

**PROCESO ARBITRAL PROMOVIDO POR CLOUD SF S.A.S. EN CONTRA DE
LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ**

(Radicado No. 2016 A 029)

Medellín, diez y ocho (18) de julio de dos mil diez y siete (2017)

Lugar y Fecha:

En la fecha, a las cuatro de la tarde (4:00 p.m.), oportunidad previamente señalada por el Tribunal Arbitral, se constituyó el mismo en audiencia.

Asistentes:

En la audiencia están presentes el árbitro único, el secretario y los apoderados de las partes.

Objeto de la audiencia:

El objeto de la audiencia es la prevista en el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, es decir, llevar a efecto la audiencia de laudo y dar lectura a la parte resolutive del mismo.

Desarrollo de la audiencia:

El Secretario del Tribunal leyó la parte resolutive del laudo arbitral proferido y entregó copia auténtica del mismo a las partes, con las constancias de Ley.

Por estos motivos, el Tribunal:

R E S U E L V E

(Auto No. 19)

1. Ordenar agregar el laudo arbitral al expediente y entregar a las partes primeras copias auténticas del mismo con las constancias de Ley.
2. Estarse a lo dicho en la parte motiva y resolutive del laudo arbitral que puso fin a las controversias suscitadas entre las partes.

VIGILADO Ministerio del Interior y de Justicia

3. Fijar como fecha para audiencia el día miércoles 2 de agosto de 2017 a las 9:00 a.m., en estas instalaciones, en el evento en que se soliciten aclaraciones o complementaciones del laudo por las partes (cfr. Art. 39 Ley 1563 de 2012).

La anterior providencia se notifica por estrados.

Se deja expresa constancia de la entrega a las partes de las primeras copias auténticas del laudo con las constancias de Ley, dentro de la presente audiencia.

Cumplido lo anterior se dio por finalizada la sesión, y se firma la presente acta por los asistentes a la misma.

El árbitro único,


JUAN CARLOS GAVIRIA GÓMEZ

Los apoderados


EDWIN LÓPEZ ZULUAGA


CARLOS ALEJANDRO DUQUE RESTREPO

El secretario,


LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ D'ALLEMAN

VIGILADO Ministerio del Interior y de Justicia

**CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA
CENTRO DE ARBITRAJE**

LAUDO ARBITRAL

**CLOUD SF S.A.S.
CONTRA
LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ**

**CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA
CENTRO DE ARBITRAJE
LAUDO ARBITRAL**

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

Medellín, diez y ocho (18) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Según lo anunciado en Auto No. 18 del 24 de mayo de 2017, el **Tribunal de Arbitramento** expide el **Laudo** que se expresa a continuación:

I. TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL

A. Demanda e integración del Tribunal.

1. El día 20 de junio de 2016, CLOUD SF S.A.S., como parte demandante, a través de apoderado judicial, presentó ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia la demanda arbitral con el fin de que se integrara un Tribunal de Arbitramento que resolviera las pretensiones formuladas en la misma, en contra de LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ¹.
2. Tal petición está fundada en el Pacto Arbitral, en su modalidad de cláusula compromisoria, contenido en la cláusula novena del contrato de compra de software y su implementación, celebrado por las partes el día 23 de abril de 2014, la cual es del siguiente tenor:

"NOVENA. COMPROMISORIA: *Todas las diferencias que puedan surgir por razón o con ocasión del presente contrato, serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio del domicilio contractual*"²

Las Partes, mediante acta fechada el día 30 de junio de 2016 (Cfr. folios 40 y s.s.), modificaron la cláusula compromisoria, en los siguientes términos:

"Toda controversia o diferencia relativa a este contrato será dirimida por un Tribunal de Arbitramento presentado ante al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, conformado por un (1) árbitro designado de común acuerdo por las partes o, en su defecto, por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, mediante sorteo de la lista de árbitros pertenecientes al mismo, especialista en la materia del tema central del litigio, que funcionará en las instalaciones del mencionado Centro, decidirá en derecho y se regirá por el Reglamento del Centro de Arbitraje y las disposiciones vigentes sobre la materia".

3. El Centro de Arbitraje le comunicó la designación al árbitro único nombrado de común acuerdo por las partes, quien la aceptó oportunamente (Cfr. folios 45 y s.s. del Cuaderno Principal).
4. Adicionalmente, en el acto de aceptación de su cargo, el árbitro único designado dio cumplimiento al deber de información contenido en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, el cual fue comunicado a los apoderados de las partes.

¹ Cuaderno Principal – Folios 1 y ss.

² Cuaderno Principal – Folio 36.

5. Integrado debidamente el Tribunal, el Centro de Arbitraje citó al árbitro único y a los apoderados de las partes para efectos de realizar la audiencia de instalación del Tribunal (Cfr. Inc. 1 Art. 20 de la Ley 1563 de 2012).

B. Audiencia de Instalación, Designación y Posesión del Secretario, Juicio de Admisibilidad, Derecho de Contradicción, Conciliación Arbitral, Fijación de Gastos y Honorarios y Primera Audiencia de Trámite.

1. Mediante Auto No. 01 del 3 de agosto de 2016, el Tribunal Arbitral se instaló formalmente, designó como Secretario al Dr. Luis Guillermo Rodríguez D'Alleman, recibió el expediente por parte de la Abogada de la Unidad de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, fijó el lugar de funcionamiento del Tribunal y reconoció personería a las apoderados de las partes³.
2. Mediante Auto No. 03⁴, el Tribunal inadmitió la demanda arbitral.
3. El Secretario designado aceptó el cargo y dio cumplimiento al deber de información contenido en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, el cual fue comunicado a los apoderados de las partes (Cfr. folios 58 y s.s. del expediente).
4. La parte convocante, a través de memorial presentado el día 9 de agosto de 2016, obrante a folios 64 y ss del expediente arbitral, cumplió con los requisitos exigidos por el Tribunal para la admisión de la demanda.
5. Mediante Auto No. 04⁵, el Tribunal admitió la demanda arbitral, fijó el trámite o procedimiento a seguir, ordenó la notificación personal de la parte convocada y ordenó correr traslado de la demanda por el término de veinte (20) días.
6. El Tribunal, también en el Auto No. 04 del 11 de agosto de 2016, declaró posesionado al Secretario del Tribunal.
7. De acuerdo con el acta de notificación personal efectuada a la parte convocada, visible a folio 101 del Cuaderno Principal, ésta se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda, el día primero 1º de agosto de 2016.
8. La parte convocada, a través de su apoderado judicial, ejerció oportunamente el derecho de contradicción, mediante escrito presentado el día 22 de septiembre de 2016, contestando la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, proponiendo excepciones de fondo o de mérito, objetando el juramento estimatorio expresado por la parte convocante en la demanda y solicitando el decreto de medios de prueba (Cfr. folios 105 y s.s. del Cuaderno Principal).
9. De igual modo la parte convocada, a través de su apoderado judicial, mediante escrito presentado el día 22 de septiembre de 2016, impetró

³ Cuaderno Principal – Folios 52 y ss.

⁴ Cuaderno Principal – Folio 56.

⁵ Cuaderno Principal – Folios 93 y ss.

demanda de reconversión en contra de la convocante (Cfr. folios 1 y s.s. del Cuaderno de la Demanda de Reconversión).

10. El Tribunal, mediante Auto No. 06⁶ del 27 de septiembre de 2016, admitió la demanda de reconversión y corrió traslado de ésta a la parte convocante reconvenida.
11. La parte convocante reconvenida, mediante escrito presentado el día 9 de noviembre de 2016, contestó la demanda de reconversión, oponiéndose a las pretensiones de la misma, proponiendo excepciones de fondo o de mérito y solicitando el decreto de pruebas (Cfr. folios 107 y s.s. del Cuaderno de la Demanda de Reconversión).
12. El Tribunal, mediante Auto No. 07⁷ del 27 de septiembre de 2016, corrió traslado a la parte convocante, por el término de cinco (5) días, de la objeción al juramento estimatorio propuesta por la parte convocada; ordenó correr traslado secretarial, también por el término de cinco (5) días, de las excepciones de fondo o de mérito propuestas por ambas partes en las contestaciones de ambas demandas, a su respectiva contraparte; y fijó fecha para la audiencia de conciliación.
13. La parte convocante, demandada en reconversión, mediante escritos radicados el día 1 de diciembre de 2016, describió el traslado de la objeción⁸, oponiéndose a ésta, haciendo un pronunciamiento sobre las excepciones y solicitando el decreto de nuevos medios de prueba (Cfr. folios 354 y s.s. del Cuaderno de la Demanda de Reconversión).
14. Por su parte la convocada, demandante en reconversión, mediante escrito radicado el día 30 de noviembre de 2016, describió el traslado de las excepciones⁹, solicitando el decreto de nuevos medios de prueba (Cfr. folios 184 y s.s. del Cuaderno Principal).
15. El día 12 de diciembre de 2016, el Tribunal llevó a cabo la audiencia de conciliación (Cfr. folios 187 y s.s.). Como no hubo acuerdo entre las partes, se declaró agotada y fracasada la audiencia de conciliación prevista en el art. 24 de la Ley 1563 de 2012 y profirió el Auto No. 08¹⁰, en virtud del cual se fijaron los gastos y honorarios del Tribunal, estableciendo las sumas a cargo de las partes por los siguientes conceptos:
 - a. Honorarios del Árbitro Único y del Secretario;
 - b. Gastos de funcionamiento del Tribunal; y
 - c. Gastos de administración del Centro de Arbitraje.
16. Ambas partes pagaron, en las oportunidades procesales de que trata el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, la totalidad de los gastos y honorarios decretados por este Tribunal Arbitral.

⁶ Cuaderno Principal – Folios 172 y ss.

⁷ Cuaderno Principal – Folios 178 y ss.

⁸ Cuaderno Principal – Folios 180 y 181.

⁹ Cuaderno Principal – Folios 180 a 181.

¹⁰ Cuaderno Principal – Folios 188 y ss.

17. En audiencia primera de trámite del 6 de febrero de 2017, mediante Auto No. 10¹¹, el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir las pretensiones y las excepciones de mérito contenidas en las demandas y en sus contestaciones, respectivamente, y ordenó el pago del 50% de los honorarios al árbitro único y al secretario, y el 100% al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín (Cfr. Art. 28 Ley 1563 de 2012).
18. Dentro de esa misma audiencia, y mediante Auto No. 11¹², el Tribunal decretó los medios de prueba solicitados por las partes (Cfr. Inc. 3 del Art. 30 Ley 1563 de 2012).

C. Práctica de Pruebas, Audiencia de Alegaciones y Oportunidad del Laudo Arbitral.

1. Las pruebas se practicaron según lo decretado, tal como se detalla a continuación:
 - a. En audiencia del 6 de marzo de 2017¹³ se practicaron los interrogatorios de parte a la representante legal de la convocante (con exhibición de documentos) y al convocado; y el testimonio de Francisco Diego Zuluaga Puerta.
 - b. En audiencia del 21 de marzo de 2017¹⁴ se continuó con la exhibición de documentos por parte de la representante legal de la convocante; y se practicaron los testimonios de Laura Marcela Aristizábal R., Ronald Andrés Sánchez V. y Víctor Manuel Bernal O.
 - c. En audiencia del 27 de marzo de 2017¹⁵ se practicaron las declaraciones de los peritos Maritza Flórez M. y Jorge Castrillón N.; y mediante auto No. 15 el Tribunal corrió traslado de la respuesta al Oficio No. 2 del Tribunal emanada de la Dirección Nacional del Derecho de Autor (obrante a folio 594 del expediente).
 - d. En audiencia del 21 de abril de 2017¹⁶ se practicaron los testimonios de Sandra Milena Correa M., Fabián Andrés Peña S. y Gustavo Alonso Suárez C.
2. En audiencia del 24 de mayo de 2017¹⁷ el Tribunal llevó a cabo la audiencia de alegatos y, mediante Auto No. 18, fijó fecha de fallo o de laudo.
3. En virtud de la cláusula compromisoria y por no existir término especial pactado en ella, el presente Arbitraje tiene una duración de seis (6)

¹¹ Cuaderno Principal – Folio 204.

¹² Cuaderno Principal – Folios 205 y ss.

¹³ Cuaderno Principal – Folios 397 y ss.

¹⁴ Cuaderno Principal – Folios 454 y ss.

¹⁵ Cuaderno Principal – Folios 590 y ss.

¹⁶ Cuaderno Principal – Folios 596 y ss.

¹⁷ Cuaderno Principal – Folios 874 y ss.

meses¹⁸ contados desde la primera audiencia de trámite, sin que dicho término se hubiera suspendido.

Toda vez que la primera audiencia de trámite se realizó y finalizó el día **6 de febrero de 2017**, el término para concluir las actuaciones del Tribunal finaliza el **6 de agosto de 2017**, por lo cual el Laudo es proferido dentro del término legal.

II. POSICIONES Y PRETENSIONES DE LAS PARTES

A. Demanda principal:

1. La demanda arbitral, además de identificar a las partes (incluyendo direcciones para notificaciones), acompañar y solicitar el decreto y práctica de pruebas, trae la versión de los **hechos** relevantes al Arbitraje, cuya transcripción se realiza a continuación:

"PRIMERO: La empresa **CLOUD SF S.A.S.**, presentó al señor **LUIS EDUARDO VELASQUEZ GOMEZ**, una **OFERTA COMERCIAL** identificada con el **No.123-4577** del día **Veinticuatro (24) de abril de Dos Mil Catorce (2014)**, con el fin de implementar un **SOFTWARE ERP**, en el establecimiento comercial **FRICAR**, propiedad del señor **VELASQUEZ GOMEZ**.

SEGUNDO: La respectiva **OFERTA COMERCIAL**, tenía por objeto "la compra por parte del **CONTRATANTE** y la venta e implementación por parte del **CONTRATISTA**, de un **SOFTWARE ERP** el cual sería implementado en el establecimiento comercial **FRICAR** de acuerdo a los módulos, especificaciones y funcionalidades presentados en la oferta comercial No.123-4577".

TERCERO: En efecto la **OFERTA COMERCIAL**, presentada fue aceptada y en consecuencia se procedió entre las partes **CLOUD SF S.A.S.**, en su calidad de **contratista** y **LUIS EDUARDO VELASQUEZ GOMEZ**, en su calidad de **contratante**, a suscribir un contrato que denominaron **CONTRATO DE COMPRA DE SOFTWARE Y SU IMPLEMENTACIÓN**, el cual se estableció expresamente en la cláusula primera el "objeto" así:

"PRIMERA: OBJETO: El objeto del presente contrato es la compra por parte del **CONTRATANTE** y la venta e implantación por parte del **CONTRATISTA**, de un **SOFTWARE ERP** el cual será implementado en el establecimiento comercial **FRICAR** de acuerdo a los módulos, especificaciones y funcionalidades presentados en la oferta comercial No.123-4577 del día 24 de Abril de 2014,

¹⁸ Cfr. Art. 10 de la Ley 1563 de 2012, el cual reza: "**Artículo 10. Término.** Si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, este será de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. Dentro del término de duración del proceso, deberá proferirse y notificarse, incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición.

Dicho término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello.

Al comenzar cada audiencia el secretario informará el término transcurrido del proceso."

documento que para todos los efectos legales y fiscales forma parte integral del presente contrato”.

CUARTO: En el referido contrato las partes pactaron el valor del contrato y la forma de pago en la cláusula séptima del mismo así:

"SEPTIMA. VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO: Para todos los efectos legales y fiscales, el valor total del presente contrato es de: **QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$576.000.000,00)** más el IVA que se cancelará de la siguiente manera: setenta y dos (72) cuotas fijas mensuales de **OCHO MILLONES DE PESOS M/L (\$8.000.000,00)** más el IVA, empensando la primera a la firma del presente contrato.

PARAGRAFO PRIMERO: El valor correspondiente al IVA se entiende NO incluido dentro de las suma anteriormente señaladas y ofrecidas en la propuesta del **CONTRATISTA**”.

PARAGRAFO SEGUNDO: Las facturas serán pagada por el **CONTRATANTE** dentro de los 5 días calendario siguientes a su presentación”.

QUINTO: Es de resaltar que la empresa **CLOUD SF S.A.S.**, se encontraba cumpliendo a cabalidad con la ejecución del respectivo contrato, según las obligaciones asumidas por este como **contratista**; teniendo en cuenta que el cumplimiento de sus obligaciones se encontraban supeditadas al cumplimiento por parte del contratante de las obligaciones asumidas por este en particular con su obligación de suministrar a la empresa contratista todos los datos e información necesaria e indispensable para la ejecución del contrato según el respectivo cronograma; obligación que ha venido incumpliendo de manera reiterada el contratante.

SEXTO: En el referido "Contrato de Compra de Software y su Implementación" las partes establecieron de igual forma el tiempo de duración del contrato en la cláusula sexta así:

"SEXTA DURACIÓN: El presente contrato tendrá una duración del 23 de Abril de 2014 hasta el 23 de Abril de 2020”.

SEPTIMO: Se reitera que el contrato se estaba ejecutando por parte de **CLOUD SF S.A.S.**, en su calidad de **contratista** en los términos pactados y teniendo en cuenta el cumplimiento por parte del **contratante** el señor **LUIS EDUARDO VELASQUEZ GOMEZ**, con el suministro de la información requerida de su establecimiento comercial, empresa **FRICAR**, toda vez que el avance del contrato estaba claramente determinado por el cumplimiento de las obligaciones de este en cuanto a la información requerida fuera suministrada de manera clara y oportuna al contratista.

OCTAVO: Encontrándose el referido "Contrato de Compra de Software y su Implementación" ejecutándose desde el día Nueve (09) de mayo de Dos Mil Catorce (2014); según las estipulaciones contractuales, de manera sorpresiva, el señor **LUIS EDUARDO VELASQUEZ GOMEZ**, sin que mediara ningún tipo de comunicación previa, procedió de manera **UNILATERAL**, primero mediante e-mail del pasado **Abril (21)** y comunicación que es ratificada nuevamente mediante comunicación e-mail del pasado **Diecisiete (17) de mayo** ambos del **Dos Mil Dieciseis (2016)**.

El primer e-mail:

"From: Luis Eduardo Velásquez <gerenciafricar@une.net.co>
Date: May 17, 2016 at 12:25:52 PM GMT-5
To: oaristizabal@cloud-sf.com
Subject: **ERP.**

Buenos días Olga.
En vista de buscar situaciones benéficas para que fricar logre avanzar sobre la situación administrativa coyuntural que está pasando y en vista de lo demandante y el tiempo ya dedicado a el sistema. Consideró prudente frenar este proceso.
Espero entienda nuestra posición.
Estaré atento.

Enviado desde mi iPad"

El segundo e-mail:

"From: Luis Eduardo Velásquez <gerenciafricar@une.net.co>
Subject: **Fwd: Terminación de contrato.**
Date: April 21, 2016 at 8:24:29 AM GMT-5
To: oaristizabal@cloud-sf.com

Enviado desde mi iPad

Inicio del mensaje reenviado:

De: Luis Eduardo Velásquez <gerenciafricar@une.net.co>
Fecha: 21 de abril de 2016, 8:06:33 a.m. GMT-5
Para: Gustavo Suarez <gustavo.suarez@fricar.com.co>
Asunto: **Terminación de contrato.**

Señores
Cloud group's company.
Atención
Olga lucia Aristizabal.

Buenos días.
En vista de el momento complicado por el cual está pasando nuestra compañía.
Solicitamos formalmente la cancelación de el proyecto ERP que tenemos contratado con ustedes.
De antemano les doy las gracias por su comprensión y todo el apoyo que nos prestaron durante nuestra relación.

Hasta pronto.
Quedo atento.
Att.

Luis Eduardo VELASQUEZ"

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

NOVENO: Las partes dentro del referido documento suscrito denominado "Contrato de Compra de Software y su Implementación", estipularon en la Cláusula Octava:

"OCTAVA. PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento o declaratoria de caducidad del contrato, **EL CONTRATISTA** se obliga a pagar a **EL CONTRATANTE** o **EL CONTRATANTE** se obliga a pagar a **EL CONTRATISTA** una suma equivalente al valor restante por ejecutar del contrato"

En este orden de ideas las partes decidieron estipular de manera anticipada en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato la presente cláusula penal tendiente a establecer los perjuicios ocasionados con el incumplimiento, de lo cual se puede establecer claramente que es el día **DIECISIETE (17) DE MAYO DE DOS MIL DIECISEIS (2016)** fecha en la cual el señor **LUIS EDUARDO VELASQUEZ GOMEZ** decidió notificar su decisión de **DAR POR TERMINADO UNILATERALMENTE EL CONTRATO**, que se encontraba vigente y en ejecución.

DECIMO: Ante la notificación de la **TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO**, por parte del señor **LUIS EDUARDO VELASQUEZ GOMEZ**, se procedió al interior de la empresa **CONTRATISTA CLOUD SF S.A.S.**, a revisar durante el tiempo de ejecución del contrato hasta el día **DIECISIETE (17) DE MAYO DE DOS MIL DIECISEIS (2016)** desde el punto de vista económico que pagos se habían realizado, para determinar cuanto se encuentra pendiente de pago respecto del valor total del contrato, lo que arrojó el siguiente resultado contable:

Primero: El contratante, el señor **LUIS EDUARDO VELASQUEZ GOMEZ**, ha pagado hasta el Diecisiete (17) de Mayo de Dos Mil Dieciséis (2016), la suma de **CIENTO NOVENTA Y DOS MILLONES DE PESOS M/L (\$192.000.000.00)**.

Como consecuencia de lo anterior del valor total del contrato; es decir de una suma de **QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$576.000.000,00)** más el IVA, se encuentra un valor restante por ejecutar del contrato por la suma de **TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS M/L (\$384.000.000.00)**, saldo este pendiente a los Diecisiete (17) días del mes de Mayo de Dos Mil Dieciséis (2016); fecha de la terminación unilateral del contrato por parte del señor **LUIS EDUARDO VELASQUEZ GOMEZ.**"

2. Apoyado en los supuestos fácticos relacionados, la parte convocante planteó las siguientes **pretensiones**:

"Pretensiones

1. Que se declare que el señor **LUIS EDUARDO VELASQUEZ GOMEZ** es responsable en su calidad de **CONTRATANTE**, al haber dado por

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

TERMINADO UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE COMPRA DE SOFTWARE Y SU IMPLEMENTACIÓN, de manera abrupta e intempestiva antes del vencimiento del término del contrato, con la empresa **CLOUD SF S.A.S.**

2. Que como consecuencia de la **TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ANTES DEL TÉRMINO DE VENCIMIENTO DEL MISMO** por parte del **contratante** el señor **LUIS EDUARDO VELASQUEZ GOMEZ**, se **CONDENE** a este a pagar a favor de mi poderdante, las siguientes sumas de dinero:
 - a) El valor de la cláusula "Penal Pecuniaria" pactada en la **CLAUSULA OCTAVA** del contrato. Esto es, hoy un valor equivalente a **TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS M/L (\$384.000.000.00)**, saldo este pendiente a los Diecisiete (17) días del mes de Mayo de Dos Mil Dieciseis (2016); fecha de la terminación unilateral del contrato por parte del señor **LUIS EDUARDO VELASQUEZ GOMEZ**.
 - b) Que las anteriores sumas de dinero sean debidamente **INDEXADAS**.
3. Que la parte convocada sea condenada en Costas y Agencias en Derecho."

B. Contestación de la demanda principal:

La parte convocada, de acuerdo con el escrito obrante a folios 105 y s.s. del cuaderno principal, contestó oportunamente la demanda principal, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte convocante y proponiendo las siguientes excepciones de fondo o de mérito:

1. **INEXISTENCIA DE "TERMINACIÓN UNILATERAL ARBITRARIA" POR PARTE DEL CONTRATANTE LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ:**
2. **CUMPLIMIENTO INTEGRAL DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL SEÑOR VELÁSQUEZ GÓMEZ.**
3. **CONTRATO VIGENTE. ABANDONO DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL.**
4. **EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO**
5. **MALA FE.**
6. **INEFICACIA DE LA CLÁUSULA PENAL.**

C. Demanda de reconvención:

1. La demanda de reconvención, además de identificar a las partes (incluyendo direcciones para notificaciones), acompañar y solicitar el decreto y práctica de pruebas, trae la versión de los **hechos** relevantes al Arbitraje, cuya transcripción se realiza a continuación:

"III. HECHOS

PRIMERO: El señor **VELÁSQUEZ GÓMEZ**, propietario del establecimiento de comercio **FRICAR**, tenía la intención de adquirir

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

en el mercado un aplicativo específico para la venta en línea de sus productos. Para ello, buscó en el mercado distintas opciones que colmaran dicha necesidad.

SEGUNDO: Entre los contactos que realizó, sostuvo varias reuniones con el personal directivo de CLOUD SF S.A.S. (en adelante simplemente CLOUD), quien convenció a mi procurado a que adquiriera, no de un simple aplicativo para venta en línea, sino una compleja plataforma ERP.

TERCERO: CLOUD presentó, el 24 de abril de 2014 una oferta de servicios identificada con el número 123-4577, en la que en teoría, se encontraba el alcance técnico del ERP, y las obligaciones que se impondrían las partes.

En la misma fecha mi poderdante y la sociedad demanda en reconvencción, celebraron un contrato de compraventa e implementación de software, mediante el cual CLOUD, en calidad de contratista, se obligó para con el contratante a la implementación de un software ERP, la creación de un portal web, entre otras, en el establecimiento comercial FRICAR de propiedad del contratante.

CUARTO: El valor del contrato se pactó en la suma de QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$576'000.000), pagaderos en 72 cuotas mensuales de \$8'000.000, más IVA, obligación que desde la firma del contrato fue cumplido a cabalidad por el contratante.

QUINTO: En el contrato, las partes acordaron, entre otras cosas, que la implementación del ERP se haría en el plazo de cuatro (4) meses y en caso de no haberse finalizado el desarrollo en el mismo, se concederían tres (3) meses más para la entrega, lo que lleva un total de siete (7) meses máximo, contados a partir de la firma del contrato, el cual se suscribió el 23 de abril de 2014.

Las partes acordaron que el portal web se desarrollaría y entregaría en un plazo de siete (7) semanas.

SEXTO: Vencidos los plazos indicados, el contratista no hizo entrega del portal Web ni del aplicativo. De hecho, hasta el abandono de la ejecución del contrato, tampoco se había verificado entrega alguna.

SÉPTIMO: A fin de facilitarle al CONTRATISTA el cumplimiento de sus obligaciones, el señor Velásquez Gómez contrató como gerente de su organización al señor Francisco Diego Zuluaga Puerta, quien tenía la misión, no solo de facilitar el proceso de montaje del ERP, sino implantar las mejores prácticas de administración.

El señor Zuluaga Puerta estuvo al frente de FRICAR por un año y recibió una remuneración mensual de 20.000.000.00.

El señor Zuluaga Puerta no solo incumplió con sus obligaciones y puso en riesgo a FRICAR, sino que se encargó de entorpecer y dilatar el proceso contractual.

OCTAVO: Ante el total desconocimiento que demostró Zuluaga Puerta de la actividad empresarial que pretendió gerenciar, el señor Velásquez Gómez dió por terminado el contrato de trabajo celebrado con él.

NOVENO: Ante la dilación en la entrega del ERP, ante la inexistencia del portal web, y luego de invertir millones de pesos, mi procurado intentó llegar a un acuerdo con el contratista para hacer un alto en el camino, reconsiderar el rumbo y evitar mayores gastos innecesarios. En tal sentido se comunicó via correo electrónico con la representante legal, quien luego de una primera comunicación le solicitó, de nuevo, un compás de espera para entregar el ERP.

DÉCIMO: Dado que el contratista continuaba sin cumplir con sus obligaciones, el señor Velásquez Gómez, de nuevo, el 17 de mayo de 2016, buscando detener la ejecución contractual para ajustarla al deber ser contractual. Valdrá decir que, para ese momento, habían transcurrido dos años desde la celebración del contrato y el contratista estaba lejos de cumplir con sus obligaciones.

UNDÉCIMO: Luego del envío del correo electrónico del 17 de mayo de 2016, EL CONTRATISTA abandonó la ejecución contractual, no atendió ninguna comunicación y nada se volvió a saber del contratista, sino hasta la presentación de la demanda arbitral.

DUODÉCIMO: A más de incumplir con las obligaciones de mayor envergadura del contrato, también incumplió con una serie de obligaciones complementarias, tales como las consagradas en los numerales 2.9, 2.11, 2.13, 2.14, 2.15, 2.17 y 2.19 de la cláusula segunda del contrato.

DÉCIMO TERCERO: El incumplimiento contractual causó los siguientes perjuicios materiales a mi representado:

1. La suma de CIENTO NOVENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$196'500.000), por concepto de pagos realizados al PROFESIONAL en el marco del contrato de compra de software y su implementación.
 2. La suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS PESOS (\$288'483.200) como daño emergente por concepto de los pagos de salarios y prestaciones sociales realizados al señor FRANCISCO DIEGO ZULUAGA PUERTA por su vinculación laboral a FRICAR."
2. Con base en los hechos transcritos, la parte convocada, demandante en reconvencción, formuló las siguientes **pretensiones:**

"IV. LO QUE SE PRETENDE

Previo el trámite del Proceso Arbitral y mediante laudo ejecutoriado, se solicita se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

5. PETICIÓN DE LO NO DEBIDO.
6. FALTA DE CAUSA Y OBJETO.

E. RECUENTO DE LAS PRUEBAS RECAUDADAS Y PRACTICADAS.

Las pruebas practicadas fueron las siguientes:

1. Los interrogatorios de la representante legal de la convocante y del señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ.
2. Los testimonios de los señores LAURA MARCELA ARISTIZÁBAL ROJAS, FRANCISCO DIEGO ZULUAGA PUERTA, SANDRA MILENA CORREA MUÑOZ, FANNY DEL SOCORRO GÓMEZ ESPINAL, GUSTAVO ALONSO SUÁREZ CASTAÑO, FABIÁN ANDRÉS PEÑA SÁNCHEZ, ANDRÉS FELIPE LOZANO VÁSQUEZ VELÁSQUEZ, RONALD ANDRÉS SÁNCHEZ y CARLOS DÍAZ SANABRIA, JOHN EDISON OLAYA GARCÍA, ANDERSON OLAYA GARCÍA, LAURA OLARTE RUÍZ y VÍCTOR BERNAL.
3. El dictamen pericial rendido por la firma CAPITAL EMPRESARIAL, aportado por la parte convocada con la demanda de reconvencción (artículo 227 del Código General del Proceso); y la sustentación que del mismo hizo en audiencia la perito MARITZA FLÓREZ MUÑOZ.
4. El dictamen pericial rendido por el señor JORGE CASTRILLÓN; y la sustentación que del mismo hizo éste en audiencia.
5. La exhibición de documentos efectuada por la representante legal de la sociedad demandada.
6. La prueba documental arribada con la demanda principal y su contestación, con la demanda de reconvencción y con la respuesta a esta. Igualmente, los documentos incorporados en el transcurso del debate probatorio, aportados por los testigos FRANCISCO DIEGO ZULUAGA PUERTA y LAURA MARCELA ARISTIZÁBAL ROJAS; así como la respuesta al Oficio librado a la Dirección Nacional del Derecho de Autor.

F. SÍNTESIS DE LAS ALEGACIONES PRESENTADAS POR LAS PARTES.

Oportunamente los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión, los cuales se sintetizan así:

1. PARTE CONVOCANTE:

El apoderado de la parte demandante principal, **CLOUD SF S.A.S.**, inició haciendo un recuento de los antecedentes del presente asunto; para luego concentrarse en la clasificación y características jurídicas del contrato sobre el que versa el litigio, señalando que se trata de un *"Contrato de Compra de Software y su Implementación"*; *el cual no fue objeto de tacha o impugnación alguna por las partes, por el contrario reconocido en todas sus partes; habría que concluir que estamos en presencia del denominado comercialmente como el "Contrato de Desarrollo de Software", el cual en terminos (sic) generales y simples, es aquel por el cual una de las partes (el desarrollador) se compromete*

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

a crear y entregar un programa de computador y la otra (el cliente o encargante) se obliga a pagar un precio por el mismo, lo que conlleva la adquisición del ejemplar del programa de computador por parte de este.

Por esta razón se puede llegar a la conclusión de que el contrato de desarrollo de software corresponde por su naturaleza a un contrato para la elaboración de obra inmaterial de que trata el artículo 2063 c.c., que es una especie de contrato de arrendamiento de servicios inmateriales según lo consagra el artículo 2064 del c.c., que corresponde a aquellas actividades en que predomina la inteligencia sobre el trabajo físico (sic), y según se consagra en los artículos 2063 a 2078 del mismo estatuto”.

Resaltó que la conforme lo dispone el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes, y por ende no podrá ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales; que la doctrina y la jurisprudencia tiene proscrita la posibilidad de aniquilar unilateralmente los acuerdos de voluntades válidamente celebrados, por lo que *“en rigor, el contrato desde su existencia tiene fuerza obligatoria, es irrevocable y las partes deben cumplirlo de buena fe, sin que, por regla general, una vez celebrado, puedan por acto unilateral dejarlo sin efecto ni sustraerse al vínculo, so pena de incumplimiento e indemnizar los daños causados”.*

Agrega que, debe tenerse en cuenta que no solo estamos frente a un contrato bilateral, sino también de tracto sucesivo, donde hay lugar a terminar el contrato con efectos hacia el futuro, ordenando la indemnización de perjuicios, más no las restituciones mutuas.

En su análisis, prosiguió el togado haciendo referencia a las obligaciones adquiridas por cada uno de los contratantes, y exponiendo que resultó probada la terminación unilateral del acuerdo de voluntades suscrito con el convocado, siendo procedente el reconocimiento de la cláusula penal pactada.

Al respecto, señaló: *“En este orden de ideas la causa eficiente que da lugar a hacer efectiva la cláusula (sic) pecuniaria, no se refiere a los incumplimientos reiterados en la obligación (sic) del contratante de suministrar la información de manera clara y oportuna; toda vez que como se reitera desde la presentación de la demanda el INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, radica en el hecho de haber procedido dentro de un contrato Bilateral, de Tracto Sucesivo, vigente, en ejecución y con una duración de Seis (6) años, a darlo por TERMINADO DE MANERA UNILATERAL EN FORMA ABRUPTA E INTEMPESTIVA, lo que conlleva la Responsabilidad Contractual del CONTRATANTE y por tanto la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados”.* (Fl. 905 Cuaderno No. 2)

Finalmente, respecto de la demanda de reconvención, arguyó que quedó plenamente acreditado el conocimiento pleno de la oferta comercial y del contrato por parte del señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ, el cual aceptó de manera libre y voluntaria; así como las comunicaciones sostenidas con el equipo de trabajo del convocado para que suministrasen la información para el cumplimiento del objeto del contrato, la cual no fue acatada en debida forma.

Agregando que: *"Es importante resaltar igualmente que como cumplimiento del contrato se entregaron los soportes de la Modelación de Datos, los cuales reconoció (sic) el señor Velasquez (sic) Gomez (sic), de igual forma se encuentra en el expediente correos a Folio 121 del cuaderno de reconvencción la evidencia de que se tenía (sic) en prueba uno de los módulos (sic), al igual que consta en los correos a folios 217 a 219 respecto a la pruebas del módulo (sic) de comercial, lo que deja en claro el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de CLOUD SF SAS, y que de igual forma los plazos establecidos en el contrato para el cumplimiento de algunas de las obligaciones, ninguna de las partes las tuvo en cuenta, de ello es prueba precisamente que no existe prueba alguna de requerimiento o incumplimiento imputado a CLOUD SF S.AS, por parte del contratante".* (Fl. 905 vto. del cuaderno No. 2)

Afirma que resultó plenamente acreditado que la convocada en reconvencción nunca abandonó su intención de cumplir el contrato; que la contratación del señor FRANCISCO DIEGO ZULUAGA PUERTA, no correspondió a una obligación derivada del contrato de Compra de Software suscrito por las partes, por lo que no puede reconocer el salario devengado por el mismo, a título de indemnización de perjuicios al señor VELÁSQUEZ GÓMEZ.

Por todo lo anterior, solicitó denegar las pretensiones de la demanda de reconvencción y acoger las solicitudes formuladas en el escrito inicial de la demanda principal, condenando a la parte demandante en reconvencción al pago de las costas, agencias en derecho y de la sanción establecida en el artículo 206 del Código General del Proceso.

2. PARTE CONVOCADA:

El apoderado del demandado principal, LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ, inició sus alegaciones finales señalando que CLOUD SF S.A.S. se comprometió a la elaboración de un software ERP a la medida para el cual no tenía idoneidad, ni personal suficiente, tal como quedó acreditado con las declaraciones de los ingenieros MARITZA FLÓREZ MUÑOZ y VÍCTOR MANUEL BERNAL OLAYA.

Continuó el representante judicial del convocado señalando que el contrato celebrado por las partes corresponde a un desarrollo de software a la medida, por lo que el mismo se adecúa al tipo contractual señalado en el artículo 2063 del Código Civil. *"Es un contrato de obra inmaterial, al que se le aplican las normas especiales de los artículos 2054, 2055, 2056 y 2059 del mismo estatuto.*

Evidentemente, es menester integrar la normatividad que corresponda a la celebración y ejecución de los contratos, tales como las contenidas en los títulos XII y XIII del Libro IV del Código Civil y el título I del Libro IV del Código de Comercio, normas a las que haremos referencia a lo largo de la exposición".

Resaltó que para la celebración del contrato CLOUD SF S.A.S. se mostró como un experto en cumplir la necesidad puntual que tenía el contratante, pero desde la celebración de la propuesta, y en el inicio de la ejecución del contrato, la convocante principal no evidenció un buen

desempeño en las funciones que le correspondía; contrario a lo que resultó probado respecto del señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ, quien junto a su equipo de trabajo entregó toda la información necesaria para que pudieran desarrollar el ERP al que se había comprometido, y canceló cumplidamente todas y cada una de las facturas presentadas por CLOUD.

Planteó que *"LA CONVOCANTE como profesional, estaba en la obligación de acompañar, instruir, aconsejar y corregir al CONVOCADO, buscando reconducir el rumbo contractual si es que consideraba que en ese punto había una falencia. No lo hizo, y de hecho se pudo observaren los testimonios de Sandra Correa, Fabián Peña y Gustavo Suárez como CLOUD obstaculizaba más y más la entrega de dicha información, cambiando las reglas de juego, entorpeciendo el proceso, demorando las revisiones, etc. Es más, cuando FRICAR solicitó ayuda para completar esta labor, Francisco Diego Zuluaga Puerta señaló que esa no era labor de ellos"*.

Adujo, que se acreditó con los testimonios recibidos en el proceso y con el dictamen presentado por el convocado, que contrario *"a lo señalado por LA CONVOCANTE en la etapa precontractual y a lo largo de este proceso, sí era totalmente posible interconectar dos programas de computador de distintos propietarios, incluso sin conocer los códigos fuentes"*, lo cual también fue corroborado por la perito y por el ingeniero Bernal.

Sostuvo que no puede accederse a las pretensiones de la demanda principal, por cuanto las comunicaciones remitidas por el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ a la sociedad convocante, los días 21 de abril y 17 de mayo de 2016 no corresponden a la terminación del contrato suscrito entre ambas, tal como se acreditó en el proceso con el interrogatorio de parte recibido al contratante y con el testimonio de Gustavo Suárez, quien participó en la confección de uno de dicho escritos.

Consideró que, *"en nuestra opinión es que este contrato se enmarca en el artículo 2063 del Código Civil, porque el objeto del mismo es, por lo menos en lo que tiene que ver con el desarrollo del software y la construcción del portal web, la confección de una obra inmaterial. Así las cosas, y por expresa remisión del artículo en mención, al mismo se le aplica, entre otros, el artículo 2056 del mismo Código, (...)"*; arguyendo que si en gracia de discusión se admitiera que si hubo terminación del contrato, deberá tenerse en cuenta que existe expresa autorización legal para hacerlo cesar.

Se procedió en el alegato a sustentar la excepción de mérito soportada en el artículo 1.609 del Código Civil, argumentando que la convocante incumplió las obligaciones que le correspondía, no sólo las expresamente pactadas en el contrato, sino también las que se entienden incorporadas al contrato en virtud del carácter profesional con el que se anunció, y las que corresponden *"a la naturaleza del mismo en los términos del artículo 871 del Código de Comercio"*.

Por último, sustentó que, si se considera *"que los correos sí tenían el alcance que señala la demanda, que no existió incumplimiento alguno de*

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

CLOUD y que Luis Eduardo Velásquez Gómez no tenía la facultad de dar por terminado el contrato, será menester tener en cuenta que no hay forma de calcular la cláusula penal, por lo que la misma se hace inaplicable”.

Respecto de la demanda de reconvenición señaló que se encuentran acreditados cada uno de los requisitos necesarios para la prosperidad de las pretensiones, como son “a. Que se trate de un contrato bilateral válidamente celebrado”, “b. Que el actor haya cumplido sus obligaciones o por lo menos estuviere presto a cumplir”, y “c. Que el demandado esté en mora de cumplir con sus obligaciones y que dicha mora suponga un incumplimiento relevante”.

En lo concerniente a los perjuicios solicitados, advirtió que tanto las sumas de dinero peticionadas, como el nexo de causalidad entre la causación del perjuicio y el incumplimiento de CLOUD SF S.A.S. se encuentran debidamente acreditados, y por lo tanto hay lugar al reconocimiento de los mismos.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

A. JUICIO DE VALIDEZ DEL PROCESO - PRESUPUESTOS PROCESALES

1. Para este Tribunal Arbitral el proceso jurisdiccional es fuente de creación de una norma jurídica individual, y es por ello por lo que debe realizar la labor de revisar, nuevamente, la etapa de procesamiento, con la finalidad de verificar o corroborar si la fuente resulta jurídicamente legítima, puesto que de ello dependerá consecuentemente la legitimidad del laudo arbitral o de la norma jurídica particular que en este acto procesal se cree. Así pues, previo al análisis del fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que el proceso reúne los presupuestos procesales requeridos para su validez y, por ende, para permitir la expedición de un pronunciamiento de mérito.
2. En efecto:
 - a. El Tribunal goza de la *función jurisdiccional*, de manera transitoria, en los términos del Artículo 116 de la Constitución Política, siendo es *competente* para resolver todas las pretensiones y excepciones objeto del litigio. Así lo resolvió mediante Auto No. 10 en audiencia del 6 de febrero de 2017¹⁹.
 - b. Tanto la convocante como la convocada son personas, la primera jurídica y la segunda natural, con capacidad de goce y de ejercicio. Así las cosas, tienen *capacidad para ser parte* y *capacidad para comparecer al proceso por sí mismas* -a través de su representante legal en el caso de la parte convocante, tal como obra en el respectivo certificado de existencia y representación legal, visible a folios 18 a 29 del Cuaderno Principal-.

¹⁹ Cuaderno Principal – Folio 204.

- c. Las dos partes actuaron en el Arbitraje por conducto de sus apoderados judiciales idóneos no sancionados, lo cual acredita el presupuesto del derecho de postulación *o ius postulandi*
- d. El proceso se adelantó en todas sus etapas con observancia de las normas procesales establecidas para el efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las partes. Respecto a las formas procesales (*trámite adecuado y legalidad de las formas*) el Tribunal actuó conforme a las prescripciones normativas establecidas en la Ley 1563 de 2012 en concordancia con el Código General del Proceso.
- e. Se constata el presupuesto de la *demanda en forma*, puesto que tanto la demanda principal como la de reconvenición cumplen con las exigencias establecidas en los artículos 82 y siguientes del Código General del Proceso.
- f. Las pretensiones formuladas no se encuentran afectadas por la caducidad.

B. JUICIO DE EFICACIA DEL PROCESO - PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA SENTENCIA.

- a. Se corrobora la existencia del *interés para obrar*, ya que se vislumbra un interés económico perseguido por la parte convocante.
- b. El Tribunal verifica que a la fecha de expedición del presente Laudo hay ausencia de:
 - i- Cosa juzgada;
 - ii- Transacción;
 - iii- Desistimiento;
 - iv- Conciliación;
 - v- Pleito pendiente o litispendencia; y
 - vi- Prejudicialidad.
- c. El Tribunal constató, en la oportunidad procesal correspondiente, que:
 - i. Ambas partes pagaron oportunamente las sumas de dinero que les correspondían, tanto por concepto de gastos como por concepto de honorarios;
 - ii. Fue constituido e instalado en debida forma;
 - iii. Las controversias planteadas son susceptibles de transacción, ya que se trata de intereses que pueden ser objeto de libre disposición, y no existe prohibición legal de ser dirimidas a través del proceso arbitral.
- d. No obra causal de nulidad que afecte la actuación.
- e. Existe legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva. El Tribunal observa que en el caso que nos ocupa, desde la perspectiva formal y sustancial se cumple con el presupuesto de

legitimación en la causa por activa y pasiva puesto que la convocante y la convocada son las mismas personas que figuran como titulares de la relación sustancial contenida en el contrato objeto de este proceso.

C. JUICIO DE LA BILATERALIDAD DE LA AUDIENCIA – PRESUPUESTOS DE LA BILATERALIDAD DE LA AUDIENCIA.

Este presupuesto es el que se refiere y el que concierne a las debidas notificaciones y, por ende, el que genera la posibilidad de defensa y contradicción de las partes en el proceso, de tal manera que se asegure que los actos procesales son aptos para cumplir la finalidad específica que les asigna la Ley procesal y que, efectivamente, sean conocidos por sus destinatarios. El auto admisorio de la demanda principal y de la demanda de reconvencción fueron notificados a los demandados respectivos, y todos los demás actos procesales fueron notificados, en audiencia o por estrados, o bien por correo electrónico tal como lo autoriza el artículo 23 de la Ley 1563 de 2012 y el artículo 294 del Código General del Proceso.

D. JUICIO SOBRE EL MÉRITO.

1. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER:

Una vez fijados los hechos por las partes, las pretensiones de la demanda principal y de la de reconvencción, así como las excepciones de fondo presentadas frente a las mismas, el Tribunal de Arbitramento procede a identificar, desde un punto de vista general, cuáles son los problemas jurídicos principales que el caso entraña y de los que se debe ocupar para la resolución de la controversia.

Dichos problemas se pueden compendiar así:

a). Respecto de la demanda principal:

- Determinar si las comunicaciones remitidas por el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ a la sociedad CLOUD SF S.A.S., a través de correos electrónicos, los días 21 de abril y 17 de mayo de 2016; constituyen o no un acto de terminación unilateral del contrato celebrado entre las partes.
- Elucidado lo anterior, deberá verificarse si el acuerdo de voluntades en comento es susceptible de ser terminado unilateralmente por alguno de los contratantes, o si contrario a ello, dicha figura es improcedente en atención a la naturaleza, obligaciones y régimen aplicable al mismo.
- En caso de concluirse que existió terminación unilateral del contrato, y que esta es procedente en el presente asunto, identificar si tal decisión se encuentra o no justificada.
- Verificar si, en caso de existir una terminación injustificada del contrato, hay lugar al pago de la cláusula penal pactada en el contrato.

problemas en las redes de comunicaciones del Contratante, Problemas en el fluido eléctrico, problemas generados por virus en los equipos del Contratante, problemas por mal manejo del Software o por manipulación indebida de tablas del sistema.

2.4. *Dar como servicio de garantía, 6 años a partir del acta de haber recibido a satisfacción el software, soporte técnico, operativo y estadístico.*

2.5. *A entregar los programas objeto de esta adquisición, con las características y requerimientos técnicos ofrecidos en el objeto contractual de este documento garantizando su calidad.*

2.6. *Entregar el Software en correcto funcionamiento e implementarlo dentro del plazo estipulado para el cumplimiento efectivo del contrato, teniendo como plazos los previstos en la mencionada oferta comercial más un máximo de 3 meses en caso de presentarse algún tipo de imprevisto, por supuesto estos plazos serán válidos siempre y cuando **EI CONTRATANTE** suministre la información requerida por **EI CONTRATISTA** para el exitoso desarrollo del presente contrato.*

2.7. *Corregir las deficiencias que se presenten en el funcionamiento del software, posterior a la implementación sin cargo para **EI CONTRATANTE**.*

2.8. *Entregar al **CONTRATANTE**, al momento de la ejecución del contrato, los manuales de instalación, de mantenimiento operativo y de operación y de servicio técnico, en medio magnético.*

2.9. *Brindar la capacitación correspondiente y las instrucciones necesarias para el correcto manejo de los módulos del software, al personal que designe **EI CONTRATANTE** e igualmente cuando se requieran por mejora del Software o nuevas versiones.*

2.10. *A entregar con el Software, de acuerdo con lo establecido en su propuesta:*

- a) *Licencias y medios de instalación.*
- b) *La documentación técnica completa en medio magnético.*

2.11. ***EI CONTRATISTA** asegura al **CONTRATANTE** que el programa, adiciones o modificaciones que le realice, son de exclusiva propiedad y/o uso autorizado del **CONTRATISTA**, y que al conceder las licencias para su uso, no lesiona ni infringe propiedad intelectual alguna o patentes registradas o concedidas, como consta en el registro de la dirección nacional de derechos de autor, oficina de registro del Ministerio de Gobierno de la República de Colombia. En caso contrario, **EI CONTRATISTA** defenderá e indemnizará al **CONTRATANTE** contra cualquier reclamación o demanda fundamentada en el programa. Para tal efecto, **EI CONTRATANTE***

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

se obliga a notificar al **CONTRATISTA** de dicha reclamación o demanda, una vez tenga conocimiento de las mismas y a suministrar a solicitud y a costa del **CONTRATISTA** toda la asistencia, información y autorización necesaria para enfrentar u objetar las reclamaciones o demandas formuladas independientemente de las gestiones judiciales o extrajudiciales que garantiza, realizará **EI CONTRATISTA**. **EI CONTRATANTE** podrá también asumir su defensa frente a tales reclamaciones o demandas y las agencias en derecho y demás costas estarán a cargo del **CONTRATISTA**.

2.12. **ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD:** La información inherente al **CONTRATANTE** que **EI CONTRATISTA** pueda conocer durante el desarrollo del presente contrato, lo mismo que la documentación suministrada, se considera confidencial y no podrá ser divulgada ni utilizada por **EI CONTRATISTA** para efectos diferentes a los exigidos en el presente contrato. El incumplimiento de esta obligación hará responsable al **CONTRATISTA** por los perjuicios que se causen directa o indirectamente al **CONTRATANTE**, sin que ello impida la iniciación de acciones penales correspondientes contra las personas naturales que laboren para **EI CONTRATISTA**.

2.13. Utilizar personal idóneo, debidamente capacitado y directamente empleado por **EI CONTRATISTA** para desempeñar las labores de instalación y puesta en funcionamiento del SOFTWARE.

2.14. A garantizar ante **EI CONTRATANTE**, la debida afiliación con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje del personal que contrate, cuando a ello haya lugar.

2.15. **EI CONTRATISTA** se compromete a revisar en conjunto con **EL CONTRATANTE**, la calidad de los datos digitados para garantizar que no se presenten inconvenientes al respecto.

PARÁGRAFO: La digitación de los datos es responsabilidad del **CONTRATANTE**.

2.16. Otorgar garantía sobre el software y brindar soporte telefónico, internet y/o presencial. En todo caso, **EL CONTRATISTA** garantizará al **CONTRATANTE** las versiones que libere, durante los 6 años de garantía. Esta garantía no incluye daños externos ocasionados por agentes externos como virus, fallas eléctricas, funcionamiento o configuración errónea en el sistema de red o equipos de computación existentes sobre los que corra la aplicación, fallas presentadas por manipulación errónea de la información y en general por errores humanos en la ejecución del sistema.

2.17. Dar capacitación, implantación y acompañamiento por 6 años en forma presencial al personal que determine **EI CONTRATANTE**,

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

conforme el cronograma del trabajo establecido en el Acta de Inicio, que hará parte integral del contrato y se elaborará como primer paso después de legalizado el contrato. En esta acta se estipulará el cronograma exacto de capacitación por módulo, tareas, requisitos, talleres, horarios y diagnóstico de las tareas efectuadas por los usuarios. También se estipulará quienes son los líderes de módulos y obligaciones de los mismos.

2.18. El Software que se adquiere por medio de esta contratación, deberá poder ser actualizado y renovado en forma constante y poderse adaptar tanto a los cambios legislativos como a los frecuentes avances tecnológicos que se producen en los sistemas informáticos.

2.19. Realizar la migración de datos almacenados en el sistema de información actual del **CONTRATANTE** siempre y cuando se suministren dichos archivos en formatos de archivos planos, archivos de texto o archivos CSV (Separados por Coma). En todo caso la calidad de los datos migrados, serán responsabilidad del **CONTRATANTE.**"

Por su parte, en la cláusula cuarta del contrato se concretaron las obligaciones del contratante **LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ**, de la siguiente forma:

"CUARTA. OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE: Éste se obliga a:

4.1. Facilitar al **CONTRATISTA**, los medios necesarios e indispensables de que disponga para el cumplimiento del objeto del contrato.

4.2. Recibir los bienes, siempre y cuando cumplan con las características señaladas en el presente contrato.

4.3. Pagar al **CONTRATISTA** el valor total del presente contrato, de acuerdo con lo señalado en la cláusula séptima del mismo.

4.4. Realizar reuniones de coordinación interna, seguimiento al sistema, cronograma y en sí todos los procedimientos que asegure la puesta en marcha del sistema. Estas reuniones se harán con la periodicidad que se acuerde en el cronograma de implantación.

4.5. **EL CONTRATANTE** evaluará y determinará la aplicación de las recomendaciones hechas por **EI CONTRATISTA** de acuerdo con los resultados de las evaluaciones aplicadas al personal designado para la capacitación, no obstante, esto no será argumento válido para que **EL CONTRATISTA** no pueda garantizar la puesta en marcha del sistema en aquellos aspectos que no dependen del **CONTRATANTE.**

4.6. Verificar la información que emite el sistema y dar aviso oportuno en forma telefónica, electrónica ó escrita de cualquier inconveniente que se llegare a presentar.

4.7. Facilitar el acceso del personal y equipos necesarios y a utilizar a cargo del **CONTRATISTA** para llevar a cabo la instalación y entrenamiento para el desarrollo del contrato.

4.8. Tener en cuenta si lo considera conveniente para los intereses del **CONTRATANTE**, las recomendaciones que le brinde **EL CONTRATISTA** en los comunicados por escrito o en las instrucciones que hacen parte del manual del usuario.

4.9. Utilizar exclusivamente el sistema suministrado para el servicio del **CONTRATANTE**, quedando expresamente entendido que no podrá cederlo, comercializarlo, ni otorgar licencias de uso a terceros; I. Velar que la información de la operatividad del software y manual del usuario del sistema contratado cuya propiedad intelectual pertenece al **CONTRATISTA** no sea divulgado a personal ajeno al **CONTRATANTE**, de acuerdo con la normatividad vigente y existente al respecto.

4.10. Realizar proceso de captura de datos, digitación, revisión de la información y en sí de los aspectos que tiene que ver con los datos necesarios para la puesta en el funcionamiento del sistema, que será responsabilidad del **CONTRATANTE**, para lo cual no podrán utilizar personal del **CONTRATISTA**, a menos que sea autorizado por escrito por éste.

4.11. Obtener backups o copias de respaldo regularmente y antes de procesos críticos, los cuales serán notificados oportunamente por el **CONTRATISTA**.

4.12. No contratar personal que labore o haya laborado en un término de seis (6) años con **EL CONTRATISTA** bajo ninguna de las formas de contratación que estipule la ley a menos que exista aprobación por escrito por parte del **CONTRATISTA**, de lo contrario **EL CONTRATANTE** perderá la garantía del SOFTWARE objeto del presente contrato."

Adicionalmente, y en lo que resulta relevante, las partes acordaron: i) el cumplimiento de los plazos de entrega establecidos en la "oferta comercial" (cláusula quinta); ii) la duración del contrato por el período comprendido entre el 23 de abril de 2014 y el 23 de abril de 2020 (cláusula sexta); iii) un precio de **QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$ 576.000.000)** más el IVA, que sería pagado en "setenta y dos (72) cuotas fijas mensuales de **OCHO MILLONES DE PESOS (\$8.000.000)** más el IVA" (cláusula séptima); iv) una cláusula penal con base en la cual "en caso de incumplimiento o de declaratoria de caducidad del contrato, **EL CONTRATISTA** se obliga a pagar a **EL CONTRATANTE** o **EL CONTRATANTE** se obliga a pagar a **EL CONTRATISTA** una suma equivalente al valor restante por ejecutar del contrato" (cláusula octava); v) la posibilidad de que el contrato terminara por mutuo acuerdo antes de su vencimiento (cláusula décima cuarta); vi) la

incorporación de la oferta comercial No. 123-4577 como parte integrante del contrato (cláusula décima séptima).

Dado que en varias cláusulas del contrato se hace referencia a la oferta comercial No. 123-4577 como parte integral del negocio jurídico celebrado, el Tribunal destaca de la misma los siguientes puntos:

En primer lugar: si bien la oferta referida aparece datada del 24 de abril de 2014 y el documento contentivo del contrato del 23 de abril de la misma anualidad –lo cual en principio no parece lógico, dado que en el íter de formación del contrato, la oferta debe preceder al contrato- se estima que tal situación no tiene trascendencia, dado que las partes no cuestionaron la misma, y ella parece obedecer a un error en cuanto a la fecha del contrato. El propio convocado reconoce en el interrogatorio de parte absuelto, que se le dio a conocer dicha oferta y que le fue compartida "*a las personas de confianza que íbamos a mirar la posibilidad de hacer este tipo de inversión*" (respuesta a la pregunta tercera del interrogatorio de parte; Fl. 679).

En segundo lugar: la oferta referida, como lo evidencia la comunicación dirigida al convocado por CLOUD SF S.A.S. (Fs. 16 y 17), fue el resultado de reuniones sostenidas entre las partes, que llevaron a que la convocante formulara al señor VELÁSQUEZ una propuesta "*(...) con respecto al desarrollo integrado de los conceptos y soluciones para todas sus necesidades informáticas, incluyendo: Diseño de Portal Web, Diseño de ERP y de una plataforma para la toma de pedidos que se Integre con el ERP (Que para todos los efectos de ahora en adelante se entenderá como incluida dentro del ERP, cada vez que se haga referencia al mismo en el presente documento), además de la construcción de un Kit integrado (Diseño y Automatización) de toda la batería de reportes e información gerencial; en todo esto por supuesto incluimos el concepto de desarrollo único y a la medida para **FRICAR**. El alcance del diseño del ERP esta (sic) concebido tanto para su uso en dispositivos de escritorio como en dispositivos móviles (Smartphones y Tablet). De igual manera el diseño esta (sic) complementado para ser utilizado en la modalidad de Cloud Computing, lo cual garantizara (sic) la eliminación de costos en cuanto a servidores (Adquisición, Mantenimiento, Administración, Backups, Almacenamiento), en esta modalidad se garantizara (sic) el acceso a la plataforma ERP desde cualquier lugar del planeta que cuente con conectividad a Internet". (Fl. 16)*

En tercer lugar, de la oferta invocada, se resaltan los siguientes puntos:

- Los OBJETIVOS, que fueron concretados de la siguiente forma:

*1. Desarrollar una solución ERP conformada por una batería de módulos y aplicaciones construidos a la medida para **FRICAR** que integre y automatice las prácticas de negocio en los aspectos administrativos, logísticos, gerenciales, operativos y productivos de la empresa. El ERP tendrá como propósito principal ser apoyo fundamental en el funcionamiento de la compañía, otorgando rápidos tiempos de solución a sus problemas así como un eficiente*

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

manejo de información que permita la toma oportuna de decisiones y una disminución muy significativa de los costos totales de operación; dicha solución optimizará los procesos empresariales, integrará los datos, es decir, generará acceso a toda la información de forma confiable, precisa y oportuna, dará la posibilidad de compartir información entre todos los componentes de la organización y reducirá los tiempos y los costos de los procesos de la firma.

2. Desarrollar Portal web orientado tanto al negocio central de **FRICAR** como a las necesidades de sus clientes, con un diseño de última generación basado en todos los conceptos de neuromarketing requeridos para construir un portal como el que necesita su firma, adicionalmente se tienen dentro de los parámetros de diseño generar una plataforma web que sea interactiva y sencilla de usar, en la cual su visitante sea capaz de encontrar la información que busca con el mínimo esfuerzo, de manera rápida y eficaz. Además con un diseño que potencie la imagen de su marca y de la compañía, reflejando la identidad corporativa de la empresa y permitiendo a todos sus funcionarios tanto de su sede principal como de sus sucursales entrar al ERP a través del portal al igual que a los clientes a los que desee autorizar el acceso. (Por supuesto el ERP tendrá usuarios autorizados y cada usuario tendrá un perfil definido por alta gerencia en el cual se especificara a que funcionalidad de la plataforma se tendrá acceso).

3. Migrar a Open Source todos los equipos de cómputo de la compañía, con lo cual se busca que la empresa elimine totalmente los costos anuales por compra de licencias de software y renovación de equipos al menos por los próximos 6 años.

4. Generar toda la batería de reportes que necesite la empresa. Cubriendo aspectos tales como los gerenciales, logísticos, administrativos, comerciales, operativos, accionistas, clientes, entes de control y en general toda necesidad de información que declare su empresa.

5. Implementar e integrar todos los desarrollos de la compañía. En otras palabras, al final del proceso se espera que no exista ninguna necesidad de la empresa que no sea cubierta por el ERP, por lo cual desaparecerán los aplicativos satélites que hoy puedan existir, eliminando así, el costo de licenciamiento de los mismos y las naturales dificultades de comunicación, intercambio y consolidación de información que representa tener aplicativos aislados de la plataforma central de computo.

6. Brindar Capacitación y soporte para todas las actividades y procesos anteriormente relatados. La capacitación se tendrá disponible no solo durante la fase de implementación sino también durante al menos 6 años en cualquier momento que sea requerida, específicamente en eventos tales como cambios de empleados, construcción de nuevos módulos, etc. El costo de las capacitaciones mencionadas se encuentra incluido dentro de la oferta económica representada en el presente documento.

7. *Eliminar los costos de infraestructura tecnológica de Fricar no solo en cuanto a actualización de equipos computacionales y licenciamiento de software al menos por los próximos 6 años sino también en cuanto a la total eliminación de la infraestructura tecnológica en cuanto a la arquitectura de servidores se refiere, ya que CLOUD SF incluye dentro de su propuesta el otorgamiento durante cinco años de un servidor de última generación con almacenamiento disponible hasta 6 TB (1 TB equivale a 1000 Gb, en otras palabras la oferta de Cloud incluye hasta 5.000 Gb de almacenamiento), la administración de este servidor será llevada a cabo por CLOUD SF como parte integral de la presente propuesta.*

8. *Garantizar el correcto funcionamiento de todos y cada uno de los diferentes módulos que conforman la plataforma ERP durante 6 años contados a partir de la firma del contrato.*

9. *Asegurar la inclusión de las modificaciones requeridas para los módulos que conforman el ERP debidas a situaciones tales como cambios en la regulación contable, tributaria, cambios originados por modificaciones en los procesos de la firma, ampliaciones del giro de negocio etc, durante 6 años a partir de la firma del contrato.*

10. *Asesorar integralmente el proceso de administración y desarrollo tecnológico de la firma, teniendo en cuenta las opciones suministradas bajo Open Source, así como las diferentes configuraciones de hardware que aseguren la optimización de recursos de la empresa durante 6 años a partir de la firma del contrato.*

11. *Acompañar el proceso estratégico de la empresa bajo el entendimiento superior acerca del cual la plataforma tecnológica debe estar completamente alineada con la estrategia de la empresa, generando así la asesoría que la firma requiera desde el punto de vista de estrategias competitivas, corporativas y de procesos de negocio durante 6 años a partir de la firma del contrato.*

- Las METAS del negocio propuesto fueron precisadas en los siguientes términos:

"Los desarrollos se considerarán implementados de manera exitosa cuando se cumplan las siguientes metas aprobadas por la alta gerencia de la firma:

1. *Construcción de Portal Web con los requerimientos realizados por el cliente y posibles sugerencias del desarrollador.*
2. *Desarrollo e implementación del ERP con las especificaciones estipuladas por parte del cliente para que sea hecho a su medida por parte del desarrollador.*
3. *Integración y correcto funcionamiento entre la Página Web y el ERP.*
4. *Funcionamiento exitoso tanto en equipos de escritorio como en equipos móviles (Smartphones y Tabletas)."*

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

Igualmente, en la oferta que se analiza, se indicó por parte del oferente que *"las soluciones serán implementadas con herramientas de tecnología de última generación y correrán enteramente a cargo de CLOUD SF desde el punto de vista algorítmico para **FRICAR.**"* Por supuesto para lograr el desarrollo de todos los objetivos propuestos se requiere de la entrega oportuna y la colaboración de **FRICAR** para la construcción de la plataforma informática referida."; y se estableció un cronograma de las actividades a ejecutar para el desarrollo del contrato propuesto (Fl. 30).

Si bien la oferta no se puede confundir con el contrato finalmente celebrado, es claro que la misma se erige en un parámetro integrador del contrato, dado que así lo acordaron las partes; igualmente se constituye en un instrumento idóneo para delimitar el alcance del contrato, ya que denota la voluntad de las partes.

Precisado lo anterior, no le cabe duda al Tribunal que las partes celebraron un contrato de desarrollo de software a la medida, que es aquel vínculo por medio del cual una parte llamada desarrollador se compromete a crear y a entregar un programa a otra parte, denominada cliente o encargante, la cual se obliga a su vez a pagar un precio por dicho producto, el cual debe cumplir los lineamientos expresamente pactados.

El contrato de desarrollo de software, o como lo denominaron las partes de este proceso, *"contrato de compra de software y su implementación"*, es un negocio jurídico que encaja dentro del tipo contractual de *"arrendamiento de servicios inmateriales"*, el cual se encuentra regulado en los artículos 2063 a 2069 del Código Civil, y al que le son aplicables las reglas contenidas en los artículos 2054, 2055, 2056 y 2059, por disposición de la primera norma citada.

Se trata de un contrato en el que predomina la inteligencia sobre el trabajo físico ("mano de obra"), y en el que además, se puede establecer una obligación de resultado, consistente en el desarrollo y entrega de un programa de computador funcional, **bajo los requerimientos y condiciones expresamente pactados por las partes.**

Este tipo de contrato se caracteriza por ser: (i) **típico**, por cuanto los requisitos que lo estructuran e identifican como tal, distinguiéndolo de los demás, encuadran dentro de un contrato legalmente regulado (Cfr. Art. 2063 del Código Civil); (ii) **principal** porque los requisitos que lo estructuran son suficientes para tener existencia propia, (iii) **consensual**, porque se perfecciona con el solo consentimiento, sin que la legislación exija una forma específica para su perfeccionamiento, y sin perjuicio de que usualmente se celebre por escrito por razones de seguridad jurídica y para efectos probatorios; (iv) **bilateral, oneroso y conmutativo**, porque genera obligaciones recíprocas para ambas partes, incluyendo la contraprestación pertinente (pago del precio), que se entiende recíprocamente equivalente; (v) **de libre discusión**, por cuanto las cláusulas del mismo pueden ser discutidas y convenidas por ambas partes contratantes en pie de igualdad, aunque, se encuentra sujeto a ciertas regulaciones como las que se derivan de la necesidad de los conocimientos científicos, técnicos o empíricos, según el caso, de la correspondiente profesión, ocupación u oficio, la de unas regulaciones éticas, de las reglamentaciones existentes sobre el particular; y (vi) puede ser de **tracto sucesivo** o de **ejecución instantánea**, según implique la ejecución de prestaciones que deben realizarse de manera continua e ininterrumpida

durante el transcurso del tiempo contratado; o del cumplimiento de una única prestación por cada una de las partes.

Conforme a la tipología de la figura, y a lo pactado por las partes, se puede concluir que:

- El objeto del contrato celebrado fue el desarrollo e implementación por parte del contratista a cambio de un precio pagadero de manera periódica, de un SOFTWARE ERP, el cual sería puesto en operación en el establecimiento de comercio FRICAR de propiedad del convocado. Se destaca que, como lo explicó en su declaración el señor VÍCTOR MANUEL BERNAL, *"un ERP es una solución de software que cubre todo el proceso tanto administrativo como productivo de una organización de forma integral"*.
- La causa del contrato fue la de solucionar todas las necesidades informáticas del señor VELÁSQUEZ en relación con el establecimiento de comercio FRICAR *"incluyendo: Diseño de Portal Web, Diseño de ERP y de una Plataforma para la toma de pedidos que se Integre con el ERP"*.
- Si bien las obligaciones principales de las partes fueron la de diseñar y entregar un software a la medida a cambio de un precio, el contrato generaba para ambas partes un cúmulo de obligaciones (antes descritas), que debían ejecutarse de forma sucesiva desde que el contrato se perfeccionó.
- El cumplimiento de los deberes jurídicos que le incumbían a ambas partes resultaban fundamentales para que se pudiera desarrollar el objeto del contrato.

3. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES.

Por razones metodológicas, el Tribunal se ocupará de analizar el problema atinente a la terminación del contrato que ligó a las partes, para luego valorar la forma como el mismo fue ejecutado.

Lo anterior teniendo en consideración que la parte convocante cimentó las pretensiones formuladas en la demanda principal aduciendo que el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ incumplió el contrato celebrado con la sociedad CLOUD SF S.A.S., al haberlo dado por terminado de manera abrupta e intempestiva, tal como, en su criterio, lo demuestran los correos electrónicos datados del 21 de abril y el 17 de mayo de 2016, remitidos por el contratante.

En contravía de lo aducido por la parte promotora del litigio, el convocado sostuvo que en momento alguno terminó el vínculo jurídico que lo unía con la sociedad CLOUD SF S.A.S., pues las manifestaciones contenidas en los correos electrónicos remitidos a la contratista los días 21 de abril y 17 de mayo de 2016, no tenían como objetivo el de terminar el contrato, sino el de solicitar la suspensión de la ejecución del contrato, la revisión del mismo, o invitar a la otra parte a una terminación concertada.

En efecto, la parte pasiva de la demanda principal sostuvo que: *"En la comunicación del 21 de abril pasado, se solicitó la cancelación del proyecto. **No***

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

se tomó decisión alguna como erradamente lo indica la convocatoria. Luego de recibida la misma, la señora ARISTIZÁBAL ROJAS llamó al señor VELÁSQUEZ GÓMEZ y le rogó para que no se tomara, en el futuro, una decisión que implicara terminación. Le indicó que el desarrollo estaba próximo a finalizar y que en cuestión de días la solución tecnológica pasaría a pruebas.

Nada ocurrió que pudiera variar la caótica situación en que EL PROFESIONAL llevaba su actividad. En vista de lo demandante y del tiempo ya dedicado al contrato, el Señor VELÁSQUEZ GÓMEZ, con la altura que lo ha caracterizado como comerciante, con la prudencia del hombre hecho a pulso, **simplemente solicitó "frenar el proceso"**. Después de esa misiva del 17 de mayo, nada se volvió a saber del convocante, quien con una agilidad que no demostró en la ejecución del contrato, presentó el 20 de junio esta convocatoria" (Negrillas fuera del texto original. Fs. 107-108 del cuaderno principal)

Además, agregó en su escrito de alegaciones finales que:

"Llega el mes de abril de 2016 y la situación es cada vez más crítica. La irracionalidad de las decisiones tomadas por Francisco Diego Zuluaga Puerta sumadas a la inoperancia de los demás empleados de CLOUD, generan alarma en Luis Eduardo Velásquez Gómez quien toma dos decisiones complementarias: Dar por terminado el contrato de trabajo celebrado con aquel, asunto este que está dentro de sus poderes, y llamar a CLOUD para llegar a un acuerdo sobre la finalización del contrato, lo que se sitúa en el campo de las potestades de los contratantes.

Olga Aristizábal contactó a Luis Eduardo Velásquez Gómez para manifestar su desacuerdo en dar por terminado el contrato y le indicó que haría entrega de los avances del software. No obstante ello, se limitó a volver a enviar, tal vez con otra presentación, otras impresiones de pantallazos sin ninguna posibilidad de que sobre las mismas se pudiese realizar una prueba funcional.

*El día 17 de mayo de 2016, Luis Eduardo Velásquez Gómez volvió a escribirle un correo electrónico a la representante legal de CLOUD, **indicando la conveniencia de dar por terminado el contrato**" (Negrillas fuera del texto original; Fl. 890 Cuaderno No. 2)*

Inclusive, en coherencia con su posición defensiva, al formular la demanda de reconvención, la parte convocada le solicita al Tribunal que declare la terminación del contrato que ligó a las partes, en razón de los incumplimientos que le atribuye a la sociedad convocante.

Para definir el punto referido a la terminación del contrato, respecto del cual existe evidente divergencia entre las partes, resulta pertinente transcribir el texto de las comunicaciones citadas.

El correo electrónico del 21 de abril dirigido por el señor VELÁSQUEZ GÓMEZ a OLGA LUCÍA ARISTIZÁBAL (representante de la sociedad convocante) es del siguiente tenor:

*"Señores
Cloud group's company.
Atención*

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

Olga lucia Aristizabal.

Buenos días.

En vista de el (sic) momento complicado por el cual está pasando nuestra compañía. Solicitamos formalmente la cancelación de el (sic) proyecto ERP que tenemos contratado con ustedes.

De antemano les doy las gracias por su comprensión y todo el apoyo que nos prestaron durante nuestra relación.

*Hasta pronto.
Quedo atento.
Att.*

Luis Eduardo VELASQUEZ" (Fl. 273 del cuaderno de la demanda de reconvencción).

Por su parte el correo electrónico datado del 17 de mayo, del mismo autor y dirigido a la misma destinataria, tiene el siguiente texto:

"Buenos días Olga.

*En vista de buscar situaciones benéficas para que fricar logre avanzar sobre la situación administrativa coyuntural que está pasando y en vista de lo demandante y el tiempo ya dedicado a el (sic) sistema. Consideró prudente frenar este proceso.
Espero entienda nuestra posición.
Estaré atento.*

Enviado desde mi iPad". (Fl. 274 del cuaderno de la demanda de reconvencción).

Respecto de dichos documentos, el Tribunal considera que el primero de los correos contiene una decisión ambigua, dado que de un lado utiliza términos propios de una invitación a concertar la terminación del contrato ("*solicitamos formalmente la cancelación de ...*"), pero de otro lado da a entender que la relación queda finiquitada ("*De antemano les doy las gracias por su comprensión y todo el apoyo que nos prestaron durante nuestra relación*").

En el proceso quedó demostrado que después de haberse remitido el correo transcrito, la representante legal de la sociedad convocante se reunió con el señor VELÁSQUEZ GÓMEZ, comprometiéndose a analizar la situación y a dar una respuesta sobre las condiciones propuestas para continuar con el contrato, tal como lo relató en su testimonio la señora LAURA MARCELA ARISTIZÁBAL ROJAS (FL. 695).

Después de la reunión sostenida entre las partes, el convocado remitió el correo del 17 de mayo. Si bien dicha comunicación tampoco es un ejemplo de claridad, en el se utilizan sendas expresiones, que resultan dicientes de la decisión de terminar el contrato: "*Consideró prudente frenar este proceso. Espero entienda nuestra posición*".

Pese a que en el interrogatorio de parte absuelto, el convocado no reconoce que hubiera terminado el contrato, insistiendo que su intención era la de poner a consideración la posibilidad de terminar el negocio jurídico (Fs. 686-687 Cuaderno No. 2), lo cierto es que sí admite que su decisión era la de no continuar con la ejecución del contrato. De dicho interrogatorio se destaca el siguiente aparte:

"PREGUNTADO: *¿Y hubo alguna relación entre la terminación del contrato de trabajo del señor FRANCISCO ZULUAGA, y la decisión de no continuar con la ejecución de este contrato celebrado con CLOUD?* **CONTESTÓ:** *De parte mía sí puede haber una relación, Señor Árbitro, porque si yo lo contraté a él durante un año para poder llevar a cabo ese software, imagínese entonces el experto, el que ella misma dice fue el que diseñó, montó, organizó todo, no pudo concluir el sistema, **¿cómo iba a seguir yo para adelante con esa situación?**"* (Negrillas fuera del texto original. Fl. 685 Cuaderno No. 2)

Adicionalmente, ese correo resulta coherente con la definición que habría de tomar el convocado con respecto al destino del contrato (alcance de la reunión sostenida el 23 de abril de 2016); siendo además indicativo de su decisión, que después de que remitió la comunicación del 17 de mayo, el convocado no hubiera manifestado su extrañeza por la inactividad de la sociedad convocante, ni hubiera reclamado una respuesta a su comunicación, si es que entendía que su manifestación era la de invitar a un acuerdo para el finiquito del contrato.

Efectuado un análisis detallado y conjunto del material probatorio obrante en el expediente y especialmente de los medios probatorios antes destacados, bajo el tamiz de la sana crítica, puede concluir este Tribunal, con criterio recto, prudente y racional, conforme a las reglas de la experiencia, que el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ sí tomó y comunicó a la convocante la decisión de terminar unilateralmente el contrato.

Justamente, a pesar del esfuerzo realizado por la parte convocada, para tratar de darle una connotación diferente a los escritos de fechas 21 de abril y 17 de mayo de 2016, bajo una intención de renegociación o suspensión del contrato, es claro para este Tribunal que el real propósito de tales correos electrónicos, y en especial del último, fue el de terminar definitivamente el contrato, tal como lo entendió la sociedad contratista.

Recuérdese además que, conforme se acreditó con la prueba practicada en este proceso, en especial con las manifestaciones del señor FRANCISCO DIEGO ZULUAGA PUERTA²⁰ y del mismo convocado LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ²¹, éste ha ejercido actividades comerciales por más de 15 años, sin que parezca razonable que pretenda amparar la ambigüedad en una presunta falta de capacitación profesional, máxime cuando contaba con soporte jurídico (como el que reconoció haber consultado para la suscripción del contrato), idóneo para distinguir la suspensión y la finalización de un negocio jurídico.

²⁰ ÁRBITRO: ¿Usted tiene claro desde cuándo existía FRICAR? CONTESTÓ: Sí, más o menos como desde el año 2000. Folio 661 C.2

²¹ PREGUNTADO: Indíqueme al Tribunal cuál es su actividad comercial. CONTESTÓ: Soy comerciante dedicado a la producción y comercialización de carne. PREGUNTADO: ¿Qué establecimiento o qué establecimientos de comercio tiene usted? CONTESTÓ: Tengo FRICAR PRODUCTOS CARNICOS, y SODESCA S.A.S. Fl. 676 C.2

Por las anteriores razones, el Tribunal concluye que el día 17 de mayo de 2016, el convocado dio por terminado el contrato de compra de software, que suscribió con la sociedad CLOUD SF S.A.S. el 23 de abril de 2014.

4. EFECTOS JURÍDICOS DEL ACTO DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO.

Al concluir que fue decisión del demandado la de terminar unilateralmente el contrato celebrado, debe el Tribunal pronunciarse sobre la eficacia jurídica de dicho acto.

A juicio de este Tribunal, al contrato de "compra de software" celebrado le son aplicables las reglas propias de los contratos de tracto sucesivo o ejecución continuada.

Conforme al postulado de normatividad acogido por el artículo 1602 del C.C., coherente con la autonomía privada, el negocio jurídico tiene carácter vinculante para las partes, y conforme al mismo no es dable en principio que la relación jurídica contractual que se generó por el acuerdo entre las partes, se aniquile por la voluntad de una sola de ellas.

Pero tal principio no es absoluto, y menos tratándose de contratos de tracto sucesivo. Frente a esta categoría negocial, por su propia dinámica, se atribuye en diversos casos a las partes la potestad de terminar el contrato de manera unilateral. Ello puede ocurrir por autorización legal (v.c. contrato de mandato, contrato de arrendamiento, contrato de trabajo), por disposición contractual o, en criterio del Tribunal, cuando existe una causa justificada para adoptar tal decisión. Aunque la doctrina ha discutido si en este caso se requiere o no la intervención previa del órgano jurisdiccional, el Tribunal considera que tal posición desconoce las implicaciones de que se tenga que seguir ejecutando un contrato que ya no es viable, o respecto del cual se ha perdido su razón de ser o inclusive cuando el mismo fue celebrado en razón de la confianza recíproca de las partes y la misma se perdió o deterioró significativamente.

La ortodoxia jurídica no puede llevarse a extremos que desconozcan la razón de ser de los negocios jurídicos, y en especial la dinámica de los contratos de tracto sucesivo.

Un análisis detallado y sistemático de las cláusulas contractuales, permite concluir que el negocio jurídico celebrado implicaba la ejecución de obligaciones sucesivas concernientes al objeto del contrato, que permiten calificarlo como un contrato de tracto sucesivo, tal como lo reconocen los apoderados de las partes.

Precisamente, las partes pactaron en el contrato de compra de software, que CLOUD SF S.A.S. se obligaba con el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ a:

"4. Generar toda la batería de reportes que necesite la empresa. Cubriendo aspectos tales como los gerenciales, logísticos, administrativos, comerciales, operativos, accionistas, clientes, entes de control y en general toda necesidad de información que declare su empresa.

5. Implementar e integrar todos los desarrollos de la compañía. En

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

otras palabras, al final del proceso se espera que no exista ninguna necesidad de la empresa que no sea cubierta por el ERP, por lo cual desaparecerán los aplicativos satélites que hoy puedan existir, eliminando así, el costo de licenciamiento de los mismos y las naturales dificultades de comunicación, intercambio y consolidación de información que representa tener aplicativos aislados de la plataforma central de computo.

6. Brindar Capacitación y soporte **para todas las actividades y procesos anteriormente relatados**. La capacitación se tendrá disponible **no solo durante la fase de implementación sino también durante al menos 6 años en cualquier momento que sea requerida**, específicamente en eventos tales como cambios de empleados, construcción de nuevos módulos, etc. El costo de las capacitaciones mencionadas se encuentra incluido dentro de la oferta económica representada en el presente documento.

7. Eliminar los costos de infraestructura tecnológica de Fricar no solo en cuanto a actualización de equipos computacionales y licenciamiento de software **al menos por los próximos 6 años sino también en cuanto a la total eliminación de la infraestructura tecnológica en cuanto a la arquitectura de servidores se refiere**, ya que CLOUD SF incluye dentro de su propuesta **el otorgamiento durante cinco años de un servidor de última generación con almacenamiento disponible hasta 6 TB (1 TB equivale a 1000 Gb, en otras palabras la oferta de Cloud incluye hasta 5.000 Gb de almacenamiento), la administración de este servidor será llevada a cabo por CLOUD SF como parte integral de la presente propuesta.**

8. Garantizar el correcto funcionamiento de todos y cada uno de los diferentes módulos que conforman la plataforma ERP **durante 6 años contados a partir de la firma del contrato.**

9. Asegurar la inclusión de las modificaciones requeridas para los módulos que conforman el ERP debidas a situaciones tales como cambios en la regulación contable, tributaria, cambios originados por modificaciones en los procesos de la firma, ampliaciones del giro de negocio etc, **durante 6 años a partir de la firma del contrato.**

10. Asesorar integralmente el proceso de administración y desarrollo tecnológico de la firma, teniendo en cuenta las opciones suministradas bajo Open Source, así como las diferentes configuraciones de hardware que aseguren **la optimización de recursos de la empresa durante 6 años a partir de la firma del contrato.**

11. Acompañar el proceso estratégico de la empresa bajo el entendimiento superior acerca del cual la plataforma tecnológica debe estar completamente alineada con la estrategia de la empresa, generando así la asesoría que la firma requiera desde el punto de vista de estrategias competitivas, corporativas y de procesos de negocio **durante 6 años a partir de la firma del contrato"** (Negrillas fuera del texto original; Fl. 15-16 Cuaderno principal).

Las anteriores estipulaciones comportan claros acuerdos de duración o ejecución continuada, llamados a ser cumplidos durante la vigencia del contrato de manera continuada y sucesiva, sin que las obligaciones de las partes se agotaran en la entrega de un software a la medida y del pago de un precio correlativo, que por lo demás fue pactado en cuotas de causación sucesiva proporcionales a la vigencia del negocio jurídico.

Como lo explica claramente el doctrinante italiano FRANCESCO MESSINEO, el "(...) contrato "de duración", de tracto sucesivo, o de ejecución continuada o periódica, (...) es aquel en que "el dilatarse" del cumplimiento por cierta duración **es condición para que el contrato produzca el efecto querido por las partes y satisfaga la necesidad (durable o continuada) que las indujo a contratar**; la duración no es tolerada por las partes sino que es **querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración**"²² (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

No se trata, pues, de una conclusión adoptada con base en la multiplicidad de obligaciones pactadas por los contratantes, sino en la característica de ejecución periódica o intermitente de un cúmulo significativo de ellas; y en la finalidad y utilidad real previstas por las partes al celebrar el contrato, las cuales, claramente, determinaron la extensión del cumplimiento o ejecución de las obligaciones en el tiempo.

Resáltese, en este aspecto, la importancia de la anterior exposición argumentativa, referida al análisis e interpretación sistemática del contrato; pues como bien se sabe, el fallador se encuentra facultado para efectuar un trabajo intelectual de auscultación, en pro de inquirir el real querer de los contratantes y el verdadero significado de las estipulaciones acordadas por los mismos; claro está, sin llegar a desfigurar el vínculo jurídico que los ata. Pero aquí en realidad no ocurrió nada parecido, pues los mismos litigantes reconocen que el régimen aplicable al presente asunto, es el que regenta los contratos de ejecución sucesiva.

Además, sobre este punto no existe controversia jurídica. Los litigantes reconocen de igual forma que se trata de un contrato de tracto sucesivo, señalando al efecto el señor apoderado de la sociedad convocante en su escrito de alegaciones finales que: "*debe entonces tenerse en cuenta que no solo estamos frente a un contrato BILATERAL, sino también de TRACTO SUCESIVO*"²³, y manifestando el apoderado del convocado, a lo largo de todo su escrito final, que el contrato de compra de software analizado, comportaba la existencia de una variedad de obligaciones ejecutables en el tiempo, y de cumplimiento continuado.

Sobre la facultad interpretativa del Juez en materia negocial, resulta pertinente citar un aparte de las consideraciones expuestas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, así:

*"Interpretar, estricto sensu, es auscultar, desentrañar, **precisar** y determinar el sentido jurídicamente relevante del negocio (cas. agosto 27/1971 y julio 5/1983) **el alcance de su contenido** (cas. diciembre 10/1999, exp. 5277) y **la identificación de los fines***

²² MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato (R.O. Fontanorrosa, s. Sentís Melendo y M. Volterra, trad). Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. Pág. 429-430 (obra original publicada en: 1944)

²³ Fl. 904 vto. Cuaderno No. 2

perseguidos con su celebración para imprimirle eficacia final (cas. febrero 18/2003. exp. 6806).

Por lo mismo, la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la "recíproca intención de las partes" (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aún siendo "claro" el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que "...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato" (cas. civ. junio 28/1989).

De otro lado, la interpretación del negocio jurídico, es necesaria no sólo respecto de cláusulas oscuras, ambiguas, imprecisas, insuficientes e ininteligibles, antinómicas y contradictorias o incoherentes entre sí o con la disciplina normativa abstracta o singular del acto, **sino también en presencia de estipulaciones claras o diáfanas** (in claris non fit interpretatio) **y aún frente a la claridad del lenguaje utilizado**, cuando las partes, una o ambas, le atribuyen un significado divergente, no siendo admisible al hermeneuta restringirse al sentido natural u obvio de las palabras, a la interpretación gramatical o exegética, al escrito del acto dispositivo documental o documentado "por claro que sea el tenor literal del contrato" (cas. civ. agosto 1/2002, exp. 6907), ni "encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato..." (cas. civ. junio 3/1946, LX, 656).

Naturalmente, la claridad del articulado o su significación lingüística, **no exceptúa el deber de precisar la finalidad común convergente de las partes**, pues la particular relevancia dinámica de la hermenéutica del negocio jurídico, se explica ante la imposibilidad pragmática de prever toda contingencia, el significado disímil de la terminología, lenguaje o redacción y no se reduce a hipótesis de ambigüedad, insuficiencia, disfunción u oscuridad, siendo pertinente en todo caso de disparidad, divergencia o diferencia respecto de su entendimiento recíproco (cas. civ. de 1 de agosto de 2002 exp. 6907).

Por supuesto, la labor del juez no se orienta a enervar, reemplazar o suplantar la autoridad del dominus negotii, ni a modificar, eclipsar, adulterar o desvirtuar sus estipulaciones (cas. marzo 27/1927), está

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

ceñida a "la fidelidad" del pacto (cas. agosto 27/1971, CCLV, 568) y "a la consecución prudente y reflexiva" del sentido recíproco de la disposición (cas. agosto 14/2000, exp. 5577). Empero, el rol interpretativo del juzgador no es de mero reproductor del contenido negocial, la exégesis de su sentido, ni se encamina exclusivamente a explicitar el querer de las partes como si fuera un autómata. Más concretamente, la actividad hermenéutica del juzgador no es estática, el ordenamiento jurídico le impone ex autoritate el deber de decidir las controversias buscando el resultado concreto perseguido por las partes con la celebración del negocio jurídico en coherencia con su "contenido sustancial", utilidad práctica, esencial, "real" y funcional (Massimo BIANCA, *Diritto Civile*, Tomo 3, *Il contratto*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Mila, 1987, Ristampa, 1992, pp. 379), para lo cual, sin alterar, sustituir ni tergiversar lo acordado, debe intervenirlo efectuando un control eficaz e idóneo, incluso corrector, **para determinar su relevancia final o efectos definitivos conforme a los intereses sustanciales, el tipo específico, su función y la preceptiva rectora, en general y, en particular**²⁴ (Negrillas fuera del texto original)

Todo lo anterior permite afirmar, que nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo, que le otorga a las partes, entre otras prerrogativas, la potestad de terminar unilateralmente el contrato celebrado; potestad que se ejerce de manera legítima, cuando existe una causa justificativa de la decisión.

Consecuente con lo expuesto, en criterio del Tribunal la terminación unilateral del contrato de tracto sucesivo es un acto jurídico eficaz. Lo que ocurre es que si el ejercicio de la potestad de terminación unilateral no obedece a una situación justificada, la consecuencia que se impone es que el contratante que a su arbitrio decidió finiquitar el contrato, debe indemnizar los perjuicios causados con el acto de terminación del contrato, ya que se configura un supuesto de responsabilidad civil.

Sobre la potestad que tienen las partes de terminar el contrato de tracto sucesivo, que el Tribunal comparte cabalmente, explica el doctrinante Ernesto Rengifo García:

"El derecho a la terminación que pertenece a la parte fiel no es puramente potestativo, por el contrario se encuentra sometido a condiciones objetivas cuyo control ejerce el juez, quien deberá verificar en su sentencia si los hechos invocados por el demandante en su libelo son o no idóneos para que se pronuncie la terminación o la resolución que se demanda.

*(...) la posibilidad de la terminación unilateral del contrato es permitida por el mismo legislador o es admisible en especiales vínculos como los de duración indefinida, los de larga duración y en donde la confianza constituye el fundamento de la relación jurídica"*²⁵

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de febrero de 2008. M.P. DR. William Namén Vargas. Expediente 2001-06915-01

²⁵ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Primera edición. Legis. Bogotá. 2014, pág. 94-96

En consecuencia con lo expuesto, se concluye que la decisión del señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ tuvo el efecto jurídico de terminar el contrato celebrado con CLOUD SF S.A.S., correspondiéndole al Tribunal establecer si dicha potestad fue o no ejercida de manera regular.

5. SOBRE LAS CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO CELEBRADO POR LAS PARTES.

Una vez definido que el contrato que celebraron las partes terminó por decisión unilateral del señor VELÁSQUEZ GÓMEZ, y que dicho acto tuvo la eficacia de romper el vínculo contractual, se impone definir si el mismo se encuentra o no justificado.

En el correo electrónico del 21 de abril de 2016 el demandado solicitó la terminación del contrato invocando *"el momento complicado por el cual está pasando nuestra compañía"* y en el correo electrónico del 17 de mayo adujo *"...la situación administrativa coyuntural que está pasando y en vista de lo demandante y el tiempo ya dedicado a el sistema"*.

El análisis aislado de los correos electrónicos remitidos por el señor VELÁSQUEZ GÓMEZ a CLOUD SF S.A.S. llevaría a considerar que la terminación del contrato fue injustificada, dado que ni el momento por el que habría atravesado FRICAR, ni la situación administrativa coyuntural, se erigían en razones que habilitaran la finalización anticipada del contrato. Se trata de hechos que concernían directamente al contratante, y que no tendrían por qué afectar la posición del contratista y los derechos y estabilidad que el contrato le atribuía, acorde con el principio de normatividad negocial (Art. 1602 del C.C.).

Las situaciones administrativas y financieras de una empresa no son supuestos que desde el punto de vista negocial -salvo que las partes prevean lo contrario- se puedan constituir en causas para terminar un contrato de manera justificada y sin indemnización. Tales hechos no son constitutivos de un caso fortuito o de una fuerza mayor, ni sus consecuencias tienen por qué ser soportadas o asumidas por el otro contratante.

Igualmente el Tribunal considera que el convocado no adujo de manera explícita un incumplimiento del contrato como causa de la decisión de terminarlo unilateralmente, como lo reconoció al absolver interrogatorio de parte.

Sin embargo, se presentan dos aspectos dignos de analizarse: i) la parte convocada, tanto al responder la demanda, como al formular la demanda de reconvencción, ha sido enfática en aducir un incumplimiento contractual por parte de CLOUD SF S.A.S.; y ii) en la comunicación mediante la cual -según la posición asumida en este Laudo- se dio por terminado el contrato, se dijo *"lo demandante y el tiempo ya dedicado a el sistema"*, debiéndose dilucidar el alcance de esta expresión.

Para efectos de analizar el primero de los aspectos reseñados, el Tribunal procede a valorar la forma como se desarrolló la etapa de ejecución del contrato, la posición asumida por las partes, y el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones que a ambas les incumbían.

En la cláusula segunda del "CONTRATO DE COMPRA DE SOFTWARE Y SU IMPLEMENTACIÓN" CLOUD SF S.A.S. asumió, entre otras, las siguientes obligaciones:

1. "2.6. *Entregar el Software en correcto funcionamiento e implementación dentro del plazo estipulado para el cumplimiento efectivo del contrato, teniendo como plazos los previstos en la mencionada oferta comercial más un máximo de 3 meses en caso de presentarse algún tipo de imprevisto, por supuesto estos plazos serán válidos siempre y cuando **EL CONTRATANTE** suministre la información requerida por **EL CONTRATISTA** para el exitoso desarrollo del presente contrato"*
2. "2.13. *Utilizar personal idóneo, debidamente capacitado y directamente empleado por **EL CONTRATISTA** para desempeñar las labores de instalación y puesta en funcionamiento del SOFTWARE".*
3. "2.15. ***EL CONTRATISTA** se compromete a revisar en conjunto con **EL CONTRATANTE**, la calidad de los datos digitados para garantizar que no se presenten inconvenientes al respecto".*

Por su parte, en la oferta formulada al convocado, CLOUD SF S.A.S. presentó un cronograma, estableciendo los términos para el levantamiento de información, la entrega de la página web, la elaboración y entrega de la aplicación y ERP.

Analizado el contexto fáctico que dio lugar a la formulación del presente proceso, y el material probatorio adecuada y oportunamente recaudado en el mismo, se puede evidenciar, de manera palmaria, que las obligaciones en cita no fueron cumplidas, en la forma y en la oportunidad contractualmente establecidas, por la sociedad CLOUD SF S.A.S., en su calidad de encargada de la elaboración del software ERP contratado por el demandante en reconvención; destacando además que fue la contratista quien estableció el cronograma.

Tanto la prueba documental arrimada por las partes²⁶, como el dictamen de parte presentado por el convocado²⁷, y la confesión efectuada por la representante legal de la sociedad CLOUD SF S.A.S. en el interrogatorio rendido en este proceso²⁸, llevan al Tribunal a la convicción de que el Software contratado por el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ, esto es, el ERP y el portal web que se obligó a programar, implantar e implementar la sociedad CLOUD SF S.A.S., no fueron entregados dentro de los términos previstos en el contrato y en el cronograma de la oferta (-3 meses-, ni en su prórroga -4 meses adicionales-), como tampoco, con posterioridad al vencimiento de este plazo.

Está demostrado que entre el día en que el contrato se celebró y la fecha en que el mismo fue terminado (24 meses después) no hubo avances significativos en relación con la implementación del software a la medida contratado ni con el Portal Web. Aunque la sociedad convocante, y testigos como Francisco Diego Zuluaga (Fs. 631 y s.s.) refieren avances significativos

²⁶ Fl. 139-167 demanda principal, 118-223 y 249-276 demanda de reconvención.

²⁷ Fl. 63-95 Demanda de reconvención

²⁸ Fl. 613 y 614 Cuaderno No. 2

en la obra acometida, de ello no existe evidencia concreta en el proceso, incumbiéndole a la parte convocante la prueba fehaciente de este hecho, máxime cuando al proceso se incorporó un dictamen pericial que da cuenta de situaciones contrarias.

Igualmente la sociedad demandante justifica de manera insistente las dificultades para el avance del proyecto en la falta de suministro de la información idónea requerida, la cual debía ser proporcionada por el personal de FRICAR, debiéndose ocupar el Tribunal de este punto.

Para el Tribunal resulta especialmente trascendente en los aspectos planteados por la convocante (tendientes a justificar el atraso en el desarrollo del contrato) el dictamen rendido por la empresa CAPITAL EMPRESARIAL, concretamente por MARITZA FLÓREZ, con el apoyo del ingeniero VÍCTOR BERNAL, quienes efectuaron un análisis técnico serio sobre el contrato celebrado por las partes y sobre las vicisitudes que se presentaron en su ejecución, sin que exista otra prueba técnica en el proceso que evidencie o sugiera lo contrario.

Las conclusiones más relevantes de dicho dictamen fueron las siguientes:

*"En el documento de oferta comercial No. 123-4577 del día 24 de abril de 2014 se hace referencia a unos tiempos de puesta en producción del sistema de cuatro (4) meses con posibilidad de extensión a tres (3) meses adicionales, para un tiempo máximo de proyecto de siete (7) meses. **Con base en la experiencia y conocimiento del mercado de software, se puede asegurar que estos tiempos no son acordes con los tiempos requeridos ni para un desarrollo a la medida ni para la implementación de un sistema de información con las características ni nivel de integración propuestos. Para el caso de un sistema ERP a medida, como es el caso propuesto, el promedio de industria se ubica entre dos (2) y tres (3) años de proyecto para llevar a producción, involucrando equipos de desarrollo numerosos y altamente capacitados. Los casos más cortos de implementación, son para las soluciones ERP verticalizadas, en las cuales no se hacen modificaciones ni adiciones funcionales al software existente, sino que solo se hacen cargas de datos y capacitación en operación. Este tipo de implementaciones tardan en promedio tiempos superiores a seis (6) meses. Requieren de una práctica robusta de gestión de proyecto y transferencia de conocimiento al cliente. Con base en la información suministrada en las entrevistas y documentos, no se encontró evidencia de un cronograma de implementación detallado, más allá del cronograma de alto nivel incluido en el documento de oferta comercial. Estas afirmaciones se pueden contrastar y ratificar con información de dominio público en sitios web especializados en sistemas de información empresariales (ERP) como: <http://www.tuerp.com/g/cuanto-tarda>***

*(...) **No se encontró evidencia de la estructuración de un proyecto de implementación e implantación del software ERP al interior de FRICAR, lo cual se corroboró en las entrevistas. La estructuración de un proyecto implica la designación de un responsable máximo, Gerente de Proyecto, cuya responsabilidad es la coordinación de todas las actividades del proyecto, responder a los***

patrocinadores por su avance, facilitar que se tengan los recursos requeridos para la ejecución exitosa, identificar y valorar los riesgos, administrar los controles de cambios, hacer seguimiento permanente al desempeño del proyecto y tomar las acciones correctivas ante desviaciones.

- No se entregó evidencia de la existencia de un Gerente de Proyecto empoderado de su rol y siguiendo un marco metodológico en el proveedor CLOUD SF S.A.S. Sí bien se dijo en las entrevistas que hubo un único interlocutor, **no hay evidencia objetiva de seguimientos, señales de alerta, desviación del proyecto y acciones de mitigación de riesgos a FRICAR**, lo cual es una de las responsabilidades básicas y fundamentales de un Gerente de Proyecto.

- **Con base en los puntos anteriores, no se evidencia la aplicación de una metodología de trabajo basada en prácticas y experiencia de industria ni un seguimiento adecuado del proyecto.** No hay actas de avance de proyecto, plan de trabajo detallado, matriz de riesgo, acciones de mitigación, estado de requerimientos y resultados de pruebas. Por esta razón, se puede decir que no se tuvo durante la ejecución un panorama real del estado general y desempeño del proyecto. Incluso hoy, no se tiene un dimensionamiento del estado real, porcentaje de avance y ruta crítica para logro de los objetivos de empresa en caso que se quisiera continuar con el proyecto.

- No se pudo tener evidencia de los documentos aprobados con los requisitos funcionales y de procesos de negocio a ser incluidos en el sistema ERP y Portal Web. Estos fueron solicitados a los funcionarios de FRICAR y la respuesta que se obtuvo de su parte es que ellos no los tenían porque nunca les habían sido entregados. **De aquí surge un interrogante y es como va a ser posible validar los criterios de éxito (METAS uno (1) y dos (2)) declarados en la oferta comercial No.123-4577 del día 24 de abril de 2014, si no se tiene un documento aprobado por las partes para verificar su cumplimiento y completitud.**

- La propuesta realizada a FRICAR le asigna la responsabilidad de digitación y entrega de información, lo cual es entendible y aceptable por ser este el propietario de la misma, sin embargo, no se evidencian los mecanismos efectivos de depuración y calidad de datos que se seguirán, factor crítico de éxito de todo proyecto de implantación de un sistema de información. En este punto, el acompañamiento ofrecido por CLOUD SF S.A.S. era fundamental para el éxito del proyecto basado en su conocimiento del sistema y sus relaciones de información. De la misma forma, un Gerente de Proyecto idóneo por parte de FRICAR hubiera identificado oportunamente este riesgo y tomado las medidas de mitigación adecuadas.

- No se evidencia que FRICAR tuviera un Líder Funcional y Técnico idóneos y empoderados para asumir la responsabilidad de identificación, extracción y validación de la información a entregar al proveedor.

• Se evidencia que CLOUD SF S.A.S. entregó a FRICAR los formatos con la descripción de campos para recolección de información, sin embargo esto no es suficiente para garantizar la calidad e integridad de la información. No se evidencia la existencia de procesos de validación y depuración de información para cargue al sistema, así como mecanismos o estrategias de actualización y transición de la información desde el cargue inicial hasta el momento de entrada en producción, que permitan iniciar la operación con la información actualizada. Este punto es tan importante y relevante como el cargue de datos básicos, dado que es el que va a permitir iniciar operación sobre información real de la compañía. El responsable de la entrada en producción y carga al sistema de información es el proveedor de desarrollo de software.

• Se evidencia un alto número de reprocesos en la entrega y carga de información. Esto sustenta la necesidad y la relevancia de contar con una estrategia clara de extracción, transformación, validación y cargue de información al nuevo sistema, que debió estar acompañada y apoyada metodológica y técnicamente por CLOUD SF S.A.S. quien tiene el conocimiento y experiencia en este tipo de implementaciones. No hay evidencia de acciones concluyentes por ninguna de las partes para la solución del tema de reprocesos de información. Estas acciones debieron ser acordadas entre el Gerente de Proyecto de FRICAR y el Gerente de Proyecto de CLOUD SF S.A.S.

(...)*• Buscando validar el cumplimiento de las metas número tres (3) y cuatro (4) del documento de oferta comercial No.123-4577 del día 24 de abril de 2014, se solicitó evidencia de operación productiva e integrada entre los módulos del sistema ERP y el Portal Web en teléfonos inteligentes y tabletas, obteniendo como respuesta por parte de los funcionarios de FRICAR que no se tiene ningún módulo del sistema en operación productiva y no hay Portal Web, en consecuencia no hay integración. Aseguraron que la compañía sigue operando con los sistemas de información que siempre ha tenido. (FS. 79 a 85 del cuaderno de la demanda de reconvención).*

Si bien en dicho dictamen se omitió acudir a la información con que contaría CLOUD SF S.A.S., en criterio del Tribunal, tal omisión no es suficiente para restarle mérito probatorio a la experticia ni para desdeñar las conclusiones que en ella se plasmaron, ya que: i) la prueba fue rendida por personas con capacitación profesional y experiencia en la materia; ii) existen otros medios de prueba que son coherentes con las conclusiones principales del dictamen; iii) la parte demandante no demostró que la información con la que ella contaría, sería suficiente para desquiciar el análisis y conclusiones del medio de prueba que se analiza; iv) tanto el dictamen, como la sustentación del mismo por sus autores fue consistente, clara, coherente y en general resolvieron con solvencia los interrogantes que se les formularon.

De la sustentación del dictamen presentada por la ingeniera MARITZA FLÓREZ MUÑOZ, el Tribunal destaca los siguientes apartes:

"PREGUNTADA: *¿Y cuál fue la situación que encontraron ustedes en FRICAR?* **CONTESTÓ:** *Bueno, ¿cuál fue la situación que nosotros encontramos en FRICAR? En primer lugar en una revisión documental lo que más encontramos fue unos correos que hacía*

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

alusión en su grandísima mayoría a una solicitud de información de diligenciamiento de unas tablas, y casi siempre incluso las mismas tablas, las tablas estaban muy relacionadas entre ellas para un mismo concepto, pero lo que más pedían eran llenar esa información, llenar esa data, llenar esos registros. Nosotros en los correos buscamos identificar si se había cubierto como la primera parte de lo que se hace en un ERP, que es identificar como esas necesidades, identificar esas reglas de negocio, y no logramos identificar, en la información que nos fue entregada, esta primera parte; sólo encontramos una gran cantidad de correos solicitando datos, solicitando datos, solicitando datos²⁹. (Negrillas fuera del texto original)

(...)

"PREGUNTADA: De acuerdo con la información que usted tuvo a su haber, ¿qué metodología estaba empleando la sociedad CLOUD S.A.S. para efectos de desarrollar el contrato? **CONTESTÓ:** En primer lugar en la propuesta como tal no se habla específicamente de qué metodología van a utilizar. La propuesta en eso falta de mucha claridad y profundidad; no aclaran si van a utilizar scrum, no aclaran si van a utilizar rup, no aclaran si van a utilizar gerencia de proyectos bajo alguna mejor práctica. O sea, ellos desde ahí no te están prometiendo u ofreciendo realmente alguna metodología. Cuando ya fuimos al hacer, que es con los correos en primer lugar, que es la evidencia documental que buscamos y que identificamos en primer lugar, no se evidencia incluso una gestión, o un representante, o una metodología incluso de gestión de proyectos. Entonces en ese orden de ideas si yo voy a analizar desde las mejores prácticas de la ingeniería de software, ninguna, no se utilizó ninguna de las mejores prácticas de la ingeniería de software, que al menos yo conozco, y no se utilizó ninguna buena práctica de gestión de proyectos, y en eso también es bueno como hacer la claridad de que no solamente el tema de gestión de proyectos no lo encontramos solamente del lado de CLOUD; también no lo encontramos del lado de FRICAR³⁰. (Negrillas fuera del texto original)

Así mismo, sobre el incumplimiento de las obligaciones de entrega del ERP y el portal web señaló:

"PREGUNTADA: Dijo usted a este Tribunal que cuando estuvo en la visita a FRICAR, no encontró software. En ese orden de ideas, ¿usted podría decirnos si para encontrar evidencia de documentos o instalación de procesos o desarrollos, hasta la fecha no era pertinente haber visitado las instalaciones de CLOUD y entrevistarse con dichas personas y mirar qué existía en sus oficinas para certificar eso? **CONTESTÓ:** Yo considero que no es necesario, dado que la oferta dice que el producto era un producto que se iba a desarrollar en cuatro meses y que tenía una cláusula de extensión de tres, o sea un total de siete meses. Eso quiere decir que la

²⁹ FI. 829 Cuaderno No. 2

³⁰ FI. 832 Cuaderno No. 2

propuesta económica como fue presentada, la propuesta comercial como fue presentada, a partir de su fecha de aprobación que fue en el año 2014, más siete meses, ya debería de tener un software en algún lugar funcionando. Estamos hablando de que estamos en el año 2017. O sea que ha pasado un tiempo suficientemente largo para decir que ese producto tiene que estar en las instalaciones de quien aceptó la propuesta económica, que es FRICAR. La propuesta como está elaborada incluso habla de productos en la nube, no de productos incluso instalados en FRICAR. Entonces al ser un producto que está en la nube, desde cualquier incluso no tenía ni siquiera que desplazarme a FRICAR, simplemente a través de una URL yo debería poder ingresar a conocer el avance del proyecto o en lo que yo realmente esperaba que era, si ya habían pasado hace mucho rato los siete meses, todo el producto de desarrollo y todo el ERP desarrollado. Eso era realmente lo que se esperaba. No era necesidad de ir a CLOUD, porque sus fuentes y demás, al ser un producto que fue ofrecido para estar en la nube, ¿dónde debería de estar? En una URL así como usted coloca www tal empresa y te aparece su página web y su portal. Eso no se necesita incluso ningún desplazamiento. Desde incluso las oficinas de Capital se podía haber realizado si se contara con la URL. ¿Qué hicimos? Le fuimos y preguntamos a FRICAR: "venga, cuál es la URL que le dieron para este producto, ya yo lo reviso". ¿Cuál fue la respuesta que nos encontramos con las personas de FRICAR? Que no tienen esa información, que hasta hoy no les ha sido entregada una URL donde puedan ingresar a su producto. Con eso es información suficiente para yo decir: "no tengo producto", después de que su desarrollo era solo de siete meses". (Negrillas fuera del texto original)

Finalmente, sobre este mismo punto expuso lo que a continuación se transcribe:

"PREGUNTADA: Nos dijo ya que había leído la propuesta presentada por CLOUD. La evidencia que encontró tanto en los documentos, como en la entrevista, como en los módulos, ¿se corresponde a aquello que la propuesta ofrecía? **CONTESTÓ:** La propuesta ofrecía un desarrollo a la medida de un ERP; también ofrecía la construcción de un portal web y también ofrecía pasar las máquinas y los servidores a un software open source; también ofrecía capacitación y mantenimiento, incluso generación de nuevos módulos de ser necesario durante el tiempo que duraba el contrato. Lo que nosotros evidenciamos en todo lo que fue las entrevistas y la revisión documental es que no se ha cumplido ninguno de los aspectos que están en esa propuesta. **PREGUNTADA:** En su concepto técnico, ¿era factible o posible ejecutar las metas de la propuesta, el objeto del contrato, en los plazos indicados? **CONTESTÓ:** No es posible hacer un desarrollo de software a la medida en cuatro meses, y ni siquiera en los siete meses que ellos proponen ahí. Un desarrollo de un software de ERP a la medida es un proyecto de tres años como una media interesante y realmente viable. Entonces no"³¹. (Negrillas fuera del texto original)

³¹ FI. 862-863 Cuaderno No. 2

Ahora, si bien es cierto, y como ya se dijo, la sociedad CLOUD SF S.A.S. intentó justificar el incumplimiento de la estipulación prevista en el numeral 2.6 de la cláusula segunda del acuerdo de voluntades celebrado con el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ, en el hecho de que la obligación de entrega del software se encontraba condicionada a que el contratante suministrara la información requerida para el exitoso desarrollo del mismo, también lo es que, los datos echados de menos por la contratista no eran indispensables para el desarrollo del software que le fue encargado, y por lo tanto no puede hacer uso de tal prerrogativa para desviar la atención de la inobservancia de sus obligaciones contractuales, ni para justificar una dilación significativa en el cumplimiento de las obligaciones principales a su cargo.

Tal como queda acreditado con el dictamen pericial allegado por la parte convocante en reconvención³², y con las manifestaciones efectuadas por los Ingenieros VÍCTOR MANUEL BERNAL OLAYA³³ y MARITZA FLÓREZ MUÑOZ³⁴ encargados de la elaboración del mismo, los datos exigidos por CLOUD SF S.A.S. al señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ se requerían fundamentalmente para la etapa de salida a producción del software, es decir, cuando ya estuviera listo el ERP y se procediera a su implementación en el establecimiento de comercio de propiedad del demandado, y no para la fase de diseño y programación en la cual se encontraban.

Al respecto, explicó el ingeniero VÍCTOR MANUEL BERNAL en su declaración:

"PREGUNTADO: *Acláreme algo, ingeniero: ese numeral tres, la data propia del proceso, ¿es necesaria para elaborar el ERP?*
CONTESTÓ: *Para ponerlo en operación, no para construirlo. Para construirlo lo que yo necesito es conocer cómo funciona el negocio y cómo es la mejor práctica de industria.*
PREGUNTADO: *De su experiencia en las entrevistas que tuvo en FRICAR, de lo que pudo observar en los documentos que se le entregaron y demás, ¿supo usted si el contrato entre CLOUD y LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ era para el desarrollo de un software a la medida o para la adquisición de un software producto?*
CONTESTÓ: *La propuesta es ambigua; la propuesta, por partes, da a entender que es un desarrollo a la medida, y por otras partes da a entender como si fuera un software genérico que se va a implementar. Si uno empieza a leer se confunde, se confunde e igualmente no hay claridad específica de si lo que querían era un software a la medida, si lo que iban a hacer era un software a la medida o no.*
PREGUNTADO: *¿Eso qué impacto tiene en el desarrollo de un contrato?*
CONTESTÓ: *Para mí es tremendo. ¿Tremendo por qué? Precisamente por eso, porque si yo lo voy a hacer a la medida, en los plazos que está ese contrato, eso no se hace. O sea, mi experiencia me dice eso en siete meses no se hace, asumiendo siete meses como la figura incluso que está contemplada ahí, porque realmente estaban hablando de cuatro meses, más tres meses más. No se hace. Una implementación pudiese ser factible en ese tiempo si el software ya estuviera cien por ciento construido, sería factible en ese tiempo; en otras circunstancias no.*
PREGUNTADO: *¿Revisó usted alguna o algunas de las tablas*

³² Fl. 63-95 Demanda de reconvención.

³³ Fl. 705, 706 Cuaderno No. 2

³⁴ Fl. 831, 867, 868 Cuaderno No. 2

contentivas de información que se cruzaron entre las partes? **CONTESTÓ:** Sí, yo estuve, digamos que fue lo primero que se miró, son unas hojas de Excel que circulaban llamémoslo así entre las compañías, unas hojas de Excel donde hay unos formatos para llenar datos y son formatos que hacen referencia a este nivel de acá abajo, en ellas no se puede apreciar. **PREGUNTADO:** ¿En cuál nivel? Para que nos quede en la grabación. **CONTESTÓ:** A nivel de la data, a nivel de datos propios del negocio, era solicitud de información en archivos de Excel de data para llenar tablas para operar un sistema. **PREGUNTADO:** Hagamos referencia específicamente a esas tablas. ¿Esas tablas eran necesarias para la construcción del ERP? **CONTESTÓ:** Para la construcción del ERP, no; para la operación del ERP en productivo. O sea, eso es, como lo decía ahorita, lo último que se hace, y yo podría entregarle el ERP a una compañía sin datos y decirle: "señor, si usted no tiene la data, ahí está el software; si algún día usted tiene la data, llénelo". Obviamente el alcance de este contrato era tenerlo en operación, tenían que cargar la data. Pero digamos que cuando yo tengo un software genérico, yo lo que tengo es eso: un software sin data, o sea, yo lo puedo construir sin la data"³⁵. (Negrillas fuera del texto original)

Por su parte, la perito MARITZA FLÓREZ MUÑOZ, informó a este Tribunal que:

"PREGUNTADA: Perdón le hago un paréntesis: ¿esos datos son relevantes para elaborar el ERP? **CONTESTÓ:** Esos datos, como está la propuesta que habla del desarrollo específico de un ERP a la medida, esos datos en las primeras instancias no son necesarios. Se pueden ir solicitando, sí, se pueden ir construyendo y depurando en paralelo, sí. Pero no son relevantes para construir a la medida el ERP. ¿Qué es relevante para construir a la medida el ERP? Primero, el levantamiento de las necesidades; primero, un análisis detallado de las reglas del negocio, y después de eso, un inicio de configuración del ERP antes de utilizar estos datos. Entonces esto es como un paralelo, yo puedo aquí ir haciendo el desarrollo del ERP y voy pidiendo estos datos como para que me los vayan depurando, para que me los vayan alistando y tenerlos listos para encajarlos aquí al final. Entonces, relevantes, al final pueden llegar a ser, cuando yo ya estoy listo para salir a producción y tengo eso, y aun así puedo salir a producción sin ellos. Si en algún momento, voy a decir una cosa muy loca pero puede darse en el mundo del desarrollo: si en algún momento yo ya tengo todo esto listo y a pesar de que yo inicié esto en paralelo, esto nunca me lo entregaron, yo puedo decir: "señores organización equis, aquí está su ERP, no tiene datos porque ustedes nunca me depuraron esto pero ahí ya está; puede ponerlo desde cero, a mano, si no quiere que yo le haga inserción por base de datos de datos, de sus datos". **PREGUNTADA:** Yo le pido que me recuerde cuáles son esas otras etapas que deberían ir avanzando, por lo menos en paralelo como lo expresó usted en su respuesta anterior. **CONTESTÓ:** ¿Aquí no hay donde rayar? Sí, es que hace como falta, yo soy como muy visual. (En este estado de la Audiencia la declarante realiza gráficas para ilustrar al Tribunal). Entonces como les venía diciendo en el

³⁵ FI. 705-706 Cuaderno No. 2

desarrollo de software hay varias etapas que siempre deben llevarse. La primera etapa se llama una etapa de ingeniería de requisitos. En esta etapa se levanta mucho lo que son las necesidades, lo que son las funcionalidades que se esperan, e incluso cuáles son aquellas reglas específicas o generales que el negocio tiene. Después hay una etapa que se llama análisis y diseño. Esto que te voy a decir está contemplado en una de las mejores prácticas de industria, que lo pueden relacionar o se llama RUP, Rational Unified Process; es el proceso racional unificado para hacer desarrollo de software. Es como una mejor práctica de industria³⁶.

Además, expresamente conceptuó lo siguiente:

"PREGUNTADA: Sírvase indicarle al Tribunal si un cambio de un formulario de ventas es en sí mismo un cambio sustancial que altere los fuentes, la estructura de un ERP. **CONTESTÓ:** No, un cambio en una estructura y si te refieres un poco como a los Excel que revisamos, no tiene nada que ver con la construcción del ERP. Yo a un ERP si algo pasa le puedo agregar un campo o quitar un campo, eso no es grave. Si el Excel lo que tiene es una estructura de campos y de datos, y yo al final o en la mitad o ya terminando proyecto, defino que me faltó segundo nombre como campo, yo lo puedo poner y eso no es una alteración a la lógica del negocio y a la estructura del ERP³⁷. (Negrillas fuera del texto original)

Y culminó, informando al Tribunal que:

"PREGUNTADA: Yo le voy a pedir que usted concrete qué alcanzaron a evidenciar que hubiera hecho la sociedad CLOUD S.A.S., en relación con la ejecución o desarrollo del contrato celebrado con el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ. **CONTESTÓ:** Listo. Entonces con respecto al primer ítem que está dentro de la propuesta, que es el desarrollo de un software a la medida para la construcción de un ERP, lo que alcanzamos a evidenciar fue simplemente una solicitud de diligenciamiento de datos. Como les expliqué ahorita, yo puedo estar haciendo el desarrollo aquí e ir llenando las tablas por acá para tenerlas listas para la salida a producción. **Lo único que podemos evidenciar fue solicitud por parte de CLOUD de empezar el diligenciamiento de estas tablas, y unos íres y venires en esas tablas de correcciones, de ajustes y demás por parte de CLOUD y de FRICAR. De este lado, que es el desarrollo de software específico, lo que pudimos evidenciar fue un documento con unos bocetos, unos sketch o unos pantallazos** (como te quede más fácil comprenderlo), de algunas interfaces, que era como un documento con muchos pantallazos negros, de algunas interfaces de los módulos correspondientes al ERP. **Sin embargo eso corresponde a pantallazos, sketch o bocetos, o sea, son como ideas en borrador de lo que puede ser o podría llegar a ser el ERP; eso también lo evidenciamos³⁸.** (Negrillas fuera del texto original)

³⁶ Fl. 829-830 Cuaderno No. 2

³⁷ Fl. 859 Cuaderno No. 2

³⁸ Fl. 868 Cuaderno No. 2

Ahora, en el evento de considerarse que la mencionada información sí era indispensable para el desarrollo del software a la medida que se obligó a elaborar CLOUD SF S.A.S., resulta necesario advertir que, el deber concreto radicado en cabeza del demandado, de suministrar los datos requeridos por la convocante principal para el cumplimiento del objeto contractual, se encontraba aparejado con la obligación de la contratista de "*revisar en conjunto (...) la calidad de los datos digitados para garantizar que no se presenten inconvenientes al respecto*"³⁹, compromiso último que tampoco se acreditó cumplido.

Aunque se allegó a la litis amplia prueba documental, como los mensajes de datos cruzados entre contratista y contratante⁴⁰, que dan cuenta de que la

³⁹ Cláusula Segunda, numeral 2.15. del Contrato de compra de software y su implementación, folio 33 del expediente.
 Correo electrónico del 27 de septiembre de 2014, remitido por Francisco Zuluaga a Fricar, con las tareas de la información contable Fl. 139-144 Cuaderno principal
 Correo electrónico del 20 de octubre de 2015, remitido por Olga Lucía Aristizábal (Representante Legal de Cloud Sf S.A.S.) a Gustavo Suarez (empleado del convocado), con la bitácora del avanza del proyecto. El cual fue reenviado el 21 de octubre de 2015, el 22 de junio de 2016 y el 4 de agosto de 2016 entre empleados de Fricar Fl. 145-146 Cuaderno principal
 Correo electrónico del 7 de enero de 2016, remitido por Olga Lucía Aristizábal a Gustavo Suárez. Fl. 164-166 Cuaderno principal
 Correo electrónico del 19 de abril de 2016, de Francisco Zuluaga a Sebastián Velásquez. Fl. 167 Cuaderno principal
 Correo electrónico del 14 de enero de 2014, de Francisco Zuluaga a distribución de Fricar y Sebastián Velásquez. Fl. 118 Cuaderno demanda de reconversión.
 Correo electrónico del 19 de marzo de 2015, de Laura Aristizábal R., a Andrés Felipe Lozano (distribucion@fricar.com.co), respondido por este el 21 de marzo de 2015. Fl. 119 Cuaderno demanda de reconversión.
 Correo electrónico del 2 de enero de 2016 de Alejandra Morales de Fricar a Gustavo Suárez de Fricar, reenviado por éste a Olga Arisitizábal el 2 de enero de 2016 y respondido por ésta el 4 de enero de 2016 Fl. 121-122 Cuaderno demanda de reconversión.
 Correo electrónico del 18 de junio de 2014 de María Elena Marín Ramos de Fricar a Andrés Felipe Lozano Velásquez de Fricar, reenviado por este a Francisco Zuluaga y Olga Aristizábal el 19 de junio de 2014 Fl. 123 Cuaderno demanda de reconversión.
 Correo electrónico del 6 de junio de 2014, entre empleados de Fricar. Fl. 125 Cuaderno demanda de reconversión.
 Correo electrónico del 5 de junio de 2014, de Fricar a Olga Aristizábal. Fl. 127 Cuaderno demanda de reconversión.
 Correo electrónico del 26 de abril de 2016, de Olga Aristizábal a Fricar. Fl. 128 Cuaderno demanda de reconversión.
 Correo electrónico del 28 de enero de 2016, de Olga Aristizábal a Francisco Zuluaga. Fl. 130 Cuaderno demanda de reconversión.
 Correo electrónico del 28 de enero de 2016, de Olga Lucía Aristizábal a Francisco Zuluaga. Fl. 132 Cuaderno demanda de reconversión.
 Correo electrónico del 27 de octubre de 2014 de Francisco Zuluaga a Luis Eduardo Velásquez. Fl. 215-216 Cuaderno demanda de reconversión.
 Correo electrónico del 12 de enero de 2016 de Olga Lucía Aristizábal a Francisco Zuluaga y Gustavo Suárez. Fl. 217-220 Cuaderno demanda de reconversión.
 Correo electrónico del 4 de enero de 2016, de Alejandra Montes a Gustavo Suarez y Olga Aristizábal. Fl. 220-221 Cuaderno demanda de reconversión.
 Correo electrónico del 29 de mayo de 2014, de Mayelit Linares Rincón a Laura Aristizábal y Olga Aristizábal. Fl. 222-223 Cuaderno demanda de reconversión.
 Correo electrónico del 29 de octubre de 2014, de Francisco Zuluaga a Laura Aristizábal. Fl. 249 Cuaderno demanda de reconversión.
 Correo electrónico del 7 de enero de 2016, de Olga Lucía Aristizábal a Gustavo Suárez. Fl. 250-253 Cuaderno demanda de reconversión.
 Correo electrónico del 29 de octubre de 2014, de Francisco Zuluaga a Laura Aristizábal. Fl. 254 Cuaderno demanda de reconversión.

sociedad CLOUD SF S.A.S. efectuó diversas solicitudes, al señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ, de remisión de la información considerada como necesaria para la ejecución del objeto del contrato, y que éstas siempre fueron respondidas por el contratante a través del personal dispuesto para ello, sin que se satisficieran totalmente los requerimientos específicos de la convocante; un análisis detallado de tales elementos de convicción no permite tener como acreditado que el acompañamiento brindado por la demandante hubiese sido suficiente, diligente y eficaz para el feliz término del proyecto encomendado.

Más aún, el Tribunal aprecia que la sociedad convocante se comprometió a desarrollar el software en un tiempo que no resultaba factible, tal como lo evidencia el dictamen pericial incorporado al proceso en el que se indicó al respecto que:

"Con base en la experiencia y conocimiento del mercado de software, se puede asegurar que estos tiempos no son acordes con los tiempos requeridos ni para un desarrollo a la medida ni para la implementación de un sistema de información con las características ni nivel de integración propuestos. Para el caso de un sistema ERP a medida, como es el caso propuesto, el promedio de industria se ubica entre dos (2) y tres (3) años de proyecto para llevar a producción, involucrando equipos de desarrollo numerosos y altamente capacitados. Los casos más cortos de implementación, son para las soluciones ERP verticalizadas, en las cuales no se hacen modificaciones ni adiciones funcionales al software existente, sino que solo se hacen cargas de datos y capacitación en operación. Este tipo de implementaciones tardan en promedio tiempos superiores a seis (6) meses. Requieren de una práctica robusta de gestión de proyecto y transferencia de conocimiento al cliente. Con base en la información suministrada en las entrevistas y documentos, no se encontró evidencia de un cronograma de implementación detallado, más allá del cronograma de alto nivel incluido en el documento de oferta comercial". (Fl. 80 Cuaderno demanda de reconvencción).

Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que la tardanza y las vicisitudes presentadas en la entrega de la información solicitada al señor LUIS EDUARDO

Correo electrónico del 5 de marzo de 2015, de Luis Eduardo Velásquez a Olga Aristizábal. Fl. 255-256 Cuaderno demanda de reconvencción.

Correo electrónico del 15 de abril de 2015, de Laura Aristizábal a Gustavo Suárez Castaño, respondido por éste el 16 de abril de 2015. Fl. 257 Cuaderno demanda de reconvencción.

Correo electrónico del 4 de marzo de 2015, de Olga Aristizábal a empleados de Fricar. Fl. 259 Cuaderno demanda de reconvencción.

Correo electrónico del 21 de abril de 2015, de Gustavo Suárez a empleados de Fricar y de Cloud SF S.A.S. Fl. 260 Cuaderno demanda de reconvencción.

Correo electrónico del 26 de marzo de 2015, entre Laura Aristizábaly Luis Eduardo Velásquez. Fl. 261-262 Cuaderno demanda de reconvencción.

Correo electrónico del 17 de enero de 2014, de Francisco Zuluaga a empleados de Fricar y de Cloud SF S.A.S., reenviado el 20 de enero de 2014. Fl. 263-266 Cuaderno demanda de reconvencción.

Correo electrónico del 12 de marzo de 2015, de Laura Aristizábal a Andrés Felipe Lozano Velásquez. Fl. 268-269 Cuaderno demanda de reconvencción.

Correo electrónico del 27 de septiembre de 2014, de Francisco Zuluaga a empleados de Fricar y Cloud SF S.A.S. Fl. 270-272 Cuaderno demanda de reconvencción.

Correo electrónico del 20 de octubre de 2015, de Olga Lucía Aristizábal a Gustavo Suárez. Fl. 275-276 Cuaderno demanda de reconvencción.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

VELÁSQUEZ GÓMEZ, no es justificativa del atraso significativo de la obra contratada.

Adviértase que los testimonios de los señores LAURA MARCELA ARISTIZÁBAL ROJAS⁴¹, FABIÁN ANDRÉS PEÑA SÁNCHEZ⁴² y GUSTAVO ALONSO SUÁREZ CASTAÑO⁴³ dan cuenta que durante dos años de ejecución del contrato se tuvieron sólo cerca de tres reuniones en las instalaciones de propiedad del convocado, a efectos de recibir capacitación y acompañamiento para el apropiado manejo de la información requerida por CLOUD SF S.A.S., sin que tales acompañamientos fueran suficientes para el adecuado cumplimiento del contrato.

El Tribunal reconoce que en su declaración el señor FRANCISCO DIEGO ZULUAGA PUERTA planteó una posición diferente a la contenida en el dictamen, respecto de la necesidad de la información para efectos del avance en el proyecto; pero encuentra mucho más convincentes el sustento y conclusiones del dictamen pericial rendido y aportado por la parte convocada.

El Tribunal le otorga mayor credibilidad a la prueba pericial, por las siguientes razones: i) por el interés que le asiste al señor ZULUAGA PUERTA en la decisión el caso, en consideración a su condición de accionista mayoritario de CLOUD SF S.A.S.; ii) por cuanto los avances en el desarrollo del software referidos con insistencia por el testigo, no fueron corroborados en el proceso con otro medio probatorio, como hubiera sido posible (v.g. prueba técnica); iii) por la solidez técnica de las conclusiones del dictamen; y iv) porqué es difícil de entender que se habrían presentado en el suministro de la información, y que se le imputan al convocado, no se hubieran solucionado ni siquiera cuando el señor ZULUAGA PUERTA fungió como Gerente de FRICAR (período 2015-2016).

Con base en lo expuesto, el argumento con el cual se pretende justificar el incumplimiento contractual que se le atribuye a CLOUD SF S.A.S., no es suficiente para tal efecto, ni justifica: i) que la sociedad convocante se hubiera comprometido a cumplir con las obligaciones en términos que según la experiencia no son adecuados para el desarrollo de la obligación principal asumida; ii) que no se hubiera elaborado ni entregado el diseño del Portal Web; iii) que no se hubiera destrabado el desarrollo del contrato.

Adicionalmente, en el proceso quedó demostrado que la sociedad CLOUD SF S.A.S. no contaba con experiencia previa en proyectos como el acometido, tal como se desprende del interrogatorio de parte absuelto por su representante⁴⁴, ni contaba con personal técnico suficiente y adecuado para el desarrollo del objeto contractual.

El Tribunal encuentra acreditado que la sociedad CLOUD SF S.A.S. no contaba con el personal idóneo suficiente para ejecutar y llevar hasta su culminación el proyecto que se obligó a diseñar e implementar, pues aunque se acepte por parte de este Tribunal que no era necesario contar con profesionales en ingeniería de sistemas para el desarrollo de una portal web y un ERP, lo cierto es que para la fecha de desarrollo del contrato dicha sociedad no tenía

⁴¹ Fl. 697

⁴² Fl. 753

⁴³ Fl. 802, 803.

⁴⁴ Fl. 611 Fl. Cuaderno No. 2

personal suficiente para el desarrollo del ERP y del portal web⁴⁵, teniendo en cuenta la magnitud del proyecto al que se comprometió.

Se destaca que el diseño, programación, implementación, implantación y puesta en funcionamiento de un software ERP constituye un proyecto de gran envergadura que, en condiciones normales, puede necesitar años de trabajo (como lo planteó de manera contundente el dictamen pericial)⁴⁶ y un equipo de desarrollo completo.

El Tribunal quiere insistir que teniendo la carga probatoria, CLOUD SF S.A.S. no demostró que efectivamente hubiera ejecutado la parte del contrato que le incumbía para la fecha en que fue terminado, limitándose a allegar unos escritos, con imágenes del diseño de algunos módulos del ERP que venía siendo concebido para FRICAR; pero, con base en éstos, no es posible determinar si "*realmente tiene[n] funcionalidad de trabajo*"⁴⁷; es decir, tales imágenes pueden corresponder a un diseño del futuro desarrollo de software y no necesariamente al programa mismo con plena funcionalidad.

Adviértase que era CLOUD SF S.A.S. quien tenía la carga de la prueba del hecho relacionado con la ejecución y entrega de los servicios contratados, sin que hubiera cumplido tal cometido. Si bien en las declaraciones rendidas por FRANCISCO DIEGO ZULUAGA, por RONALD ANDRÉS SÁNCHEZ VANEGAS y por LAURA MARCELA ARISTIZÁBAL ROJAS, en el interrogatorio recibido a la representante legal de la convocante y, en la contestación de la demanda de reconvencción⁴⁸ se adujo la existencia de unos módulos de prueba que mostraban avance en el desarrollo del objeto del contrato, lo cierto es que, en este proceso arbitral, no se probó de manera suficiente ese hecho, ni mucho menos la funcionalidad de los supuestos avances efectuados por la contratista.

Con base en lo expuesto, el Tribunal concluye que para los meses de abril y mayo de 2016 CLOUD SF S.A.S. había incumplido con las obligaciones contractuales que se vienen de analizar, destacando que el proyecto contractual tenía un atraso significativo y su viabilidad era incierta, sin que tales incumplimientos se puedan justificar en la conducta endilgada al convocado.

Lo anterior no es óbice para que igualmente se reconozca que el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ incurrió en fallas en la ejecución del contrato, tal como lo evidencia el propio dictamen pericial aducido por la parte convocada, del cual se destacan los siguientes apartes (FS. 83 y 93):

*"La propuesta realizada a FRICAR le asigna la responsabilidad de digitación y entrega de información, lo cual es entendible y aceptable por ser este el propietario de la misma, **sin embargo, no se evidencian los mecanismos efectivos de depuración y calidad de datos que se seguirán, factor crítico de éxito de todo proyecto de implantación de un sistema de información.** En este*

⁴⁵ Fl. 460 del expediente

⁴⁶ Fl. 80-81 Cuaderno demanda de reconvencción

⁴⁷ PREGUNTADO: ¿Qué es esa información; a qué hace referencia? CONTESTÓ: Digamos que esa información lo que son es pantallazos, pantallazos donde uno no sabe si realmente eso tiene una funcionalidad de trabajo. O sea, simplemente son screenshot de algo que pudo haber sido dibujado o pudo haber sido tomado de un sistema funcionando, o sea, yo no puedo decir de dónde tomaron eso. Para mí eso no son especificaciones; eso es simplemente fotos de algo.

⁴⁸ Contestación al hecho sexto de la demanda de reconvencción. Fl. 110

punto, el acompañamiento ofrecido por CLOUD SF S.A.S. era fundamental para el éxito del proyecto basado en su conocimiento del sistema y sus relaciones de información. De la misma forma, **un Gerente de Proyecto idóneo por parte de FRICAR hubiera identificado oportunamente este riesgo y tomado las medidas de mitigación adecuadas.**

• **No se evidencia que FRICAR tuviera un Líder Funcional y Técnico idóneos y empoderados para asumir la responsabilidad de identificación, extracción y validación de la información a entregar al proveedor.**

Si bien FRICAR pudo haber estructurado en (sic) equipo de proyecto de mejores características técnicas y realizado una mejor gerencia del proyecto, con todo lo que esto implica a nivel de seguimiento detallado, asignación de recursos e identificación y mitigación de riesgos, así como la toma de acciones correctivas tempranas (...). (Negrillas fuera del texto original)

En concordancia con lo anterior, en la sustentación del dictamen presentado por la ingeniera MARITZA FLÓREZ MUÑOZ, refirió que:

"PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, ÁRBITRO: Perdón, doctor Elkin. Para que esos plazos contractuales se pudieran cumplir, ¿era necesaria o no la colaboración en algunos puntos de parte de FRICAR? **CONTESTÓ: Sí, un desarrollo de software siempre va a necesitar de ambas partes.** Como te explicaba aquí, la primera razón y la primera tarea que se debe realizar en un proyecto sea con un software a la medida o sea un software genérico, se llama la ingeniería de requisitos. La ingeniería de requisitos no se puede llevar a cabo por una sola de las partes; la ingeniería de requisitos requiere un gran acompañamiento precisamente de quien está comprando el producto. ¿Qué requiere acá? Requiere expertos de negocio. ¿Qué tipos de expertos de negocios? CLOUD tenía que colocar un experto de negocio y **FRICAR tenía que colocar o la persona de operaciones o la persona administrativa a acompañar la definición de esas reglas de negocio, y por eso fue lo primero que nosotros identificamos o buscamos incluso en la evidencia documental: el documento donde se definieran y se acordaran estas reglas de negocio en conjunto con FRICAR.**

(...) **PREGUNTADA:** ¿Podría usted manifestarle a este Tribunal a qué quiere llegar usted o qué quiere decir usted con que en FRICAR tampoco se manejaba a su interior la gestión de proyectos? **CONTESTÓ:** Cuando se realiza un proyecto las mejores prácticas que están establecidas al respecto definen que tanto el proveedor del desarrollo, que en este caso es CLOUD, como la empresa que va a recibir este aplicativo, que en este caso es FRICAR, ambas empresas deben nombrar: uno, un gerente de proyectos; y en segundo lugar, deben nombrar expertos de negocio; y de ahí para adelante cada uno va a tener otros roles adicionales. ¿Qué sucede? Lo que nosotros no evidenciamos ni por parte de CLOUD y **- también soy clara - ni por parte de FRICAR,** fue un gerente de proyectos responsable y asignado por parte de ellos, y por parte de

*CLOUD tampoco. Sin embargo, en las buenas prácticas es esta empresa, que es la que provee el desarrollo, quien está en la obligación de exigirle a su cliente que nombre un gerente de proyectos para garantizar una correcta administración del mismo. Entonces quien es el llamado por buena práctica y por metodología de desarrollo de software a exigirle a su cliente que tenga esa buena práctica, es CLOUD; CLOUD debe exigirle a FRICAR que tenga una buena práctica de gestión de proyectos para acompañar el éxito del proyecto. **Entonces no la evidenciamos ni en CLOUD, y por ende tampoco lo pudimos evidenciar en FRICAR. Es claro, es así**⁴⁹. (Negrillas fuera del texto original)*

Igualmente el Tribunal reconoce que: i) el convocado se mostró tolerante frente a las dilaciones presentadas en la ejecución del contrato, sin que hubiera formulado reclamos o quejas, o planteado inconformidades serias con los atrasos en la ejecución del contrato; y ii) no fue su voluntad la de invocar el incumplimiento del contrato como causa de la terminación del mismo, como expresamente lo puso de presente al responder la pregunta que se le formuló por el Árbitro sobre si había contemplado la posibilidad de dar por terminado el contrato invocando incumplimientos obligacionales por parte de CLOUD⁵⁰.

Al respecto señaló textualmente que:

"PREGUNTADO: *¿Usted contempló en algún momento la posibilidad de dar por terminado el contrato invocando incumplimientos obligacionales por parte de CLOUD?* **CONTESTÓ:** *No Señor, es que yo hasta el momento estaba era solicitando eso Señor Árbitro, yo no estaba yendo más allá de que si había habido un problema o no lo había. Yo estaba convocando era a una negociación, a la que no tuve posibilidad de hacerlo como dice ella cara a cara, sino que simplemente en esta reunión fue donde yo vi la intención de ellos de salir a hacer una situación, cuando dijeron: "acuérdesse que hay un contrato". Esas fueron las últimas palabras. Como se despidió la señora OLGA de mi oficina fue así: "acuérdesse que hay un contrato", y se fueron. Y después recibí la demanda y yo dije: "Ay Juemadre, ahora verá qué va a pasar aquí entonces", cuando siempre estuve a la expectativa de a ver cómo había que negociar". (Fl. 689 Cuaderno No. 2)*

En síntesis, el Tribunal encuentra que:

- Los plazos de implementación del ERP contratado, a los que se comprometió CLOUD SF S.A.S., no resultaban razonables, teniendo en cuenta la dimensión del proyecto.
- La sociedad contratista no previó la magnitud y dificultad de la obra ofrecida.
- Para el mes de mayo de 2016 -cuando habían transcurrido más de 24 meses de la celebración del contrato- la sociedad convocante no había

⁴⁹ Fl. 837 Cuaderno No. 2

⁵⁰ Fl. 689 Cuaderno No. 2

implementado el ERP ni el portal WEB, ni mostró en el proceso un avance significativo en el diseño de dichas herramientas.

- Las falencias atribuidas al convocado en el suministro de información no son suficientes para justificar el atraso contractual significativo.
- En el desarrollo del contrato se presentaron situaciones imputables a ambas partes que entorpecieron el desarrollo del contrato.

En relación con el segundo punto, que concierne a los motivos aducidos para la terminación del contrato, el Tribunal reitera que la comunicación contenida en el correo electrónico del 17 de mayo de 2016 no es ejemplo de claridad.

Sin embargo, el Tribunal aprecia que si bien el demandado no adujo de manera explícita el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la sociedad contratante, sí planteó como causa de su decisión, la situación suscitada como consecuencia de las dificultades presentadas en la ejecución del contrato, a las que previamente se hizo referencia.

El análisis conjunto de los hechos demostrados en el proceso, le da pleno sentido a las expresiones de la comunicación del 17 de mayo de 2016 en la cual se hizo referencia a *"lo demandante y el tiempo ya dedicado a el sistema"*. Esta es una situación cabalmente demostrada, como lo corroboran las consideraciones que previamente se han hecho en el Laudo.

Es cierto que las expresiones utilizadas por el convocado no son sinónimo de incumplimiento contractual, pero evidencian la preocupación e inconformidad del contratante por el tiempo invertido en la ejecución del contrato y las exigencias que el mismo implicaba.

Para el Tribunal no resulta razonable que un contrato que no fue viable en la forma en que fue concebido, en el que no se dimensionó la magnitud de la obra contratada, que venía siendo ejecutado por una sociedad sin experiencia previa, que no asignó los recursos humanos requeridos, que presentaba una demora significativa y donde no estaba asegurada la obtención del resultado prometido, se siguiera extendiendo infructuosamente en el tiempo, con los riesgos y la carga económica que implicaba para el contratante.

Tal planteamiento, acorde con la finalidad económica del contrato y con el principio de la buena fe que signa la ejecución de este, le permite al Tribunal concluir que la terminación unilateral del contrato fue justificada, sin que el hecho de que dicha situación no fuera prevista en el contrato como causa de terminación impida su alegación.

En criterio del Tribunal, en los contratos de tracto sucesivo, así se pacte un plazo de vigencia, está implícito que la ocurrencia de una causa justificativa habilita a los contratantes para dar por terminado el contrato de manera unilateral, y sin que ello conlleve a una indemnización de perjuicios.

Cuando una parte contractual muestra claramente que no cumplirá, o que le será imposible hacerlo, o cuando se presentan hechos que indican que el cumplimiento futuro no se dará, generando un temor fundado, la otra parte está habilitada para pedir la resolución del contrato si este es de ejecución instantánea o para darlo por terminado si se trata de un contrato de tracto

sucesivo. Así lo impone la razón de ser del contrato, su función económica y el principio de la buena fe que irradia todas las etapas del íter contractual.

Valga traer a colación al profesor Hernán Darío Velásquez en su tratado "*Estudio sobre Obligaciones*", cuando refiriéndose al temor del acreedor sobre el incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor, explica:

"Sea lo que fuere, el temor fundado es aspecto claramente relevante en la interdependencia de las obligaciones. El orden jurídico no exige a nadie comportamientos extraordinarios, con contadas excepciones, en la medida en que para pretender un orden justo es preciso adecuarse a la naturaleza de quienes lo han creado y lo rigen. La naturaleza del ser humano, preciso es recabarlo de nuevo, promueve conductas que se avengan a ella. Y es demostrable por la experiencia misma de la vida que los seres humanos tienen un denominador común en la realización de sus conductas; denominador que es el referente de la valoración. Los comportamientos extraordinarios se califican como tales por salirse de ese molde común. El orden jurídico promueve normas que compaginen con lo que normalmente es la conducta de toda persona, porque no va en ella conducirse de manera anormal. No tener en cuenta esto, da lugar a regulaciones injustas, ya que se castiga por lo que no se es ni se puede ser, ni aun se debe ser.

Hechas las anteriores precisiones, puede concluirse que no se aviene a un orden justo pretender que alguien cumpla con lo suyo cuando de manera suficientemente fundada se observa que su contraparte no va a cumplir con lo que le corresponde."

Si como viene de mostrarse, el artífice no cumplió lealmente con su obligación, mal puede pretender una indemnización de perjuicios en la que él fue concausa fundamental para la frustración del contrato ("***Nemo auditur propriam turpitudinem allegans***"). No se aviene a la ética del contrato que quien fue negligente en su ejecución reclame daños para sí.

Por las razones expuestas se desestimarán las pretensiones de la demanda de principal, pues la causación de la cláusula penal reclamada dependía de que la terminación del contrato celebrado hubiera sido arbitraria (abrupta e impestiva, en términos de la parte convocante), y en este caso el Tribunal encuentra justificada la decisión adoptada, así no se hubiera invocado de manera explícita el incumplimiento del contrato.

6. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE COMPRA DE SOFTWARE Y SU IMPLEMENTACIÓN QUE SE LE ATRIBUYE A CLOUD SF S.A.S.

Conforme quedó expuesto con suficiencia en el acápite precedente, es claro para este Tribunal que se presentó un incumplimiento contractual de parte por la demandante principal, CLOUD SF S.A.S., al no efectuar entrega en la oportunidad contractualmente acordada, del Software ERP y del portal web, contratado por el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ.

Igualmente dicho incumplimiento se presentó al no prestar el acompañamiento suficiente, prometido para la revisión de la información exigida al contratante, y al no contar, no solo con el personal suficiente para desarrollar el objeto de

contrato en comento, sino también con la estructura requerida para cumplir con las expectativas creadas a su contraparte acerca de sus conocimientos especiales y de su capacidad para desarrollar, implementar y poner en funcionamiento el software a la medida, que se obligó a realizar a favor del convocante en reconvencción.

Luego, no hace falta efectuar un nuevo análisis respecto de tal circunstancia, quedando de esta forma evacuado el cuestionamiento que en dicho sentido se efectuó en el acápite precedente.

Sin embargo, el reconocimiento del incumplimiento obligacional atribuible a la sociedad CLOUD SF S.A.S. no amerita per se el acogimiento de la pretensión primera de la demanda de reconvencción, pues el mismo sólo tiene trascendencia en cuanto de tal hecho se pueda derivar una consecuencia útil o provechosa para el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ, teniendo en consideración el objetivo de la demanda de reconvencción.

Es en entonces procedente continuar con el estudio de cada una de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvencción.

7. PRETENSIÓN DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRA DE SOFTWARE Y SU IMPLEMENTACIÓN.

En relación con la pretensión de terminación del contrato de compra de software y su implementación, planteada por el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ en la demanda de reconvencción, el Tribunal estima que la misma es improcedente, toda vez que dicho contrato ya se encuentra terminado, tal como se consideró previamente.

En efecto, la terminación del contrato obedeció a la manifestación unilateral de la sociedad contratante, sin que sea procedente un pronunciamiento judicial reiterando tal situación.

En efecto, conocida la terminación como uno de los mecanismos de cesación de los efectos de un contrato de tracto sucesivo -del cual puede hacer uso cualquiera de los contratantes- una vez ejercida la misma, cesa todo efecto vinculante del contrato, y por ende, no hay necesidad de recurrir al Juez a obtener una ratificación de dicha decisión.

En este caso el papel del Juez debe dirigirse a valorar si la decisión de terminación unilateral se ajustó o no a derecho, en aras de establecer si de la misma se derivan o no consecuencias adversas para quien unilateralmente rompió el vínculo negocial (tarea que el Tribunal ya acometió).

Sobre los efectos de la terminación de los contratos de ejecución sucesiva, ha explicado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, que:

*"Por otra parte, es menester destacar también que, en líneas generales, la jurisprudencia y la doctrina han considerado que la resolución se predica de aquellos contratos cuyos efectos son susceptibles de destruirse retroactivamente, hasta el punto de dejar a las partes en el estado anterior a la celebración del acuerdo disuelto -efectos ex tunc-, y, contrario sensu, la **terminación se encuentra reservada para aquellos contratos con***

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

prestaciones de ejecución periódica, sucesiva o continuada, también llamados contratos de duración, pues precisamente, dada la ejecución de las obligaciones en el tiempo y su aprovechamiento por el acreedor, no resulta posible deshacerlas respecto del pasado sino sólo hacia el porvenir – efectos ex nunc-, o en otras palabras, ellas adquieren plena firmeza con ocasión de su autonomía y consolidación jurídica y económica, que se van dando a lo largo del tiempo.

Ha dicho al respecto la Corte que "[p]or la terminación (o cesación) judicial pierde el contrato su fuerza para el futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, ejecutorios, por oposición a ejecutados, cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la resolución judicial. Por esta el contrato cesa para lo futuro; se extingue retroactivamente desde su nacimiento; (...) se borra; 'se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada (...). La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos. La cesación únicamente produce el primer resultado' (...)" (Cas. Civ., sentencias del 26 de noviembre de 1935, G.J., T. XLIII, pág. 391 y del 26 de abril de 1955, G.J., T. LXXX, pág. 55)⁵¹. (Negrillas fuera del texto original)

Así las cosas, y al resultar inane que este Tribunal declare la existencia de un hecho ya configurado (terminación del contrato), se debe desestimar la pretensión que sobre este aspecto formuló la parte demandante en reconvencción.

8. PRETENSIONES TERCERA A QUINTA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN: RESPONSABILIDAD DE CLOUD SF S.A.S. RESPECTO DE LOS PERJUICIOS MATERIALES CAUSADOS A LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ, POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES SURGIDAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE SOFTWARE Y SU IMPLEMENTACIÓN.

Es bien sabido que, para que pueda configurarse la responsabilidad civil contractual, como la solicitada en la demanda de reconvencción, deben concurrir los siguientes presupuestos: a) un vínculo jurídico válidamente celebrado entre las partes, b) el incumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato, por parte del sujeto que se demanda, c) la producción para el actor de un daño cierto y real; y, d) que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado⁵².

⁵¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez. Sentencia del 26 de agosto de 2011. Ref.: 05001-3103-016-2002-00007-01

⁵² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de marzo de 2001. M. P. Dr. Nicolas Bechara Simancas. Exp. No. 5659

Al respecto tiene dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que: *"toda obligación de restituir, reparar o indemnizar la lesión de un derecho, interés o valor tutelado por el ordenamiento jurídico, rectius, responsabilidad civil, presupone ab initio un daño cierto, actual o futuro al sujeto, en su persona, integridad física o síquica, vida de relación, condiciones de existencia o patrimonio (cas. civ. sentencias de 4 de abril de 1968, CXXIV, 62; 4 de abril de 2001, [S-056-2001], exp. 5502; 9 de septiembre de 2010, exp. 17042-3103-001-2005-00103-01), y salvo en los expresos casos normativos, corresponde al damnificado probar su existencia y extensión (incumbit probatio qui dicit non qui negat; actori incumbit probatio, onus probando; inc. 4º, artículo 29 Constitución Política; arts. 1757 Código Civil y 177 Código de Procedimiento Civil; cas. civ. sentencia de 25 de enero de 2008, [SC-002-2008], exp. 00373). Constatada la ocurrencia del detrimento, es necesario acreditar la relación de causalidad entre la conducta generatriz y el quebranto cuya reparación se pretende, esto es, su imputación causal a un sujeto, o sea, la singularización o determinación de su autor (cas. civ. sentencias de 7 de mayo de 1968, CXXIV; 26 de septiembre de 2002, exp. 6878). Establecido ex ante el daño y el vínculo causal, pertinente determinar ex post el fundamento normativo, criterio o factor de atribución o imputación sustentáculo del deber legal, razón jurídica pristina de la obligación resarcitoria"*⁵³

No obstante lo anterior, y pese a que en el presente asunto se encuentran verificados los dos primeros presupuestos -es decir, la existencia de un contrato válidamente celebrado, y el incumplimiento de algunas obligaciones asumidas por la parte demandada en reconvencción- no resulta procedente, ni ajustado a los principios que rigen los contratos ni a los criterios jurisprudenciales, acceder a los pedimentos que con base en la responsabilidad contractual ha edificado el demandante reconviniente, tal como pasa a explicarse.

En efecto, el Tribunal encuentra especialmente relevante destacar que: i) el comportamiento del señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ durante la ejecución del contrato fue pasivo y sumamente tolerante con la conducta asumida por CLOUD SF S.A.S., pues no efectuó reclamos, quejas o inconformidades serias frente a las demoras y vicisitudes presentadas en el desarrollo del contrato; ii) el contratante no fundó la terminación del contrato en los incumplimientos imputables a la sociedad demandante, e inclusive reconoció en el trámite del proceso que su voluntad no era la de terminar el contrato invocando un incumplimiento contractual; y iii) el contratante incurrió en fallas en el deber de colaboración con la sociedad contratista, que si bien no fueron la causa exclusiva de las demoras y del estancamiento presentado en la ejecución del contrato, sí tuvieron incidencia en el mismo.

La actitud exteriorizada por el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ durante el desarrollo contractual generó una expectativa legítima en CLOUD SF S.A.S. acerca de la intención del mismo de continuar con la ejecución del contrato; y su propósito (sólo materializado al presentar la demanda de reconvencción), de valerse de un hecho pasado que él mismo prohió, para obtener una indemnización de perjuicios, va en contravía del principio de la buena fe contractual.

⁵³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2011. M.P. Dr. William Namén Vargas. Radicado: 52835-3103-001-2000-00005-01

En efecto, adviértase cómo durante todo el *íter contractual* el demandante en reconvencción manifestó, sostuvo y reiteró su intención de continuar la ejecución del contrato, incluso luego de haberse presentado algunos incumplimientos provenientes de CLOUD SF S.A.S., por lo cual, ahora no le está permitido cimentar una pretensión indemnizatoria sobre un incumplimiento contractual que no solo toleró, sino que ayudó a propagar y consolidar.

La situación planteada resulta relevante, debido a que, en materia general, el artículo 1603 del Código Civil establece, que los contratos deberán *"ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella"*; disposición que tiene plena concordancia con lo consagrado en el artículo 871 del Código de Comercio, en cuanto dispone que *"los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural"*.

Así pues, deviene de las disposiciones citadas que, la buena fe, como principio general del derecho, debe estar presente en todo el desarrollo de la relación contractual, desde las negociaciones que preceden la misma, pasando por su celebración, continuando en la etapa de ejecución y extendiéndose inclusive a la fase post contractual.

Ello determina que la valoración que efectúe el Juez del comportamiento de las partes deba tener como referente el postulado de la buena fe, el cual exige - aún en sede de responsabilidad civil- que se analicen las posiciones o decisiones adoptadas por cada uno de los contratantes en todas y cada una de las etapas del negocio.

Es que el comportamiento de buena fe implica un deber de fidelidad y respeto a la palabra dada, de no defraudar la confianza otorgada por los contratantes, y de coherencia con las conductas asumidas. El principio de la buena fe impone al sujeto contractual asumir un comportamiento disciplinado por una actitud honesta y leal, tanto en el ejercicio de sus derechos, como en el cumplimiento de sus obligaciones.

Desarrollada con base en dicho principio de la buena fe, fue estructurada la teoría de los actos propios, también conocida como *"venire contra factum proprium non valet"* o nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente, para evitar la trasgresión de la confianza legítima generada con ese comportamiento previo.

Esto es, según lo explica Enneccerus, citado por la H. Magistrada del Tribunal Superior de Bogotá, Adriana Largo Taborda, que: *"[A] nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta cuando esa conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbre o la ley"*⁵⁴.

⁵⁴ Largo Taborda, Adriana, *Tensión entre la autonomía y la buena fe en la contratación privada contemporánea*, Universidad de Antioquia, p. 66

La doctrina referida "es un principio general de derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente", según lo explica el tratadista chileno Fernando Fueyo Laneri.

Así mismo, en un ensayo titulado "La Doctrina de los Actos Propios", **MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE**, siguiendo al doctrinante español **LUIS DIEZ PICASSO**, sostiene: "que el hecho que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener una victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falto de lealtad, y que, en un caso semejante, la pretensión así definida no debe prosperar, ni ser acogida, sino que la falta de lealtad con que ha sido formulada debe ser sancionada con la desestimación".⁵⁵

Sobre este principio, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

[E]l principio (de la buena fe) incorpora la doctrina que proscribe el *venire contra factum proprium*, según la cual a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos. La buena fe implica la obligación de mantener en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento, la credibilidad de las partes y el efecto vinculante de los actos.⁵⁶ Así, **"El mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico."**⁵⁷ (Negrillas fuera del texto original)

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha indicado al respecto, que:

⁵⁵ Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos, Tomo 1, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 354 y 355.

⁵⁶ Ver Sentencia T-141/04 (M.P.: Alfredo Beltrán Sierra) Cita ésta a su vez la Sentencia T-475/92 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz)

⁵⁷ Sentencia C - 131 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas.

"Con fundamento en el marco antes descrito, se ha desarrollado una regla jurídica de singular importancia en la actualidad para efectos de evaluar el comportamiento humano con trascendencia jurídica, que se conoce en el derecho contemporáneo como la "doctrina de los actos propios" -venire contra factum proprium non valet manifestaban los juristas del medioevo-, conforme a la cual, en líneas generales, **en virtud de la buena fe objetiva existe el deber de comportarse en forma coherente, de tal manera que una persona no puede contradecir injustificadamente sus conductas anteriores relevantes y eficaces, particularmente cuando con ellas se haya generado una confianza razonable en los otros en el sentido de que dicho comportamiento se mantendrá** -expectativa legítima-, deber cuyo incumplimiento o desatención puede dar origen a consecuencias de diversa naturaleza, tales como la inadmisibilidad o rechazo de la pretensión o excepción que tenga como fundamento el comportamiento contradictorio, o, en su caso, la reparación de los daños causados por la infracción del deber jurídico en esos términos asumido y por la vulneración de los intereses legítimos de aquel cuya confianza se vio defraudada" (Negrillas fuera del texto original)

Y, en sentencia posterior, expresó al respecto la misma Corporación:

"Ahora, referir a la doctrina de los actos propios, es reclamar la exigencia de un comportamiento coherente; de ahí que, la concreción de una u otra conducta, según su extensión y efectos, vista en retrospectiva, permite precisar si lo cumplido estaba en la misma línea de lo que, otrora, se ejecutó. Realizado este ejercicio, si lo acaecido no correspondió a lo que en el pasado inmediato tuvo lugar; si no hay puentes comunicantes entre una y otra conducta que le mantengan en su esencia, significa que el acto propio no fue respetado y, contrariamente, el proceder desplegado contradijo su inmediato antecedente, esto es, vulneró el principio analizado.

(...) Las reseñas verificadas, con todo y las variables incorporadas en cada región o normatividad, respecto de las cuales no entra la Corte a establecer categorizaciones o ligeras generalizaciones, ponen de presente la teoría de los actos propios o "venire contra factum proprium non valet", que en definitiva conclusión, puede anunciarse que es la coherencia exigida en el comportamiento de las personas, de tal forma que lo realizado en el pasado, que ha servido, a su vez, como determinante o referente del proceder de otras o que ha alimentado, objetivamente, ciertas expectativas, no pueden ser contrariadas de manera sorpresiva, caprichosa o arbitraria, si con ello trasciende la esfera personal y genera perjuicio a los demás.

(...) Empero, cumple resaltar que el objetivo último, no es, en verdad, salvar la contradicción del acto o impedir la incoherencia de un determinado comportamiento; el fin, esencial, por lo demás, es evitar que con ese cambio de actitud, con esa rectificación se genere un perjuicio a quien despertó alguna expectativa válida por la

conducta desplegada anteriormente, es, en otras palabras, dejar incólume la confianza fundada en ese antecedente⁵⁸.

Bajo los derroteros planteados es suficientemente claro que, en virtud del principio de la buena fe objetiva, las partes deben obrar coherentemente durante todo el *iter* negocial, a efectos de no defraudar expectativas legítimas creadas con anterioridad; o lo que es lo mismo, en virtud del referido principio, ninguna de las partes puede válidamente obrar de modo contrario a la forma en que lo hizo previamente, si con ello vulnera la confianza legítima que en las personas con las que se relaciona jurídicamente, ha generado con ese comportamiento inicial.

De manera atinada la Corte Constitucional, en sentencia T-122 de 2015, expuso que para aplicar la teoría de los actos propios, deben observarse los siguientes criterios:

(i) Una conducta anterior, relevante y eficaz. Conducta que indica un acto o una serie de actos que exponen una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales, la cual debe ser jurídicamente relevante, y por ende debe ser ejecutada dentro una relación jurídica. Es decir, el acto debe suscitar la confianza de un tercero o revelar una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica. En este sentido, la conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz, por cuanto el comportamiento que se pone de relieve afecta una esfera de intereses. Pero además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando. Así pues, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella;

(ii) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa debido a la contradicción existente entre ambas conductas, lo cual atenta contra el principio de buena fe; y,

(ii) La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas⁵⁹.

Todas las reflexiones anteriores para sostener que, según las particularidades del caso concreto, dados los supuestos de hecho probados en este asunto, el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ incurrió en actos incoherentes y contradictorios en la fase de ejecución del contrato (pasividad, tolerancia, ausencia de reclamaciones u objeciones serias), al terminar el contrato (no adujo, ni era su voluntad aducir el incumplimiento del contrato como causa para ponerle término anticipado al mismo) y al promover la demanda de reconvención (reclamar perjuicios por los incumplimientos contractuales de los que nunca se dolió y en los que no se amparó para finiquitar la relación negocial).

Se insiste que hasta el mes de abril de 2016 el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ no evidenció una verdadera inconformidad con el desarrollo del contrato, ni reclamó por los problemas que se venían presentando en su ejecución, ni consideró la posibilidad de terminar el vínculo

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de enero de 2011. M.P. DR. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 11001 3103 025 2001 00457 01

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-122 de 2015. M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez

contractual aduciendo un incumplimiento, tal como lo admitió en el interrogatorio de parte que absolvió en el proceso, modificando su conducta solamente cuando fue notificado de la demanda arbitral formulada en su contra.

Se puede afirmar que la pasividad y tolerancia del demandante en reconvencción generó confianza en la sociedad contratista sobre la continuidad del desarrollo contractual.

De lo anterior da cuenta la prueba documental aportada al proceso, la cual es coherente y convergente acerca de la actitud del demandante en reconvencción que, nunca mostró inconformidad con los retardos en la ejecución por parte de CLOUD SF S.A.S., y exteriorizó un comportamiento tendiente a preservar el vínculo que lo ataba con ésta.

Así las cosas, es claro que el demandante en reconvencción obró contradictoriamente, de un lado, al tolerar el incumplimiento contractual imputable a la sociedad CLOUD SF S.A.S. y al no aducir el incumplimiento obligacional como causa de terminación del contrato; y de otro lado, al pretender en el proceso, como medida retaliatoria frente a la demanda, una indemnización por las fallas presentadas en la ejecución del contrato.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, *"Una participación tan determinante de la promotora en la ocurrencia de los hechos constitutivos de reclamo, encaja dentro de los parámetros de exclusión de responsabilidad frente al comportamiento asumido por quien alega el daño, ya que de haber obrado rectamente otro sería el resultado, sin las consecuencias adversas de ofertar unos programas académicos cuando no se agotaron las etapas previas a su inicio"*⁶⁰.

Igualmente es pertinente reiterar que el propio demandante en reconvencción tuvo fallas organizacionales que incidieron negativamente en el cumplimiento del objeto del contrato, tal como lo puso de presente la prueba pericial aportada por la propia parte reconviniente, a la que ya se ha hecho suficiente referencia.

Por ello, el Tribunal considera que no hay lugar a reconocer la indemnización de perjuicios reclamada por el señor VELÁSQUEZ GÓMEZ.

Podría pensarse que el Tribunal incurre en contradicción al negar las pretensiones de la demanda y considerar que la terminación del contrato fue justificada, y simultáneamente al desestimar la pretensión indemnizatoria esgrimida por la parte demandante en reconvencción. Sin embargo, se estima que ello no es así, dado que la causa justificativa de terminación del contrato invocada por el señor VELÁSQUEZ GÓMEZ y convalidada por el Tribunal, no fue el incumplimiento contractual por parte de CLOUD SF S.A.S., sino la pertinencia de ponerle freno a un proceso comercial que había desbordado el marco de lo razonable y de lo previsto por las partes, en el cual se habían invertido tiempo y recursos significativos, y respecto del cual no existía evidencia de que se pudiera corregir en su rumbo; luego, la consideración sobre la justificación de la terminación del

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 agosto de 2012. M.P. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez. Ref: Exp. 1100131030092003-00526-01

contrato -que no obedeció a la aducción de un supuesto de incumplimiento contractual, que sólo fue invocado en este proceso- no aparejaba el reconocimiento de una indemnización.

Finalmente, y aunque el razonamiento precedente exime de analizar la causación de los perjuicios invocados por el señor VELÁSQUEZ GÓMEZ, el Tribunal advierte que los mismos no fueron demostrados; situación que conllevaría de igual manera a la denegación de la pretensión de responsabilidad contractual esgrimida, al faltar uno de los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad civil.

En la demanda de reconvenición se afirmó que el señor VELÁSQUEZ GÓMEZ sufrió los siguientes perjuicios patrimoniales:

- La suma de CIENTO NOVENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$ 196.500.000,00) por concepto de los pagos realizados a CLOUD SF S.A.S. en el marco del contrato celebrado.
- La suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS PESOS (\$ 288.483.200,00) por concepto de los salarios y prestaciones sociales pagados al señor FRANCISCO DIEGO ZULUAGA PUERTA.
- La suma de CIENTO SETENTA Y UN MILLONES CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$ 171.199.457,00) por concepto de lucro cesante.

Los perjuicios referidos no los encuentra acreditados el Tribunal, por las siguientes razones:

- Tratándose de un contrato de tracto sucesivo, frente al cual opera la terminación (que produce efectos hacia el futuro) y no la resolución (que genera efectos retroactivos), no procede como efecto del reconocimiento del incumplimiento del contrato la restitución de los valores pagados hasta el momento en que el contrato fue terminado. Dichas sumas fueron pagadas acorde con lo dispuesto en el contrato, en el cual la remuneración para el contratista estuvo concebida en función del tiempo de vigencia del contrato, y sin que se pueda sostener que la sociedad convocante no hubiera tenido derecho -según los términos del contrato- al valor causado hasta el mes de mayo de 2016.

Si se acogiera la posición de la parte reconviniente, ello implicaría admitir que nada se causó a favor de la sociedad contratista, lo cual no resulta coherente con la dinámica de un contrato de tracto sucesivo que se extendió por más de dos años y en el que se dividió el valor del contrato en proporción al número de meses previstos para su ejecución.

En un contrato de ejecución sucesiva no se puede desconocer que las prestaciones periódicas causadas hasta su terminación tienen causa jurídica, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la resolución de un contrato de ejecución instantánea.

- No existe relación de causalidad alguna entre el incumplimiento del contrato, y los salarios y prestaciones sociales que se le pagaron al señor FRANCISCO DIEGO ZULUAGA PUERTA (socio mayoritario de CLOUD SF

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

S.A.S.), cuando fue contratado como Gerente de FRICAR. La contratación del señor ZULUAGA PUERTA obedeció a un acto coetáneo con la ejecución del contrato; y los salarios y prestaciones sociales que le fueron pagados tuvieron como causa el contrato de trabajo celebrado y ejecutado, destacando que el propio convocado reconoció en correo electrónico del 3 de abril de 2016 la capacidad de análisis y el conocimiento del señor ZULUAGA, así como las falencias propias (Fl. 218 del cuaderno principal). No es posible sostener que la contratación del socio de la empresa contratista tenga como causa el incumplimiento del contrato celebrado con la sociedad convocante, advirtiendo además que las funciones de aquél, cuando fungió como gerente de FRICAR, no estuvieron circunscritas a la ejecución del contrato sobre el que versa el litigio.

- El lucro cesante reclamado fue ligado a los dos conceptos ya analizados. Como aquéllos rubros no son susceptibles de ser indemnizados, consecuentemente no habría lugar a reconocer el lucro reclamado sobre tales valores. Al margen de lo anterior, y sobre este punto, destaca el Tribunal el yerro ostensible en que se incurrió en el dictamen rendido por el Dr. JORGE CASTRILLÓN NARANJO (Fs. 47 a 60 del cuaderno de la demanda de reconvención) al calcular los intereses moratorios (reclamados vía lucro cesante) con base en una tasa de interés que ampliamente supera el máximo legal permitido (1.5 veces el interés corriente bancario).

Lo expuesto demuestra, que el perjuicio alegado por la parte reconviniente no fue demostrado, por lo cual, también desde esta óptica, habría lugar a desestimar la pretensión indemnizatoria aducida.

Así las cosas, se negarán las pretensiones segunda a quinta de la demanda, reiterando que se estima inane efectuar un pronunciamiento respecto de la pretensión primera, ya que del mismo no se derivaría ninguna consecuencia útil.

9. LA PRETENSIÓN SÉPTIMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Esta pretensión se formuló con el objeto de que se condenara a **CLOUD SF S.A.S.** a devolver al señor **VELÁSQUEZ GÓMEZ** toda la información que le fue entregada para la ejecución del contrato.

El éxito de esta pretensión está supeditado a la demostración de que la sociedad contratante conserva información de FRICAR que debía restituir a la finalización del contrato.

En el proceso no se demostraron los supuestos antes señalados, ni se acometió esfuerzo para acreditar los mismos, teniendo en cuenta que la controversia se centró en los puntos previamente analizados.

Teniendo en cuenta lo anterior, se impone desestimar la pretensión séptima de la demanda de reconvención.

10. PRONUNCIAMIENTO EN CUANTO A LAS EXCEPCIONES DE FONDO O DE MÉRITO PROPUESTAS.

El juez únicamente debe pronunciarse respecto de las excepciones de fondo o de mérito, cuando la pretensión está llamada a prosperar, puesto que es solo ahí donde la excepción adquiere su función: demostrar un hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho reconocido, el cual logre enervar la pretensión procesal. Al respecto ha expresado la Corte Suprema de Justicia:

"La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.

A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.

Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.

De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido 'y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen."⁶¹

Como quiera que ni las pretensiones de la demanda principal, ni las de la de reconvencción prosperaron, por las circunstancias expresadas previamente, no hay lugar al estudio de la excepciones de mérito formuladas por las partes (Cfr. arts. 278 y ss del CGP).

11. JURAMENTO ESTIMATORIO (Y SU OBJECCIÓN).

El artículo 206 del C.G.P. establece que:

"Artículo 206. Juramento estimatorio. *Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación*

⁶¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Sentencia de Junio 11, 2001 – Expediente 6343.

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

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

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

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

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

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

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

Con fundamento en las reglas contenidas en el inciso 4º y en el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, previamente transcrito, el Tribunal no condenará a la sanción prevista en dichas normas, toda vez que no se está emitiendo una decisión de condena, ni las pretensiones de la demanda principal ni de la de reconvención fueron negadas por falta de demostración del perjuicio (en el caso de la demanda de reconvención se analizó este aspecto, pero como eventual, sin que se hubiera erigido en el motivo principal de desestimación de las pretensiones).

12. COSTAS.

Por el sentido del laudo y al no prosperar las pretensiones de ninguna de las demandas, el Tribunal considera que lo razonable y equitativo es no condenar en costas a ninguna de las partes (cfr. arts. 365 y 366 del CGP).

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

13. MEDIDAS CAUTELARES.

Considerando de igual manera que no prosperaron las pretensiones de la demanda principal, el Tribunal dispondrá la cancelación de la medida cautelar de inscripción de la demanda decretada dentro del presente proceso arbitral. Por medio de la Secretaría se elaborará y entregará el oficio correspondiente a la parte interesada.

IV. DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias entre CLOUD SF S.A.S. (Parte convocante – Demandada en reconvencción) en contra de LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ (Parte convocada – Demandante en reconvencción), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

A. Sobre las pretensiones y excepciones de fondo:

PRIMERO. Desestimar las pretensiones de la demanda principal promovida por CLOUD SF S.A.S. en contra del señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ, sin que haya lugar a emitir pronunciamiento en relación con las excepciones invocadas por la parte demandada.

SEGUNDO. Desestimar las pretensiones de la demanda de reconvencción formulada por el señor LUIS EDUARDO VELÁSQUEZ GÓMEZ en contra de la sociedad CLOUD SF S.A.S., sin que haya lugar a emitir pronunciamiento en relación con las excepciones invocadas por la parte demandada en reconvencción.

TERCERA. Abstenerse de condenar a la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso.

B. Sobre las Costas

Abstenerse de condenar en costas a las partes.

C. Sobre las Medidas Cautelares:

Disponer la cancelación de la medida cautelar de inscripción de la demanda decretada dentro del presente proceso arbitral, sobre el siguiente bien inmueble: Predio urbano ubicado en la calle 64 No. 56 A – 47 Lote No. 11 Medellín, identificado con matrícula inmobiliaria No. 01N-5038454 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín, Zona Norte. Por medio de la Secretaría líbrese el oficio correspondiente con destino a la parte interesada.

D. Sobre aspectos administrativos:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

PRIMERO. Decretar la causación y pago al Árbitro Único y al Secretario del 50% restante de sus respectivos honorarios, los cuales deberán ser cancelados a la ejecutoria del Laudo o de la providencia que decida su aclaración, corrección o complementación (Cfr. Art. 28 de la Ley 1563 de 2012).

SEGUNDO. Disponer el pago de la Contribución Especial Arbitral de que tratan los artículos 16 a 23 de la Ley 1743 de 2014, modificada por el artículo 362 de la Ley 1819 de 20016, reglamentada por los artículos 10 y 11 del Decreto 272 de 2015, equivalente al dos por ciento (2%) del valor total de los honorarios pagados al árbitro único y al secretario, el cual deberá consignarse en la Cuenta del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del Laudo o de la providencia que decida sobre su aclaración, corrección o complementación.

Remítase copia del pago de la Contribución Especial Arbitral, tanto del Árbitro único, como del Secretario, al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para los efectos de información del pago que trata la Ley 1743 de 2014.

TERCERO. Ordenar la liquidación final de las cuentas del proceso.

CUARTO. Ordenar el archivo del expediente arbitral en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (Cfr. Art. 47, *Ibidem*).

QUINTO. Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de Ley y con destino a cada una de las Partes.

Notifíquese y Cúmplase,

El árbitro único,


JUAN CARLOS GAVIRIA GÓMEZ

El secretario,


LUIS GUILLERMO RODRÍGUEZ D' ALLEMAN

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho