge lo que la doctrina tiene bien claro, como es que el SOFTWARE lo constituyen bienes inmateriales protegidos por el derecho de autor cuyo contenido moral o "derecho moral" ("*inalienable, inembargable, imprescriptible, irrenunciable y perpetuo*"), permanece en cabeza del propietario-licenciante y está protegido en nuestro derecho bajo el artículo 11 de la Decisión 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena y el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 (p. 31).

²⁶ Véase nuevamente Marcela Castro, obra citada, p. 134. En lo que nos interesa, dice: "*La licencia se asemeja al arrendamiento, pues en ambos contratos se permite el uso de un bien a cambio de un precio. Sin embargo, dada la particularidad de que el licenciamiento se refiere a un bien inmaterial especial protegido por las leyes de derecho de autor y que puede ser usado por muchas personas en virtud de licencias otorgadas simultáneamente, consideramos que no se identifica con la figura clásica del arrendamiento de bienes*".

licenciatario autorizado por el fabricante para otorgar licencias. CONAVI tendrá derecho al uso de las licencias, mas no tendrá acceso a las fuentes del software (Se destaca y subraya).

En otras partes de este No. 1 del Anexo que se estudia, ISC utilizó en varias ocasiones el término “Licencia” (o “Licencias”) que deberá ser tomado en su sentido natural y obvio dentro de la nomenclatura de los Contratos Informáticos, asunto sobre el que ya dejó sentado el tribunal su entendimiento. En efecto, a continuación de lo que ya se registró, en este Anexo se refieren las partes a **“Licencias para el desarrollo central”, “Licencias para uso controladores locales”** y **“Licencias Internet”**.

“LICENCIAMIENTO – TÉRMINOS”

Si bien este apartado constituye el No. 3 de este Anexo No. 1 del Contrato 2229-01 es necesario tratarlo en forma vinculada directamente con los **“ELEMENTOS SOFTWARE”** porque es a ellos a los que de manera directa y preponderante se refiere este capítulo relativo a los términos del licenciamiento.

Nada luce exótico en este capítulo del Anexo No. 1 que se registra y con los elementos de juicio que ya se han acumulado en lo que va corrido de estas consideraciones, y con la claridad que ya consignó ISC de ser licenciatario de estos productos informáticos (Software) y estar autorizado para sub licenciarlos, son perfectamente conducentes y comprensibles estas previsiones contractuales que se resumen así:

- El término de la vigencia de las licencias;
- Las restricciones que se le imponen a CONAVI-BANCOLOMBIA para darle otro uso a esas licencias o explotar por su cuenta, bajo cualquier modo, estos productos informáticos.
- La autorización a CONAVI-BANCOLOMBIA para hacer copias de seguridad del sistema *“para procesos de soporte y mantenimiento”*.
- La obligación de CONAVI-BANCOLOMBIA de proteger ese SOFTWARE *“de usos no autorizados, copia o diseminación”*.
- Y en un párrafo de este mismo capítulo se consignó: *“Al finalizar el término de las licencias, si no se llega a un acuerdo de continuidad, el licenciado deberá*

devolver o destruir todas las copias del software y la documentación correspondiente” (Se destaca).

“ELEMENTOS HARDWARE”

El HARDWARE entregado por ISC está constituido por los dispositivos biométricos de captura de la huella del usuario, de los que se hace una descripción de sus características técnicas y de conectividad. Respecto de todos los elementos de HARDWARE se consigna que *“no podrán ser modificados, revertidos ni alterados por CONAVI”*.

4.3 Conclusiones Preliminares.

De lo expuesto en este No. 4.2 el tribunal llega a estas conclusiones cuyas consecuencias o efectos se estudiarán en los siguientes capítulos de este laudo arbitral al precisarse si BANCOLOMBIA restituyó o no lo que debía restituir a ISC, si lo hizo ajustada a derecho (en tiempo, y de manera completa, por ejemplo), y si estando pendiente la restitución de algún bien como consecuencia de la terminación del contrato ello le ha causado algún perjuicio a la convocante, de qué naturaleza y por qué cuantía:

1ª Es claro que ISC dispuso y entregó bienes de distinta naturaleza (materiales e inmateriales) a CONAVI – BANCOLOMBIA para la ejecución del Contrato 2229-01.

2ª Es razonable concluir que en esta compleja relación jurídica subyace el denominado **“Contrato de Licencia de Uso de Software”**; aserto que tiene fundamento en el capítulo 1 del Anexo No. 1 del contrato tantas veces referido que existió entre ISC y CONAVI luego BANCOLOMBIA.

3ª En línea con lo que acaba de concluirse, respecto del SOFTWARE de este contrato, ISC actuó como licenciataria del propietario de ese SOFTWARE y en el plenario no se discutió su legitimación para ello, ni este tema forma parte de la controversia. Corolario de lo que acaba de afirmarse es que ISC no es el dueño de ese SOFTWARE (el Código Fuente) y el mismo CONAVI **no podía tener “acceso a las fuentes del software”**. En consecuencia, no parece procedente un debate sobre la devolución de piezas o elementos de SOFTWARE de naturaleza original.

4ª Dada la naturaleza del SOFTWARE y atentos a las reglas bien conocidas de hermenéutica jurídica la facultad que se le otorgó a CONAVI – BANCOLOMBIA de *“devolver o destruir todas las copias del software y la documentación*

correspondiente”, parece cubrir todo tipo de SOFTWARE dispuesto por ISC para la ejecución de este contrato, puesto que la estipulación no establece restricción alguna y porque, de conformidad con lo que ha encontrado el tribunal en el plenario, en la naturaleza atípica de este contrato y en la composición intrínseca del SOFTWARE dispuesto por ISC para la ejecución de este contrato, la matriz, original o Código Fuente, no podía estar en manos de BANCOLOMBIA y predicarse una restitución *in natura* a la terminación del contrato.

II LA MORA DEL DEMANDADO EN LA RESTITUCIÓN DE LOS BIENES

Habiéndose explicitado los criterios básicos que se deben observar para resolver esta controversia, para la formación de su convicción debe el Tribunal comenzar su estudio por la consideración de la posible mora de la parte convocada en la restitución de los bienes.

En otros términos, es necesario establecer si, como lo sostiene la convocante, BANCOLOMBIA incumplió su obligación de restituir unos determinados bienes, cuáles son en concreto, y si esa conducta fue anti jurídica y tenía virtud suficiente para producir un daño. Para estos efectos es necesario indagar, como trabajo previo a cualquier conclusión, si existió mora de BANCOLOMBIA respecto de su obligación de restitución.

1 Los bienes entregados en virtud del contrato y su restitución.

Como ya se señaló en otro aparte de este Laudo, está acreditado que las partes celebraron un contrato que denominaron “Contrato de Arriendo del Sistema Central de Verificación Biométrica de huella digital...” (en adelante el Contrato) el cual tenía por objeto que ISC suministrara “a CONAVI en forma de arrendamiento” el “SISTEMA CENTRAL DE VERIFICACION BIOMETRICO DE HUELLA DIGITAL”.

Sin perjuicio de lo que ya ha observado el tribunal sobre el contenido del Anexo #1 de este contrato, es necesario tener en cuenta qué bienes, efectivamente, entregó ISC a BANCOLOMBIA. Esta relación obra en carta del 13 de septiembre de 2004, remitida por la arrendadora a la arrendataria, en la que se lee:

“Medellín, septiembre 13 de 2004

“Señores

“CONAVI

(...)

“Según lo acordado en la reunión para el inicio de la certificación de la versión 2.00 del sistema Firma Dactilar Conavi del pasado viernes 10 de

septiembre del presente año, estamos entregándoles la siguiente información del sistema a certificar:

"MANUALES FIRMA DACTILAR CONAVI VERSION 2.00

(...)

MEDIOS MAGNETICOS FIRMA DACTILAR CONAVI VERSION 2.00

1.CD 1 Cliente:

Instaladores cliente V2.00

Drivers Dispositivos biométricos

2.CD 2 Server:

Instaladores de servidor

3.CD Actualizador

Instaladores actualizador información V1.0 a V2.0

4.CD 4 Manuales

Manuales de cada una de las partes del sistema descritos anteriormente

PLACA DE FUNCIONAMIENTO

Llave HASP Llave I.S.C HM 103 im 97087"

Por otra parte en comunicación del 30 de Junio del año 2009, que aparece como prueba en las copias del proceso ejecutivo tramitado ante el Juzgado 7 Civil del Circuito de Medellín, bajo el radicado 2008-0369, se encuentra un "INFORME INVENTARIO EQUIPOS + SOFTWARE", suscrito por el representante legal de ISC, en el cual se expresa:

"A continuación se presenta el inventario de equipos y software que a la fecha se encuentra en arriendo en Bancolombia CONAVI, de acuerdo con las entregas realizadas en cumplimiento del contrato #222901 y sus otrosís.

"Elementos Software

"• Una 1, licencia del software de Servidor Central sistema de verificación biométrico de huella digital CONAVI. Firma Dactilar Server.

"• Dos llaves de seguridad para el uso del software central de verificación biométrico de huella digital CONAVI. Firma dactilar server.

"• Dos mil veinticinco 2025 licencias del software cliente de verificación biométrico de huella digital CONAVI. Firma dactilar server. Cada licencia permiten el uso de la solución de verificación de huella digital en una caja de pagos o atención al público de BANCOLOMBIA CONAVI.

"Elementos Hardware. Equipos

"• Dos mil cincuenta y cinco 2055 equipos biométricos para la captura y verificación de huellas."

De esta manera, de conformidad con la comunicación a la que se ha hecho referencia, el sistema objeto del Contrato comprendió una licencia de software del servidor central, dos llaves de seguridad para el uso del software central, 2025 licencias del software cliente de verificación y 2055 equipos biométricos. En este punto debe advertirse que por comunicación del 28 de octubre de 2013 de la demandante al Banco, se señala como número de biométricos entregados, el de

2025. Como quiera que esta comunicación es la más reciente y concuerda con las posiciones que las partes han sostenido en el proceso sobre el número de equipos biométricos, partirá el Tribunal de dicho número.

Así las cosas, como las partes estipularon que el Sistema Central de Verificación Biométrico de Huella Digital se suministraba “en forma de arrendamiento”, el Demandado de conformidad con el artículo 2005 del Código Civil, “está obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento”.

Desde esta perspectiva, se encuentra que el Contrato de Arrendamiento terminó el 15 de marzo de 2008, de conformidad con lo pactado en el Otrosí No 2 a dicho contrato, como lo reconocieron el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín, en su providencia del 9 de noviembre de 2010, y el Tribunal Superior de Medellín en sentencia del 15 de septiembre de 2011, dictadas en el proceso ejecutivo adelantado por la Demandante contra la Demandada.

Ahora bien, en el proceso está acreditado que el arrendatario restituyó el 11 de abril de 2014, 1118 equipos, tal como consta en el “Acta de Restitución de Bienes Arrendados” que se transcribe a continuación:

“Paulo Castrillón R. identificado como aparece al pie de su firma, en calidad de Representante Legal de ingeniería Servicios y Consultoría S.A, y JUAN CARLOS URIBE identificado con c.c 70563173 como aparece al pie de su firma, en calidad de Representante Legal de Bancolombia S.A., mediante el presente escrito suscribimos el acta de restitución de los bienes arrendados en virtud del Contrato de Arrendamiento de Sistema Central de Verificación Biométrica de Huella Digital entre Conavi hoy Bancolombia S.A. e Ingeniería servicios y Consultoría S.A. ISC S.A.

“1. Por medio del presente documento se deja constancia de la entrega de los siguientes Bienes:

“a. Ochocientos setenta y cinco (875) Dispositivos Biométricos Biotouch USB200.

“b. Doscientos cuarenta y tres (243) Dispositivos Biométricos MTDFR200

“c. Total de dispositivos Biométricos entregados 1118.

“2. El Representante Legal de Ingeniería Servicios y consultoría declara que los dispositivos fueron revisados y probados en su presencia, lo cuales funcionaron correctamente y se encuentran en buen estado.

“3. Se anexa a esta acta el listado detallado de los dispositivos entregados.

“4. No se entrega software”.

A la luz de lo anterior debe entonces el Tribunal examinar las consecuencias que han de derivarse del hecho de que no se restituyeron los bienes que fueron entregados a título de arrendamiento inmediatamente se terminó el contrato, el 15 de marzo de 2008, y que algunos bienes no han sido aún restituidos al arrendador.

2 La no restitución de los bienes entregados a título de arrendamiento a la terminación del Contrato, la mora del deudor y la mora del acreedor.

2.1 El vencimiento del contrato de arriendo y la mora del arrendatario.

Como ya se señaló, de conformidad con el artículo 2005 del Código Civil el arrendatario está obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento; sin embargo, ello no implica que el arrendador deba indemnizar perjuicios si no se produce la inmediata restitución de la cosa, pues el artículo 1615 del Código Civil dispone que la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor está constituido en mora.

Desde esta perspectiva, debe recordarse que el artículo 1608 del Código Civil establece cuándo el deudor se encuentra en mora y a tal efecto dispone:

“Art. 1608.- El deudor está en mora:

“1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

“2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

“3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”

Si bien por regla general un deudor que no cumple su obligación en el término estipulado, queda en mora, y por ello estaría obligado a resarcir los perjuicios que le causa al acreedor, dicha regla no se aplica en los casos en que la ley establece una regulación distinta. A tal efecto, en materia de arrendamiento debe tenerse en consideración que el artículo 2007 del Código Civil establece:

“Artículo 2007.- Para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aún cuando haya precedido desahucio; y si requerido no la restituyere, será condenado al pleno resarcimiento de todos los perjuicios”.

Por consiguiente, cuando se trata de contratos de arrendamiento, no basta que se extinga el plazo del contrato para que el arrendatario quede en mora de restituir, pues es necesario requerimiento del arrendador para que ello ocurra.

Así las cosas, para que el Banco quedara en mora de restituir los bienes que se entregaron a título de arrendamiento era necesario que existiera un requerimiento por parte del arrendador.

En este punto, ha de observarse que el artículo 2007 del Código Civil exige simplemente un requerimiento, sin disponer que el mismo deba ser judicial, como si lo hace el artículo 1608 del Código Civil. Sobre este punto ha dicho la Corte Suprema de Justicia²⁷:

"Los requerimientos que exige la ley para constituir en mora de restituir al arrendatario, no deben ser forzosamente judiciales. El art. 2007 determina que para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio; o sea que en dicha disposición se ha previsto uno de los casos especiales de que trata el ord. 1o del art. 1608, relacionado con la mora del deudor".

Ahora bien, la Demandante ha sostenido que el requerimiento exigido por la ley se produjo en la audiencia de conciliación realizada en la Cámara de Comercio de Medellín el 16 de Julio de 2008. A este respecto el Tribunal encuentra que en dicha Acta consta lo siguiente:

"El conciliador concede inicialmente el turno de la palabra al representante legal de la sociedad solicitante y a su apoderado Dr. HUGO CASTRILLÓN ALDANA quienes ratifican los hechos y las peticiones planteadas en la solicitud de celebración de audiencia presentada el día veinte (20) de junio de 2008, que no son otras que:

"Sírvasse hacer comparecer a su despacho al representante legal de la entidad convocada a fin de que se intente la conciliación con base en los hechos narrados, concretamente el hecho sexto y séptimo de esta solicitud, además de querer que se paguen los cánones de arrendamiento del contrato de arrendamiento celebrado y vigente hasta el 31 de octubre del 2008 y que se haga la restitución de los 2.055 equipos biométricos para verificación de huellas." (se subraya)

De acuerdo con lo transcrito, el Tribunal encuentra que existió una manifestación de voluntad de la Demandante en la Audiencia de Conciliación mencionada solicitando que se restituyeran los bienes arrendados.

En todo caso ha de observarse que la Demandada ha señalado que desde antes de la terminación del contrato manifestó la voluntad de restituir la cosa, arrendada, lo que reiteró posteriormente, por lo que considera que lo que existió fue una mora del acreedor en recibir los bienes arrendados lo que exonera la responsabilidad al deudor.

²⁷ Sentencia del 23 febrero 1951, Gaceta Judicial tomo LXIX, página 280

En relación con lo anterior el Tribunal considera necesario, en primer lugar, examinar el régimen previsto por la ley en lo relacionado con la *mora creditoris* y sus efectos, para después analizar el presente caso.

2.2 La mora creditoria.

Cuando el acreedor no recibe la prestación debida en el momento y lugar que el deudor debe cumplirla, el Código Civil consagra el mecanismo de pago por consignación en los artículos 1656 e, igualmente, contempla otras reglas en caso de mora del acreedor. Como se verá a continuación dichas instituciones son distintas tanto en los requisitos que contemplan como en sus efectos.

2.2.1 Las diferentes reglas aplicables en caso de que el acreedor no reciba el pago.

En materia de pago por consignación el estatuto civil prevé que el deudor debe hacer una oferta que debe reunir los requisitos contemplados en el artículo 1658 del Código Civil y que se concretan en una demanda de oferta de pago (artículo 381 del Código General del Proceso), la que debe reunir los requisitos de toda demanda. Si la demanda reúne los requisitos legales exigidos por el estatuto civil y el estatuto procesal, el juez autoriza la consignación. La consignación, una vez se haya declarado la validez del pago por sentencia, determina la extinción de la obligación y “en consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor” desde el día de la consignación (artículo 1661 del Código Civil). Por consiguiente, dispone el Código General del Proceso que la sentencia ordenará la cancelación de los gravámenes constituidos en garantía de la obligación, la restitución de los bienes dados en garantía, la entrega del depósito judicial al demandado y la entrega de los bienes a este por el secuestre (artículo 381 del Código General del Proceso).

Por otra parte, existen otras disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio que se refieren a la mora del acreedor. En este sentido el artículo 1605 del Código Civil dispone:

“ARTICULO 1605. OBLIGACION DE DAR. La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir”. (Se subraya)

Por su parte, el artículo 1739 del mismo Código establece:

“ARTICULO 1739. PERDIDA DE LA COSA DURANTE LA MORA DEL ACREEDOR. La destrucción de la cosa en poder del deudor, después que

ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo.” (se subraya)

Una regla semejante consagra el artículo 1883 del Código Civil en materia de compraventa, al disponer:

"ARTICULO 1883. MORA DEL COMPRADOR EN RECIBIR. Si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y sólo será ya responsable del dolo o de la culpa grave". (Se subraya)

Adicionalmente, en materia de compraventa mercantil, en la cual a diferencia de lo que ocurre en la regulación civil, el riesgo de la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor es del vendedor hasta la entrega de la cosa, el Código de Comercio establece:

"Artículo 929. En la venta de un "cuerpo cierto", el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor, salvo que el comprador se constituya en mora de recibirlo y que la fuerza mayor o el caso fortuito no lo hubiera destruido sin la mora del comprador. En este último caso, deberá el comprador el precio íntegro de la cosa".

De esta manera, de conformidad con el Código Civil cuando el acreedor no accede a recibir el pago y se produce el pago por consignación se extingue la obligación.

Por el contrario, cuando el acreedor simplemente está en mora de recibir, el deudor de una cosa sólo responde en su conservación por la culpa grave o dolo, y por consiguiente, no responde de la culpa leve. En materia de compraventa el Código Civil agrega, además, que el comprador debe abonar el alquiler de aquello en que se contenga lo vendido, es decir que el comprador debe pagar al vendedor los gastos en que incurra en la conservación de la cosa a partir de su mora en recibir. Si bien esta regla sólo está expresamente consagrada para la compraventa, considera el Tribunal que la misma debe ser igualmente aplicable a cualquier evento en que el acreedor se encuentra en mora de recibir, pues ella responde al principio de que toda persona que comete un hecho ilícito civil, debe responder por los perjuicios que cause. Si el acreedor no recibe la cosa, en el momento en que el deudor busca cumplir con su obligación de entregarla, el acreedor no cumple con su deber de obrar conforme a la buena fe y por ello debe reparar los daños que su conducta cause. Finalmente, de conformidad con el artículo 929 del Código de Comercio, la mora del comprador en recibir la cosa determina que el riesgo de la pérdida de la cosa por fuerza mayor o caso fortuito es del acreedor.

2.2.2 Los efectos de la mora creditoria en materia de responsabilidad

A la luz de las normas transcritas la mora del acreedor tiene diversas consecuencias entre las cuales se encuentra la disminución de la diligencia que le es exigible al deudor, pero dicha mora no significa que el deudor quede exonerado de toda responsabilidad, pues en todo caso responde si incurre en culpa grave o dolo.

Ahora bien, el Banco sostiene que los efectos de la constitución en mora del acreedor, incluyen no sólo la modificación del grado de diligencia que le es exigible al deudor, sino también, el hecho de que a partir de ese momento no se puede considerar al deudor en mora para efectos de que el mismo sea responsable por los perjuicios causados.

Como quiera que el Código Civil no consagra expresamente dicha regla es necesario precisar si la misma se puede desprender del régimen que el mismo consagra.

A este respecto debe observarse que el artículo 1663 del Código Civil que regula el pago por consignación establece que *“El efecto de la consignación válida es extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor; todo ello desde el día de la consignación.”* (se subraya)

El tenor de la norma transcrita indicaría que sólo a partir de la consignación válida dejan de causarse intereses, lo que implicaría que no bastaría una oferta de pago por el deudor. Sin embargo, esta conclusión es criticable, pues si se reconoce como válida una oferta de pago que da lugar a la consignación, no puede considerarse que a pesar de que la oferta fue válida, puedan continuar generándose intereses o perjuicios moratorios a partir de la oferta, pues quien está en mora de recibir es el acreedor, y es él quien incurre en una conducta reprochable, y como ha dicho la doctrina refiriéndose al derecho romano, la *mora creditoris* y la *mora debitoris* no pueden existir respecto de una misma obligación²⁸. En este sentido ha señalado la Corte Suprema de Justicia que *“el deudor para evitar los efectos de su mora, se contenta con hacer en incurrir al acreedor en la mora de recibir”*²⁹, es decir que de acuerdo con la posición de la Corte Suprema de Justicia a partir del momento en que el acreedor está en mora de recibir no pueden producirse en cabeza del deudor los efectos de la mora.

²⁸ Reinhard Zimmermann. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civil Law Tradition, ed Oxford. 1996, página 823.

²⁹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de septiembre de 1931. G.J., t. XXXIX, pág. 430.

Es por ello que la doctrina se orienta en el sentido de considerar que los intereses a que hace referencia el artículo 1663 del Código Civil y que dejan de causarse a partir de la consignación, son los denominados remuneratorios, y no los moratorios, y por ello estos últimos deberían dejar de causarse a partir de la oferta. En este sentido es pertinente recordar que Álvaro Pérez Vives señalaba a propósito del pago por consignación³⁰:

“La declaración de validez de un pago hecho por consignación reviste gran interés: de una parte, y aunque la ley no lo diga, a partir de la oferta válidamente presentada cesa la mora del deudor si ya existía; y si el deudor no alcanzó a incurrir en ella, posteriormente a esa oferta no lo estará ya. De consiguiente, es incomprensible que el Código, al retrotraer los efectos de la declaración de validez del pago por consignación, señale el día en que ésta se cumple, de manera indiscriminada, como el punto de partida de los efectos de dicha consignación.

“Creemos que aquí deben distinguirse dos fenómenos diferentes: los efectos de la declaración, en relación con la mora del deudor, y los efectos de esa declaración en relación con la existencia de la obligación misma. Es a esta última situación a la que se refiere el art. 1663 del C.C. La primera fue olvidada.

“Desde el punto de vista de la mora (caso no regulado por el Código), salta a la vista que desde el momento en que el deudor estuvo en disposición de cumplir su obligación y lo hizo saber mediante la oferta directa al acreedor, éste carece de razón para afirmar que el deudor esté en mora de hacer un pago que el propio acreedor no quiere recibir. Por lo tanto, los intereses moratorios y los perjuicios por la demora, carecen de razón de ser a partir de la oferta de pago.” (se subraya)

Como se puede apreciar, para Pérez Vives desde que el deudor hace la oferta que la ley regula en el pago por consignación, el deudor no está en mora, y por ello no debe intereses ni perjuicios por la mora, sin perjuicio de que se sigan causando los intereses propios de la obligación.

Es importante observar que una orientación semejante es compartida por la Corte Suprema de Justicia de Chile, frente a una regulación similar en el Código Civil Chileno, según expresan Alessandri, Somarriva y Vodonovic³¹ quienes indican:

³⁰ Álvaro Pérez Vives. *Teoría General de las Obligaciones*. Volumen III. Segunda Edición. 1957. Universidad Nacional de Colombia. Página 355.

³¹ Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U., Antonio Vodonovich H., *Tratado de las Obligaciones*. Volumen II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 2004, página 90.

“La Corte Suprema ha declarado que los intereses a que se refiere el artículo 1605 del Código Civil ‘o sea aquellos que el deudor está obligado a pagar no obstante la mora del acreedor, hasta la consignación, son los intereses compensatorios estipulados en las cláusulas del contrato o que se deben por disposición de la ley, pero no son las penas o indemnizaciones de perjuicios, sea que se les de el nombre de intereses penales o cualquier otro”.

2.2.3 La naturaleza de la oferta que debe hacer el deudor para constituir en mora al acreedor.

Ahora bien, habida cuenta que la oferta a que hace referencia el artículo 1663, se refiere a la que se hace como parte del proceso de pago por consignación, es necesario establecer si para que exista mora creditoria en casos como el que se examina y por ello el deudor deje de ser responsable de los perjuicios por la mora, es necesario que se haya realizado la oferta propia del pago por consignación. En efecto, a nivel de derecho comparado se ha discutido³² si ello podría ocurrir con un requerimiento del acreedor al deudor, en forma semejante a como el acreedor debe requerir a deudor para constituirlo en mora; o si ello sólo ocurre con la formulación de la oferta que prevé el Código Civil cuando regula el pago por consignación o si, finalmente, ello opera cuando se produce una oferta de pago.

Si se analiza el régimen en el Código Civil se aprecia que como se dijo atrás, además de las normas del pago por consignación, existen otras disposiciones que hacen referencia a la mora del acreedor. En particular es relevante señalar que el artículo 1739 del Código Civil determina que el deudor no es responsable por la destrucción de la cosa que debe entregar, después que la cosa *“ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla”* salvo cuando el deudor haya incurrido en culpa grave o dolo.

De conformidad con esta norma lo que se requiere para que el deudor vea disminuido el grado de diligencia que le es exigible es que el mismo ofrezca la cosa al acreedor. Si el deudor no tiene que tener la misma diligencia que se le exige ordinariamente, sino una menor, es claro que en tales casos el mismo no se encuentra en mora, pues es el acreedor quien está en mora de recibir. Por consiguiente, en los demás casos en que la ley hace referencia a la mora del acreedor debe aplicarse el mismo criterio y entenderse que ella ocurre desde que el deudor ofrece la cosa debida.

³² Jorge Giorgi. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. Ed Reus Madrid, Volumen VII, página 121 y siguientes, señalaba las diferentes posiciones que podrían adoptarse sobre el tema y las discusiones en derecho francés.

Ahora bien, la ley no exige que la oferta del artículo 1739 sea aquella que el Código Civil contempla al regular el pago por consignación, ni prevé que ella deba requerir alguna formalidad. A este respecto es pertinente destacar la diferencia entre el régimen de la oferta que conduce a la mora del acreedor, y la oferta que permite realizar el pago por consignación. La primera no determina la extinción de la obligación, sino que disminuye el grado de diligencia que le es exigido al deudor, quien solo responde de la culpa grave o el dolo; impone al acreedor indemnizar al deudor los gastos en que este incurre por razón de la mora del acreedor en recibir; invierte los riesgos de la cosa en el Código de Comercio, y finalmente excluye la mora deuditoria. Por el contrario, la oferta propia del pago por consignación, seguida por la consignación que autoriza el juez, conduce, si finalmente se produce sentencia a favor de quien hizo la consignación, a la extinción de la obligación con efectos plenos a partir de dicha consignación.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido que la mora creditoria surge del ofrecimiento de pago, sin que sea indispensable acudir a las reglas del pago por consignación. En este sentido en sentencia del 16 de septiembre de 1931 en un caso en que se discutía si un arrendatario se encontraba en mora, cuando se había allanado a cumplir, pero la persona diputada para el pago no le recibió, la Corte expresó:

“En sentir de la Corte, el pago por consignación es indispensable para el cumplimiento de la obligación, pero no para establecer el allanamiento del deudor a cumplirla, porque una cosa es el cumplimiento y otra el allanamiento de él. Así, pues, cuando el deudor para evitar los efectos de su mora, se contenta con hacer en incurrir al acreedor en la mora de recibir, le basta allanarse a cumplir mediante el ofrecimiento de pago. Esta distinción, por lo demás, viene reconocida desde derecho antiguo, según la máxima latina que, traducida, dice que la oferta basta para impedir la mora, pero no para extinguir la obligación”.³³ (se subraya)

Igualmente Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodonovic expresan que se ha discutido si la oferta para constituir al acreedor en mora debe cumplir con los requisitos de la oferta contemplada en el pago por consignación y al respecto señalan³⁴:

“Finalmente, la mayoría de los autores sostiene que la oferta no requiere de formalidad alguna; afirman que puede hacerse de cualquier manera. Se invoca en pro de esta tesis la disposición del artículo 1680, que es una de las que consideran la mora del acreedor y ella solo habla de la cosa

³³Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de septiembre de 1931. G.J., t. XXXIX, pág. 430.

³⁴ Tratado de las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, Volumen 2, página 309.

ofrecida al acreedor sin exigir a tal ofrecimiento formalidad alguna. Se estima que basta que la oferta ponga de manifiesto la voluntad del deudor de cumplir realmente la obligación en la forma convenida... Además, estos autores que sostienen que basta la oferta simple para la constitución en mora del acreedor, hacen hincapié en que la mora es diferente del pago por consignación, pues mientras que con este el pago el deudor extingue que la obligación y se libera de ella, con la constitución en mora solo deja constancia de la resistencia o no comparecencia del acreedor a recibir la cosa debida, logrando de este modo el deudor disminuir la responsabilidad. De ahí que la oferta en el caso de la mora, menos trascendente que la del pago por consignación, no requiere las formalidades de ésta.”

Así mismo don Luis Claro Solar expresa³⁵:

“La ley habla de la constitución en mora del acreedor; pero no expresa cómo cuándo se verifica esta constitución en mora. A su respecto esta expresión no tiene el mismo sentido que se le da respecto del deudor, y parece más bien, como lo expresa el art. 1680, que se trata solamente del retardo del acreedor en recibir la cosa que el deudor le ofrece, poniendo así un obstáculo al cumplimiento de la obligación del deudor.

“La ley da al deudor que quiere solucionar su obligación el derecho de pagar por consignación a su acreedor que se resiste a recibir o no se presenta en el lugar del pago el día que debe éste efectuarse; pero el deudor no está obligado a usar esta forma de pago. El deudor puede limitarse a hacer al acreedor una simple oferta de entrega de la cosa, no las ofertas reales exigidas en el pago por consignación; si el acreedor guarda silencio y nada dice para recibir la cosa, cesa la responsabilidad del deudor proveniente de la culpa leve o levísima a que pudiera estar obligado”.

En el mismo sentido el profesor Fernando Hinestrosa expresa³⁶:

“Se dice que el acreedor entra en mora sólo una vez que le ha sido ofrecida la cosa (cfr. 293 BGB: art. 1739 c.c.). Pero, ¿qué se entiende por ofrecimiento de la cosa o de la prestación? El ordenamiento, frente a situaciones frecuentes de habilidosidades de acreedores ansiosos de colocar en mora a sus deudores incautos o desprevenidos, para sacar ventaja de esa situación (ejercicio de la acción resolutoria, de la restitutoria, aceleración del pago), ha vuelto por la defensa del deudor pandonoroso. Sin embargo, al lado de tales casos extremos, han de contemplarse las situaciones ordinarias, con la advertencia de que no es dable exigirle al deudor que se precipite a hacer la oferta judicial, y de que

³⁵Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, ed. Jurídica de Chile, Santiago 1980, Tomo Undécimo, página 750.

³⁶. Tratado de las Obligaciones, Tomo I. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 3ª ed. pág 674.

no hay fundamento para sostener que la mora creditoris presupone una oferta formal específica.”

De todo lo anterior concluye el Tribunal que de acuerdo con el ordenamiento colombiano, el acreedor incurre en mora cuando no recibe la cosa, a pesar de la oferta del deudor.

Ahora bien, es claro que para que exista una conducta reprochable del acreedor es necesario que la oferta del deudor de entregar la cosa o cumplir en general la prestación se refiera a lo que ha de entregarse, en el momento en que ello ha de hacerse y en la forma debida³⁷. En efecto, el acreedor no está obligado a recibir una prestación que no es conforme a la obligación pactada, y por ello una oferta en tal sentido no puede constituirlo en mora.

2.3 Examen de la situación en el presente caso.

Si con base en lo anterior se examina la situación sometida a este Tribunal se encuentra lo siguiente sobre la existencia de mora del acreedor:

Obra en el proceso la comunicación del 1º de febrero de 2008 en la que el Grupo Bancolombia expresa (Es un Anexo de la Contestación de la Demanda):

“Por medio de la presente se le comunica a ISC la decisión de BANCOLOMBIA de no renovar el contrato de ‘Arriendo del sistema central de verificación biométrico de huella digital’ que se vence el 15 de marzo de 2008”.

Como se puede apreciar, en dicha comunicación no se hizo manifestación alguna en torno a la restitución por parte del Banco de los bienes arrendados.

Por comunicación del 20 de febrero de 2008, el Grupo Bancolombia expresó:

“Teniendo en cuenta la revisión en detalle de la totalidad de los documentos suscritos con la entidad que usted representa, nos permitimos ratificarle la posición del Banco que la fecha de terminación del contrato es el 15 de Marzo de 2008, como fue estipulado en el Otrosí No 2 firmado por las partes el 2 de Diciembre de 2003”.

“De esta manera esperamos haber atendido sus inquietudes y quedamos a la espera de sus instrucciones para realizar la entrega de los equipos”.

³⁷ Zimmerman, ob cit, página 819.

Es evidente que en esta comunicación se encuentra una manifestación de voluntad del Banco de proceder a la restitución de la cosa, para lo cual solicitó instrucciones.

Por otra parte, en la audiencia de conciliación realizada en la Cámara de Comercio de Medellín el 16 de julio de 2008 se expresó, según consta en el Acta de la misma:

“El conciliador concede inicialmente el turno de la palabra al representante legal de la sociedad solicitante y a su apoderado Dr. HUGO CASTRILLÓN ALDANA quienes ratifican los hechos y las peticiones planteadas en la solicitud de celebración de audiencia presentada el día veinte (20) de junio de 2008, que no son otras que:

“Sírvasse hacer comparecer a su despacho al representante legal de la entidad convocada a fin de que se intente la conciliación con base en los hechos narrados, concretamente el hecho sexto y séptimo de esta solicitud, además de querer que se paguen los cánones de arrendamiento del contrato de arrendamiento celebrado y vigente hasta el 31 de octubre del 2008 y que se haga la restitución de los 2.055 equipos biométricos para verificación de huellas.”

“A renglón seguido y luego de escuchar al representante legal de la sociedad Solicitante PAULO CASTRILLON RESTREPO y a su apoderado Dr. HUGO CASTRILLÓN ALDANA, el Conciliador concede el turno de palabra al representante legal de la sociedad Solicitada Dr. DARÍO SÁNCHEZ MÚNERA quien manifiesta que:

“De acuerdo a la interpretación Jurídica del contrato de arrendamiento celebrado por la entidad que representa, entienden que el contrato de arrendamiento se dio por terminado, hace unos meses atrás, que la entidad que representa no tiene ánimo conciliatorio y que ya se le había notificado a la sociedad Solicitante que los equipos estaban empacados y a su disposición para que los recoja en la sede que tiene BANCOLOMBIA S.A. en Santillana en la ciudad de Medellín.

Ante la postura de entidad Solicitada, el Conciliador decide levantar una CONCTANCIA (sic) DE NO ACUERDO...” (Se subraya)

De acuerdo con el texto del Acta, el acreedor solicitó la restitución de 2055 equipos biométricos para la verificación de huellas y el deudor manifestó que los equipos estaban empacados a disposición del acreedor en la sede del Banco en Santillana en la ciudad de Medellín. Aprecia el Tribunal que en este caso existió una clara oferta por parte del deudor de entregar los equipos, lo que implicaba una mora del acreedor de recibir tales bienes.

Es importante destacar que la oferta realizada se refirió a los equipos, y no incluyó los CDS de instalación que habían sido entregados. Conclusión que se reafirma si

se tiene en cuenta que cuando se acordó posteriormente la restitución solo se entregaron equipos biométricos.

A lo anterior vale la pena agregar que la Demandante consideraba en ese momento que el contrato de arriendo se encontraba vigente y por ello inició un proceso ejecutivo para cobrar los cánones de arrendamiento por los períodos mensuales que van desde el 16 de marzo de 2008 hasta el 15 de octubre del mismo año. Por consiguiente, es claro que la arrendadora no estaba dispuesta a recibir los bienes entregados a título de arriendo antes del 15 de octubre de 2008 y por ello el arrendatario no podía estar en mora de restituir.

3 El cumplimiento de la obligación de restitución

Consta en el expediente que por comunicación del 27 de marzo de 2014 el Banco manifestó:

“Medellín 27 de Marzo de 2014.

“Señor

“Paulo Castrillón R.

“Gerente de Ingeniería Servicios y Consultoría

“De acuerdo con el contrato de arrendamiento número 2229-01 y los otros sí números 1,2,3 y 4 celebrado con ISC S.A, y CONAVI hoy BANCOLOMBIA S.A, cuyo objeto era el arrendamiento del Sistema Central de Verificación Biométrico de Huella Digital, le informamos que en cumplimiento de la obligación de restituir el bien, el día 28 de marzo de 2014 a partir de las 9:00 am estaremos a su disposición para hacer entrega de los bienes objeto de arrendamiento, en la Calle 14 No.52 a 20 de Medellín; en caso de no poder asistir para hacerle entrega, estaremos atentos a recibir su comunicación en la cual nos indique el lugar, fecha y hora donde debemos hacerle entrega de los bienes.

“Una vez se encuentre en la dirección antes indicada, el contacto para la entrega será el señor Andrés Salazar Sepúlveda.

“Para cualquier información estaremos atentos a recibir información en el tel...”

Por otra parte, el 11 de abril de 2014 se realizó la restitución de 1118 equipos como consta en la respectiva acta, a la que ya se hizo referencia, en la cual se expresó:

“1. Por medio del presente documento se deja constancia de la entrega de los siguientes Bienes:

“a. Ochocientos setenta y cinco (875) Dispositivos Biométricos Biotouch USB200.

“b. Doscientos cuarenta y tres (243) Dispositivos Biométricos MTDFR200

“c. Total de dispositivos Biométricos entregados 1118.

“2. El Representante Legal de Ingeniería Servicios y consultoría declara que los dispositivos fueron revisados y probados en su presencia, lo cuales funcionaron correctamente y se encuentran en buen estado.

“3. Se anexa a esta acta el listado detallado de los dispositivos entregados.

“4. No se entrega software”.

Ahora bien, del contenido de dicha acta se desprende que no se restituyó la totalidad de los equipos biométricos ni el software. A este respecto el apoderado de la Demandada señala que ISC sólo quiso recibir un poco más de la mitad de los equipos (1118). Expresa que el resto de equipos no fue recibido por ISC argumentando que no se encontraban en buen estado, a pesar de que ello no es cierto, pues como se acreditó en el proceso, los biométricos simplemente tenían el desgaste natural y propio de unos 7 u 8 años de uso, más 6 de almacenamiento.

Desde esta perspectiva aprecia el Tribunal que de acuerdo con el Inventario que obra en el expediente, se entregaron en arriendo 2025 equipos, pero sólo se restituyeron 1118.

Lo anterior implica que en principio el arrendatario incumplió sus obligaciones. A este respecto debe observarse que el Demandado sostiene que el Demandante se negó a recibirlos porque no estaban en buen estado; que lo que afirma la Demandante no era cierto pues los biométricos simplemente tenían el desgaste natural.

En el presente caso, ante la obligación que tenía el Banco de restituir y el hecho de que el Demandante no recibió alegando el deterioro del bien, le correspondía al Banco demostrar que el deterioro de los bienes corresponde al desgaste natural. Lo anterior además si se tiene en cuenta que en el Acta de restitución el Banco no dejó constancia de su desacuerdo con el Demandante, quien afirmaba que los equipos no se encontraban en buen estado.

Desde este punto de vista se advierte que en el curso del proceso se recibió la declaración del señor Juan Carlos Olarte Correa, gerente de la Gerencia de Plataformas Distribuidas de Bancolombia, quien expresó:

“PREGUNTADO: *¿Nos podría decir usted si usted conoció personalmente esos equipos biométricos en el 2014, cuando se iban a ser devueltos...?*

CONTESTÓ: *Sí, cuando se hizo el proceso de solicitud de entrega, pues, estuvimos haciendo un reconocimiento de algunos de esos equipos que*

estaban en la bodega de Bancolombia, almacenados; y pues, en ese proceso me tocó conocer algunos de ellos, el estado en que se encontraban. **PREGUNTADO:** Sí, ¿nos podría indicar las características que tenían esos equipos biométricos?, ¿cómo eran? **CONTESTÓ:** Pues, realmente eran dispositivos que ya tenían un nivel de uso en el tiempo, de acuerdo a lo que habíamos hablado, y algunos deterioros ya también por el uso, ¿cierto?, era lo que yo, básicamente, podría decir; algunos de ellos tenían algunas rayones y cosas, pues, del proceso de almacenamiento. **PREGUNTADO:** Pero técnicamente de los equipos, por ejemplo, la conexión que esos equipos tenían... **CONTESTÓ:** Ah, bueno, en cuanto a la conexión, teníamos equipos que eran de conexión USB y de conexión de puerto paralelo, que para ese momento, pues, de acuerdo a lo que..., a mí conocimiento, pues, (...) es un equipo ya demasiado obsoletos por el tema de conectividad, al menos los paralelos, los USB todavía tenían algún, digamos, estaban en una situación acorde a la tecnología, posiblemente deteriorados en el tiempo y posiblemente, también con temas de obsolescencia, ¿cierto?, pero que al menos eran un poquito más modernos, pues, digámoslo así”.

Más adelante expresó:

“**PREGUNTADO:** Perfecto. Usted, en respuesta anterior, nos dice que en 2014 se hizo la devolución de los equipos a ISC, ¿qué le consta a usted al respecto?, ¿cómo se hizo esa devolución? **CONTESTÓ:** A ver... EL TRIBUNAL, PRESIDENTE. **PREGUNTADO:** ¿Qué se devolvió? **CONTESTÓ:** Se devolvieron unos dispositivos biométricos. Fueron alrededor de milciento y dieciocho..., ciento y algo. Esos dispositivos, en su momento, pues, en compañía de una persona de ISC que fue, estuvo haciendo la verificación y digamos, que se seleccionaron, de acuerdo a unas condiciones que él consideraba adecuadas, una cantidad de equipos y eso fue lo que se le devolvió. REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA. **PREGUNTADO:** ¿En qué lugar se hizo esa restitución? **CONTESTÓ:** Esa restitución se hizo en la bodega, si no estoy mal, en la bodega de -Suppla (No es clara la palabra)-, la bodega que tiene Bancolombia, si no estoy mal. EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: Perdón, Señor Apoderado. Don Juan Carlos, El Tribunal está entendiendo que el banco no devolvió más equipos porque ISC puso alguna objeción a algunos de ellos -(...) EL DECLARANTE: Así, así es. (Hablan ambos interlocutores al mismo tiempo)-. EL TRIBUNAL, PRESIDENTE. **PREGUNTADO:** Si eso fue así, ¿qué objeciones les hicieron? **CONTESTÓ:** Sí, las objeciones de las que yo tuve conocimiento, fue en una..., se hizo una validación de cada uno de los equipos conectándolos a un dispositivo y ver la calidad de la imagen. Algunas eran muy borrosas, entonces, esos definitivamente fueron descartados y algunos por deterioro y otros porque se les había, digamos, partido el cable de conectividad. Básicamente, esos fueron como las condiciones de las cuales yo tengo conocimiento. **PREGUNTADO:** ¿Y era que el banco debía devolver esos equipos en perfecto estado de uso? **CONTESTÓ:** Pues, el banco los debió haber devuelto en su momento, en unas condiciones óptimas, con el deterioro normal del uso que pudieran tener, más el tema del periodo que estuvieron en bodega. **PREGUNTADO:** Usted dice: “Debió haberlos devuelto en su momento”, ¿es que esa devolución fue tardía...? **CONTESTÓ:** Yo creería que no fue tardía, porque

hasta donde tengo entendido, de lo que he escuchado, el banco le quiso hacer la entrega en un periodo equis del tiempo en que estuvo el conflicto y por alguna razón no fueron recibidos y debido a eso, pues, ese es el conocimiento que tengo de eso. **PREGUNTADO:** Hasta ahí vamos, en este momento. REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA. **PREGUNTADO:** Los, los dispositivos que no recibió ISC, ¿dónde están en este momento? **CONTESTÓ:** En este momento los tenemos en la bodega, son alrededor de 436 equipos más o menos. 36 o 39, más o menos. **PREGUNTADO:** ¿Esos equipos en qué estado se encuentran? **CONTESTÓ:** Pues, esos equipos, los que están allá, son algunos que tienen el cable partido y los otros que están deteriorados, según, pues, con algún tipo de deterioro o por lo que no cumplían con las expectativas de la imagen cuando se leía la huella, era muy borrosa o algo, entonces, se decidieron descartar en el momento, ese es el estado de eso. **PREGUNTADO:** Según su conocimiento, el estado en el que se encuentran, ¿estaban deteriorados por el uso normal?, pues, o sea, ¿admitían alguna reparación?, ¿en qué estado se encuentran, más técnicamente, más específicamente? **CONTESTÓ:** Pues, yo diría que después de un uso de, no sé, los mismos 8 años que diría yo que estuvieron rodando por ahí, fueron como 4 o 5 años de uso, pero yo creo que tienen un deterioro normal, y adicionalmente, si le sumamos a eso, pues, el tema de la bodega, pues, el bodegaje donde estaban almacenados, posiblemente, diría yo que estaban en condiciones normales para el periodo que tenía esos equipos...

INTERROGA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE, Ingeniería Servicios y Consultoría S.A., (ISC), Doctor, Martín Giovani Orrego Moscoso. Muchas gracias, Señor Presidente. **PREGUNTADO:** Bueno, Don Juan Carlos, tengo una inquietud, y es: ¿usted revisó personalmente esos biométricos o no?, los que le iban a ser entregados a ISC. **CONTESTÓ:** Yo personalmente no los revisé la totalidad, pero sí vi el estado en el que estaban algunos de ellos y vi el empaque donde estaban los equipos en ese momento. O sea, uno a uno, yo no estuve en la conectividad donde se probaron uno a uno pero sí los conocí. **PREGUNTADO:** Usted, entonces, ¿usted los conoció? **CONTESTÓ:** Sí. **PREGUNTADO:** De los que usted conoció, ¿usted los revisó con conexión?, ¿o no?, conectándolos. **CONTESTÓ:** No. **PREGUNTADO:** No. ¿Usted en lo único que se fundamenta es en el informe que le dio Gustavo Zuluaga? **CONTESTÓ:** Sí, Señor, sí, Señor. **PREGUNTADO:** Entonces, se podría decir que los biométricos que le entregaron al Señor Castrillón, que usted dice que se le entregaron a él, ¿esos biométricos estaban funcionando de acuerdo a la calidad de imagen? **CONTESTÓ:** De acuerdo a lo que me dijeron, yo diría que en las condiciones óptimas, no estaban, de acuerdo a lo que me dijo, o sea, tenían una calidad de la imagen mucho mejor, pero no era la óptima. De acuerdo a lo que me dijeron. O sea, la imagen que estaba..., cuando hacían la lectura de la huella, no era la más óptima. Se veía más clarita, digámoslo así. **PREGUNTADO:** O sea, que el Señor Paulo Castrillón, recibió unos biométrico sin calidad buena. **CONTESTÓ:** Con el deterioro del uso normal del periodo que tenían. **PREGUNTADO:** ¿Usted conoce de biométricos? **CONTESTÓ:** Experto en ese tema, no soy. **PREGUNTADO:** ¿No es experto en el tema de biométricos? **CONTESTÓ:** No, no. **PREGUNTADO:** O sea, que no sabe cómo es la calidad de las imágenes

buenas o regulares o malas de los biométricos. **CONTESTÓ:** Pues, yo no me atrevería a decir que no sé cuál es la calidad, no soy experto en la lectura, pero si uno empieza a mirar imágenes de lector de huellas, ¿cierto?, la calidad de una huella, con respecto a otra, sí puede darse uno cuenta, cuando está bueno o no, sin ser experto, en el tema de lecturas, pero la imagen sí es..., desde mi punto de vista, y por eso lo digo, del conocimiento que tengo, pensaría yo, que ese nivel de lectura o la imagen que estaba dando la huella, para un nivel de certeza, digámoslo así, de fidelidad de la imagen, yo diría que no. De fidelidad, desde mi punto de vista. **PREGUNTADO:** ¿Con lo que le informó el Señor Gustavo Zuluaga...? **CONTESTÓ:** Con lo que me informó el Señor Gustavo Zuluaga. **PREGUNTADO:** Déjeme leer, le voy a hacer una pregunta. Con lo que le informó el Señor Gustavo Zuluaga a usted, ¿los biométricos recibidos por el señor Paulo Castrillón no sirven para la verificación de la huella? **CONTESTÓ:** Vuelvo y reitero, puede leer la huella, pero para un nivel de confidencialidad de un sistema de alta..., que requiera, pues, un nivel de confidencialidad muy alto, yo diría que no. Para otros sistemas por ahí, donde no sea importante esa calidad, posiblemente sí funcione; que diría que también es muy poco probable, pero existirán donde lo utilicen".(se subraya)

A juicio del Tribunal la declaración anterior no permite acreditar que los bienes que se negó a recibir la Demandante sólo tenían el deterioro propio del uso natural. En efecto, el declarante no verificó el mismo el estado de dichos dispositivos y tampoco es un técnico en la materia. A lo anterior se agrega que cuando se produjo la entrega y recepción por la Demandante de una serie de equipos el Banco no dejó constancia de que los equipos que no se recibían estaban en condiciones adecuadas tenían en cuenta su uso natural. En este punto además debe destacarse que el testigo señaló que “tenemos en la bodega, son alrededor de 436 equipos más o menos. 36 o 39, más o menos”, cuando los equipos faltantes son 907. Por consiguiente, ha de concluirse que el Banco perdió 471 equipos.

Por lo anterior, concluye el Tribunal que el Banco incumplió su obligación de restitución respecto de 907 dispositivos biométricos.

Por otra parte, en el acta de restitución de los equipos no consta que se haya restituido igualmente los CDs que se entregaron con el software de instalación, ni la llave HASP.

A este respecto conviene señalar que de conformidad con la comunicación del 13 de septiembre de 2004 se entregaron los siguientes elementos en materia de software:

“MEDIOS MAGNETICOS FIRMA DACTILAR CONAVI VERSION 2.00
1.CD 1 Cliente:
Instaladores cliente V2.00

Drivers Dispositivos biométricos
2.CD 2 Server:
Instaladores de servidor
3.CD Actualizador
Instaladores actualizador información V1.0 a V2.0
4.CD 4 Manuales
Manuales de cada una de las partes del sistema descritos anteriormente
PLACA DE FUNCIONAMIENTO
Llave HASP Llave I.S.C HM 103 im 97087”

Ahora bien, en el anexo al contrato se dispone lo siguiente en materia de software:

“Las licencias serán efectivas desde la fecha de entrega de la solución hasta el término de presente contrato.

“Al finalizar el término de las licencias, si no se llega a un acuerdo de continuidad, el licenciado deberá devolver o destruir todas las copias del software y la documentación correspondiente.

“Excepto los derechos otorgados en los numerales 1 y 2 para cada licencia, El licenciado no podrá: darle otros usos, copiar, modificar, distribuir, sublicenciar, vender, rentar, alquilar o transferir en cualquier medio, incluido telecomunicaciones, el software licenciado.

“El licenciado podrá realizar copias de seguridad del sistema para procesos de soporte y mantenimiento.

“El licenciado usará sus mejores esfuerzos y tomará todas las medidas necesarias para proteger el software de usos no autorizados, copia o diseminación”

Desde el punto de vista del régimen del contrato de arriendo, el Banco como arrendatario debería restituir todo lo que le fue arrendado, lo que incluiría los CDs de instalación del software.

Ahora bien, a este respecto es pertinente analizar si dicha obligación se ve afectada por el hecho de que el Contrato dispone que al terminar el período de licencia, el licenciado debe devolver o destruir todas las copias del software.

Desde esta perspectiva encuentra el Tribunal que durante la ejecución del contrato el software fue instalado en diferentes equipos, por lo cual es claro a la luz de la regla contractual que al terminar el contrato las copias allí instaladas debían ser removidas o destruidas. Igualmente, el propio contrato autorizó la realización copias de seguridad del sistema para procesos de soporte y mantenimiento. En tal caso dicha copia debía ser restituida o destruida.

Sin embargo, cabe la discusión si la misma regla se aplica a los CDs suministrados por el arrendador.

En relación con el software el Ingeniero Royer Fabián Ricaurte Pérez, quien fue uno de los expertos que participó en la elaboración del dictamen de Certicámara aportado por la Demandada, explicó lo siguiente:

“REANUDA EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA. PREGUNTADO: ¿Cuál es el original del software y cuál son las copias? CONTESTÓ: El original del software lo tiene el propietario, ahí dice que el propietario del producto se llama Compuetra, y él tiene los originales de ese producto y puede sacar versiones nuevas de ese producto. Las copias son las que le entregan a los vendedores, en este caso, pues el único que tenía esa facultad de vendedor y que tenía copias de instalación o de modificación de las fuentes, y dice ahí claramente que ellos tienen derecho de las fuentes, era la empresa ISC. PREGUNTADO: ¿Tenía CONAVI algún original del software que le proporcionó ISC? CONTESTÓ: En el contrato no aparece entrega de copias ni de fuentes, y dice claramente que no se le entregarán a CONAVI fuentes, y tampoco se le entre..., y que solamente tienen derecho de licencia de uso”.

Así mismo expresó:

“PREGUNTADO: Técnicamente, ¿cómo se devuelve un software? ¿Cómo hago técnicamente para devolver un software? CONTESTÓ: Ese término para mí fue muy confuso cuando ustedes me lo plantearon, porque, devolver un software de uso es imposible, o sea hay tres (3) tipos..., en este contrato, hay tres (3) tipos de software: está el software de uso, en el que yo tengo mi máquina instalada y solamente puedo usar y ver las pantallas, tengo un software de instalación y tengo un software de creación, que son las fuentes. En este caso cuando me hablan de devolver un software, y en el contrato que ustedes dicen que decía que solamente tenían el uso y que el propietario de las fuentes era ISC y el propietario del producto era Compuetra, y devuélvanme el software, es muy complicado, porque lo único que yo puedo hacer es eliminarlo, porque si usted me dice “devuélvame el software”, es como si usted me está pidiendo, ¿le devuelvo la máquina?, ¿cómo le devuelvo un software que está instalado en mi máquina y que sólo sirve para que funcione el programa?, usted tiene los instaladores”.

“PREGUNTADO: Entonces, en el contrato cuando se hace referencia a la devolución del software, ¿a qué se refiere? CONTESTÓ: Pues en los contratos, generalmente, cuando se hace un contrato, se hace un contrato entregando todo. Pues se habla en los sistemas financieros, en los sistemas de... CONTESTÓ, Perito Erik Rincón: Yo considero que es una imprecisión. CONTESTÓ, Perito Royer Ricaurte: ... que es como una imprecisión porque “devuélvame algo que no está incluido”, pues... CONTESTÓ, Perito Erik Rincón: Es decir, seguramente quien estaba redactando era un abogado y esa es la razón por la cual se hace alusión a un concepto técnico que es de imposible cumplimiento desde el punto de vista jurídico, o sea, no es posible, o sea, se puede hacer un acta: “Le devuelvo...”, pero eso no tiene un efecto técnico real, entonces, creo yo que hay, es una imprecisión en la redacción”.

Así mismo, el Ingeniero se refirió a la destrucción del software y expresó:

“PREGUNTADO: ¿Y cómo se destruye el software? CONTESTÓ, Perito Royer Ricaurte: Eliminando el programa. Es cuestión..., cuando Microsoft nos solicita a nosotros que tenemos licencias que no están soportadas y que debemos eliminar el software de su sistema, lo que se hace es pasar a eliminar en las máquinas que aparecen identificadas, después el propietario..., otra vez Microsoft, si duda de la eliminación, pasa y hace otro sistema de auditoría por las máquinas de la empresa para revisar que haya sido eliminado, pero es eliminar el programa, y si duda de que el programa siga apareciendo notificado como no eliminado, pues hacer un reseteo de la máquina, o hacer un formateo seguro. PREGUNTADO: Y si van y buscan si esta el programa y ya no está, ¿significa que se destruyó? CONTESTÓ: ¿Me repite? PREGUNTADO: Sí, si van y buscan en los servidores, en las máquinas el programa y ya no está, ¿eso es que se destruyó? CONTESTÓ: Sí, ya la empresa que vendió el producto... CONTESTÓ, Perito Erik Rincón: Que se destruyó en esa máquina. CONTESTÓ, Perito Royer Ricaurte: Que se destruyó en esa máquina, que ya no existe, que la licencia ya no se está consumiendo porque ya no se está usando. CONTESTÓ, Perito Erik Rincón: Eso no significa necesariamente que el programa pudo haberse copiado en otro lado, o sea, su pregunta es muy clara, en esa máquina, si se puede verificar eso, pues obviamente. CONTESTÓ, Perito Royer Ricaurte: En las máquinas de la compañía. EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: Perdón, Señor Apoderado. Entiende el Tribunal entonces que el término de destrucción aquí hay que tomarlo con cierto cuidado, porque no es el despedazamiento de un elemento físico, quemar algo, destrozar algo, sino eliminar, dejar de darle la vida útil, del aprovechamiento comercial, de aquel a quien se le había licenciado el uso, ¿es correcto? CONTESTÓ, Perito Erik Rincón: Sí, señor. CONTESTÓ, Perito Royer Ricaurte: Es correcto”.

Así las cosas, advierte el Tribunal en primer lugar que lo que se entregó al Banco son los CDS de instalación y no el programa fuente. Ahora bien, los CDS de instalación pueden tener múltiples copias que el creador del software entrega a sus distribuidores o a sus clientes para tal propósito. Por consiguiente, los CDS de instalación son en sí mismos copias. A este respecto debe destacarse que en materia de software lo fundamental es la licencia, que es una autorización que otorga el titular para el uso del programa y los CDS son el soporte para instalar dicho software.

Desde esta perspectiva considera el Tribunal que dado que los CDS son sólo un elemento para instalación del programa y que los mismos son en si mismo copias, ellas podían ser destruidas.

Adicionalmente, como se vio, al Banco se le entregó dos Llaves HASP. Dichas llaves debían ser restituidas, con los bienes arrendados, pero no lo fueron según se desprende del acta en que se restituyeron los equipos a la Demandante.

Sobre la suerte de dicha llave la doctora Nancy Hoyos Aristizabal, representante legal del Banco declaró:

“CONTESTÓ: Es cierto que el banco destruyó las copias del software. Cuando el Doctor Paulo Castrillón se acercó a Bancolombia en el 2013, con comunicaciones, pues, con acercamientos que tuvimos en reuniones, él nos habló mucho de que el software no funcionaba sin las llaves, entonces..., y que él se había, se le había generado un lucro cesante, que necesitaba que le hiciéramos la restitución y la devolución también de las llaves. En ese momento, yo, fui, pues, desde ese momento, empecé como con toda la búsqueda, pues, en el banco para verificar exactamente, qué había pasado con este caso y se pudo identificar que, los servidores en los cuales se habían instalado esas llaves de software, que eran indispensables para que el software funcionara, todos esos servidores fueron cambiados por Bancolombia, es decir, ningún servidor de los que funcionaba para CONAVI en ese momento, seguían funcionando para Bancolombia. Y todos los servidores que tenían esos dispositivos que no iban a ser usados, fueron destruidos.”

Así mismo, el testigo Jesús Navor Chávez, expresó:

“PREGUNTADO: Usted, ahora nos mencionó el software y el hardware pero no le escuché que nos mencionara si sabe de La Llave para el funcionamiento. ¿Usted sabe de eso? CONTESTÓ: Sí, sí. Hay un componente que exigía tener el servidor central donde se alojaba la aplicación de biometría, exigía tener una, como si fuera una memoria USB, que se llama Llave, se conecta a la parte posterior del servidor para que la aplicación realmente se active y funcione. PREGUNTADO: Y ¿sin esa Llave no funciona? CONTESTÓ: No, no funciona la aplicación central. PREGUNTADO: Y ¿qué pasó con esa Llave? CONTESTÓ: No se han encontrado, esas no están..., estaban conectadas al servidor, y dentro del proceso de destrucción tuvieron que haberse ido. No podría decir dónde están.”

De esta manera, de las dos declaraciones se infiere que en la medida en que las llaves se encontraban en los equipos para que los mismos funcionaran, ellas fueron destruidas junto con estos.

De este modo está claro que el Banco incumplió su obligación de restituir las llaves que eran parte del equipo.

Es pertinente señalar que en su alegato el apoderado del Banco expresa que “Pese a que en los hechos de la demanda se afirma que BANCOLOMBIA no restituyó el

software y se indica el valor actual de un software supuestamente análogo al que se entregó al Banco, lo cierto es que la parte convocante omitió formular alguna pretensión relacionada con dichas circunstancias". Agrega que "En cuanto al dongle o llave, debe decirse que no se narra en la demanda ningún hecho relacionado con dicho elemento, así como tampoco se formula alguna pretensión al respecto."

En relación con estos aspectos advierte el Tribunal que en la Demanda se solicitó:

"PETICIONES PRINCIPALES

"PRIMERA: Declárese que BANCOLOMBIA S.A, al no restituir los bienes entregados en arrendamiento y de propiedad de la convocante, a partir del 16 de Marzo de 2008, le ha generado a esta última graves perjuicios de carácter patrimonial.

"SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la convocada al pago de la indemnización integral de los perjuicios causados al convocante, correspondiente a las siguientes sumas de dinero:

"2.1. La suma de DIEZ MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO PESOS M/L (\$10.757.251.144), correspondiente al lucro cesante, causado desde el 16 de Marzo de 2008, hasta el 11 de abril de 2014, o el mayor o menor valor que resulte probado a lo largo del presente proceso.

"2.2. La suma de MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/L (\$1.343.247.265), correspondiente al lucro cesante, causado desde el 11 de Abril de 2014, hasta la fecha de presentación de esta demanda, por concepto de los 907 equipos que faltan por restituir.

"2.3. Las sumas que se causen desde la fecha de presentación de la demanda hasta 12 fecha del respectivo pago.

"2.4 Los intereses de mora sobre el valor relacionado en los numerales anteriores a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia Financiera desde el 16 de Marzo de 2008 hasta el día en que se realice el pago efectivo."

"TERCERA: se declare que BANCOLOMBIA S.A se encontraba en la obligación de restituir todos los bienes objeto del contrato y al no restituir 907 equipos faltantes o los que resulten probados dentro del proceso, debe ser condenada a reconocer el valor de los mismos.

"3.1. Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a BANCOLOMBIA S.A al pago de la suma equivalente a DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE DOLARES (USD 247), por equipo, es decir, un total de DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL VEINTINUEVE DOLARES (USD 224-029), calculados a la tasa de cambio a pesos colombianos para el momento del Pago efectivo, o la suma mayor o menor que llegue a ser probada dentro del proceso."

Como se puede apreciar, en la Demanda se solicitó que se declarara que el Banco incumplió el contrato “al no restituir los bienes entregados en arrendamiento”, sin excluir ninguno, y así mismo señaló que el Banco “se encontraba en la obligación de restituir todos los bienes objeto del contrato y al no restituir 907 equipos faltantes o los que resulten probados dentro del proceso”, debe ser condenada a pagar perjuicios. En este contexto no encuentra el Tribunal que se haya limitado las pretensiones a los biométricos, sino que incluyó todos los bienes dados en arrendamiento.

4 Las consecuencias del incumplimiento por parte del Banco.

Habiéndose establecido que el Banco no restituyó la totalidad de los bienes que le fueron entregados, debe entonces determinarse las consecuencias de dicho incumplimiento.

En relación con este aspecto lo primero que debe observarse es que el Banco dejó de restituir 907 equipos biométricos (Hardware). De acuerdo con la declaración del señor Juan Carlos Olarte Correa en el presente proceso, el Banco tiene 436 equipos más o menos en bodega, es decir que no tiene 471 equipos que debía restituir, sin que se haya brindado ninguna explicación del paradero de estos equipos.

Por lo que hace referencia a la llave o dongle, el Banco tampoco acredita exactamente qué ocurrió con dicho bien, sin embargo, como ya se vio su representante legal señala que pudo ser destruido con el Hardware.

Por lo que se refiere a los equipos que se encuentran en las bodegas del Banco, el señor Juan Carlos Olarte Correa en su declaración al ser preguntado sobre el estado de los mismos contestó “Pues, esos equipos, los que están allá, son algunos que tienen el cable partido y los otros que están deteriorados, según, pues, con algún tipo de deterioro o por lo que no cumplían con las expectativas de la imagen cuando se leía la huella, era muy borrosa o algo, entonces, se decidieron descartar en el momento, ese es el estado de eso”.

Ahora bien, para determinar el tratamiento que debe darse al presente caso debe recordarse que el artículo 2005 del Código Civil dispone respecto de la restitución de las cosas arrendadas que “En cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante su goce, (el arrendatario) deberá probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba será responsable” (las palabras entre paréntesis no son del texto)

Como se puede apreciar, esta regla establece una presunción de culpa contra el arrendatario, la cual se funda en el hecho de que es el arrendatario quien tiene los bienes y por ello es él quien puede explicar la razón por la cual no tiene un determinado bien que debe restituir, o pretende restituirlo en un estado distinto al que se encontraba cuando lo recibió salvo el deterioro normal por el uso.

Vale la pena además señalar que en el presente caso no está acreditado cuándo ocurrió la pérdida de los bienes que no tiene el Banco, así como tampoco cuándo o como ocurrió el deterioro de los mismos.

Lo anterior conduce al Tribunal a aplicar la regla prevista por el artículo 2005 del Código Civil por lo cual el Banco es responsable por la pérdida y deterioro de los equipos.

Es claro que en caso de incumplimiento de una parte, la otra tiene derecho a la indemnización de daños y perjuicios, por lo anterior el Tribunal procederá a analizar qué corresponde o procede, respecto del daño emergente y del lucro cesante.

III EL PERJUICIO, SU EXISTENCIA Y CUANTIFICACIÓN.

1. Marco General

Definido está que Bancolombia incumplió su obligación contractual y legal de restituir a favor de ISC, la cantidad de 907 dispositivos biométricos en la fecha en que terminó el vínculo contractual, al igual que las correspondientes llaves o “dongles” que, como se ha indicado, hacían parte de los equipos.

Igualmente, conforme a las consideraciones contenidas en los capítulos precedentes, es claro que en lo que toca con el Software no existió incumplimiento alguno de parte de Bancolombia en la medida en que, ese Software, contenido o no en los CDS entregados, podía ser destruido en virtud de la autorización contractual pertinente.

Por lo anterior, corresponde al Tribunal verificar si el aludido incumplimiento de restitución, devolución o entrega de parte de Bancolombia, de 907 equipos o dispositivos biométricos, así como las llaves respectivas, causó a ISC los perjuicios cuya reparación se solicitó en las pretensiones de condena incorporadas en el libelo, las cuales aparecen transcritas en varios apartes de esta providencia y pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Por concepto de lucro cesante, causado entre el 16 de marzo de 2008 (fecha de terminación del contrato) y el 11 de abril de 2014 (fecha de la restitución parcial de equipos), la suma de Diez Mil Setecientos Cincuenta y Siete Millones Doscientos Cincuenta y Un Mil Ciento Cuarenta y Cuatro Pesos (\$10.757.251.144,00), perjuicio que, según se lee en la demanda, corresponde a las sumas dejadas de recibir por ISC y que habría podido obtener de haberse restituido por Bancolombia la totalidad de los bienes materia del contrato.

- Por concepto de lucro cesante, causado a partir del 11 de abril de 2014 y la fecha de presentación de la demanda arbitral con la que se promovió este proceso, la suma de Mil Trescientos Cuarenta y Tres Millones Doscientos Cuarenta y Siete Mil Doscientos Sesenta y Cinco Pesos (\$1.343.247.265,00), perjuicio que se deriva de los ingresos dejados de percibir por los 907 equipos que no fueron y no han sido restituidos por Bancolombia, más las que se causen hasta el pago de la indemnización.

- Por concepto del valor de los 907 equipos no restituidos por Bancolombia, la suma de Doscientos Veinticuatro Mil Veintinueve Dólares Estadounidenses (USD 224.029), calculados en Pesos Colombianos a la Tasa Representativa del Mercado (TRM) del día en que se realice el pago por la demandada.

2. El daño indemnizable y su prueba.

Previo a analizar cada uno de los rubros indemnizatorios cuyo reconocimiento y pago se pide por ISC, es menester recordar que el daño es elemento central tanto de la responsabilidad contractual como de la extracontractual y, por consiguiente, el éxito de la pretensión resarcitoria supone que el extremo Convocante acredite en juicio debidamente la existencia del mismo.³⁸

³⁸ “En materia de la responsabilidad civil, resulta imperativo para la prosperidad de las pretensiones esgrimidas por la parte actora, que los elementos que la estructuran se encuentren debidamente comprobados, entre ellos, por supuesto, el daño, requisito que, *mutatis mutandis*, se erige en la columna vertebral de la responsabilidad civil, en concreto de la obligación resarcitoria a cargo de su agente (victimario), sin el cual, de consiguiente, resulta vano, a fuer de impreciso y también hasta especulativo, hablar de reparación, de resarcimiento o de indemnización de perjuicios, ora en la esfera contractual, ora en la extracontractual, habida cuenta de que “Si no hay perjuicio”, como lo puntualiza la doctrina especializada, “...no hay responsabilidad civil”, en la inteligencia de que converjan los restantes elementos configurativos de la misma, ellos sí, materia de aguda polémica en el Derecho comparado, toda vez que su señera materialización, por protagónico que sea el ‘rol’ a él asignado, es impotente para desencadenar, *per se*, responsabilidad jurídica. En este sentido ha sido explícita la jurisprudencia de la Sala, señalando que, dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se de responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria’ (CXXIV, pág. 62).”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 2001, expediente 5502.

En consecuencia, además de probar la existencia de una obligación negocial en cabeza del deudor, al acreedor en procesos de este linaje le corresponde acreditar el incumplimiento culposo de ella y los perjuicios causados por dicho incumplimiento, frente a los cuales, como se indicó, es indispensable que se acredite, a través de los medios de prueba procedentes y conducentes, su existencia real.³⁹

Solamente la condena se abrirá paso, entonces, si en el expediente obra prueba suficiente de la presencia de un perjuicio real y cierto, no simplemente fruto de conjeturas, especulaciones o elucubraciones, pues frente a la incertidumbre del mismo el juez debe abstenerse de condenar so pena de vulnerar la previsión contenida en el artículo 164 del Código General del Proceso, norma que nos enseña que *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”*⁴⁰, además de generar un enriquecimiento injustificado en la víctima, asunto que no tolera la responsabilidad civil.

3. El caso concreto

Según se vio, en la demanda arbitral ISC pretende el reconocimiento del **lucro cesante** en dos períodos y con fundamentos distintos: El primero, respecto de la totalidad de los dispositivos biométricos entregados a Bancolombia, los cuales, según se demostró en el proceso, fueron 2025, entrega que debió realizarse, según alega la Convocante, a la fecha de terminación del contrato y al no haberse realizado le impidió obtener ingresos económicos (pretensión principal de condena 2.1.); El segundo, respecto de los 907 equipos que finalmente no fueron ni han sido restituidos por parte de Bancolombia, cuyo reconocimiento se solicitó desde el 11 de abril de 2014, fecha en que se produjo la restitución voluntaria de parte de los equipos entregados (pretensión principal de condena 2.2.).

³⁹ “En ese tipo de responsabilidad -lo ha indicado la jurisprudencia- es necesario demostrar la existencia del contrato celebrado entre las partes; el incumplimiento de una obligación preexistente a cargo del demandado; el daño sufrido por el acreedor; un factor de atribución de la responsabilidad, y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño (CSJ SC, 13 Mar 2013, Rad. 2006-00045-01), para luego sí establecer el monto de los perjuicios, cuya indemnización, de acuerdo con el artículo 1613 del Código Civil, comprende el daño emergente y el lucro cesante.”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC11822-2015 del 3 de septiembre de 2015, Radicación No. 11001-31-03-024-2009-00429-01.

⁴⁰ “La declaración del juez, tanto en orden al contenido del daño, como a su existencia, depende de la prueba, cuya carga incumbe al perjudicado. Es función del juez, repetimos, la actividad que consiste en fijar la existencia y la entidad cuantitativa del daño resarcible; pero tal actividad está subordinada a la prueba suministrada por el perjudicado.”: DE CUPIS, Adriano. “El Daño”, Bosch, Barcelona, 1975, página 540.

3.1.- El lucro cesante.

Frente al primer rubro indemnizatorio solicitado, encuentra el Tribunal que el mismo no puede prosperar por cuanto, como se explicó en capítulo precedente, Bancolombia no incurrió en mora de restituir a la terminación del contrato sino que lo que en verdad aconteció es que fue ISC quien incurrió en mora de recibir, de donde se sigue que si no puede predicarse mora de la Convocada no es posible solicitar indemnización de perjuicio alguno al tenor de lo previsto por el artículo 1615 del Código Civil, entre otras disposiciones de orden sustancial. En consecuencia, todo lo expresado en este laudo arbitral sobre la inexistencia de mora de parte de Bancolombia de proceder a la restitución de los bienes, en aras de brevedad, se tendrá aquí por reproducida y ello es suficiente, entonces, para desestimar la pretensión de condena principal identificada con el número 2.1.

En cuanto toca con la pretensión que apunta al reconocimiento y pago del lucro cesante causado por la no entrega oportuna de los 907 equipos que Bancolombia no entregó el 11 de abril de 2014, en este laudo se llegó a la conclusión, como se indicó, que la Convocada incumplió con dicha obligación y, por consiguiente, está llamada a reparar los perjuicios causados, desde luego, siempre y cuando en el proceso obre prueba de dichos perjuicios, asunto que pasa el Tribunal a verificar.

Según se lee en la demanda, especialmente en el hecho undécimo de la misma, se indica que ***“la no entrega oportuna de los bienes en el momento oportuno, produjo perjuicios de carácter patrimonial para la convocante, equivalentes a lo que hubiera podido percibir por concepto de canon de arrendamiento de los bienes”***. En consonancia con ello, en el hecho décimo tercero se alude a que ISC dejó de percibir ingresos ***“desde el 16 de marzo de 2008, hasta la fecha de restitución parcial realizada el día 11 de abril de 2014 y sobre el resto de los bienes no entregados hasta la fecha de presentación de esta demanda”***. (todas las negrillas fuera del texto).

En su alegato de conclusión (páginas 66 y 67) la Convocante indica que el aludido lucro cesante se fundamenta en que de haberse restituido los equipos biométricos en el momento oportuno, ellos ***“tenían la vocación de seguir produciendo el mismo ingreso que generaba por el contrato celebrado con CONAVI, hoy BANCOLOMBIA, puesto que como ya quedó dicho y acreditado en este alegato de conclusión, no es cierto que los bienes fueran obsoletos y al igual que en un bien inmueble destinado a vivienda, utilizado por la parte resistente, podía en esas mismas condiciones seguir produciendo el mismo ingreso, sin interesar el valor económico de los mismos al día de hoy fueran inferiores, o incluso sin interesar que a nuevo se consigan a un valor más económico”***.

Sobre este particular tópico, considera el Tribunal que para el éxito de esta pretensión era menester que se hubiese acreditado en el proceso que de haberse restituido el 11 de abril de 2014 la totalidad de los equipos por parte de Bancolombia a ISC, específicamente los 907 lectores biométricos que no fueron restituidos, ésta habría podido celebrar en ese preciso momento un negocio jurídico que le permitiese explotar económicamente esos bienes y obtener unos ingresos, prueba que echa de menos el Tribunal.

En efecto, partiendo de la base de que el lucro cesante, de conformidad con la definición contenida en el artículo 1614 del Código Civil, es la “ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o retardado su cumplimiento”, su reconocimiento, en este particular caso, imponía al Convocante demostrar que en efecto, de haber obtenido la restitución de los 907 lectores biométricos el 11 de abril de 2014, habría obtenido a partir de ese momento un ingreso económico cierto, determinado y específico, fruto de negociaciones comerciales que habrían podido concretarse en ese momento, esto es, que hubiese podido arrendar los mencionados lectores en el estado de uso en que se encontraban, con las condiciones técnicas que tenían, o explotarlos en un determinado sector o mercado, consecuencia de lo cual habría obtenido un beneficio patrimonial específico que dejó de percibir gracias a la no restitución de tales equipos.

Al respecto, en tratándose de la prueba del lucro cesante, ha indicado la jurisprudencia⁴¹:

“En este orden de ideas, dando por supuesto desde luego que en el ámbito patrimonial la indemnización no debe exceder los detrimentos ciertos experimentados por quien la reclama y que además reconozcan su causa adecuada en el hecho que al responsable le es imputado, la jurisprudencia se orienta sin duda en un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del “lucro cesante” y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido.”

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de marzo de 1998, expediente 4921.

Con idéntica orientación, se ha dicho⁴²:

“(…) en cuanto perjuicio, el lucro cesante debe ser cierto, es decir, que supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual. Ahora, sin ahondar en la materia, porque no es del caso hacerlo, esa certidumbre no se opone a que, en determinados eventos, v. gr. lucro cesante futuro, el requisito mencionado se concrete en que el perjuicio sea altamente probable, o sea, cuando es posible concluir, válidamente, que verosímilmente acaecerá, hipótesis en la cual cualquier elucubración ha de tener como punto de partida una situación concreta, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente tutelado.

Vale decir que el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afinsa en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente.”

Revisado el material probatorio que reposa en el expediente no encuentra el Tribunal prueba suficiente que le permita llegar a la certeza necesaria en punto de la existencia del lucro cesante reclamado, habida cuenta de que, como se dijo, no hay elemento de convicción que acredite que efectivamente, de haber obtenido el 11 de abril de 2014 la restitución efectiva de los 907 equipos de verificación biométrica que a la postre nunca le fueron devueltos por Bancolombia, la convocante ISC habría podido emplearlos en una actividad lucrativa, como tampoco media prueba de los ingresos concretos que habría percibido, prueba que resulta necesaria si se tiene en cuenta que se trataba de equipos que se encontraban almacenados desde hace varios años, específicamente desde el año 2008, y contaban con una tecnología que, desde luego, podía verse superada para ese momento.

Al respecto, revisado el dictamen pericial elaborado por **César Mauricio Ochoa Pérez**, el cual fue aportado por la Convocante con su demanda y cuyo propósito es precisamente estimar el lucro cesante reclamado, se encuentra que en la página 13 de dicha experticia el perito efectivamente realizó el cálculo del valor de los cánones de arrendamiento que ISC habría podido percibir si el 11 de abril de 2014 Bancolombia hubiese restituido los mencionados 907 equipos.

Sin embargo, tal y como el perito **Ochoa Pérez** lo señala en su dictamen, el cálculo lo efectuó realizando el siguiente ejercicio: El canon mensual que a marzo de 2008

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de junio de 2008, expediente 11001 3103 038 2000 01141 01.

pagó Bancolombia por el arrendamiento de 2025 equipos fue de \$169.015.352,00, lo cual trae como resultado que el valor de arrendamiento de cada dispositivo es de \$83.464,00. De haberse arrendado, entonces, 907 equipos, el canon sería de \$75.702.185,00, mensuales de marzo de 2008 que ajustado al año 2014 ascendería a \$92.912.744,00, mensuales, cálculo que, se insiste, se elaboró por el perito sobre la base del contrato celebrado entre ISC y Bancolombia que es materia de este arbitraje, pero el perito no verificó ni tuvo en cuenta si en efecto para el día 11 de 2014, ISC tuvo oportunidad de arrendar los citados equipos de verificación biométrica, es decir, si en esa época existía una oportunidad real, concreta, constatable, comprobable y cierta de haber explotado económicamente esos bienes y obtener un ingreso que hoy pudiese calificarse como lucro cesante indemnizable.

Desde luego, aunque el cálculo del perito es inobjetable desde el punto de vista financiero y contable, lo cierto es que se trata de una estimación basada en una probabilidad pero no en una realidad concreta y palpable, circunstancia que, por lo expuesto, le resta certeza al perjuicio cuya reparación pretende ISC, habida cuenta de que, se insiste, el perito no tuvo a la vista elementos concretos de prueba que permitieran concluir que de haberse obtenido la restitución de aquellos bienes el 11 de abril de 2014 se habría celebrado un contrato diferente sobre ellos, a partir del cual ISC hubiera obtenido unos ingresos (lucro) que, debido a la conducta de Bancolombia, dejó de percibir.

Esta circunstancia fue corroborada por el experto Ochoa Pérez en el interrogatorio que absolvió en este proceso con fines de contradicción de su dictamen:

“PREGUNTADO: Doctor, quiero preguntarle si, en su dictamen usted pudo percibir qué tipo de contratos tenía o está en tránsito a tener ISC, con el Sistema Notarial del país. CONTESTÓ: No, no lo conozco, yo, los contratos que tuve verificación, pues, aparecen en el dictamen pericial; inclusive en las generalidades del dictamen, digo qué contratos tuve en cuenta para el dictamen pericial y básicamente, eran los que versaban sobre las preguntas que me hicieron; y son los que tienen que ver con Bancolombia. Por lo que pude ver de la contabilidad de ISC, vi que tenía otras actividades, diferentes a las de Bancolombia, pero no conozco cuáles específicamente eran, ni cuáles eran sus ingresos, ni cuáles sus costos. PREGUNTADO: O sea, que ¿usted de, de la actividad operativa de la Sociedad, no tuvo conocimiento distinto del relacionado con Bancolombia? CONTESTÓ: Sí, no hay ninguno diferente del contrato con Bancolombia y de las operaciones, que en el mismo dictamen registramos, tanto como contables, como de costos y de gastos.”

Ahora bien, en el dictamen pericial elaborado por **Gladys Mora Navarro**, prueba practicada en el curso del proceso a la luz de lo preceptuado por el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, se observa que dentro de los documentos que la perito tuvo oportunidad de verificar, encontró la existencia de otros vínculos contractuales de ISC, distintos al contrato materia de este arbitraje celebrado con Bancolombia, tales como los celebrados con algunas Notarías del Círculo de Medellín, Itagüí, Sabaneta, Envigado, durante los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010.

Al respecto, es claro que dichos vínculos contractuales con las citadas Notarías no pueden servir de marco de referencia para determinar la existencia del lucro cesante reclamado, toda vez que corresponden a una época diferente de la que es materia de la pretensión bajo estudio, la cual, como se ha dicho, apunta al lucro cesante causado por la no entrega de 907 equipos el 11 de abril de 2014, mientras que los referidos contratos con los aludidos despachos notariales son de los años 2007 a 2010, por lo que no puede constituir marco de referencia en punto de la acreditación de la existencia del lucro cesante.

A ello debe agregarse que la dimensión económica de dichos negocios no alcanzó niveles significativos, pues como se evidencia en el aludido dictamen, en el año 2006 ISC por tal concepto obtuvo ingresos de \$11.215.650,00; en el año 2007 de \$10.461.359,00; en el 2008 de \$15.341.900,00; en el 2009 de \$17.130.000,00; y, en el 2010 de \$15.723.000,00., lo cual no representa montos significativos en comparación con la magnitud del lucro cesante reclamado.

En lo que toca con los vínculos contractuales que en adición a los anteriores encontró la perito **Mora Navarro**, ellos no modifican la conclusión del Tribunal, dado que, por ejemplo, en el año 2008 la Convocante ISC celebró contrato con Avantel S.A., pero como lo señala la perito, *“No existen ingresos registrados por este acuerdo”*, circunstancia que igualmente se predica de los denominados *“ACUERDOS TODO1-ISC”*, esto del año 2002.

En lo que toca con otros acuerdos, como los celebrados con La Cocina de Luis S.A.S. y Promotora Cantagirioma, ellos son del año 2010, mientras que los correspondientes a MultiAsses – Acrecer y MultiAsses - Indirco S.A.S., que corresponden a los años 2014 y 2015, su cuantía y duración no permiten deducir la existencia del lucro cesante en la extensión, cuantía y magnitud reclamada.

A todo lo anterior debe agregarse que la prueba testimonial recaudada en ese proceso tampoco es concluyente ni precisa a la hora de determinar la existencia de vínculos contractuales celebrados o, por lo menos, en ciernes y con alta

probabilidad de concretarse, que le iban a permitir obtener un provecho económico por la explotación de los equipos que Bancolombia no restituyó el 11 de abril de 2014; algunos de ellos hacen alguna referencia tangencial a posibles vínculos contractuales que podrían haberse concretado con las referidas Notarías o con otros posibles clientes interesados en obtener servicios de identificación biométrica, pero no pasan de ser referencias genéricas que corresponden a meras expectativas lejanas de negocios y no a circunstancias concretas que de haberse materializado le hubiesen reportados ingresos económicos a la Convocante y que se vio privada de obtener gracias al incumplimiento de Bancolombia.

Si a ello se añade que en la experticia elaborada por Certicámara, aportada por la Convocada en su escrito de contestación de la demanda, se señaló que “(...) de haberse restituido los equipos, el mercado para los mismos hubiese estado extremadamente reducido, dado que los mismos ya no hubiesen contado con soporte por parte del fabricante y los sistemas operativos en los cuales estaban homologados, ya estaban en su mayoría fuera de soporte o finalizando su soporte extendido”, es claro que para evidenciar la causación del lucro cesante reclamado se requería de una prueba contundente en torno a una posibilidad clara y concreta de explotación económica que, como se ha señalado, echa de menos el Tribunal.

Así mismo, respecto de los equipos que fueron restituidos el 11 de abril de 2014 y que ISC recibió a satisfacción en esa fecha, no hay prueba de que la Convocante los haya arrendado o comercializado, como lo reconoció el propio representante legal de dicha compañía en su interrogatorio de parte, diligencia en la que manifestó que aún los tienen en su poder:

“PREGUNTADO: *Pregunta dieciocho (18). ¿Qué hizo ISC con los biométricos que le restituyó Bancolombia?* **CONTESTÓ:** *Los, biométricos que nos restituyó, pues, primero, se revisaron cuando se iban a recibir. El contrato con CONAVI, nos exigía a nosotros que todos los biométricos que estaban instalados allá, tenían que funcionar a la perfección, en el sentido de que, todos los equipos que ellos dicen que tenían guardados, debían estar perfectos, porque cualquier equipo que estuviera mal, en su momento, que estuviera instalado y funcionando, nosotros lo tendríamos que haber cambiado. Bueno, entonces, los equipos que nos entregaron estaban buenos, les hicimos, digamos que, algunas adecuaciones y están a disposición para utilizarlos en cualquiera de nuestras aplicaciones.* **PREGUNTADO:** *Pero, ¿no hay?, pues...* **CONTESTÓ:** *¿Es otra pregunta?* **PREGUNTADO:** *... que no me la vayan es a cobrar por otra pregunta. Mi pregunta era, si los había alquilado, si los tenía guardados o sea, ¿a qué los dedicó?* **APODERADO DE L PARTE CONVOCANTE:** *Ya contestó (...).* **PREGUNTADO:** *¿Los qué?* **CONTESTÓ:** *Los estamos adaptando a otras soluciones.”*

En este orden de ideas, no tiene el Tribunal elementos de juicio que le permitan deducir la existencia del lucro cesante reclamado, por lo que al no existir prueba de que dicho perjuicio en realidad se causó, la pretensión principal de condena 2.2. será despachada en forma desfavorable y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

3.2.- La pérdida de oportunidad solicitada a modo de pretensión subsidiaria.

Las consideraciones precedentes igualmente sirven para despachar negativamente la pretensión de condena segunda subsidiaria en virtud de la cual se solicita la indemnización (pretensión 2.2.) por los perjuicios causados en virtud de la pérdida de oportunidad por no haber recibido los 907 equipos que Bancolombia no restituyó el 11 de abril de 2014, suma que se calcula en Mil Trescientos Cuarenta y Tres Millones Doscientos Cuarenta y Siete Mil Doscientos Sesenta y Cinco Pesos (\$1.343.247.265,00), *“correspondiente al valor que hubiera podido recibir desde el 11 de abril de 2014, hasta la fecha de presentación de esta demanda, por concepto de los 907 equipos que faltan por restituir”*.

Como se expuso, no hay en el expediente prueba alguna que permita concluir que ISC dejó de realizar negocios en razón de la no entrega de los aludidos 907 lectores biométricos, es decir, no existen medios de convicción que conduzcan al Tribunal a la conclusión de que por no haber recibido dichos equipos se perdió la oportunidad de celebrar nuevos negocios que le hubiesen significado ingresos económicos que dejó de percibir.

Acerca de la pérdida de oportunidad, como modalidad de perjuicio indemnizable, ha señalado la jurisprudencia civil⁴³:

“La pérdida de una oportunidad atañe a la supresión de ciertas prerrogativas de indiscutible valía para el interesado, porque en un plano objetivo, de contar con ellas, su concreción le habría significado la posibilidad de percibir, ahí sí, una ganancia, ventaja o beneficio, o de que no le sobrevenga un perjuicio. Expresado con otras palabras, existen ocasiones en las que la víctima se encuentra en la situación idónea para obtener un beneficio o evitar un detrimento, y el hecho ilícito de otra persona le impide aprovechar tal situación favorable.

Y es que, en tales casos, sin adentrarse la Corte en las disputas doctrinales que controvierten si el debate se debe situar en el requisito de la relación de causalidad o, por el contrario, en el de la certeza del daño, lo cierto es

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 1º de noviembre de 2013, expediente 08001-3103-008-1994-26630-01.

que respecto del sujeto que se encuentra en una situación como la descrita, puede llegar a predicarse certeza respecto de la idoneidad o aptitud de la situación para obtener la ventaja o evitar la desventaja, aunque exista incertidumbre en cuanto a la efectividad de estas últimas circunstancias.

Es el caso, v.gr., del que, como consecuencia de la actuación del agente cuya responsabilidad se examina, no puede continuar en un concurso al que se había inscrito y en el que, de haber avanzado, habría podido llegar a ocupar un cargo público o privado, o a obtener un ascenso, o a ser adjudicatario de un contrato; o de la persona que en virtud de un accidente previo, queda impedida para movilizarse por sí misma y, debido a una falla médica, pierde la oportunidad de superar su discapacidad, al tornarse su afección en definitiva e irreversible; o del demandado en un proceso judicial que es condenado al pago de una suma de dinero y, por descuido de su apoderado, no apela dicho pronunciamiento con el propósito de que sea revocado y de que, en su defecto, se le absuelva; o de la persona que, por no recibir la información suficiente y oportuna, pierde la oportunidad de decidir si adopta una decisión diferente de la que finalmente tomó frente a una intervención quirúrgica, para solo mencionar algunos de los supuestos más frecuentemente mencionados en la doctrina especializada.”

Más adelante, en la misma sentencia se señala que la pérdida de una oportunidad, como modalidad de perjuicio, igualmente exige un alto grado de certeza, es decir, una razonabilidad, fundada en medios de prueba, que le permitan al juez concluir que a la víctima se le privó de una fuente de ingresos que se veía cercana y que se frustró como consecuencia del actuar de otro sujeto:

“Es claro, entonces, que si, como se señaló, una cosa es no percibir una ganancia y otra verse desprovisto de la posibilidad de obtenerla, el daño por pérdida de una oportunidad acaece sólo en frente de aquellas opciones revestidas de entidad suficiente que, consideradas en sí mismas, permitan colegir, por una parte, que son reales, verídicas, serias y actuales, reiterando aquí lo expresado por la Sala en el fallo precedentemente citado, y, por otra, idóneas para conseguir en verdad la utilidad esperada o para impedir la configuración de un detrimento para su titular, esto es, lo suficientemente fundadas como para que de su supresión pueda avizorarse la lesión que indefectiblemente ha de sufrir el afectado. Es decir, en compendio, debe tratarse de oportunidades razonables.

Por lo tanto, es indispensable precisar que la pérdida de cualquier oportunidad, expectativa o posibilidad no configura el daño que en el plano de la responsabilidad civil, ya sea contractual, ora extracontractual, es indemnizable. Cuando se trata de oportunidades débiles, incipientes, lejanas o frágiles, mal puede admitirse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de los acontecimientos, su frustración necesariamente vaya a desembocar en la afectación negativa del patrimonio o de otro tipo de intereses lícitos de la persona que contó con ellas.”

Así las cosas, no hay en el proceso prueba de que, en efecto, ISC tuviese una verdadera oportunidad de negocios en relación con los equipos que no le fueron restituidos por Bancolombia, motivo por el cual, tampoco hay lugar a reconocer la indemnización solicitada bajo el rótulo de “*pérdida de oportunidad.*”

3.3.- El daño emergente

En lo que toca con la pretensión relacionada con el daño emergente, consistente en el valor de los 907 equipos que Bancolombia no restituyó, para el Tribunal, según quedó expuesto en este laudo, existió incumplimiento en cabeza de Bancolombia y, por ende, debe indemnizarse el rubro correspondiente al daño emergente, consistente en el valor de tales bienes, y ese producto equivale a la pérdida o desmedro patrimonial que experimentó la Convocante por el hecho de que no le fueron devueltos o restituidos.

A este respecto, vale decir que el perito **César Mauricio Ochoa Pérez**, en la página 23 de su dictamen concluyó que al 31 de julio de 2014 el valor de cada equipo biométrico sería de USD 247 por cada unidad; sin embargo, el mismo perito reconoce que dicho valor lo extrajo de una cotización suministrada por la propia Convocante y que fue expedida o emitida por terceros, con la precisión de que dicha cotización corresponde a equipos análogos o similares a los que fueron materia del Contrato objeto de este arbitraje, es decir, no se trata de bienes idénticos ni necesariamente con las mismas especificaciones técnicas o con las mismas funcionalidades, por lo que no es posible para este Tribunal tomar como punto de referencia dicha cotización ni la cuantificación que sobre este tópico se efectuó en el aludido dictamen. No es posible para el Tribunal calcular o determinar el valor de los bienes que no fueron restituidos con base en una cotización de equipos nuevos, con especificaciones y características que no corresponden con exactitud a los que son materia de reclamación, por lo cual no se apoyará en el cálculo elaborado por el perito **Ochoa Pérez**.

Por su parte, la perito **Gladys Mora Navarro** en su dictamen comprobó que ISC compró los 2025 equipos destinados al contrato celebrado con Bancolombia por valor de \$389.113.890,00, para un valor unitario de \$192.155,00.

Sin embargo, en el proceso quedó demostrado que estos equipos se deprecian en razón de su uso y su obsolescencia, es decir, no aumentan su valor sino que normalmente el mismo decrece, hasta el punto de que la misma perito reconoce que contablemente, para el año 2008, tienen un valor equivalente a cero (0).

Para el Tribunal, el único valor demostrado en el proceso, debidamente soportado, es el valor de compra de los equipos por parte de ISC y aunque en el proceso también se acreditó que este tipo de bienes sufre una depreciación hasta llegar a un simple “valor de salvamento”, no hay prueba de cuánto habría sido dicha depreciación, por lo cual, se tomará, entonces, el valor de compra sin ningún tipo de actualización.

En consecuencia, al ser el único dato comprobable a efectos de determinar el valor de los bienes no restituidos, el valor de compra de los mismos, se reconocerá dicho monto a efectos de calcular el daño emergente reclamado, sin actualización alguna. Y en cuanto al valor de su depreciación, al no estar demostrado en el proceso a cuánto ascendió la misma, no podrá entonces calcularse, de suerte que se tomará, entonces, el valor unitario de \$192.155,00, por lo que siendo 907 equipos los que no fueron restituidos, el valor del daño emergente que se reconocerá en este laudo arbitral asciende a Ciento Setenta y Cuatro Millones Doscientos Ochenta y Cuatro Mil Quinientos Ochenta y Cinco Pesos (\$174.284.585,00).

En cuanto a las llaves o “dongles” cuya restitución tampoco se verificó, no encuentra el Tribunal en el proceso ningún elemento de juicio que permita determinar el valor de las mismas, por lo que no se impondrá condena alguna.

IV RESUMEN DE CONCLUSIONES SOBRE LAS PRETENSIONES.

Lo que ha estudiado y concluido el Tribunal sobre las PRETENSIONES de la demanda de ISC se resume así:

Primero.- Es claro que las “PRIMERAS PETICIONES SUBSIDIARIAS” y las “SEGUNDAS PETICIONES SUBSIDIARIAS” no tendrán consideración alguna en la decisión de esta controversia, en primer lugar porque al prosperar parcialmente las “PETICIONES PRINCIPALES” es improcedente la consideración de las SUBSIDIARIAS y, en segundo lugar, porque aunque pudieran invocarse las PETICIONES SUBSIDIARIAS (ambos grupos) para los meros efectos de cuantificar el daño, el Tribunal ha concluido que cualquier resarcimiento que se decrete no encuentra justificación alguna ni en un pretendido “Abuso del Derecho”, (Primeras Subsidiarias), ni en una supuesta “Pérdida de Oportunidad” (Segundas Subsidiarias), sino en un daño emergente, no en el lucro cesante de la naturaleza impetrada en ambos grupos de PETICIONES SUBSIDIARIAS.

Segundo.- En este orden de ideas, la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL encontrará prosperidad pero bajo las restricciones expuestas en estas Consideraciones, así:

1ª La restitución de los bienes pedida por ISC, pendiente por parte de BANCOLOMBIA S. A. se declarará, pero no sobre la totalidad de los bienes que dispuso para la ejecución del contrato en el que funda su demanda sino, exclusivamente, respecto de 907 equipos (Hardware) para la identificación biométrica de huella digital de las especificaciones acreditadas en el plenario.

2ª La no restitución de estos equipos biométricos produce sus consecuencias a partir del 11 de abril de 2014, no desde la fecha de la terminación del contrato (15 de marzo de 2008), aspecto de esta controversia que el Tribunal considera suficientemente estudiado y fundamentado a lo largo de sus racionios.

3ª Finalmente, los perjuicios que se califican como graves en la Primera Pretensión Principal, son de la naturaleza y magnitud específicamente determinadas por el Tribunal.

V PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS “DEFENSAS Y EXCEPCIONES”.

BANCOLOMBIA al contestar la demanda de ISC propuso sus “DEFENSAS Y EXCEPCIONES” en el capítulo III de ese libelo, y sobre él se pronuncia el Tribunal a continuación, en el mismo orden de ese escrito.

1 “Inexistencia de la obligación de indemnización por mora del acreedor. Cumplimiento del contrato por parte de BANCOLOMBIA”.

Al formular esta excepción la Demandada señala que al terminarse el contrato puso a disposición de la Convocante los equipos entregados en arrendamiento, sin que ésta hubiese aceptado recibirlos.

Al respecto reitera el Tribunal que, como se expuso en el presente Laudo, está acreditado que la Demandada ofreció restituir los equipos a la terminación del contrato y así mismo, cuando la Demandante solicitó su entrega, por lo que lo que existió fue una mora del acreedor para recibirlos.

Por lo anterior, esta excepción prospera y así se declarará en la parte resolutive.

2 “Inexistencia del daño”.

Al invocar esta excepción la Demandada expresa que la Demandante reclama unos daños patrimoniales exorbitantes, lo que en particular ocurre con el lucro cesante,

y al respecto señala que no puede pretender ISC que el contrato finalizó en determinada fecha y, al mismo tiempo, sostener que el Demandante habría obtenido el lucro que le reportaba ese contrato. Agrega que lo que se debió demostrar es que de haber aceptado recibir los bienes arrendados, habría podido entregar esos equipos en arriendo en las mismas condiciones, lo que no es posible aceptar dadas la particular naturaleza del bien dado en arriendo, pues los equipos de alta tecnología se deprecian rápidamente.

Igualmente señala la entidad Demandada que la Demandante solicita se le indemnice por el valor de unos equipos análogos, sin embargo dicho daño debe estimarse a partir del valor de los mismos dispositivos.

Por lo anterior considera que los perjuicios que la Demandante pretende le indemnicen son inexistentes.

En relación con esta excepción y en consideración a lo ya expuesto en otro aparte de esta Laudo, considera el Tribunal que esta excepción está llamada a prosperar en lo que se refiere al lucro cesante, pues el Tribunal no encuentra en el proceso medios de convicción en torno a una posibilidad clara y concreta de explotación económica de los equipos no restituidos y que por no haber recibido dichos equipos se perdió la oportunidad de celebrar nuevos negocios que le hubiesen significado ingresos económicos que dejó de percibir.

Así mismo, el Tribunal reitera que como se expresa en otro aparte de este Laudo, para determinar el daño emergente no es posible establecer el perjuicio con base en una cotización de equipos nuevos, con especificaciones y características que no corresponden con exactitud a los que son materia de reclamación, por lo que sólo se puede reconocer el valor que se ha indicado en otro aparte del Laudo.

En este sentido la excepción formulada prospera en cuanto se refiere al lucro cesante.

3 “Inexistencia de la obligación indemnizatoria por ausencia de mora de BANCOLOMBIA”.

Señala la Demandada que la indemnización de perjuicios sólo se debe desde que el deudor esté en mora y que por ello no procede la indemnización del lucro cesante, pues el Banco no fue constituido en mora de acuerdo con la ley.

A este respecto encuentra el Tribunal que como se analizó en el presente Laudo, el Demandado no se encontraba en mora de restituir, pues el Banco ofreció restituir los bienes a la terminación del contrato y, posteriormente, cuando el arrendatario solicitó la restitución, igualmente el Banco ofreció hacerla.

Por lo anterior prospera la excepción formulada.

4 “Comportamiento en contra de los actos propios por parte de ISC”.

Señala la Demandada que durante muchos años la Demandante sostuvo que el contrato no había terminado el 15 de marzo de 2008; sin embargo, al salir vencida en el proceso ejecutivo en que sostuvo dicha tesis, cambio de posición para afirmar que los equipos le debieron ser entregados en marzo de 2008 a la terminación del arriendo. Esa fue la razón por la que no recibió los equipos cuando el Banco los ofreció.

En relación con esta excepción considera el Tribunal que la misma está llamada a prosperar, pues como está acreditado en el expediente, inicialmente la Convocante sostuvo que el contrato de arrendamiento no había terminado en marzo de 2008, y por ello cuando solicitó la restitución de los inmuebles no podía entenderse que lo hacía respecto de dicha fecha, sino respecto de la que consideraba era la fecha en que había de terminar el contrato. Por lo anterior es claro que no podía el Banco estar en mora de restituir la cosa a partir de marzo de 2008.

5 “Ausencia de relación causal por hecho exclusivo de la convocante”.

Afirma la Demandada que aun si se sostuviera que ISC no incurrió en mora de recibir los equipos, es claro no existe relación causal entre el comportamiento que se le imputa al Banco y los perjuicios que reclama la convocante, pues el Banco se allanó a restituir los equipos y fue la convocante la que se negó a recibirlos.

En relación con esta excepción considera el Tribunal que habiéndose establecido que el Banco no incurrió en mora de restituir los bienes arrendados, no puede ser responsable por los perjuicios sufridos por la Demandante por el hecho de que esta no pudo disponer de los bienes a partir de la fecha de la terminación del contrato. Por lo anterior considera el Tribunal que no hay lugar a pronunciarse sobre esta excepción.

6 “Ausencia de abuso del derecho por parte de Bancolombia”.

Expresa la Demandada que la demandada que la Demandante invoca un supuesto abuso del derecho por el Banco por el hecho de no haber restituido los bienes arrendados, pero no precisa en qué consiste dicho reproche, por el contrario, el Banco ha demostrado no ha abusado de sus derechos.

En relación con este medio de defensa encuentra el Tribunal que efectivamente no está acreditado en el expediente que el Banco haya abusado de sus derechos en relación con la restitución de los bienes arrendados, pues el mismo no se negó a hacerla y menos aún invocó un derecho para no hacerlo. Es clara, entonces, la prosperidad de este medio de defensa.

7 “Inexistencia de pérdida de una oportunidad”.

Señala la demandada que bajo la modalidad de la pérdida de una oportunidad, la indemnización de perjuicios solo se produce cuando hay certeza sobre la existencia de una verdadera oportunidad y además se acredita que la conducta del responsable causó la pérdida, lo que no ocurre en el presente caso.

Al respecto reitera el Tribunal que como se analizó en otro aparte de este Laudo, no obran en el proceso medios de convicción que conduzcan al Tribunal a la conclusión de que existía posibilidad clara y concreta de explotación económica de los equipos no restituidos. Por lo anterior este medio de defensa está llamado a prosperar y así se declarará.

8 “Cobro injustificado de intereses moratorios”.

La Demandada sostiene que es improcedente el cobro de intereses moratorios a partir del año 2008, porque el Banco no fue constituido en mora y además la obligación que se reclama no es una obligación monetaria.

En relación con este medio de defensa, reitera el Tribunal que como se precisó en otro aparte de este Laudo, el Banco no fue constituido en mora de restituir y por lo mismo no puede ser condenado a pagar perjuicios moratorios, además que la obligación que se reclama en este proceso no tenía por objeto una suma de dinero. En consecuencia, esta excepción debe prosperar.

9 “Compensación”.

Solicita la Demandada que en el evento en que se llegue a considerar que existe alguna obligación a cargo de BANCOLOMBIA y a favor de la convocante, dicha obligación sea compensada con los créditos exigibles e insolutos, incluyendo sus intereses de plazo y mora a la fecha del laudo, correspondientes a las condenas en costas proferidas por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín y el Tribunal Superior de Distrito de Medellín, en el proceso ejecutivo que la convocante adelantó contra el BANCOLOMBIA.

Expresa que dichas condenas ascienden por concepto de capital, a la suma de \$56.789.158 (costas de primera instancia) y \$3.000.000 (costas de segunda instancia), para un total de \$59.789.158.

En relación con esta excepción considera el Tribunal lo siguiente:

De conformidad con el artículo 1715 del Código Civil la compensación opera por ministerio de la ley y exige que las obligaciones cuya compensación se solicita cumplan con los siguientes requisitos:

- 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
- 2.) Que ambas deudas sean líquidas, y
- 3.) Que ambas sean actualmente exigibles.

Si se examina la situación en el presente caso se encuentra que la obligación que se reconoce en el presente Laudo y cuya justificación es resarcir el perjuicio causado por la no restitución de unos bienes arrendados sólo es líquida y exigible a partir de la ejecutoria del mismo. Por consiguiente, con anterioridad a dicho momento no se puede concluir que existan obligaciones recíprocas en dinero, líquidas y actualmente exigibles para que proceda la compensación impetrada. En consecuencia, no es posible reconocer esta excepción.

10 Conclusiones.

Por lo anterior se declarará que prosperan las siguientes excepciones: inexistencia de la obligación indemnizatoria por mora del acreedor – Cumplimiento del contrato por parte de BANCOLOMBIA; inexistencia del daño en lo relativo al lucro cesante;

inexistencia de la obligación indemnizatoria por ausencia de mora de BANCOLOMBIA; comportamiento en contra de los actos propios por parte de ISC; ausencia de abuso del derecho por parte de Bancolombia; inexistencia de pérdida de una oportunidad, y cobro injustificado de intereses moratorios. Finalmente, se negará la excepción de compensación.

VI OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO.

Corresponde al Tribunal definir lo relativo a la aplicación de las sanciones contempladas en el artículo 206 del Código General del Proceso en relación con el juramento estimatorio incorporado en la demanda promovida por ISC, el cual es del siguiente tenor:

“Bajo la gravedad del juramento de acuerdo al artículo 206 del Código General de Proceso, estimo que los perjuicios reclamados ascienden a la suma de DOCE MIL CIEN MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS DIEZ PESOS M/L (\$12.100.498.410), por concepto del lucro cesante sufrido por la demandante al no recibir ninguna suma de dinero mientras los bienes se encontraban en poder de la demandada después del 15 de Marzo de 2008, tal como se desprende del dictamen pericial y la tabla de cálculos que se aporta con la demanda, suma de dinero que se genera de igual manera o por el abuso del derecho en que incurrió la convocada o por la pérdida de la oportunidad generada a la convocante; así como la suma de DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL VEINTINUEVE DÓLARES (USD 224.029), equivalente a la tasa de cambio a pesos colombianos para el momento del pago, por concepto de daño emergente, tal como se explica en el dictamen pericial y la tabla de cálculos aportados con la presente demanda.” (Se destaca).

El juramento estimatorio fue oportunamente objetado por Bancolombia en su escrito de contestación de la demanda y en dicha objeción se controvirtieron los rubros solicitados, tanto en su cuantificación como en su naturaleza.

De entrada advierte el Tribunal que ninguna de las sanciones contempladas en el artículo 206 del Código General del Proceso están llamadas a aplicarse en el presente asunto, habida cuenta de que no se advierte en la estimación de las cifras reclamadas mala fe, temeridad, descuido o negligencia alguna por parte de ISC.

En efecto, es pertinente señalar que el citado precepto procesal contiene dos sanciones diferentes y aplicables bajo supuestos fácticos distintos:

La primera, opera cuando el Convocante no alcanza a probar la suma reclamada a título de indemnización en una proporción de al menos el 50% de lo estructurado en el juramento estimatorio, caso en el cual, según lo señala el inciso cuarto de la

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

La segunda, que está contemplada en el párrafo de la disposición, opera cuando las pretensiones sean negadas por falta de demostración de los perjuicios, evento en el cual *“la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.”*

Al estudiar la *constitucionalidad* de la segunda sanción, esto es la prevista en el párrafo de la norma, la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 2013 señaló que dicha sanción solamente puede aplicarse cuando la parte haya evidenciado mala fe y temeridad en la estimación que de los perjuicios plasma en el juramento estimatorio.

Esta decisión de *constitucionalidad* fue acogida y elevada a derecho positivo en el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, que agregó un inciso final al citado párrafo, según el cual *“La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”*

A juicio del Tribunal, las consideraciones sobre la necesidad de que exista una conducta reprochable por exagerada, descuidada, negligente, temeraria o contraria a los mandatos y postulados de la buena fe y probidad procesal para la aplicación de las sanciones establecidas en el párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, son igualmente aplicables a la sanción prevista en el inciso cuarto de la disposición, puesto que, en primer lugar, se trata de hipótesis fácticas similares en la medida que en ambas hay ausencia de prueba del perjuicio reclamado y estimado en el juramento, ausencia que en un caso es parcial y en otro total, pero en todo caso son hipótesis en las que el demandante ve cómo su estimación superó la realidad que probatoriamente refleja el expediente, por lo que las sanciones solamente pueden aplicarse si esa diferencia obedece a un actuar negligente o temerario; y, en segundo lugar, porque no tendría razón ni justificación alguna que una sanción operara de manera objetiva mientras que la otra requiera de un análisis de la conducta de la parte demandante.

En consecuencia, tanto para la sanción del inciso cuarto de la disposición que se estudia como para la aplicación de la contemplada en el párrafo de la misma, se

hace necesario que se pruebe descuido, negligencia, malicia, imprudencia, mala fe o temeridad.

Esta conclusión se soporta, además, en lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 2013, en la cual se indicó que la sanción “*tiene finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas “temerarias” y “fabulosas” en el sistema procesal colombiano*”, lo cual implica, como es elemental, el análisis de la conducta desplegada por el demandante y no simplemente la imposición objetiva de las sanciones cuando quiera que lo probado en el proceso resulte ser inferior a lo estimado en la proporción indicada en la norma o cuando las súplicas indemnizatorias se nieguen por falta de acreditación del perjuicio.

En el presente caso, aunque la pretensión por lucro cesante no prosperó por falta de demostración de los perjuicios y la reclamación por daño emergente alcanzó prosperidad en una proporción inferior al 50% de lo estimado en el juramento estimatorio, para el Tribunal no es evidente, no está probado, que ISC haya actuado en forma descuidada o negligente a la hora de formular su juramento estimatorio, o que haya actuado con temeridad o con mala fe en la estimación, puesto que, (i) El juramento discriminó y cuantificó los rubros calculados en forma razonada; (ii) Como base del juramento estimatorio y, en general, de las pretensiones de la demanda, se acompañó un dictamen pericial elaborado por el experto César Mauricio Ochoa Correa, el cual, aunque no fue acogido por el Tribunal por las consideraciones incorporadas en este laudo arbitral, demuestra que la parte Convocante no formuló el juramento estimatorio a la ligera o con descuido, sino que lo hizo soportar en una prueba pericial, lo que descarta la existencia de mala fe o de temeridad; y, (iii) A lo largo de la etapa probatoria la Convocante centró sus esfuerzos probatorios a acreditar no solo la existencia del daño sino su cuantía, mostrando una conducta leal y proba que implica no aplicar la sanción.

En consecuencia, el Tribunal se abstendrá de imponer sanción alguna a ISC por virtud del juramento estimatorio formulado en su demanda arbitral.

VII COSTAS.

Para avocar este tema es necesario recordar que ISC, parte convocante, se acogió al amparo de pobreza que, una vez acreditada la plena prueba de su justificación fáctica, le fue otorgado.

Dispone el artículo 13 de la Ley 1563 de 2012 que *“Sin perjuicio de lo que resuelva el laudo sobre costas, el amparado quedará exonerado del pago de los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, sin que le corresponda a su contraparte sufragar lo que al amparado le hubiese correspondido pagar.”*

A su vez, el artículo 154 del Código General del Proceso establece que *“El amparado por pobre no estará obligado a prestar cauciones procesales ni a pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación, y no será condenado en costas.”*

Por su parte, el artículo 366, numeral 1º, del Código General del Proceso, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, regla que se atempera en el numeral 5º del mismo precepto, el cual enseña que *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”*

De la lectura armónica de las disposiciones transcritas se desprende con facilidad que en los procesos arbitrales el amparado por pobre no será condenado en costas, razón por la cual, frente a ISC, quien goza de dicho beneficio, no se impondrá condena alguna, no obstante que las pretensiones de la demanda alcanzaron éxito en forma apenas parcial.

En cuanto a BANCOLOMBIA, quien resultó vencido parcialmente en este proceso, tampoco se proferirá condena en costas puesto que, como se concluyó, las pretensiones enderezadas en su contra obtuvieron éxito apenas parcial. En consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia se dispondrá que este arbitraje finaliza sin condena en costas para las partes del mismo, debiendo cada una de ellas asumir los costos y gastos en los que haya podido incurrir por la tramitación del proceso.

TERCERA PARTE.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El Tribunal de Arbitraje constituido para resolver en derecho las controversias planteadas por INGENIERIA, SERVICIOS Y CONSULTORIA S. A. contra BANCOLOMBIA S. A., vinculadas con el Contrato No. 2229-01 suscrito por ellas el 30 de mayo de 2001, administrando justicia en nombre la República de Colombia, por autoridad de la Ley y habilitación de las partes,

RESUELVE

Primero.- Declarar que BANCOLOMBIA S. A., parte demandada, se encontraba en la obligación de restituir, a partir del 11 de abril de 2014, novecientos siete (907) equipos (Hardware) componentes del “Sistema Central de Verificación Biométrico de Huella Digital” que INGENIERÍA, SERVICIOS Y CONSULTORÍA S. A., parte demandante, le suministró bajo los términos y condiciones del Contrato No. 2229-01 que existió entre las partes, suscrito el 30 de mayo de 2001, terminado el 15 de marzo de 2008.

Segundo.- Declarar que habiéndose perdido en poder de BANCOLOMBIA S. A. los equipos a que se refiere la declaración anterior, debe BANCOLOMBIA S. A. reconocerle a INGENIERÍA, SERVICIOS Y CONSULTORÍA S. A. el valor de los mismos, y que ese valor constituye el monto de los perjuicios que la parte convocada le ha causado a la parte convocante.

Tercero.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a BANCOLOMBIA S. A. a pagarle a INGENIERÍA, SERVICIOS Y CONSULTORÍA S. A. la suma de Ciento Setenta y Cuatro Millones Doscientos Ochenta y Cuatro Mil Quinientos Ochenta y Cinco Pesos (\$174.284.585,00) a la ejecutoria de este laudo arbitral, más intereses moratorios hasta su pago efectivo a la tasa más alta que fuere legalmente procedente.

Cuarto.- En mérito de las anteriores declaraciones y condena, declarar parcialmente prósperas, bajo las consideraciones de este Laudo Arbitral, las Pretensiones Principales de la demanda.

Quinto.- Bajo las consideraciones, restricciones y modulaciones consignadas en la parte motiva de este Laudo Arbitral, prosperan todas las “Defensas y Excepciones” propuestas por BANCOLOMBIA, parte convocada, salvo la excepción de compensación. No hay lugar a pronunciamiento alguno sobre la excepción rotulada “Ausencia de relación causal por hecho exclusivo de la convocante”.

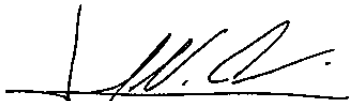
Sexto.- Ordenar el pago del saldo final de los honorarios de los árbitros y del secretario. El Presidente del Tribunal hará esos pagos previo el diligenciamiento de lo que corresponda, con cargo a los honorarios de los árbitros exclusivamente, por concepto del pago de la Contribución Especial Arbitral de conformidad con la Ley 1743 de 2014.

Séptimo.- Ordenar que tan pronto se encuentre en firme este Laudo Arbitral, por Secretaría se expidan copias auténticas con las constancias de ley con destino a cada una de las partes y copia simple para el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

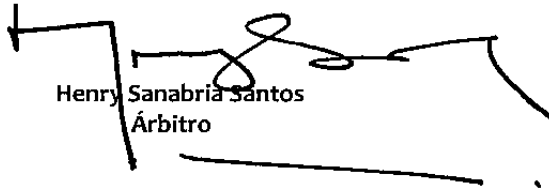
Notifíquese y cúmplase.



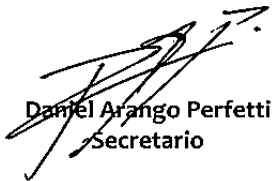
Gilberto Peña Castrillón
Presidente



Juan Pablo Cárdenas Mejía
Árbitro



Henry Sanabria Santos
Árbitro



Daniel Arango Perfetti
Secretario