

**CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE
LA CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN**

LAUDO ARBITRAL

CONIX S.A.

Vs.

STARSOFTWARE SAS y otro

MEDELLÍN, 5 DE SEPTIEMBRE DE 2016

TRIBUNAL ARBITRAL

CONIX S.A.

Contra

STARSOFTWARE S.A.S.

LAUDO ARBITRAL

Medellín, 5 de septiembre de 2016

En virtud del presente laudo, que se profiere en derecho, el Tribunal procede a dirimir las diferencias existentes entre las sociedades **CONIX S.A.** -demandante- de un lado (en adelante "CONIX"), y **STARSOFTWARE S.A.S.** -demandada- del otro lado (en lo sucesivo STARSOFTWARE), las cuales fueron sometidas a arbitraje, por acto habilitante de las partes contenido en la cláusula compromisoria estipulada en el documento del denominado "*Contrato de Licenciamiento e Implantación de Software*", distinguido con el N° 2012-006, celebrado el 1° de febrero de 2012 entre la CORPORACIÓN COUNTRY CLUB EJECUTIVOS (el "COUNTRY") y STARSOFTWARE LTDA., que es la misma demandada puesto que, con posterioridad a la presentación de la demanda, fue transformada a sociedad simplificada por acciones (S.A.S.)¹; contrato que la mencionada Corporación -el COUNTRY- le cedió a CONIX.

ADVERTENCIA LIMINAR

Las sociedades STARSOFTWARE y SEGUROS DEL ESTADO S.A. fueron demandadas por CONIX bajo la figura procesal del litisconsorcio voluntario.

Avanzado el proceso arbitral, entre CONIX y SEGUROS DEL ESTADO se celebró contrato de transacción en el cual se justificó la demandante para desistir de las pretensiones que tenía encausadas contra la aseguradora demandada; acto de desistimiento que CONIX formalizó ante el Tribunal en la audiencia realizada el 9 de junio de 2016, el que en la misma fecha y oportunidad fue aceptado por el Tribunal.

¹ Transformación y cambio de denominación social solemnizadas por medio de la escritura pública N° 5.667 del 9 de octubre de 2015, otorgada en la Notaría 73 de Bogotá D.C., inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá el 29 de octubre siguiente.

Por causa de la desvinculación procesal de SEGUROS DEL ESTADO S.A. como litisconsorte facultativa -por pasiva- de STARS SOFTWARE, en este laudo se omitirá la intervención de la compañía de seguros, salvo en lo que el Tribunal estime necesario y de rigor tomar en consideración.

I. ANTECEDENTES
CAPÍTULO I
EL LITIGIO
A. DEMANDA PRINCIPAL

Mediante escrito presentado ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, el 24 de julio de 2015, CONIX, por conducto de apoderado judicial, instauró demanda en contra de STARS SOFTWARE y de SEGUROS DEL ESTADO, en la que delimitó el ámbito objetivo del conflicto jurídico patrimonial habido entre las partes, conforme a los hechos que serán sintetizados en la sección considerativa del laudo².

1. LAS PRETENSIONES

Con apoyo en los hechos informados en el escrito de demanda, el señor apoderado procesal de CONIX dedujo las pretensiones dirigidas en contra de STARS SOFTWARE, en los siguientes términos textuales³:

PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES EN CONTRA DE STAR SOFTWARE

PRIMERA: PRETENSIÓN PRINCIPAL. *Que se DECLARE que STAR SOFTWARE incumplió el contrato de licenciamiento e implantación de Software #2012-006 celebrado con la Corporación country club y cedido posteriormente a CONIX S.A por las razones expuestas en esta demanda.*

SEGUNDA: PRETENSIÓN CONSECUCIONAL A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL. *Consecuencialmente a la declaración anterior, le solicito se declare que STAR SOFTWARE es civil y contractualmente responsable de los perjuicios que del incumplimiento del contrato se derivaron por CONIX S.A. y se le condene a pagarle a ésta los perjuicios materiales causados, los cuales se estiman en las siguientes sumas de dinero:*

A. Por daño emergente: la suma de \$188.325.000, que se discriminan en la pérdida del activo dado en renting por valor de \$168.325.000 y por la suma de \$20.000.000 pagados al Country Club Ejecutivos como efectos de la terminación del

² Cfr. infra, "Exordio" y "Posición del demandante" Nos. 1 a 12.

³ No se copian las pretensiones enderezadas contra Seguros del Estado, por lo dicho en la "ADVERTENCIA LIMINAR", in fine.

contrato de renting soportado sobre las obligaciones de la demandada.

B. Por Lucro Cesante futuro del daño emergente descrito en el numeral anterior: Se solicita el pago de los intereses por mora que la suma anterior cause desde el momento de presentación de la demanda y hasta la fecha del pago efectivo

TERCERA: PRETENSIÓN CONSECUCIONAL A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL. Que como consecucional de la primera pretensión principal y de forma adicional a la segunda pretensión consecucional, le solicito que se **CONDENE** a la demandada a pagar a mi poderdante a título de lucro cesante, la suma de \$156.115.585, equivalentes al valor de los cánones faltantes en el contrato de renting en el cual estaba invertido el bien ofrecido por la demandada, suma que a su vez había sido pactada como cláusula penal en el evento de terminarse el contrato anticipadamente por causas ajenas al incumplimiento de CONIX. Esta suma se calculó como resultado de multiplicar las suma de \$3.630.595 que corresponde al dinero asignado como canon mensual del contrato de Renting antes del IVA, por 46, número correspondiente a los cánones por facturar.

CUARTA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA. En el evento de no prosperar la pretensión anterior le solicito que se condene a la demandada a pagar a mi poderdante por lucro cesante las siguientes sumas:

A. Por lucro cesante pasado la suma \$78.397.933 que debió producir el dinero invertido en el contrato liquidados desde la fecha del incumplimiento, esto es el 1 de octubre de 2013, y hasta la fecha de la presentación de la demanda, a título de lucro cesante pasado.

B. Por lucro cesante futuro además de los intereses que se piden en el literal B de la segunda pretensión consecucional, que se calcularían desde la fecha de presentación de la demanda, se solicita la suma de \$57.602.700 por concepto de los perjuicios los derivados de la no ejecución de un contrato de Renting por un valor de \$551.750.000, los cuales se calculan en teniendo en cuenta que la utilidad operacional de CONIX en sus negocios es de 10.44% aproximadamente.

2. EL JURAMENTO ESTIMATORIO

Para los efectos del artículo 206 del Código General del Proceso, CONIX prestó juramento estimatorio de los perjuicios reclamados en las pretensiones, así:

"Presento bajo la gravedad del juramento que los perjuicios que se pretenden en esta demanda, se estiman a la fecha de

presentación de la misma en la suma de \$344.440.585, que corresponde a:

- la suma de \$168.325.000 por el dinero invertido por CONIX en el anticipo de la adquisición de un activo (software) **que no fue restituido por ser inexistente por culpa de la demandada** y que de todas formas a la terminación del contrato sería de propiedad de CONIX S.A.; por tanto esta suma constituye un daño emergente.

- la suma de \$156.115.585 por concepto de clausula penal o pago de los cánones faltantes para la terminación del contrato de renting suscrito por mí representada con el COUNTRY CLUB EJECUTIVOS; contrato que de no haberse incumplido por causas imputables a STAR SOFTWARE esa entidad (Country) debería haber pagado a CONIX a título de pena por la terminación anticipada del contrato o por cánones según el caso; suma que da como resultado de multiplicar la suma de \$3.630.595 que corresponde al dinero asignado como canon mensual del contrato de Renting antes del IVA, por 46, número correspondiente a los cánones por facturar.

- la suma de \$20.000.000 correspondientes al dinero pagado al country por concepto del incumplimiento del contrato, incumplimiento que es únicamente imputable a STARSOFTWARE.

3. LA POSICIÓN DEFENSIVA DE LA PARTE CONVOCADA

La sociedad STARSOFTWARE no alegó hechos o circunstancias constitutivas de excepciones de mérito, pero sí se opuso al acogimiento de las pretensiones impetradas por CÓNIX. Dijo, literalmente:

"Desconocemos cada uno de las presiones manifiestas por el accionante porque sus razones no son valederas para pretender derecho, de daño emergente y lucro cesante desde la primera, segunda, tercera y cuarta pretensión. No existe incumplimiento en base a las manifestaciones y pruebas claras que hare valer ya que Sandro manifiesta cumplir órdenes de la gerente del COUNTRY CLUB la Sr (sic) ADRIANA ESCOBAR no se podrá hacer la capacitación impedimento que genero la ruptura ya que no se pudo ejecutar los entregables, y como se instaló hasta el 75% de la ejecución lo que indica que lo que pago de la inicial por valor de \$168.325.00 se encuentra superado y es la citada demandante la que adeuda el restante que estableceremos en nuestras pretensiones".

STARSOFTWARE tampoco objetó el juramento estimatorio de los perjuicios.

En razón del desistimiento de Cónix frente a lo que en la demanda pretendía contra SEGUROS DEL ESTADO, es innecesario hacer referencia a las excepciones formuladas por la compañía aseguradora.

B. DEMANDA DE RECONVENCIÓN

El señor apoderado de STARS SOFTWARE contrademandó a CÓNIX, de conformidad con el escrito presentado el 11 de diciembre de 2015.

Habiendo sido inadmitida la demanda de reconvencción, luego de ser subsanada –escrito del 10 de febrero de 2016–, se admitió por medio del Auto N° 04, dictado el día 11 de febrero de 2016.

1. HECHOS

Los supuestos fácticos esgrimidos por STARS SOFTWARE, constitutivos de la *causa petendi* de la demanda de reconvencción, se resumirán en la parte motiva de este laudo⁴.

2. LAS PRETENSIONES EN RECONVENCIÓN y EL JURAMENTO ESTIMATORIO

En la subsanación de la demanda STARS SOFTWARE, como reconviniante, pidió:

(...)

SE SUBSANA PUNTO PRIMERO QUE SE DECLARE: La existencia de los contratos 2012-006 entre COUNTRY CLUB DE EJECUTIVOS y STARS SOFTWARE , los otro si 001, 002, 003 y la de Cesión de orden de compra con CONIX S.A. y STARS SOFTWARE. Ya que estas son las bases de la relación contractual con CONIX S.A quien a la postre incumple, es por esto la importancia de la declaratoria de los contratos, para efecto de demostrar las fallas de incumplimiento del contrato de cesión que genera nulidad, la cual puede ser declarada en la sentencia.

(...)

SE SUBSANA PUNTO SEGUNDO: la terminación es ilegal porque el COUNTRY CLUB no tiene legitimidad legal en la causa ya que perdió la calidad de cliente y contratante en los contratos del 2012-006 al momento de la Cesión y creación del Otro si 1, 2, 3 porque estos son los que facultaban a CONIX S.A como contratante hasta que se determine en este juicio la nulidad de la cesión

(...)

⁴ Cfr. Infra, "Capítulo V", "Demanda de Reconvencción".

SE SUBSANA PUNTO TERCERO: Que se declare LA NULIDAD manifiesta en el contrato de CESIÓN, porque no se cumplió la condición de pago y perdió la calidad jurídica en la causa contractual del Otro sí 1, 2, 3 y no tiene la capacidad por incumplimiento del pago, ni calidad, NI LEGITIMIDAD JURIDICA EN LA CAUSA para pretender pago, en relación con los contratos citados.

(...)

SE SUBSANA PUNTO CUARTO: El contrato de CESIÓN se declare incumplido por CÓNIX S.A al no pagar a STARSOFWARE, ya que estaba obligado al pago dentro del contrato de CESION; por lo tanto se dio incumplimiento contractual.

(...)

SE SUBSANA PUNTO QUINTO: La cesión del contrato de compraventa como tal tiene un vicio referente a quien se denomina cliente, ya que CONIX adquiere la calidad de CLIENTE "si el renting no ha pagado al proveedor, el cliente pagara al proveedor" el vicio radica en que Conix tiene la calidad de Reiting y a su vez la calidad de Cliente y si no paga la sesión es NULA; lo que tiene es que el mismo CONTRATO establece por las partes que si no se cumple la condición de pago LA CESION ES NULA esto es ley de partes no nulidades normativas.

(...)

SE SUBSANA PUNTO SEXTO: QUE SE DECLARE existe una limitante referente a la legitimidad, en los contratos por qué quedo debiendo la sumas antes expuestas; lo que limita la legitimidad de CONIX frente a los contratos 2012-006 y sobre los otro si. 001, otro si 002, otro si 003 por incumplimiento de la CESION por parte de CONIX

(...)

SE SUBSANA PUNTO SEPTIMO: QUE SE DECLARE EL INMPLIMIENTO DEL CONTRATO por omisión a los pagos del CONTRATO DE CESIÓN DE COMPRA y el contrato 2012-006 por el incumplimiento en los viáticos por valor de 15.000.000 de pesos por CONIX

OCTAVO: QUE SE CONDENE A LOS PAGOS de la demanda civil contractual a CONIX S.A por los daños y perjuicios por la pérdida de tiempo trabajo, traslado, por los incumplimientos generados en el contrato por parte de CONIX S,A las siguientes sumas referente al daño emergente lucro cesante y más prerrogativas seña la das en la liquidación de los valores que asciende a la suma \$ 767.288.908 que será pagada a favor de STARSOFWARE como demandante contra CONIX S.A

SE SUBSANA PUNTO OCTAVO: solamente se establece como perjuicio para efectos de la condena pedida por el incumplimiento de CONIX, y la terminación ilegal del contrato por el Country Club, los siguientes valores:

Lucro cesante:

Valor Licenciamiento		\$ 333.500.000
Desarrollo adicional		\$ 36.500.000
Costos de implementación		\$ 166.750.000
Viaticos		\$ 15.000.000
Valor Total del contrato		\$ 551.750.000
Anticipo Licenciamiento		\$ 66.700.000
Anticipo desarrollo adicional		\$ 18.250.000
Anticipo Costos de implementación		\$ 83.375.000
Abono recibido		\$ 168.325.000
Valor faltante de pago sin viaticos		\$ 368.425.000
Fecha limite de pago valor faltante		30/09/2013
Valor viaticos faltante de pago		\$ 15.000.000
Fecha limite de pago valor viaticos faltante		30/09/2012
Valor mantenimiento Anual % (Sobre licenciamiento)		16%
Valor mantenimiento Anual		\$ 53.360.000
Modalidad de pago mantenimiento		Mensual vencido
Valor mantenimiento mensual		\$ 4.446.667
Fecha de pago primer mes de mantenimiento		01/01/2014
Periodos mensuales proyectados a partir de enero 2016		60
Valor Presente mantenimientos mensuales a	31/12/2015	\$ 113.392.922
Valor Presente mantenimiento proyectado 5 años a	31/12/2015	\$ 226.890.510
Valor Presente viaticos faltante de pago a	31/12/2012	\$ 15.091.422
Valor Presente viaticos faltante de pago a	31/12/2013	\$ 15.384.196
Valor Presente viaticos faltante de pago a	31/12/2014	\$ 15.947.257
Valor Presente viaticos faltante de pago a	31/12/2015	\$ 17.026.886
Valor Presente faltante de pago a	31/12/2013	\$ 370.213.623
Valor Presente faltante de pago a	31/12/2014	\$ 383.763.462
Valor Presente faltante de pago a	31/12/2015	\$ 409.744.227
Valor Presente total de dinero dejado de percibir a	30/09/2013	\$ 767.054.546

DECLARO BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO

Se declara bajo la gravedad de juramento que los valores adeudados por concepto de la violación a los contratos son los siguientes:

Apunta el Tribunal que se incorporó la misma tabla inserta en la subsanación al "PUNTO OCTAVO".

3. DEFENSAS DE LA SOCIEDAD DEMANDADA EN RECONVENCIÓN

En la contestación de la demanda de reconvencción, el señor apoderado de CONIX se resistió a la prosperidad de las pretensiones de STARSOFTWARE e introdujo como excepciones de mérito las siguientes: **(i)** Cumplimiento del contrato; **(ii)** Culpa exclusiva de un tercero; **(iii)**

Inexistencia de la nulidad del contrato; y **(iv)** Culpa exclusiva de la víctima.

Se objetó el juramento estimatorio, tal como se copia a continuación:

OPOSICIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

Manifiesto que me (o)pongo al juramento estimatorio presentado por la parte demandante en reconvención así:

Dicta el artículo 206 del Código General del Proceso regulando el tema del juramento estimatorio lo siguiente:

(...)

La estimación realizada por la parte demandante tiene varios errores e inexactitudes que se pasan a explicar:

1. *El demandante en reconvención confunde PERJUICIOS con INGRESOS, es evidente a simple vista que este pretende cobrar los ingresos que hubiese obtenido con el contrato, pero los perjuicios se circunscriben siempre a una disminución patrimonial o a una pérdida de una UTILIDAD que se hubiere percibido con el contrato, no a todos los ingresos derivados del mismo; pues si el contrato se ejecuta ordinariamente para obtener dichos ingresos debían realizarse unas erogaciones que no hacían más rico a la entidad demandante en reconvención.*

Es ilógico que el valor de la utilidad sea incluso superior al valor del contrato, como se deriva de la solicitud de pago hecha por el solicitante.

La utilidad promedio que deja un contrato como el que se llevó a cabo con STAR SOFTWARE oscila entre un 15 y 20%, dependiendo de los costos y gastos de la entidad que lo ejecute y muy especialmente de los costos administrativos de la compañía de donde es un error, y un enriquecimiento sin causa cobrar el 100% de valor del contrato y de los ingresos a recibir.

Es importante aclarar que en el juramento estimatorio debió aclararse y separarse el daño emergente pasado del lucro cesante futuro y del daño emergente futuro que es inexistente y en el lucro cesante futuro por no tratarse de una persona natural sino de una empresa el perjuicio debió ser la utilidad neta, utilidad que nunca es cercana al ingreso, más cuando al tasar el daño emergente pasado se indica que existen muchos gastos y costos de la operación, tantos que superaron el valor del anticipo.

Por lo expuesto y dado que no existe una estimación razonada del perjuicio solicitamos que sólo se otorgue como condena los valores que logren probarse dentro del proceso y que el juramento estimatorio presentado no haga prueba de ellos.

2. *La indemnización de perjuicios nace del supuesto de un cumplimiento contractual, y existe plena prueba dentro del proceso de que STAR SOFTWARE INCUMPLIÓ el contrato suscrito.*

3. *Si STAR SOFTWARE tuvo perjuicios estos no son atribuibles a mi poderdante, son una culpa exclusiva de la víctima por el incumplimiento contractual imputable a este.*

4. *Se sustenta además esta indemnización en cifras futuras que no puede cobrar como es el valor del mantenimiento, si el contratista no puede implementar un SOFTWARE como pretende cobrar mantenimiento.*

Así las cosas, debe el solicitante demostrar en qué se fundamentan los perjuicios que alega de forma real y sustentada.

CAPÍTULO II CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Tribunal Arbitral cobró vida y entidad, en virtud del nombramiento recaído en el suscrito Árbitro, ERNESTO RENGIFO GARCÍA, por mutuo acuerdo de las partes, lo que comportó modificación de la cláusula compromisoria, para el caso⁵. La designación se hizo en reunión del 2 de octubre de 2015 y el cargo fue oportunamente aceptado por el árbitro.

CAPÍTULO III LA ACTUACIÓN PROCESAL

1. El Tribunal se instaló el 10 de noviembre de 2015, en audiencia en la que el Árbitro se declaró en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales;

⁵ La cláusula trigésimo sexta del contrato de Licenciamiento e Implantación de Software N° 2012-006, reza:

Solución de conflictos: las partes se obligan a someter sus diferencias al siguiente procedimiento:

(...)

b) Pacto arbitral: *Si las partes no logran solucionar de forma directa el conflicto, estas se obligan a someter sus diferencias a la solución de árbitros, renunciando a hacer valer sus pretensiones frente a los jueces. El tribunal de Arbitramento será designado por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, y se sujetará a las normas legales y reglamentarias vigentes: a) el tribunal estará integrado por un árbitro el cual será nombrado por el presidente del centro de arbitraje de la citada cámara, entre aquellos árbitros que tengan un perfil comercial, y ojalá con conocimiento de tecnología; b) la organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas en el reglamento de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia; c) el tribunal decidirá en derecho; d) el tribunal funcionará en Medellín, en el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de esta ciudad.*

nombró como secretario al abogado ÁLVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO; reconoció personerías procesales a los apoderados judiciales y fijó la sede de funcionamiento del Tribunal y de la secretaría (Auto N° 01). En la misma audiencia se admitió la demanda principal (Auto N° 02).

2. El 10 de diciembre de 2015, las convocadas, STARSOFTWARE y SEGUROS DEL ESTADO contestaron la demanda y STARSOFTWARE, separadamente, presentó demanda de reconvención contra CONIX.

3. Luego de subsanarse la demanda de reconvención, ésta fue admitida, según el Auto N° 04 del 11 de febrero de 2016; se notificó el auto admisorio y se confirmó el traslado pertinente a CONIX, quien le dio respuesta a la demanda dentro del término legal.

4. Una vez conferidos y agotados todos los traslados de las excepciones, el 8 de abril de 2016 se llevó a cabo la audiencia de conciliación y, ante su fracaso, mediante el Auto N° 07, el Tribunal fijó los honorarios y gastos del proceso.

5. La primera audiencia de trámite se inició el 6 de mayo de 2016, en la cual el Tribunal se declaró competente para procesar y juzgar el litigio. En efecto, mediante el Auto N° 09, el Tribunal decidió:

Primero.- *Declarar que es competente para conocer, instruir y juzgar el asunto litigioso existente entre CÓNIX S.A., de una parte, y STARSOFTWARE S.A.S. y SEGUROS DEL ESTADO S.A., demandados por aquella en litisconsorcio voluntario, de la otra parte; así como el litigio existente entre STARSOFTWARE S.A.S., de una parte, y CÓNIX S.A., de la otra parte; todo de conformidad con la demanda principal, la demanda de reconvención y las contestaciones de la una y de la otra.*

Segundo.- *Declarar que no prosperan las llamadas excepciones de mérito formuladas por SEGUROS DEL ESTADO S.A..*

Contra la resolución de asunción de competencia, SEGUROS DEL ESTADO interpuso recurso de reposición, sustentado en la audiencia, del cual se corrió traslado a CONIX y a STARSOFTWARE.

El Tribunal suspendió la primera audiencia de trámite y señaló el día 24 de mayo siguiente para continuarla, con el fin de resolver el recurso de reposición y decretar las pruebas del proceso.

En la audiencia indicada, no se repuso el auto N° 09 sobre la declaración afirmativa de la competencia, por lo cual la compañía SEGUROS DEL ESTADO continuó vinculada al proceso como parte co-demandada.

La primera audiencia de trámite finalizó el 24 de mayo de 2016, toda vez que en la sesión de esta fecha el Tribunal decretó las pruebas presentadas y solicitadas por las partes.

6. El proceso se instruyó con la práctica de las pruebas decretadas, algunas de las cuales fueron objeto de desistimiento por las partes.

El día 8 de junio de 2016 se recibieron los testimonios de Luis Fernando Escalante Vélez, María Adelaida Uribe Londoño, Roxanna Natividad Quintero Carmona, Mauricio Andrés García Jaramillo y Natalia Carolina Garcés Londoño.

Y al día siguiente, 9 de junio, la señora Luz Nancy Arévalo Mariño, representante legal de STARSOFTWARE, absolvió interrogatorio de parte. En esa misma fecha se recaudaron las declaraciones de Adriana María Escobar Vélez, Sandro Alberto Sánchez Castillón, Carlos Andrés Santana Quevedo y Alfonso Vega Sánchez. Este último testigo fue tachado de sospecha por ser socio de STARSOFTWARE.

7. El Tribunal escuchó los alegatos de los apoderados procesales, en audiencia del 27 de julio de 2016. Una síntesis de las alegaciones se consignará en la parte motiva del laudo⁶.

8. Por medio del Auto N° 14 del 27 de julio de 2016 se señaló como fecha para pronunciar el laudo arbitral el día 5 de septiembre de 2016, a las once de la mañana (11:00 a.m.).

CAPÍTULO IV OPORTUNIDAD DEL LAUDO Y SU NATURALEZA

El término legal del proceso es de seis (6) meses, "*contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite*" (artículo 11 de la Ley 1563 de 2012), la cual tuvo lugar, como ya se indicó, el 24 de mayo de 2016; por tanto, el plazo para expedir el laudo y la eventual providencia de aclaración, corrección o adición del mismo vence el 24 de noviembre de 2016. Consiguientemente, el laudo se materializa dentro del plazo de vigencia del arbitraje.

El laudo se dicta en derecho, pues así fue previsto en la cláusula compromisoria.

CAPÍTULO V PRESUPUESTOS PROCESALES Y DEL FALLO DE MÉRITO

⁶ Cfr. *infra*, "Posición del demandante" Nos. 13 a 33; e *infra*, "Posición de la demandada" Nos. 50 a 72.

Los presupuestos procesales, como competencia, capacidad y representación de las partes y demanda en forma, así como los que deben concurrir para una decisión de fondo (legitimación en la causa e interés para obrar) se hallan configurados en este proceso, sin que se observe vicio de nulidad que pueda invalidar la actuación arbitral.

En efecto:

1. Acerca de la competencia, el criterio del Tribunal quedó expuesto en las reflexiones que sirvieron de fundamento para declararla afirmativamente en este caso particular concreto, en la primera audiencia de trámite, a las cuales se hace remisión; competencia que no ha decaído por ningún motivo legal.

Se apunta que el auto de declaración de competencia no fue impugnado por STARS SOFTWARE.

2. En relación con los sujetos procesales, por activa y por pasiva, se observa que son personas jurídicas de derecho privado, debidamente constituidas y vigentes, cuya capacidad procesal es indiscutible; actuaron en el proceso a través de sus representantes legales y estuvieron representadas judicialmente por conducto de apoderados idóneos para ejercer la profesión de abogado.

3. Tanto la demanda principal como la de reconvencción fueron admitidas por el Tribunal, una vez vista su aptitud legal.

4. El trámite impartido es el que corresponde al del procedimiento arbitral, regulado en la Ley 1563 de 2012 y, se repite, no se percibe vicio o irregularidad que hubiere podido afectar el debido proceso o el derecho de defensa de los contendientes.

Así pues, para el Tribunal están reunidos los presupuestos formales o de validez del proceso.

5. En lo concerniente a los requisitos materiales de la sentencia de fondo, el Tribunal advierte que encuentra acreditada la legitimación en la causa para pronunciarse sobre todas las pretensiones; legitimación que consiste en la afirmación de coincidencia entre los sujetos de la relación sustancial conflictiva y los de la relación jurídico-procesal, lo cual se encuentra acreditado con los documentos que recogen el contrato de implementación del software y el de la cesión del mismo, a fuer de otras piezas procesales como la demanda de reconvencción. En el cuerpo de la sección considerativa del laudo se tratará más a espacio el asunto de la legitimación en la causa.

De otro lado, las peticiones declarativas y de condena a las que las dos partes aspiran en sus respectivas demandas (principal y de reconvencción), así como las oposiciones a esos reclamos, mutuamente formuladas, constituyen suficiente interés real y serio de los litigantes para obrar en el proceso y esperar tutela judicial efectiva.

De esta suerte, entonces, el Tribunal no halla óbice alguno para decidir de fondo la litis sometida a su juzgamiento.

Reseñado el conflicto como queda expuesto, el Tribunal pasa a resolverlo con fundamentado en las motivaciones que a continuación se expresan.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal Arbitral a efectuar el estudio de los temas propuestos en la demanda principal y en la de reconvencción, y en sus contestaciones, para resolver las pretensiones y excepciones de las partes a la luz de las normas jurídicas aplicables y de las pruebas aportadas al proceso, previas las siguientes consideraciones:

CAPÍTULO I

De la tacha formulada contra los testigos Alfonso Vega y Carlos Triana.

Entra el Tribunal a resolver la tacha de sospecha formulada por el apoderado de la demandante en la audiencia del 9 de junio de 2016 contra el testigo Alfonso Vega Sánchez, por su condición de accionista de STARSOFTWARE S.A.S.

En relación con la tacha de sospecha presentada por el apoderado de la demandada mediante escrito del 31 de marzo de 2016, contra el testigo Carlos Triana, el Tribunal se abstendrá de hacer alguna valoración como quiera que dicho testimonio no fue practicado dentro del proceso y es carga de las partes lograr su comparecencia.

Sobre los testigos sospechosos consagra el artículo 211 del Código General del Proceso, lo siguiente:

"Artículo 211: Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

Para el Tribunal, como lo ha señalado la doctrina⁷ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones⁸, las personas que tengan relación de parentesco, dependencia o sentimientos con alguna de las partes vinculadas al proceso pueden ser tildadas de sospechosas para rendir testimonio, pero ello no significa que por el solo hecho de que dichos declarantes se encuentren unidos por un vínculo social, afectivo o jurídico, el juzgador deba prescindir sin mayores miramientos de su versión, pues es al juez, en este caso al árbitro, a quien le corresponde establecer, en el caso concreto, la veracidad del relato; por supuesto, realizando con mayor cautela y rigor su valoración.

No observa el Tribunal que el testimonio rendido por el señor Vega tenga visos de engaño o esté ausente de credibilidad; es más, corrobora varios temas expuestos por otros testigos e incluso esgrimidos por los sujetos procesales de este arbitraje, lo cual pone de presente la espontaneidad del testigo al exponer su dicho, razón por la cual se declarará que no prospera la tacha propuesta y se le dará mérito probatorio en lo pertinente a sus declaraciones.

CAPÍTULO II

Exordio

Previo a entrar a resolver la controversia jurídica suscitada entre CONIX S.A. y STARSOFTWARE LTDA (hoy STARSOFTWARE SAS⁹) con ocasión

⁷ CFR. HERNAN FABIO LÓPEZ BLANCO. *Instituciones de Derecho procesal Civil*. Bogotá, Dupré, tomo III, 2009, p. 271: *“Infortunadamente, dentro del exceso de formalismo que aún aqueja al Código de Procedimiento Civil, se establece en el artículo 218 un tortuoso trámite en orden a demostrar el motivo de sospecha todo para determinar que si se llega a establecer, conclusión de Perogrullo, el juez “apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso”, con lo que queda claro que la sospecha no es motivo que impida recepcionar la declaración”.*

⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de febrero de 1980, Magistrado Ponente: José María Esguerra Samper: *“Si existen o no esos motivos de sospecha es cosa que debe indagar el juez a través del interrogatorio que debe formularse de conformidad con la primera parte del 228 – 1 ibídem, pues de haberlos lo probable, lo que suele ocurrir es que el testigo falte a la verdad movido por los sentimientos que menciona la norma arriba transcrita. La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones de las personas libres de condena”.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de mayo de 2002, Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 6228.

⁹ Como se puede observar en su certificado de existencia y representación legal, por escritura pública No. 5667 del 9 de octubre de 2015, protocolizada el 29 de octubre de 2015 en la Notaría 73 de Bogotá D.C., STARSOFTWARE LTDA cambió su nombre por STARSOFTWARE SAS.

del contrato de licenciamiento e implementación de software No. 2012-006, el Tribunal realizará de entrada un breve resumen de los diferentes argumentos que han sido expuestos por las partes a lo largo del proceso para tener una mejor comprensión o panorama del litigio que se le habilitó resolver.

A. Posición del demandante

1. En la demanda se señala que CONIX SA (en adelante CONIX) decidió activar la cláusula arbitral pactada en el literal b) de la cláusula trigésima sexta del contrato materia de arbitraje, después de haber agotado la etapa de arreglo directo con las sociedades STARSOFTWARE SAS (en adelante STARSOFTWARE) y SEGUROS DEL ESTADO SA, e incluso haber celebrado con ellas una fallida audiencia de conciliación prejudicial.
2. También se señala que el contrato *sub examine* se celebró el día 1º de febrero de 2012, para implementar un sistema de gestión de información multiusuario denominado "Visual StarClub" que permitiera integrar y estandarizar la información de la CORPORACIÓN COUNTRY CLUB EJECUTIVOS (en adelante EL COUNTRY).
3. El valor del contrato era de \$551.750.000, el cual según el demandante incluía la implementación, el desarrollo, el licenciamiento, la capacitación y los viáticos del proyecto.
4. Se afirma además que el 15 de marzo de 2012, EL COUNTRY decidió ceder su posición contractual a CONIX SA, sociedad que para efectos del contrato de renting tecnológico celebrado con el COUNTRY, pasó a ocupar la calidad de cliente y propietario del software objeto del litigio.
5. El contrato de renting tenía, en sentir del demandante, una duración de sesenta (60) meses y una cláusula penal a favor de CONIX equivalente al valor del pago mensual por el número de meses que faltaren por cumplirse, al momento de su terminación anticipada o incumplimiento.
6. Agrega el demandante que las obligaciones del contrato de licenciamiento e implementación estaban aseguradas mediante la póliza de cumplimiento No. 21-45-101079697 del 30 de marzo de 2012. Asimismo, destaca que en razón a la cesión de posición contractual, pasó a ocupar la calidad de beneficiario del mencionado contrato de seguro.

7. Igualmente sostiene que le pagó a STARS SOFTWARE \$168.325.000 a título de anticipo y además que esa suma constituye *"el valor objeto del contrato de renting"*.
8. Precisa además que, aun cuando en el contrato de desarrollo e implementación de software se fijó un término de duración de 10 meses, este se prolongó por 9 meses más, por la demora en la entrega del sistema "VisualClub" y varios errores que se fueron evidenciando durante su instalación e implementación.
9. Afirma que ante los incumplimientos de STARS SOFTWARE, se contrató a la firma de consultores AZURIAN para que emitiera un informe sobre el estado de avance de la implementación del sistema "VisualClub", en el que se recomendó abortar el proyecto teniendo en cuenta que el proveedor tecnológico no contaba con una metodología madura de implementación, el software no parecía confiable para operar las tareas que necesitaba EL COUNTRY y lo improbable que despuntaba la entrega a tiempo de la solución ofrecida.
10. Manifiesta también el demandante que el 30 de septiembre de 2013, fecha en la que se vencía el último plazo conferido a STARS SOFTWARE para poner en marcha el sistema, EL COUNTRY le expresó su voluntad de querer dar por terminado el contrato y su inconformidad frente al cobro de la facturación mensual del renting tecnológico, habida cuenta que no había podido explotar el software ofrecido.
11. Posteriormente se resume la respuesta de STARS SOFTWARE a la manifestación del COUNTRY, así: (i) algunas de las fallas que se anunciaban habían sido corregidas dentro del término del cronograma; (ii) las demás fallas no se pudieron solucionar en el término estipulado en la prórroga porque EL COUNTRY impidió trabajar en equipo; (iii) la suspensión de actividades por parte del COUNTRY retrasó la ejecución del contrato; (iv) la entrega tardía e incompleta de información por parte del COUNTRY generó retrasos en el proyecto; (v) EL COUNTRY no puso a disposición de STAR SOFTWARE el servidor argumentando temas de seguridad; (vi) EL COUNTRY impidió la capacitación y suspendió la ejecución del contrato sin fundamento contractual alguno; (vii) no se pudo hacer entrega final del proyecto por las conductas mencionadas del COUNTRY y (viii) STAR SOFTWARE perdió autonomía en la ejecución del contrato.
12. En corto: para el demandante STARS SOFTWARE incumplió el contrato de licencia e implementación de software porque después de tres (3) prórrogas al plazo contractual inicialmente pactado, no

instaló de manera satisfactoria y óptima la solución tecnológica que le había ofrecido al cliente, en este caso a CONIX, en razón a la cesión de posición contractual.

En los alegatos de conclusión, el demandante argumentó:

13. Que entre CONIX y SEGUROS DEL ESTADO se perfeccionó un contrato de transacción que hace innecesario referirse a los hechos y a las pretensiones de la demanda relacionados con dicha entidad aseguradora.
14. Que el contrato materia de arbitraje existe, no adolece de ningún vicio de nulidad que lo haga ineficaz y es vinculante para los contratantes, como se demuestra, en criterio del demandante, con las declaraciones de Adriana Escobar y Natalia Garcés, quienes presenciaron el proceso de selección tanto de proveedores de software como de entidades de financiación para la implementación del mismo; de ahí que el contrato de renting fuera mencionado en el de licenciamiento e implementación y además que STARSOFTWARE hubiera autorizado su celebración.
15. Que *"[s]i se observa el contrato de licenciamiento e implementación encontramos que el mismo **no es de desarrollo de software** sino de compra o licenciamiento e implementación con lo cual STAR SOFTWARE adquiriría una obligación única de entregar un resultado, un software en funcionamiento, lo que ocurrió es que en el proceso de implementación la compañía demandada sin requerimiento de ninguna naturaleza hizo desarrollos sobre el mismo y en este desarrollo o mejora no contratada fue donde no puedo (sic) completar con los plazos de entrega"¹⁰.*
16. Que en el evento de encontrarse probado cualquier cambio al objeto contractual por parte del COUNTRY, este no le sería oponible a CONIX pues dicha modificación se encuentra prohibida en el contrato y en ningún momento fue autorizada por él.
17. Que no hay prueba de la entrega del software funcionando en el plazo convenido ni dentro de ninguna de sus prórrogas y además que en el proceso se discutió el grado de avance de la implementación del sistema: para el demandante estaba en el 30% y para el demandado en el 75%.
18. Que de conformidad con lo señalado por el Ingeniero Sandro y como en sentir del demandante lo reconoció el Ingeniero Alfonso Vega en su testimonio, desarrollar e implementar al mismo tiempo

¹⁰ Página 2 de los alegatos de conclusión.

un software genera demasiados errores y que para evitarlos hubiese sido mejor haber realizado un proyecto paralelo.

19. Que en la última prórroga del contrato, STARSOFTWARE sabía que no podía entregar el software en el plazo que le fue extendido (como lo infiere el demandante del testimonio del señor Alfonso Vega, quien manifestó que al proyecto le faltaban 6 meses de ejecución), y pese a ello, propicio la celebración de un tercer otrosí para la extensión del plazo, faltando de esta manera al principio de la buena fe contractual.
20. Que existió por parte de STARSOFTWARE un incumplimiento objetivo de sus obligaciones contractuales, lo que hacía necesario probar una causa extraña o un incumplimiento previo por parte de su cocontratante para exonerarse de responsabilidad.
21. Que como no se objetó el juramento estimatorio de la demanda, este hace prueba del valor de la indemnización y así deberá reconocerse en el laudo que resuelva la presente controversia.
22. Que “[c]omo aparece en la prueba documental CONIX cumplió con la obligación principal adquirida que era el pago del anticipo y todas las demás obligaciones dinerarias generadas al inicio del contrato, en ningún otro momento nació para CONIX la obligación de hacer pagos adicionales toda vez que los supuestos para hacerlo estaban relacionados con los entregables y estos no se hicieron”¹¹.
23. Que de la prueba documental aportada al proceso se observa que EL COUNTRY no solo cumplió diligentemente con sus deberes contractuales sino además pagó mucho más por la solución ofrecida en razón a la renta mensual que pagaba por el contrato de renting.
24. Que EL COUNTRY era el menos interesado en terminar el contrato de licenciamiento e implementación, toda vez que el fracaso del proyecto le significaba una pérdida considerable de tiempo y dinero.
25. Que de los testimonios de Adriana Escobar, Sandro Sánchez, Natalia Garcés y Mauricio García, se puede apreciar que STARSOFTWARE incumplió el contrato porque no pudo implementar la solución tecnológica que ofreció dentro del plazo acordado y además que ello ocurrió en razón a desarrollos o cambios que realizó *motu proprio* en plena etapa de implementación, afectando así el cronograma de ejecución del proyecto.

¹¹ Página 9 de los alegatos de conclusión.

26. Que los viáticos vinieron a ser cobrados después del incumplimiento del contrato por STARS SOFTWARE, al superar las labores contratadas, de lo que el demandante concluye que se cobraron viáticos no incluidos en el contrato y que los mismos no se pagaron por la situación de incumplimiento del proveedor tecnológico.
27. Que *"[n]o puede entonces Star Software alegar su propia culpa o descuido en facturar un pago, para luego atribuirle al no pago de una pequeña suma su incumplimiento, máxime que por más de 15 meses guardó silencio sobre el particular, continuó trabajando e incluso suscribió tres otrosíes. Por tanto el no pago de los viáticos inicialmente pactados y no cobrados debe entenderse como una cláusula modificada por la actitud tácita de ambos contratantes"*¹².
28. Que *"[d]e igual forma no encontramos vicio de nulidad alguna en ninguno de los contratos y menos una terminación injusta y abusiva del contrato pues la misma fue estudiada y realizada con fundamento en estudios serios y contratados con terceros, no obstante todas las evidencias existentes de que el cumplimiento no iba a darse"*¹³.
29. Que el estudio de AZURIAN fue ratificado por el señor Luís Fernando Escalante en su testimonio, representante legal de dicha firma de consultoría.
30. Que no es cierto que por parte del COUNTRY se haya seleccionado solo a 3 personas para que hicieran parte del equipo implementador, como en parecer del demandante se corrobora con la prueba documental aportada al plenario donde aparecen muchos más funcionarios participando en la implementación.
31. Que tampoco es cierto que al Ingeniero Sandro Sánchez le falte experiencia en la implementación de software como el ofrecido al COUNTRY, como lo busca demostrar el demandante con documentos que acreditan su participación en otros proyectos de implementación de gran envergadura.
32. Que STARS SOFTWARE no puede endilgarle responsabilidad a CONIX por no haberle proporcionado un servidor para su labor, en razón a que sí se le dio acceso a los servidores del COUNTRY pero con las limitaciones respectivas y además que ni siquiera pudo terminar el proyecto adquiriendo su propio servidor.

¹² Página 11 de los alegatos de conclusión.

¹³ Página 18 de los alegatos de conclusión.

33. Que las pretensiones de la demanda de reconvención son confusas, contradictorias, no están organizadas como principales y subsidiarias y frente a ellas propuso las siguientes excepciones de fondo: "CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO", "CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO", "INEXISTENCIA DE NULIDAD DEL CONTRATO" y "CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA".

B. Posición de la demandada

34. No obstante que en la contestación de la demanda no se formularon excepciones de mérito, al referirse a los fundamentos fácticos de la misma se exponen varios argumentos dirigidos a evitar el reconocimiento del *petitum* del demandante.

35. Lo primero que se señala es que CONIX no pagó el valor total del contrato objeto de análisis para poderse reputar como propietario del software.

36. Luego se le reconoce a CONIX la calidad de cliente de STAR SOFTWARE, por virtud de la figura de la cesión contractual, la cual se señala que fue impuesta; pero se insiste en que CONIX no es propietario del software porque no pago la totalidad de su precio.

37. Para la demandada el hecho de que CONIX se atribuya la calidad de propietaria del software constituye una violación a sus derechos de autor y además un enriquecimiento ilícito.

38. Se sostiene que la implementación se extendió por las siguientes razones: (i) reducción del personal implementador designado por EL COUNTRY; (ii) ajustes al software solicitados por EL COUNTRY y (iii) cambio de la metodología aplicada en la primera etapa del proyecto.

39. Se afirma que en la última prórroga EL COUNTRY suspendió la interacción con el equipo de trabajo y las capacitaciones para posteriormente dar por terminado el contrato de manera arbitraria, casi *ad portas* de la finalización del proyecto.

40. También se aducen como razones de los otrosíes: (i) la entrega tardía de información por parte del COUNTRY; (ii) no haber cumplido con la parametrización contable, no obstante su importante incidencia en un proyecto de ERP y (iii) las capacitaciones que se interrumpieron.

41. Sobre el informe de AZURIAN se afirma que este carece de validez por haber sido elaborado por una joven de 23 años recién egresada y además por no tener firma del responsable.

42. En cuanto a las prórrogas y los errores advertidos en la implementación se menciona que fueron subsanados antes de la firma del primer otrosí y que, al llegar al tercero, EL COUNTRY incumplió con las tareas asignadas y además se interrumpió la ejecución del contrato.
43. Igualmente se manifestó que EL COUNTRY no había entregado información completa e importante para la retroalimentación del proyecto, lo cual afectó el apoyo logístico que se necesitaba para no tener retrasos en su cronograma de ejecución.
44. Frente a la reclamación del seguro, se sostiene que se configuró un "falso siniestro", toda vez que los eventos ocurridos durante los días 28, 29 y 30 de agosto de 2013, fueron superados como parte de la afinación del proyecto y el demandante no cumplió con la carga de probar la configuración del incumplimiento que activaba el cubrimiento de la póliza.
45. Se abordó el tema de la terminación expresando que quien terminó el contrato fue EL COUNTRY y no CONIX, con base en la recomendación de abortar el proyecto que le hizo AZURIAN, no obstante saber que se encontraba en la etapa final de implementación. Así mismo que la suspensión de las capacitaciones por 3 semanas demuestra que STARS SOFTWARE no tenía autonomía para ejecutar el proyecto.
46. Se insiste en el tema de la réplica de la reclamación del siniestro ante la aseguradora, haciendo énfasis en que: (i) la aseguradora se opuso al pago de la póliza por no cumplirse con la carga de probar la ocurrencia del siniestro; (ii) la representante legal del COUNTRY en comunicación del 21 de marzo de 2013 reconoció la corrección de errores; (iii) la implementación del proyecto no era una prioridad para el COUNTRY, como lo infiere la demandada de la falta de asignación de tiempo, recursos y un adecuado Gerente del proyecto; (iv) la prolongación del cronograma de ejecución en razón a la tareas inconclusas del COUNTRY como, por ejemplo, la parametrización contable; (v) la falta de idoneidad del equipo implementador designado por EL COUNTRY y de un servidor nuevo para la instalación del software; (vi) la suspensión de las capacitaciones; (vii) la terminación intempestiva del contrato por parte de la representante legal del COUNTRY e inexperiencia del Ingeniero Sandro en la implementación del proyecto; (viii) la mala fe tanto de CONIX como del COUNTRY al impedir las capacitaciones cerca al cierre del proyecto para quedarse con el software sin pagarlo y (ix) la

falta de autonomía e independencia de STAR SOFTWARE para ejecutar el proyecto.

47. En punto al tema del incumplimiento se expresan varias cosas: (i) que los problemas en la implementación ya estaban superados para el momento de las capacitaciones; (ii) que EL COUNTRY no estaba facultado contractualmente para impedir la ejecución del contrato, coartando así la autonomía de STAR SOFTWARE; (iii) que no se realizó la parametrización contable; (iv) que no se verificó la información suministrada, a tal punto que el Ingeniero Sandro no solo brindó información falsa sino además se opuso al cargue de información verdadera; (v) que la inexperiencia del Ingeniero Sandro propició que en el informe de AZURIAN se concluyera que existían errores en la gobernabilidad y administración del proyecto y, finalmente (vi) que CONIX nunca ejerció el liderazgo del proyecto *"quien es el que debió ejercer mandatos para que ejecuten sus empleados por que el **contratista asesora y quien debe ejecutar es el contratante**"*¹⁴.

48. Para finalizar en el traslado de los hechos de la demanda, se dijo: (i) que no se pueden tener en cuenta las manifestaciones realizadas por Sandro porque realmente eran órdenes de la representante legal del COUNTRY; (ii) que la suspensión de las capacitaciones generó "la ruptura" ya que los entregables no se pudieron ejecutar; (iii) que como se logró instalar el 75% del software la debida utilización del anticipo se encuentra acreditada y (iv) que es la demandada la que le adeuda a STAR SOFTWARE el valor de \$15.000.000.00 por los viáticos del proyecto.

49. Igualmente, interpone demanda de reconvención contra CONIX por la terminación ilegal del contrato; el no pago de los viáticos causados por la ejecución del proyecto; no habersele suministrado un servidor exclusivo a STARSOFTWARE para la implementación del proyecto y también aduce que tanto la cesión de posición contractual como los otrosíes del contrato de licenciamiento son nulos.

En sus alegaciones finales, la demandada argumentó:

50. Que el software ofrecido al COUNTRY fue seleccionado por una firma experta entre muchos otros que se encuentran en el mercado, con reconocimiento de COLCIENCIAS y con una trayectoria de más de 15 años como producto terminado.

¹⁴ Página 15 de la contestación de la demanda.

51. Que frente al contrato celebrado entre EL COUNTRY y STARSOFTWARE, CONIX es un tercero que paga por EL COUNTRY, de lo que la demandada infiere que no está legitimada para demandar.
52. Que CONIX como tercero pagó el anticipo, pero no los viáticos por la implementación, los cuales debieron pagarse al arrancar la gestión de STARSOFTWARE.
53. Que en el contrato celebrado entre EL COUNTRY y CONIX, este último no cumplió con su obligación de pagar la totalidad de la solución tecnológica ofrecida.
54. Que en el contrato de cesión contractual no se pactó una cláusula compromisoria que lo una con el vehículo contractual de licenciamiento e implementación.
55. Que teniendo en la cuenta que CONIX no pagó el valor total del contrato, no puede entenderse que actúa en el proceso en calidad de propietario, lo que en criterio de la demandada generaría la nulidad de los 3 otrosíes que ampliaron el plazo contractual, e incluso de la cesión de posición contractual, dejando al demandante como un tercero pagador sin legitimidad para demandar a STARSOFTWARE.
56. Que el contrato de renting debió haberse celebrado con anterioridad al de licenciamiento e implementación y al de compra de software, habida cuenta que de él se desprendía la facultad de comprar la herramienta tecnológica.
57. Que ni CONIX ni el COUNTRY compraron el servidor y los equipos necesarios para el proyecto, como se estipula en la cláusula vigésima tercera del contrato.
58. Que el Ingeniero Sandro no solo trató de evadir la obligación precitada poniendo a disposición de STARSOFTWARE el servidor de producción del COUNTRY, omitiendo lo advertido en la matriz de riesgos del proyecto, sino además desconocía el valor del presupuesto del mismo.
59. Que CONIX no pagó los viáticos de STARSOFTWARE incumpliendo así la cláusula décima cuarta del contrato de licenciamiento e implementación de software.
60. Que no se asignó recurso humano eficiente por parte del cliente para la implementación del software, como es el caso del líder contable para la parametrización, función que terminó siendo asumida por Alejandro Ángel y Claudia Rodríguez, quienes

posteriormente se retiraron del COUNTRY generando retrasos en el ritmo de ejecución del proyecto que no fueron debidamente gestionados por Sandro.

61. Que el COUNTRY realizó un cambio en la metodología de implementación del proyecto, como lo concluyó AZURIAN en su informe técnico.
62. Que la representante legal del COUNTRY impidió las capacitaciones finales del proyecto y con ello cerrarlo para la entrega definitiva del software ofrecido.
63. Que el valor pagado del anticipo no alcanzó a cubrir los recursos asignados por STARSOFTWARE para lograr avanzar a la fase final del proyecto, donde además de la instalación y parametrización del software se lograron entregar los siguientes módulos: (i) asesoría en alistamiento de la información; (ii) estructuración de la base de datos; (iii) capacitación en parametrización y (iv) capacitación en uso del sistema a los implementadores del COUNTRY.
64. Que *"[n]o era responsabilidad de Starsoftware la capacitación a usuarios finales junto con el DESARROLLO DEL MÓDULO DE EVENTOS y eso es parte del 75% del avance logrado a pesar de todos los eventos y dificultades; de tal forma que cuando se habla de entregas son servicios entorno al software ya desarrollado y que ellos mismos declararon haber visto funcionando. Es de mencionar que los servicios de Starsoftware fueron más allá del mismo contrato al apoyar al Country en al (sic) reestructuración puesto que ellos venían de operar un software desintegrado por islas y esto conllevaba un cambio importante al trasladarse a un software totalmente integrado"*¹⁵.
65. Que el contrato fue terminado por la representante legal del COUNTRY con base en la recomendación de AZURIAN de abortar el proyecto, el cual fue realizado con las inferencias de una joven de 22 años y con funcionarios del club que no habían participado de manera activa en el proyecto.
66. Que la terminación no tiene una trazabilidad probatoria coherente, toda vez que sobreviene después de que la representante legal del COUNTRY reconoce que *"el ERP estaba para su entrega"*.
67. Que en la terminación *"no se tuvo en cuenta a CONIX quien hasta la fecha del presente proceso era quien debía manifestarse, pero este*

¹⁵ De la página 6 a la 7 de los alegatos de conclusión.

fue un montaje por parte del COUNTRY quien contrató la firma AZURIAN, sumado a un siniestro que nunca fue probado ante SEGURO(S) DEL ESTADO, con el fin de generar una fuerza a la terminación ilegal, ya que en este proceso está claro que los incumplimientos del contrato han sido (de) EL COUNTRY Y CONIX¹⁶.

68. Que la pretensión de obtener la restitución del "software StarClub" es contradictoria porque se demanda a STARSOFTWARE en razón a que la herramienta no es operable pero a la vez la demandante busca apropiarse de ella, lo que demuestra que el sistema realmente sí funciona.
69. Que la falta de experiencia del Ingeniero Sandro en proyectos como el del COUNTRY se evidencia en: (i) la deficiente gestión de la matriz riesgos informada por Nancy Arévalo, representante legal de STARSOFTWARE; (ii) haber confundido el valor del contrato con el presupuesto del proyecto; (iii) la no depuración de la base de datos del club; (iv) la no asignación de un contador para la parametrización contable; (v) la falta de un presupuesto; (vi) el acceso restringido al servidor de producción del club; (vii) su falta de liderazgo y conocimiento en esta clase de proyectos y (viii) la resistencia al cambio de software.
70. Que el informe de AZURIAN *"es un montaje para respaldar la terminación ilegal de la gerente del COUNTRY"*, no fue realizado por el señor Escalante sino por una joven de 22 años recién egresada que no contaba con la experiencia para evaluar la implementación de un ERP y le falta la firma o rúbrica de quien lo realizó y asume responsabilidad por las conclusiones expuestas en él.
71. Que STARSOFTWARE actuó de buena fe por hacer hasta lo imposible para entregar el software, incluso con las falencias en las que incurrió EL COUNTRY para su adecuada implementación.
72. Que *"en todo caso la falta de experiencia del director del proyecto es el responsable directo que el proyecto se encuentre enfrentado a esta demanda y quien demanda no tiene la calidad de cliente CONIX que pregona para hacer la pretensión, por falta de cumplimiento del contrato de cesión de compraventa que debió pagar en su totalidad, al no cumplir esta condición y donde CONIX fundamenta su calidad que la así (sic) a exigir atreves (sic) de los contratos OTRO SI 1,2, 3 no nacen a la vida jurídica por falta de calidad de CLIENTE de CONIX ya que la facultad de compra atreves del contrato de RENTIG (sic) fue posterior a la orden de compra, por lo tanto en el contrato de*

¹⁶ Página 8 de los alegatos de conclusión.

*compra no tenía ni legitimidad ni autorización para efecto de la ejecución*¹⁷.

Sobre los argumentos precedentes pasa el Tribunal a hacer las siguientes consideraciones:

CAPITULO III **Pretensiones de la demanda**

Como pretensión primera principal la demandante solicita: *"Que se DECLARE que STAR SOFTWARE incumplió el contrato de licenciamiento e implantación de Software #2012-006 celebrado con la Corporación country club y cedido posteriormente a CONIX S.A por las razones expuestas en esta demanda"*¹⁸.

A. Precisión preliminar

Lo primero que el Tribunal considera importante precisar es que no es extraño que cuando se celebran contratos informáticos en donde se ofrece una licencia de uso a perpetuidad, como ocurre en el presente caso, el contratante crea que realmente es el propietario del programa de ordenador ofrecido, lo cual por sí solo no es suficiente para configurar una infracción al derecho de autor o un incumplimiento, mucho menos un enriquecimiento ilícito de su parte.

En ese sentido, la doctora Calle D'Alemán sostiene:

*"Respecto del software, este beneficio económico se percibe en lo cotidiano en el marco de tres modalidades contractuales: la licencia de uso, el desarrollo a la medida y el mantenimiento de la herramienta que, como se ha expresado, se actualiza a medida que la tecnología avanza en materia de comunicaciones y convergencia de hardware. Estas relaciones contractuales han obedecido hasta ahora a la asimilación del software como obra literaria. En el caso concreto de la licencia de uso definitiva, en la práctica el usuario entiende que se hace 'dueño' del software aunque con las limitaciones que le impone la propiedad intelectual en cuanto al manejo y acceso a la herramienta"*¹⁹.
(Subrayas del Tribunal)

¹⁷ Página 38 de los alegatos de conclusión.

¹⁸ Página 13 de la demanda principal.

¹⁹ CALLE D'ALEMAN, Sol Beatriz. *"Protección jurídica del software. Crítica actual de su regulación y redefinición de su naturaleza frente al Derecho"*, Bogotá, en Biblioteca de tesis doctorales No. 12, Grupo Editorial Ibáñez, 2012, p. 298.

El Consejo de Estado, por su parte, al resolver una consulta realizada por el Ministerio de Comunicaciones respecto de la perpetuidad o no en la adquisición de una licencia de software de IBM a favor de TELECOM, señaló:

"Se concreta a determinar si conforme al contrato c-0025-91 Telecom adquirió la licencia de uso del soporte lógico durante sesenta (60) meses, o indefinidamente en el tiempo, por cuanto en el contrato no se estipuló una cláusula específica sobre el plazo de duración de la licencia de uso del soporte lógico, aunque sí aparecen algunas referencias de las que podría inferirse una conclusión. Del texto anterior y de los que en él concuerdan, se deduce que los sesenta (60) meses se refieren a las actualizaciones necesarias para llevar el software y el manejador de la base de datos requeridos a la última versión existente en el mercado y los servicios de instalación, entrenamiento, mantenimiento correctivo y soporte para la solución de problemas. En la misma solicitud de cotización se dijo en el punto 3.4: 'Para todos los efectos se considera que la transferencia de propiedad de los bienes objeto de esta solicitud de cotización se hará cuando se suscriba el acto de recibo definitivo de los equipos y soporte lógico a satisfacción de 'Telecom'. Por tanto, no obstante tratarse de una licencia de uso, las partes entendieron que el soporte lógico se transfería también a título de propiedad'²⁰. (Subrayas del Tribunal).

Algo similar ocurrió en el presente caso, donde el cliente se consideró dueño del software que se le ofreció instalar, muy a pesar de haberse celebrado con él un contrato de licenciamiento de software estándar con adaptaciones a las necesidades de un club social.

Al margen de dicha percepción, lo cierto es que el objeto contractual que obliga a las partes quedó claramente expresado en la cláusula primera del contrato, la cual es del siguiente tenor: "[e]l objeto del presente contrato es el licenciamiento e implantación del sistema denominado Visual StarClub, el cual es un sistema de gestión de información multiusuario que integra y automatiza los procesos de negocio en aspectos operativos y productivos de la empresa, como una solución integral para conseguir la estandarización y centralización de la información de EL CLIENTE. También es objeto del contrato el soporte y la actualización del sistema"²¹.

Nótese entonces que no se trata de una compraventa o de una cesión de derechos sino que la común intención de los contratantes estaba

²⁰ Sala de Consulta del Consejo de Estado, consulta de marzo 8 de 2001, expediente No. 1327, C.P. César Hoyos Salazar.

²¹ Véase el folio 20 del cuaderno principal, más exactamente la cláusula primera del contrato *sub examine* referida al objeto del contrato.

dirigida a obtener: primero, la implementación del sistema y luego su licenciamiento o autorización de uso de manera indefinida, a cambio por supuesto de una remuneración económica previamente pactada por los contratantes.

Refuerza lo anterior el hecho de que en la cesión de posición contractual, se haya dispuesto lo siguiente: "[e]l Proveedor autoriza a la entidad renting para rentar el software al Cliente con la facultad de suprimir la licencia en caso de que El cliente incumpla el contrato". (Subrayas del Tribunal)

Es claro para el Tribunal que si CONIX hubiese sido realmente dueño del software, no necesitaría de la autorización de STARSOFTWARE para poderlo arrendar, mucho menos para cancelar la licencia de uso del mismo en el evento en el que EL COUNTRY le incumpliera.

El Tribunal también observa que en el documento denominado "CESIÓN DE ORDEN DE COMPRA" se habla de una compra y de unos derechos para comprar por parte del COUNTRY; sin embargo, dichas afirmaciones no constituyen prueba de algún intercambio o de un tránsito de patrimonios entre el creador del software y un nuevo adquirente.

Es importante recordar aquí que en derecho colombiano, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que con la cesión no existe modificación del contenido contractual y que, por lo tanto, la cesión no implica *per se* una alteración o modificación del contrato.

En palabras de la Corte:

*"En punto de la cesión de la posición contractual, se tiene que fue instituida [...] con el propósito de dotar al sistema jurídico de una herramienta para la preservación del contrato como instrumento de regulación de las relaciones económicas que se extienden en el tiempo, vale decir, para facilitar su circulación, en aras de asegurar la continuidad del mismo pese a la alteración de cualquiera de sus contrayentes"*²².

Es decir que lo único que se transmite con el contrato de cesión de posición contractual es la calidad que tenía el contratante cedente para el momento en el que la misma se perfeccionó, nada más, de lo que el Tribunal concluye que las obligaciones nacidas del contrato de implementación y licenciamiento de software No. 2012-006, continuaron incólumes y además que la reclamación de los perjuicios causados por

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de julio de 2012, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez, Ref.: 110131030261998-21524-01.

su incumplimiento puede encausarse por la vía de la acción arbitral, como en efecto ocurrió en el *sub lite*.

Para terminar este acápite introductorio, el Tribunal estima importante pronunciarse respecto de la solicitud de la parte demandante de excluir del presente trámite a SEGUROS DEL ESTADO S.A., en el sentido de aceptar la renuncia parcial frente a las reclamaciones relacionadas con la entidad aseguradora mencionada, continuar el proceso con STARSOFTWARE S.A.S. y descontar de las pretensiones de la demanda la suma de \$30.000.000.00.

B. Legitimación en la causa de CONIX

Se ha discutido en el presente trámite arbitral la legitimación de CONIX para demandar a STARSOFTWARE, por el incumplimiento del contrato de licenciamiento e implementación de un sistema de planificación de recursos empresariales o por sus siglas en inglés ERP (*Enterprise Resource Planning*) para el COUNTRY.

Sin embargo, el Tribunal observa un cambio de postura de la demandada, quien en la contestación de la demanda reconoció la calidad de cliente de CONIX, pero en los alegatos de conclusión lo denominó como un "tercero pagador" sin legitimidad para demandar.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado que los giros repentinos en la postura o actitud asumida en el proceso "*desconocen la buena fe y lealtad que ha de presidir una contienda, a la vez que infringen el derecho de defensa, en la medida en que introducen elementos y argumentos ajenos a los extremos originales del pleito, frente a los cuales, por razones obvias, la contraparte no ha contado con una adecuada oportunidad para contradecirlos o cuestionarlos.* (cfr. sentencias de 27 de marzo de 1998, exp. 4798, 4 de abril de 2001, exp. 5667, y 9 de mayo de 2005, exp. 04421-01, entre otras) (sentencia de 7 de septiembre de 2006, exp. 20371-01)"²³.

El Tribunal quiere agregar que STARSOFTWARE en ningún momento cuestionó su competencia para resolver el presente litigio; sólo en los alegatos de conclusión manifestó que en el devenir de la relación contractual objeto de estudio, se celebraron 3 contratos que no tienen una cláusula compromisoria que los vincule entre sí (el contrato de licenciamiento e implementación, el de "compraventa" y el de renting), lo cual es equivocado toda vez que para que exista coligación negocial, no se necesita que se estipule una cláusula arbitral en todos los

²³ Sentencia 12 de enero de 2007, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, exp. No. 76001-31-03-006-2000-00145-01.

contratos que se entienden interrelacionados, sino que basta que entre ellos exista una relación de medio a fin, o mejor, que sirvan para una misma funcionalidad u operación económica que permita ampliar el espectro de influencia del pacto arbitral perfeccionado en uno de ellos, a quienes no lo han consentido expresamente²⁴.

Lo anterior no significa que el Tribunal esté diciendo que CONIX sea un tercero o que abordará en este trámite arbitral las controversias jurídicas relacionadas con el contrato de renting, por cuanto nada de esto fue solicitado ni argumentado en la demanda arbitral, en donde se señaló que el mecanismo o vehículo jurídico que utilizó el demandante para legitimarse fue la cesión de posición contractual, negocio jurídico de sustitución cuya validez y eficacia vinculante ha sido reconocida por la parte demandada, aun cuando haya cambiado de postura en sus alegaciones finales.

La calidad de cliente de CONIX también fue advertida en la consideración segunda del otrosí No. 1 del contrato, en los siguientes términos: "*Que el 15 de marzo de 2012, mediante el documento denominado 'Cesión de Orden de Compra', fue cedida la posición contractual de la CORPORACIÓN COUNTRY CLUB EJECUTIVOS en el Contrato de Licenciamiento e implantación de software # 2012-006 a la sociedad CONIX S.A., y por tanto, actualmente esta última sociedad es la que ostenta la calidad de EL CLIENTE en dicho contrato*"²⁵.

Tanto es así que SEGUROS DEL ESTADO celebró un contrato de transacción con la demandante para que renunciara parcialmente a su *causa petendi* frente a dicha entidad aseguradora, e incluso STARS SOFTWARE la demandó en reconvención, de lo que el Tribunal concluye que la legitimación en la causa de CONIX se encuentra suficientemente demostrada.

Esa aptitud para demandar y ser demandado se encuentra entonces demostrada por CONIX, quien acreditó interés para demandar en razón a la asunción de la posición jurídica del COUNTRY y su cercanía con el objeto del litigio, como lo demuestra a las claras la demanda de reconvención interpuesta en su contra.

No en vano la legitimación *ad causam* se entiende como la correspondencia o sincronía del "*actor con la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación*

²⁴ GALGANO, Francesco. "Il Negozio Giuridico". Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 108 y 109.

²⁵ Véase el folio 37 del anexo 1 de la demanda.

pasiva)²⁶, la cual encuentra el Tribunal plenamente acreditada entre CONIX y STARS SOFTWARE.

Finalmente, conviene recordar lo que Carnelutti enseña en cuanto a la fijación del objeto del litigio: *"El juez, pues, tiene necesidad de las partes, no solo para saber si ellas tienen necesidad de él, sino para saber dentro de qué límites tiene la necesidad. No sólo, pues, nemo iudex sine actore, sino además ne eat iudex ultra petita partium²⁷. La regla según la cual el juez no puede juzgar más allá de la demanda, o sea que la demanda fija los límites de la potestad jurisdiccional, está fundada sobre este principio tan simple; en el terreno del acuerdo, el juez no puede ir más allá, solamente el desacuerdo libera su poder. Pero sin la obra de las partes estos límites, más allá de los cuales la obra del juez sería socialmente dañosa en lugar de útil, no podrían ser señalados²⁸.*

C. Alcance de las obligaciones contractuales

De la lectura del contrato el Tribunal aprecia tres prestaciones principales o fines contractuales: el primero, la implementación del software "Visual StarClub", el segundo, el licenciamiento a perpetuidad del mismo y, el tercero, el desarrollo del módulo de eventos.

Esto lo corrobora la cuenta de cobro presentada por STARS SOFTWARE a CONIX, con fecha del 26 de marzo de 2012, vista al folio 81 del cuaderno de anexos No. 1 de la demanda. En ella se discriminan los ítems mencionados en tres porcentajes: (i) para el de implementación se causó el pago del 50%; (ii) para el de licenciamiento se causó el pago del 20% y (iii) para el de desarrollo se causó el pago del 50%.

Estos valores fueron pagados por CONIX a título de anticipo, de conformidad con las cláusulas 9ª, 10ª y 11ª del contrato, por la suma de \$168.325.000, los cuales fueron recibidos sin ningún reparo u objeción por parte de STARS SOFTWARE²⁹.

²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *"Instituciones de Derecho Procesal Civil"*, México, Volumen I, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989, p. 19.

²⁷ Citado por el autor: *"Sistema di diritto processuale civile, cit., I, pág.409; Istituzioni del proceso civile italiano, cit., I, pág. 204; Chiovenda, Principii di diritto processuale civile, cit., pág. 793; e Istituzioni di diritto processuale civile, cit., II, pág. 288; Calamandrei, Istituzioni di diritto processuale civile, I, pág. 182; Chiovenda, sulla regola 'ne eat iudex ultra petita partium', en Saggi di diritto processuale civile., pág. 157"*.

²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *"Derecho procesal civil y penal"*, Buenos Aires, Tomo I, Edit. EJE, 1971, p. 106.

²⁹ Véase los folios del 81 a 83 de los anexos de la demanda No. 1 y la página 6 de los alegatos de conclusión.

Los otros pagos de estos rubros quedaron condicionados a lo siguiente: (i) el 30% adicional de la implementación a la culminación de la parametrización y el 20% restante a la puesta en producción y emisión de los primeros estados financieros a satisfacción del cliente³⁰; (ii) el 80% restante del licenciamiento a la puesta en producción³¹ y emisión de los primeros estados financieros a satisfacción del cliente y, finalmente, (iii) el 50% restante del desarrollo *"al cumplimiento de las especificaciones y la puesta en producción a plena satisfacción del CLIENTE"*³².

Nótese que "la puesta en producción" era la condición predominante para que se causara el pago completo del valor del contrato, la cual se entendía realizada en *"el momento en que el sistema empieza a ejecutarse en la operación propia del negocio"*³³. Es decir que sin ejecución del software no habría remuneración o contraprestación por la labor encomendada (implementación, licenciamiento y desarrollo).

En este orden de ideas, el proyecto informático del COUNTRY no sólo comprendía la implementación de un ERP como un producto terminado sino además el licenciamiento de esa herramienta y el desarrollo de una funcionalidad adicional (eventos).

La otra condición era la entrega a plena satisfacción del cliente, la cual es definida en el contrato como *"el adecuado cumplimiento de las obligaciones del contrato a cargo del CONTRATISTA, previa verificación por parte del CLIENTE del cumplimiento de las especificaciones técnicas del servicio prestado, según lo estipulado en el contrato y la propuesta presentada por el CONTRATISTA"*³⁴.

Lo anterior se encuentra en armonía con lo que la doctrina ha denominado *"moderno concepto de entrega en contratación informática"*, según el cual *"el sistema entregado físicamente, instalado y puesto en marcha, tampoco completa el moderno concepto de entrega, ya receptado por la jurisprudencia. Una vez puesto en marcha el sistema, corresponde la verificación del denominado test de aceptación, periodo durante el cual el sistema deberá operar para determinar si efectivamente responde a los estándares requeridos por el*

³⁰ Véase la cláusula 9ª del contrato.

³¹ Véase la cláusula 11ª del contrato.

³² Véase la cláusula 10ª del contrato.

³³ Véase el literal p) del acápite de definiciones del contrato.

³⁴ Véase el literal q) del acápite de definiciones del contrato.

*usuario e incorporados a la oferta del proveedor. Si ello efectivamente es así, es decir responde a dichos estándares, corresponderá, como lo analizaremos en el acápite siguiente la suscripción del acta de recepción definitiva, momento en el cual se verifica efectivamente la entrega en contratación informática*³⁵.

Es decir que el concepto de entrega en la contratación informática entraña el test de aceptación y el acta de recepción definitiva del software, por cuya virtud el cliente declara satisfecho su *cahier de charges* o las especificaciones técnicas y funcionales requeridas al proveedor tecnológico.

También se autorizó a la demandada para realizar cambios al software bien sea para adaptarlo o corregirlo, e incluso para mejorarlo en cuanto a una nueva funcionalidad, pero después de haber concluido el proceso de implementación³⁶.

Entre las obligaciones específicas de la demandada, el Tribunal observa las siguientes: "1) *Entregar el software debidamente instalado y en operación [...] 4) Coordinar, dirigir y realizar, con el apoyo del grupo de trabajo del CLIENTE, el montaje del proyecto para la implantación de la solución [...] 7) Realizar proceso de migración o poblado de las bases de datos con la información entregada por el CLIENTE según metodología del CONTRATISTA [...] 12) Cumplir con la implementación del sistema en el tiempo establecido*"³⁷.

El cliente, por su parte, asumió las siguientes obligaciones específicas con incidencia en la ejecución del proyecto: "1) *Disponer de los recursos para adecuar la infraestructura tecnológica de la organización según necesidades del proyecto. 2) Mantener los recursos físicos, técnicos y humanos necesarios y funcionando correctamente, para llevar a cabo la implementación [...] 5) Asignar el recurso humano idóneo con el perfil requerido para el proyecto según solicitud del CONTRATISTA. 6) Disponer del tiempo de dedicación por parte del equipo humano asignado al proyecto. 7) Proporcionar información de calidad como parte fundamental en la exitosa ejecución del Contrato. 8) Suministrar y digitar, con su propio personal y en los tiempos acordados en el cronograma, toda la información necesaria para el óptimo funcionamiento del software*"³⁸.

³⁵ ALTMARK, Daniel Ricardo y QUIROGA, Eduardo Molina. "Tratado de Derecho Informático", Buenos Aires, Tomo II, La Ley, 2012, p. 10 y 11.

³⁶ Véase el literal k) del acápite de definiciones del contrato referido a las actualizaciones.

³⁷ Véase la cláusula 22ª del contrato.

³⁸ Véase la cláusula 23ª del contrato.

D. Análisis de los incumplimientos alegados

El Tribunal pasa a referirse a los incumplimientos imputados tanto en la demanda principal como en la de reconvenición, luego de haber dilucidado la causa final del contrato *sub examine* y el alcance de las obligaciones contractuales asumidas por CONIX y STARS SOFTWARE, para lo cual procederá a analizar el material probatorio con el que se provisionó este litigio.

El contrato tenía una duración inicial de 300 días para la implementación, los cuales comenzaban a contarse a partir de la aprobación por parte del cliente de las pólizas de cumplimiento y buen manejo del anticipo³⁹. También se convino un término de 1 año para efectos de realizar el mantenimiento, soporte y actualización del software instalado, plazo que se contaría a partir de la implantación óptima del sistema, el cual era susceptible de renovaciones automáticas siempre que alguna de las partes no manifestara su intención de querer seguir prestando o recibiendo dichos servicios⁴⁰.

El plazo contractual fue extendido en tres (3) oportunidades sin que se hubiera logrado la causa final del contrato, esto es, la entrega del software ofrecido, frente a lo cual, como se explicó, es claro para el Tribunal que ni siquiera se alcanzó a llegar a la etapa de puesta en producción de la herramienta tecnológica.

Recuérdese que la demandada tenía la obligación de "*entregar el software debidamente instalado y en operación*"⁴¹ y de "*cumplir con la implementación del sistema en el tiempo establecido*"⁴², con lo cual el hecho de no haberse llegado a la puesta en producción del sistema "Visual StarClub" dentro del plazo contractual extendido, la coloca en situación de incumplimiento.

Ahora bien, las razones esgrimidas por la demandada para justificar la no entrega del software en el plazo estipulado, son las siguientes: (i) la mala calidad de la información suministrada por EL COUNTRY; (ii) el cambio en la metodología de implementación por parte del Gerente del proyecto designado por EL COUNTRY; (iii) la no asignación adecuada de recursos tanto económicos como de personal; (iv) la falta de gestión de

³⁹ Véase la cláusula 19ª del contrato.

⁴⁰ Lo cual debía hacerse dentro de los 3 meses previos a la fecha de terminación, de conformidad con la cláusula 20ª del contrato.

⁴¹ Véase el numeral 1) de la cláusula 22ª del contrato.

⁴² Véase el numeral 12) de la cláusula 22ª del contrato.

la matriz de riesgos; (v) la falta de suministro de un proveedor y de equipos necesarios para la implementación del proyecto; (vi) la falta de autonomía e independencia del proveedor para la implementación, entre otras, las cuales no tienen en el plenario un respaldo probatorio sólido y contundente que le permita al Tribunal reconocerlos como verdaderas causas justificativas de la no entrega.

En efecto, la calidad de la información (o de la *data*) entregada por EL COUNTRY no afectaba la adecuada implementación del proyecto, como lo observa el Tribunal de la comunicación del 15 de noviembre de 2012, enviada por la representante legal de la demandada a SEGUROS DEL ESTADO, donde se lee: "Se presentó algunos retrasos en especial por el tiempo utilizado en el llenado de bases de datos que es una labor que cumple el cliente *sin embargo esto es factible que suceda debido al mismo volumen de información; pero que en beneficio del proyecto nosotros como contratistas no objetamos este evento con el propósito de tener lo más completa la BDD y que se provea información de calidad. Adicionalmente se optó por decisión al interior de nuestra firma de realizar un proceso de optimización al software que básicamente es el que nos causó dificultades al iniciar la etapa de entrenamiento (resaltada en amarillo en anexo anterior) posterior a la fase de parametrización y que si bien genera un retraso por efectos del proceso de revisión es recomendable llevar a cabo la validación pero que de ninguna manera impedirá continuar con el proyecto de implementación y en si forma parte del proceso de evolución del sistema"*⁴³. (Subrayas del Tribunal).

Es claro para el Tribunal que la interrupción del ritmo de implementación del proyecto fue causada entonces por "el proceso de optimización" que la demandada quiso realizar a su producto, y no por la calidad de la información suministrada por el destinatario del programa, la cual no fue objetada por STARS SOFTWARE durante la ejecución del contrato.

Lo anterior lo corrobora la representante legal de la demandada en comunicación del 30 de agosto de 2012, en los siguientes términos:

"Observaciones realizadas frentes (sic) algunos defectos presentados del sistema:

En este aspecto me permito informar que se está atendiendo lo reportado en relación a algunos defectos del sistema *originados en el proceso de optimización el cual se respalda como parte de la evolución tecnológica que hace parte del ciclo de vida del mismo software y*

⁴³ Folios 353 a 355 del anexo 3 de la demanda.

ajustándolo a la versión de BDD instalada en el servidor del club y así permitir avanzando en la misma evolución del sistema; para lo cual se organizó el plan de trabajo de validación liderado de parte nuestra que permita verificar las funcionalidades o formularios antes de su capacitación al personal que conforma el equipo implementador; es de aclarar que es posible que se pase algún punto pero igualmente es atendido por nuestro personal de desarrollo como parte de la atención de requerimientos contemplado dentro del proceso de implementación sin que se deba catalogar dentro de la figura del mantenimiento que contempla el contrato; el cual opera en el momento que el sistema sea puesto en producción⁴⁴. (Subrayas del Tribunal).

Nótese que la misma representante legal de la demandada aclara que el proceso de optimización del software no hacía parte de la facultad de mantenimiento, soporte y actualización del sistema prevista en la cláusula octava del contrato.

Ahora bien, el impacto del proceso de optimización en el ritmo de ejecución del proyecto, también fue puesto de presente por el Gerente del proyecto designado por EL COUNTRY, quien en vista de los errores en el sistema, en comunicación del 29 de agosto de 2012, manifestó:

"Basados en los hechos que se han venido presentando y de las conversaciones sostenidas en las que hemos debatido en cuanto a los errores que en general se presentan en el sistema ERP Star Club y especialmente evidenciados durante el inicio de las capacitaciones, debemos corregir las fallas, de manera eficiente, que puedan estarse presentando, para mejorar la eficacia de la implementación referida, y evitar que se puedan generar incumplimientos y retrasos que puedan llevar a situaciones no deseadas por las partes en el proyecto. A continuación enumero algunas falencias que se están presentando, y luego planteo un plan de choque que creo contribuye a la mejora referida.

- *La gerencia del proyecto por parte del contratista, indica que están actualmente en un proceso de optimización del código del sistema ERP Star Club sobre la versión que nos están implementando en el club, lo que genera errores persistentes y de manera continua afectando el normal desarrollo del proyecto.*
- *También la gerencia del proyecto por parte del contratista informa que están migrando el sistema ERP Star Club para que funcione también en la base de datos Oracle, lo que suma al tema de errores persistentes en el sistema, afectando el normal desarrollo del proyecto.*

⁴⁴ Véase el folio 187 del anexo 2 de la demanda.

[...]

- *Los gerentes del proyecto de ambas partes acordaron flexibilidad durante la migración y digitación de los datos en cuanto a los errores que se vienen presentando, ya que no necesariamente paraban el desarrollo del proyecto porque como se manejaban varios frentes era posible cambiar de uno a otro mientras se corregían los errores, pero que los errores serían eliminados para el momento de las capacitación de usuarios, que empezamos la semana del 21 al 24 de Agosto, se presentaron incidentes de errores en la capacitación con los usuarios finales o en revisiones previas en cuentas por pagar, tesorería, contabilidad y socios, inclusive el domingo 26 de Agosto estuvimos con el ingeniero implementador haciendo revisiones de correcciones que se iban a realizar, resultando de todas maneras errores e incumpliendo el acuerdo al que se llegó por parte de los gerentes del proyecto.*
- *La calidad de datos entregados por el club para ser migrados en el sistema no ha sido validado oportunamente, pues se dan casos de información, que nos dijeron que estaba bien y que no fueron validadas sino hasta último momento por parte del contratista, generando re procesos ó retrasando el trabajo, sin embargo este tema no debe incidir en presentar errores a la hora de operar el sistema y/o de capacitar, pues el sistema puede funcionar sin migraciones, parametrizando y creando los datos directamente desde cero, o sea que esto no incidiría en la generación de errores”⁴⁵.*

Para el Tribunal el diagnóstico realizado por el Gerente del proyecto sobre las falencias de STARS SOFTWARE en la implementación del sistema ofrecido, demuestra que la privación de la prestación en el *sub lite* sobrevino por causas imputables a la demandada y no al destinatario del programa de computación ofrecido.

Además, el hecho de que el plan de choque para superar los problemas advertidos en la implementación del sistema haya surgido del COUNTRY, le permite al Tribunal concluir que el personal designado por él era idóneo y capacitado para adecuar la infraestructura tecnológica al sistema “Visual StarClub”.

Sobre el cambio en la metodología que implicó el plan de choque propuesto por EL COUNTRY, el Tribunal no encontró en el plenario ningún reproche u objeción por parte de la demandada; es más, en comunicación del 11 de junio de 2013, la representante legal de STARS SOFTWARE felicitó al Gerente del proyecto por respetar la

⁴⁵ Véase el folio 182 a 182 del anexo 2 de la demanda.

metodología en cada una de las etapas y haber fomentado el trabajo en equipo.

Se lee en dicha comunicación, lo que sigue:

"Sandro por favor te pido que se dedique tiempo a entregar entre hoy y mañana la información y todo lo que por favor nos vaya resultando producto de la verificación pues no existe objeto de revisar algo que está sin terminar o llenar como ya sucedió; sin terminar de parametrizar. Es en este punto donde te pido especial apoyo pues si antes no se tenía presión de entregar la información en este momento se necesita; recuera (sic) que la 'Revisión' es una capacitación para el líder implementador y es aquí donde se debe dar instrucción para que cada acción se haga como debe operar el sistema y evitar al máximo dilatación en alguna actividad que no conlleve avance del proceso; agradezco la aplicación de la metodología en cada etapa y tu apoyo pues es el resultado del trabajo en equipo y no solo nuestro. Nota: Incluso para subir la información que van enviando se requiere algunas horas y por ese hecho informo que se está asignando un recurso independiente"⁴⁶. (Subrayas del Tribunal).

El tema de la verificación tardía de la información por parte de la demandada, también encuentra soporte probatorio en los siguientes correos electrónicos:

- En respuesta a correo electrónico del 26 de julio de 2013, el Gerente del proyecto designado por EL COUNTRY, señaló: *"Aunque estamos hablando es de proveedores, y es lo que estábamos trabajando, ustedes acaban de enviar un correo de revisión de socios, reitero esta información fue enviada desde mayo 25 de 2012..."⁴⁷. (Subrayas del Tribunal).*
- El día 5 de agosto de 2013, frente a requerimiento de información de STARS SOFTWARE, el Gerente del proyecto respondió: *"les recuerdo que esta información fue entregada en Mayo 25 de 2012, por lo que no es coherente que apenas hoy Agosto 05 de 2013, o sea 1 año y 1 mes después nos estén pidiendo este tipo de aclaraciones, sin embargo a continuación les explicamos [...]"⁴⁸. (Subrayas del Tribunal).*

⁴⁶ Folio 766 del anexo 7 de la demanda.

⁴⁷ Folio 775 del anexo 7 de la demanda.

⁴⁸ Folio 780 del anexo 7 de la demanda.

El Tribunal también constató además que a menos de 2 meses para vencer el plazo contractual extendido para lograr la implementación, STARSOFTWARE todavía estaba mandando instructivos para iniciar apenas la parametrización contable.

En efecto, en correo electrónico del 22 de agosto de 2013, el Gerente del proyecto del COUNTRY, manifiesta: "*Camilo por favor revisamos y desarrollamos esta solicitud, que aunque la estructura fue entregada en dos momentos anteriores (junio de 2012 y julio de 2013), Nancy está enviando un 'instructivo' para llenar la estructura de presupuesto, sin embargo considero muy a destiempo la solicitud, revisión y el envío de instructivos a estas alturas, dado que esto debía estar para operación inicialmente en enero de 2013 y luego para el el (sic) 30 de julio de 2013 en operación*"⁴⁹.

Y faltando menos de un mes para la expiración del plazo contractual, STARSOFTWARE no había entregado el instructivo mencionado, como se demuestra en correo electrónico del 19 de septiembre de 2013, donde se lee: "*Seguimos a la espera de que nos Envíe (sic) la señora Nancy la planilla modificada para la realización del presupuesto tal como quedamos en la teleconferencia del mes de agosto donde se le informó que la estructura expuesta por ellos no es aplicable a nosotros ya que la líneas de negocios en su interior está conformada por centros de costos los cuales tienen un presupuesto individual tanto de ingresos, costos y gastos, y que nuestra estructura de costos se monta desde abajo hacia arriba y no de arriba hacia abajo como ella no lo expone*"⁵⁰.

Para esos días también surgió el problema del acceso a los servidores del COUNTRY, frente a lo cual el Gerente del proyecto en correo electrónico del 23 de septiembre de 2012, señaló: "*Como ya les hemos indicado de manera reiterativa, el acceso a nuestros sistemas de información con los privilegios que están solicitando (infraestructura de seguridad), no es posible brindarlos, porque para hacerlo tendrían que tener nuestros usuario y claves de administradores, cosa que no puede ser posible, pero aclaramos también los puntos sobre los que técnicamente nos hemos movido: a. Esta solicitud de parte de Star Software se viene dando en los últimos días, no durante todo el proyecto. b. Durante el proyecto (desde marzo de 2012) no ha sido necesario los privilegios totales, solamente de la base de datos del proyecto (StarClub), para el resto de actividades técnicas el club ha dispuesto de personal técnico idóneo para atender sus necesidades, y así se ha hecho cuando ha sido necesario"⁵¹. (Subrayas del Tribunal).*

⁴⁹ Véase del folio 801 a 802 del anexo 7 de la demanda.

⁵⁰ Ibídem.

⁵¹ Folio 806 del anexo 7 de la demanda.

No aparece en el plenario explicación del súbito interés de STARS SOFTWARE por acceder de manera irrestricta a los servidores del COUNTRY, de lo cual el Tribunal infiere que se trataba de un requerimiento afanoso e incausado de la demandada *ad portas* del vencimiento del plazo contractual.

Estos acontecimientos también encuentran respaldo probatorio en diferentes testimonios practicados dentro del proceso que por su convergencia con la prueba documental valorada en líneas anteriores, le brindan al Tribunal elementos de juicio relevantes para establecer las causas de la no entrega del software.

En cuanto al impacto del proceso de optimización en el cronograma del proyecto, Sandro Sánchez, Gerente del proyecto, manifestó: *"Cuando detectamos tantos errores y esto, STARS SOFTWARE nos indicó – nosotros no lo solicitamos – que los errores les estaban pasando porque ellos estaban haciendo una mejora del software. Técnicamente cuando usted está implantando un software y va a hacer una mejora, no puede hacerlo sobre ese software; usted lleva un proyecto alterno donde lo mejora y cuando obtenga los resultados que necesita, actualiza el otro, pero no sobre el mismo proyecto de implantación"*.

Sobre la no entrega del software y las causas del incumplimiento, Adriana Escobar, representante legal del COUNTRY hubo de señalar:

"No se pudo ejecutar, no se pudo probar que el software funcionara en ese momento allá en las instalaciones de ellos en Bogotá. Entonces recomendamos a la junta, porque en esto siempre somos parte todos y cada uno tiene su mirada; recomendamos que se contratara a una firma experta en implementación de sistemas de información, que nos ayudara a entender también donde estaba la dificultad que ellos estaban teniendo para podernos cumplir, y esta firma, que es AZURIAN, entra, hace un trabajo de análisis, diseña unas pruebas para ellos de manera independiente evaluar cómo estaba el sistema, y esas pruebas efectivamente no se pudieron correr. Esta firma emitió un concepto, obviamente con recomendaciones para las partes, porque digamos que ellos desde su mirada decían que nosotros desde ese mismo octubre debíamos desde la gerencia del proyecto haber suspendido, porque no nos habían cumplido. O sea, ahí hubo recomendaciones para todos, pero la conclusión final fue que ellos iban a ser incapaces de implementar el sistema de información, por la manera como habían hecho unos cambios internos en su sistema de información que les impedía, así quisieran, podernos entregar la herramienta que nos habían vendido. Según este concepto, ellos nos lo vendieron a nosotros desarrollado en una base de datos, parece ser que hicieron muchos esfuerzos incluso por

entregarnos algo mejor de lo que nos vendieron, y en ese cambio que hicieron fueron incapaces de cumplir. Y el Club tenía una necesidad importante, porque era vulnerable en sus sistemas de información, entonces no podía quedarse otorgando; ya había otorgado el doble del plazo, en esas últimas etapas CONIX estuvo siempre ahí, con una ingeniera de sistemas invitada, siempre que hacíamos las pruebas, yo participé directamente. Cuando intentamos hacer las pruebas, salían errores, incluso el desarrollador sentado ahí trataba de corregir los errores, debíamos despachar otra vez a los usuarios, a las personas que estaban del Club participando de la implementación, porque el error no les dejaba seguir, y volvíamos y programábamos otras reuniones y volvíamos a intentarlo. Esto se volvió ya una cosa donde definitivamente no vimos ningún avance, fue imposible que ellos lo pudieran cumplir. Entonces ya se le recomendó a la junta y a CONIX, con este diagnóstico independiente, que era mejor no prorrogar más el contrato". (Subrayas del Tribunal).

Lo anterior coincide con lo afirmado por Natalia Garcés, funcionaria de CONIX, quien al preguntársele por las causas de la no entrega del producto tecnológico, manifestó: *"¿Por qué no cumplió? Pues porque un sistema tiene que tener unos lineamientos, unos alcances, y si no los cumple sencillamente no funciona. Dentro de la parte de sistemas y de ingeniería como tal de desarrollo de software, normalmente se manejan unas tablas que inicialmente parecían muy congruentes, pero que al final no tenían congruencia. STARSOFTWARE hizo unos cambios que siento, a mi juicio, que finalmente lo que hicieron fue perjudicar aún más el producto, como estaba inicialmente a como posteriormente lo cambiaron; entonces finalmente no se cumplió con lo que se esperaba. O sea, para ponerles un ejemplo más claro y más real: si yo tengo un producto donde espero sacar, no sé, tengo diez botellas de vino en un inventario, y saco una de la cocina, me deben quedar nueve; si no quedan las nueve, eso no cumple con el objetivo, no hace lo que yo estoy pidiendo que haga. En sí un software es un producto, es algo de resultados [...]"*. (Subrayas del Tribunal).

Ahora bien, en los testimonios de los señores Alfonso Vega y Carlos Santana, quienes participaron en el proyecto de implementación por parte de STARSOFTWARE, se mencionan como causas de la no entrega del sistema "Visual StarClub": la no asignación de recursos tanto económicos como de personal y la mala calidad de la información suministrada por EL COUNTRY; sin embargo, la circunstancia de que no se hayan documentado los supuestos requerimientos por estos hechos, constituye para el Tribunal un indicio grave o prevaeciente de la inexistencia del incumplimiento endilgado.

Así quedó evidenciado en el testimonio del señor Carlos Santana, cuando se le preguntó si se había documentado algún requerimiento por parte de STARSOFTWARE ante la supuesta falta de personal del COUNTRY.

Se lee en el testimonio del señor Santana, lo que sigue:

"PREGUNTADO: *¿Sabe usted si se le dio a conocer al Country Club que hacía falta personal para la implementación y por qué medios se hizo? Usted nos dice el Country Club no puso sino dos personas. ¿Ustedes le dijeron al Country Club: 'nos falta gente, ayúdenos'?* **CONTESTÓ:** *Para mi seguramente yo lo transmití verbalmente a mis líderes, para este caso la señora Nancy y don Alfonso, pero ya los medios que ellos ya hayan usado para decirle: 'oiga, faltó personal', yo asumo que por correo o algo así, porque digamos que no es como competencia mía decirle. No, es el proyecto, yo me dirijo a mi líder implementador y ya sobre él seguramente desplegará el proceso.* **PREGUNTADO:** *¿Sabe usted dentro del equipo de STARSOFTWARE, quién era el que se comunicaba con Sandro?* **CONTESTÓ:** *Sí, la señora Nancy.* **APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE:** *Yo no tengo más preguntas.* **PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, ÁRBITRO:** *Entonces si le entiendo bien, Carlos, no está documentado un requerimiento que STARSOFTWARE le haya hecho a Country Club sobre la escasez de personal.* **CONTESTÓ:** *No estaría seguro de eso, o sea, no sé si lo puedo preguntar, no sé si la señora Nancy le envió correo. O sea, más o menos es que yo transmito como consultor la idea a mi líder de proyecto, y ya él se encargará con el líder del Country, de organizar el tema. Pero no quiere decir que yo tome la vocería de decir: 'no, es que falta'. Es ya con los líderes del proyecto".* (Subrayas del Tribunal).

Respecto de los recursos asignados por EL COUNTRY para la implementación del proyecto, el señor Luís Fernando Escalante de AZURÍAN, señaló: *"Lo que pasa es que normalmente, sobre todo nosotros aquí en el punto 2.2., página 6, estamos hablando de recursos y aclaramos que implica la identificación y definición de los recursos humanos necesarios para sacar adelante el proyecto dentro de los tiempos y con el alcance definido. Los hallazgos fueron los siguientes: los recursos de parte del cliente se identificaron y estuvieron disponibles para la implementación. A los recursos se les divulgaron sus responsabilidades sobre lo que tenían que hacer, no había un plan mensual, semanal de lo que se debía ejecutar por cada recurso, que es una práctica normal, y el personal de desarrollo y soporte del proveedor evidenciamos que era un poco pequeño, teniendo en cuenta la cantidad de clientes y complejidad que tienen. ¿Por qué? De cara al proyecto considerábamos que era necesario tener probablemente más gente atendiendo el desarrollo, teniendo en cuenta la envergadura de lo que*

estaban haciendo [...] El cliente no, yo no dije nada del cliente. Yo dije que, y le repito, los recursos de parte del cliente estuvieron identificados y disponibles para la implementación del sistema. A los recursos se les divulgaron sus responsabilidades sobre las tareas que se debían ejecutar a nivel macro, pero nunca se especificó de manera anticipada el detalle de las mismas. No había un plan mensual o semanal de lo que se debía ejecutar por recurso, y el personal de desarrollo y soporte del proveedor se evidencia reducido, teniendo en cuenta la cantidad de clientes y complejidad de los mismos. Entonces estoy hablando es del personal del proveedor [...]". (Subrayas del Tribunal).

Es claro entonces para el Tribunal que la asignación de recursos por parte del destinatario del software fue la adecuada, lo que no ocurrió con el personal designado por la demandada para llevar a cabo las optimizaciones al producto ofrecido. Además, el hecho que no se haya entregado a tiempo el módulo de eventos, también le indica al Tribunal que el proveedor no destinó suficiente parte de su equipo para cumplir con sus compromisos contractuales.

Ahora bien, un verdadero sistema modular y multiusuario como el ofrecido por STARS SOFTWARE, debería seguir operando incluso ante la detección de errores en el software con los módulos que se suponía se encontraban en buen estado; de lo contrario es dable considerar por el Tribunal que el programa tenía serias falencias estructurales o de programación.

Lo anterior quedó evidenciado en la cláusula segunda del otrosí No. 2, donde se afirma: "*Durante el periodo de ampliación del término para la implementación del licenciamiento del sistema sobre el que versa el Contrato de licenciamiento e Implantación de software # 2012-006, EL CONTRATISTA deberá realizar todas las acciones necesarias para superar todos y cada uno de los errores que presenta el sistema, errores que han impedido concluir la adecuada implementación del sistema Visual StarClub.*

Así mismo, durante este periodo de ampliación el CONTRATISTA también deberá hacer una revisión general del sistema de manera que en el momento de instalación dentro de dicho periodo de ampliación, además de haber superado los errores hasta ahora identificados, no se presenten otros adicionales"⁵². (Subrayas del Tribunal).

Recuérdese que la modularidad es la aptitud que tiene el sistema para funcionar por módulos independientes, que integran el conjunto pero

⁵² Véase el folio 40 del anexo 1 de la demanda.

que tienen autonomía entre sí⁵³. No hay prueba en el expediente que permita tener por demostrado que algún módulo del programa "Visual StarClub", adaptado a las necesidades del COUNTRY, realmente funcionara en el ecosistema informático del club.

Sobre la inoperatividad del sistema Visual StarClub en EL COUNTRY, su representante legal expresó: **"PREGUNTADA:** *Yo me imagino que eso es como un ecosistema y que puede haber una ejecución parcial del módulo, porque se habló que había habido entregables, entregas parciales.* **CONTESTÓ:** *No, no hubo.* **PREGUNTADA:** *¿No hubo?* **CONTESTÓ:** *No hubo entregas parciales.* **PREGUNTADA:** *Explíqueme al Tribunal.* **CONTESTÓ:** *No hubo, ni hay ningún documento ni ningún recibo de nada, absolutamente nada definitivo. Nosotros no alcanzamos a recibir ningún módulo operable, absolutamente ninguno. Yo estuve ahí todo el tiempo, porque esta es una cosa donde uno no quiere que algo le salga mal, y cuando uno tiene una responsabilidad ante una comunidad de socios y ante una junta directiva, digamos que yo participé ahí directamente; ustedes pueden ver en las actas de las reuniones que en muchas estaba yo ahí, porque yo también necesitaba entender dónde se estaban presentando las dificultades y entender si eventualmente podía ser algo que tuviera que ver con nosotros para poderlo resolver, y definitivamente no, o sea, no recibimos nada funcionando, nada lo pudimos ver trabajando con la información del Club; fue imposible*". (Subrayas del Tribunal).

En punto a la suspensión de las capacitaciones por parte del COUNTRY, durante la última prórroga del contrato y a su incidencia en la independencia y autonomía del proveedor de tecnología, el Tribunal estima razonables los argumentos esgrimidos por la representante legal del COUNTRY para fundamentar su decisión de no continuar con la capacitación de una herramienta que no funcionaba y que mostró muchos y graves errores en la etapa de implementación.

En correo electrónico del 16 de septiembre de 2013, enviado por Adriana Escobar, representante legal del COUNTRY a Nancy Arévalo, representante legal de STARS SOFTWARE, se lee: "... *Por nuestra parte, como usuarios y arrendatarios en el contrato entre CONIX y la Corporación Country Club de Ejecutivos, hacemos expresa remisión a nuestra carta del 12 de septiembre de 2013, dirigida a CONIX y con copia a usted, en la cual se da cuenta de los resultados de la ejecución de los scripts de pruebas efectuadas los días 28, 29 y 30 de agosto de 2013, según las cuales, la herramienta no ha podido ser estabilizada, mucho menos implantada hasta la fecha.*

⁵³ Cfr. ALTMARK, Daniel Ricardo y QUIROGA, Eduardo Molina. "Tratado de Derecho informático", ob. cit., ant., p. 13.

Así las cosas, para nosotros no es claro que usted pretenda adelantar capacitación sobre una herramienta que en la práctica no es útil para los fines del contrato con CONIX, en el cual somos arrendatarios.

[...]

Como usuarios haremos las constancias del caso en su presencia con la herramienta en frente, y estimamos que antes de proceder con cualquier capacitación, usted deberá poder demostrar que los múltiples errores estructurales de la herramienta de software contratada, han sido solucionados. De lo contrario no vemos cual es su intención al forzar una capacitación en este estado de cosas⁵⁴. (Subrayas del Tribunal).

Al día siguiente, Adriana Escobar del COUNTRY le vuelve a escribir lo siguiente a Nancy Arévalo, representante legal de STARS SOFTWARE:

“Siempre hemos viabilizado la realización de todas las actividades incluidas en el cronograma propuesto por ustedes, poniendo toda nuestra buena disposición para colaborar en todo lo que ha sido necesario, ampliando los plazos, disponiendo los recursos de manera permanente y cumpliendo con los requisitos de información en oportunidad y alcance para permitirles a ustedes avanzar en el proceso.

*Las pruebas realizadas los días 28, 29 y 30 de agosto evidenciaron **graves errores** del sistema que impidieron la evolución de los scripts de pruebas de los once ciclos de negocio, pudiendo probar solamente el 18% del total de los ciclos, dadas las dificultades reiterativas que consumieron el tiempo previsto en el cronograma para la revisión que se tenía prevista.*

*Les recuerdo que los retrasos del proyecto obedecen a causas imputables a ustedes por la corrección permanente de errores. Nosotros estamos dispuestos a recibirlos para realizar nuevamente las pruebas **el jueves 19 y viernes 20 de septiembre**, toda vez que ustedes nos manifiestan que las últimas dos semanas se han concentrado en corregir los errores. Si estas pruebas se dan a satisfacción daremos inicio a la capacitación, porque de lo contrario, esto será inútil desde todo punto de vista, mientras el software no funcione.*

Debemos verificar el cumplimiento mínimo de requerimientos del sistema, pues este será un nuevo intento en el que los usuarios se dispondrán a recibir dicha capacitación por parte de ustedes sin que haya sido posible adelantarla por errores reiterativos desde hace más de un año⁵⁵.

Las capacitaciones se debían dar sobre un software que estuviera en condiciones de operar y no sobre un sistema que se encontraba todavía

⁵⁴ Véase folio 788 del anexo 7 de la demanda.

⁵⁵ Véase folio 792 del anexo 7 de la demanda.

en proceso de optimización y presentando errores. Es más, muchos de ellos se comenzaron a detectar en las primeras capacitaciones que se intentaron realizar durante los primeros 10 meses de ejecución del contrato, frente a lo cual es entendible por el Tribunal que las directivas del COUNTRY hubieran decidido suspenderlas.

El Tribunal considera que la suspensión de las capacitaciones no fue una medida dirigida a interferir con la autonomía e independencia del contratista para impedirle la entrega del software, sino más bien una manera de mitigar los efectos del incumplimiento previsible del proveedor tecnológico.

Del deber de mitigación del daño la Corte Suprema de Justicia ha dicho: *"En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido"*⁵⁶.

En el presente caso, la suspensión de las capacitaciones obedeció a la reiteración de errores graves de programación que se siguieron presentando en el sistema "Visual StarClub" a pesar de las prórrogas contractuales.

Respecto de los viáticos impagados, el Tribunal no encontró demostrado que a la fecha de presentación de la demanda, STARSOFTWARE hubiera cumplido con la condición contractual establecida para hacerlos exigibles, esto es, que hubiera facturado seis (6) cuotas de manera mensual para que fueran canceladas por el contratante dentro de los 30 días siguientes a su radicación⁵⁷, razón por la cual no se vislumbra aquí un incumplimiento grave o esencial de CONIX que aniquile su pretensión resarcitoria.

En los anexos de la demanda de reconvención se aportaron 2 facturas, una del 24 de septiembre de 2013 sin señal de aceptación o radicación por parte del COUNTRY, y otra, del 15 de enero de 2013, la cual aparece anulada.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2010, M. P.: Arturo Solarte Rodríguez, Ref.: 11001-3103-008-1989-00042-01.

⁵⁷ Véase la cláusula 14ª del contrato.

Tampoco observa el Tribunal un actuar descuidado del COUNTRY como arrendataria de CONIX en la gestión de la matriz de riesgos informada por STARS SOFTWARE al comienzo de la implementación; por el contrario, se percibe una actitud proactiva del Gerente del proyecto al punto de proponer un plan de choque para superar la problemática generada en razón a la optimización del código del software "Visual StarClub".

En síntesis, es claro para el Tribunal que hubo por parte de STARS SOFTWARE un error de planeación en la implementación y un actuar imprudente al realizar un proceso de optimización del software ofrecido, sin haber superado la etapa de verificación de errores de la mencionada mejora.

Antes de celebrar un contrato se deben analizar las diferentes circunstancias que se puedan presentar en su ejecución y reducir al máximo los riesgos de incumplimiento; no se trata simplemente de dar un salto de fe al exteriorizar la voluntad contractual y asumir compromisos contractuales que no se está en capacidad de soportar o que sean irrealizables o excesivamente onerosos en comparación con lo que se está ofertando. En estos casos el exceso de confianza se considera fuente de autorresponsabilidad y no de obligaciones.

E. Análisis de la terminación del contrato

El contrato se terminó realmente porque se tomó la determinación de no prorrogarlo más, es decir que en el presente caso operó la extinción del vínculo contractual por la expiración del plazo sin haber logrado el fin del contrato: la entrega del software.

No se trata entonces de una forma anormal, desproporcionada e irrazonable de terminación del contrato, como lo plantea STARS SOFTWARE en sus alegaciones finales, sino de la aplicación de una cláusula pactada entre los contratantes que en el presente caso fue reconducida en tres (3) oportunidades diferentes sin lograr la entrega del software.

Hubiera bastado que transcurriera el término de duración del contrato para declarar extinguido el vínculo contractual; sin embargo, se fue más allá y se buscó la asesoría de un experto (AZURIAN) quien recomendó precisamente que no se siguiera prorrogando el contrato.

Ese informe de AZURIAN no es un dictamen de parte o un dictamen judicial, pues éstos requieren de la firma del perito que lo rinde como señal de juramento de que la experticia es independiente y corresponde a su real convicción profesional, fuera de cumplir con los demás

requisitos legales⁵⁸; aquél es simplemente un concepto sobre el estado de ejecución de la implementación contratada con STARS SOFTWARE y la valoración de la probabilidad de entrega del software contratado dentro del plazo pactado, la cual en opinión del experto contratado era nula.

También es importante precisar que el concepto fue elaborado por una persona jurídica y además que, sin importar la edad de los miembros del equipo que colaboraron en su realización, el señor Luís Fernando Escalante Vélez, como miembro del grupo de AZURIAN, compareció ante el Tribunal como testigo, expuso su contenido y reconoció el informe (Audiencia de pruebas del 8 de junio de 2016).

De todas maneras, el Tribunal insiste que en el presente caso no hubo en estricto sentido una terminación unilateral del contrato sino una expiración del plazo contractual, el cual se decidió no volver a extender en vista de los incumplimientos continuos del proveedor tecnológico.

Para el Tribunal, CONIX no estaba obligada a prorrogar el contrato en una cuarta ocasión; tampoco CONIX tomó una decisión incausada ni a la ligera, sino que prefirió escuchar el descontento de su arrendatario antes de continuar con un vínculo contractual cargado de vicisitudes y problemas.

F. Pretensiones segunda y tercera consecuenciales

Solicita la demandante en la pretensión segunda lo que sigue:

"Consecuencialmente a la declaración anterior, le solicito se declare que STAR SOFTWARE es civil y contractualmente responsable de los perjuicios que del incumplimiento del contrato se derivaron par (sic) CONIX S.A. y se le condene a pagarle a ésta los perjuicios materiales causados, los cuales se estiman en las siguientes sumas de dinero:

A. Por daño emergente: *la suma de \$188.325.000, que se discriminan en la pérdida del activo dado en renting por valor de \$168.325.000 y por la suma de \$20.000.000 pagados al Country Club Ejecutivos como efectos de la terminación del contrato de renting soportado sobre las obligaciones de la demandada.*

B. Por Lucro Cesante futuro del daño emergente descrito en el numeral anterior: *Se solicita el pago de los intereses por mora que la suma anterior cause desde el momento de presentación de la demanda y hasta la fecha del pago efectivo".*

En la pretensión tercera, a su turno, solicitó:

⁵⁸ Cfr. artículo 226 del CGP.

"Que como consecuencia de la primera pretensión principal y de forma adicional a la segunda pretensión consecuencial, le solicito que se **CONDENE** a la demandada a pagar a mi poderdante a título de lucro cesante, la suma de \$156.115.585, equivalentes al valor de los cánones faltantes en el contrato de renting en el cual estaba invertido el bien ofrecido por la demandada, suma que a su vez había sido pactada como cláusula penal en el evento de terminarse el contrato anticipadamente por causas ajenas al incumplimiento de CONIX. Esta suma se cálculo como resultado de multiplicar las sumas de \$3.630.595 que corresponde al dinero asignado como canon mensual del contrato de renting antes del IVA, por 46, número correspondiente a los cánones por facturar".

Consideraciones del Tribunal

Lo primero que el Tribunal debe aclarar es que la no objeción del juramento estimatorio no lo convierte en prueba definitiva del perjuicio, ni tampoco exime al demandante de la carga que tiene de probar el detrimento patrimonial causado por el incumplimiento. Lo que sí impide es el reconocimiento de una condena indemnizatoria mayor a la estimada en la demanda arbitral.

El verdadero efecto procesal de la objeción del juramento estimatorio es la pérdida de su valor probatorio⁵⁹, en lo demás la estimación juramentada pasa a ser un medio de prueba como cualquier otro, susceptible de la valoración en conjunto y sana crítica del Juez.

No sobra recordar que los perjuicios que el Tribunal reconocerá en este laudo, son los causados con ocasión del incumplimiento del contrato de licenciamiento e implementación de software # 2012-006, en el que CONIX asumió la posición contractual de cliente.

En este orden de ideas, el Tribunal declarará probada la pretensión segunda de la demanda en lo relacionado con el reconocimiento del pago del anticipo del contrato materia de arbitraje por un valor de \$168.325.000 y los \$20.000.000 pagados al COUNTRY en razón a la transacción, para un total de \$188.325.000 por concepto de daño emergente.

El Tribunal interpreta la pretensión segunda consecuencial en el sentido de que los \$168.325.000 solicitados en ella, no corresponde a la pérdida de un activo de la demandante dado en *renting*, sino al pago efectivo del

⁵⁹ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. "Lecciones de derecho procesal - pruebas civiles", Bogotá, Tomo III, Editorial ESAJU, 2015, p. 335.

anticipo del contrato de licencia e implementación de software realizado a STARSOFTWARE⁶⁰.

Los intereses de mora serán calculados de conformidad con el artículo 94 del CGP, desde la notificación de la demanda arbitral, lo cual ocurrió el día 12 de noviembre de 2015, y ascienden al momento de proferir el laudo a la suma de \$46.615.000. En todo caso, si después de los 10 días siguientes a la firmeza del presente laudo, la demandada no ha pagado este valor, los intereses moratorios se seguirán causando hasta la fecha de su pago efectivo, a la tasa máxima permitida por la Superintendencia Financiera.

Frente a la pretensión tercera consecuencial, el Tribunal considera que la relación jurídica de leasing impropio o .renting⁶¹, en la que participaron por un lado CONIX en calidad de arrendador y, por otro lado, EL COUNTRY en calidad de arrendatario, no fue objeto de debate en este trámite arbitral, razón por la cual no accederá al reconocimiento de la renta dejada de percibir pactada en la cláusula XIV del "CONTRATO MARCO DE RENTING TECNOLÓGICO No. 2368.04.2012-00 CORPORACIÓN COUNTRY CLUB EJECUTIVOS".

Refuerza lo anterior el hecho que el vehículo utilizado por CONIX para legitimarse haya sido el contrato de cesión de posición contractual, en el contrato de licenciamiento e implementación objeto de análisis de este arbitraje; de ahí que la calidad invocada por la demandante haya sido de cliente de STARSOFTWARE y no de arrendador del COUNTRY.

Aquí el Tribunal quiere precisar que, es posible celebrar un contrato de locación de software ajeno, mediando por supuesto autorización del titular de derechos para ello, como lo enseña Aurelio López Tarruella con las siguientes palabras: *"Cuando el leasing de software es una relación bipartita, su regulación puede llevarse a cabo a partir de las normas aplicables al arrendamiento de cosa. Esta calificación implica, asimismo, que los brokers informáticos no deben cumplir con los requisitos establecidos por el ordenamiento a las entidades dedicadas al leasing financiero. Por lo demás, al igual que ocurre con el contrato anterior, cuando el proveedor no sea, a su vez, el titular de los derechos del software, deberá obtener de éste una autorización expresa para poder ceder el derecho de uso a la empresa cliente por el tiempo y para el ámbito espacial acordado"*⁶².

⁶⁰ Como se puede apreciar en la página 95 del anexo 1 de la demanda y en diferentes piezas procesales de los extremos del litigio donde reconocen este emolumento.

⁶¹ ALTMARK, Daniel Ricardo y QUIROGA, Eduardo Molina. "Tratado de Derecho informático", ob. cit., ant. p. 55 y 56.

⁶² LÓPEZ - TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio. "Contratos internacionales de software", Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 94 y 95.

G. Pretensión cuarta subsidiaria de la tercera consecucional

En la pretensión cuarta, por su parte, se manifestó:

"En el evento de no prosperar la pretensión anterior le solicito que se condene a la demandada a pagar a mi poderdante por lucro cesante las siguientes sumas:

- A. Por lucro cesante pasado la suma de \$78.397.933 que debió producir el dinero invertido en el contrato liquidados desde la fecha del incumplimiento, esto es el 1 de octubre de 2013, y hasta la fecha de presentación de la demanda, a título de lucro cesante pasado.*
- B. Por lucro cesante futuro además de los intereses que se piden en el literal B de la segunda pretensión consecucional, que se calcularían desde la fecha de presentación de la demanda, se solicita la suma de \$57.602.700 por concepto de los perjuicios los derivados de la no ejecución de un contrato de Renting por un valor de \$551.750.000, los cuales se calculan teniendo en cuenta que la utilidad operacional de CONIX en sus negocios es de 10.44% aproximadamente".*

Consideraciones del Tribunal

El Tribunal no reconocerá la pretensión cuarta subsidiaria de la tercera consecucional por lo siguiente: porque no considera que del objeto del litigio hubiera surgido una obligación dineraria que hiciera viable el reconocimiento del valor producido por el dinero invertido y fundamentalmente por cuanto la utilidad operacional solicitada proviene del contrato de *renting*, el cual como se señaló *supra* escapa al objeto o materia de su competencia.

Pero también debe agregarse que si se reconociera en su totalidad se sobrepasaría el límite indemnizatorio estimado en la demanda (\$344.440.585)⁶³.

En consecuencia, declarara no probada, en la parte resolutive de este proveído, la pretensión cuarta consecucional de la demanda arbitral.

⁶³ En efecto, la suma de \$234.940.000 reconocida en la pretensión segunda consecucional, por concepto de daño emergente y lucro cesante, más \$136.000.633 que sería el total del valor de la pretensión cuarta consecucional, daría como resultado \$370.940.633; es decir que sobrepasaría el límite indemnizatorio en \$26.500.048, estimado en la demanda.

H. Segundo grupo de pretensiones

El Tribunal se abstendrá de pronunciarse respecto del segundo grupo de pretensiones de la demanda enfiladas contra SEGUROS DEL ESTADO S.A., comoquiera que acogió el desistimiento de las mismas por parte de CONIX en la audiencia realizada el 9 de junio de 2016, tal como se hizo constar en el acta de dicha audiencia, así:

*En este estado de la audiencia, el doctor **CARLOS ALBERTO VÉLEZ ECHEVERRI**, apoderado judicial de CONIX S.A., hizo manifestación oral al señor Arbitro, tal como queda registrado en la grabación magnetofónica, acerca del acto de desistimiento expresado verbalmente en la audiencia del día 8 de junio del corriente año, respecto de las pretensiones formuladas en la demanda contra SEGUROS DEL ESTADO S.A.; desistimiento que tiene como causa y fundamento el contrato de transacción celebrado entre los representantes legales de ambas personas jurídicas, del cual presenta una copia para que, de sus términos, tenga conocimiento el Tribunal.*

Igualmente expuso que desiste de la prueba de interrogatorio de parte frente al señor representante legal de SEGUROS DELO ESTADO S.A.

*Encontrándose presente la doctora **ZULLY TATIANA ZULUAGA MARÍN**, apoderada judicial de SEGUROS DEL ESTADOS S.A., manifestó al Tribunal que, en tal calidad, coadyuva el desistimiento formulado por CONIX S.A. y conviene que no haya condena en costas por dicho acto procesal.*

El Tribunal, igualmente de manera verbal, y una vez verificadas en el expediente las facultades para desistir otorgadas a los apoderados de CÓNIX S.A. y SEGUROS DEL ESTADO S.A., acogió el desistimiento del señor apoderado de CONIX, tanto en relación con las pretensiones dirigidas en la demanda principal contra SEGUROS DEL ESTADO, como de la prueba de interrogatorio de parte; sin lugar a condena en costas a cargo de CONIX.

En señal de lo anterior firman los apoderados:

(Firmado) CARLOS ALBERTO VÉLEZ ECHEVERRI
(Firmado) ZULLY TATIANA ZULUAGA MARÍN

El Tribunal incorpora el expediente el documento contentivo del contrato de transacción suscrito entre Conix S.A. y Seguros del

Estado de fecha 7 de junio de 2016. (Negrilla y subrayas del Tribunal)

Aquí es oportuno recordar las palabras de Carnelutti sobre la abdicación de actos procesales:

"La renuncia a los actos del juicio o la caducidad ponen fin al procedimiento porque las partes dicen explícitamente o dejan entender con su actitud que no tienen necesidad del procedimiento en curso; lo dicen explícitamente si una revoca la demanda y la otra consiente (infra, núm. 761); lo dejan entender, si una y otra, en lugar de hacer seguir un acto a otro del procedimiento, permanecen inertes por cierto tiempo (infra, núm. 763).

Ahora bien, es claro que no tanto por analogía cuanto a fortiori debe determinarse el mismo efecto, no ya cuando de la declaración o de la inercia de las partes se deduzca que ha cesado la necesidad del procedimiento, sino cuando se manifieste la causa de tal cesación, esto es, la extinción del litigio; puesto que el proceso se sigue para la composición del litigio, ¿por qué se habría de seguir si el litigio se ha extinguido? Por tanto, las causas internas de cesación del procedimiento no se agotan en la renuncia a los actos del juicio y en la caducidad; su principio está en la cesación de la necesidad del proceso, que puede revelarse o mediatamente o inmediatamente; las causas internas mediatas son, precisamente, la renuncia a los actos del juicio y la caducidad; las causas internas inmediatas se concentran en la extinción del litigio'⁶⁴.

Finalmente, el Tribunal hará una reducción de \$30.000.000.00 de la indemnización reconocida en este proveído, por virtud del parágrafo de la cláusula segunda del contrato de transacción *sub examine*, que es del siguiente tenor: "El monto pagado, es decir la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000. 00) deberá descontarse del valor consignado en las pretensiones de la demanda", lo que arroja como resultado un total de \$204.940.000, monto final de las pretensiones de condena que salen avantes.

El Tribunal considera oportuno aquí precisar que el valor pagado en la transacción no se acumula sino que se resta de la indemnización reconocida en el laudo, habida cuenta que provienen de la misma causa resarcitoria, esto es, el reconocimiento de una suma de dinero en razón a la probable configuración del siniestro: incumplimiento del contrato asegurado.

⁶⁴ CARNELLUTTI, Francisco. "Sistema de Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Tomo IV, Editorial UTEHA, Trad. Niceto Alcalá - Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, 1944, p. 552.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: *"Según autorizada doctrina, el problema se reduce a determinar la naturaleza de las prestaciones que la víctima recibe de terceros con ocasión del hecho dañoso, aún cuando éste constituya la única causa de tales beneficios; de suerte que lo que realmente importa es si lo que se recibe constituye o no una reparación o indemnización del daño irrogado. En caso afirmativo, el cúmulo es inadmisibles porque un daño no puede ser reparado dos veces; pero si las prestaciones no tienen ese carácter, es decir si su esencia no es resarcitoria, el cúmulo sería procedente"*⁶⁵.

CAPÍTULO IV **Pronunciamiento sobre excepciones**

Si bien STARS SOFTWARE no propuso medios exceptivos destinados a enervar las pretensiones plasmadas contra ella en la demanda principal, el Tribunal considera pertinente revelar que no encontró acreditado en el cúmulo probatorio acopiado hechos constitutivos de excepciones que deba reconocer oficiosamente en el laudo, como lo impone el inciso primero del artículo 282 del Código General del Proceso.

CAPÍTULO V **Demanda de reconvención**

Tal como lo anotó el Tribunal en el numeral 49 de la letra B del CAPÍTULO II, supra, STARS SOFTWARE interpuso *"demanda de reconvención contra CONIX por la terminación ilegal del contrato; el no pago de los viáticos causados por la ejecución del proyecto; no habersele suministrado un servidor exclusivo ... para la implementación del proyecto y ... que tanto la cesión de la posición contractual como los otrosíes del contrato de licenciamiento son nulos"*.

Con el propósito de no incurrir en repeticiones innecesarias, dado que los fundamentos de hecho son prácticamente los mismos que compendió el Tribunal en los numerales 34 a 48 igualmente del literal B del CAPÍTULO II supra, ellos se tienen aquí como los supuestos fácticos de la reconvención.

Ahora bien, con oportunidad del estudio de la demanda principal, el Tribunal examinó y puso de presente que los incumplimientos endilgados por STARS SOFTWARE a CONIX no estuvieron probados en el presente trámite arbitral y que, por contera, estaban lejos de configurar

⁶⁵ Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de julio de 2012, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

un incumplimiento grave o esencial de las obligaciones a cargo de CONIX.

El Tribunal también analizó la validez y existencia tanto del contrato materia de arbitraje y sus otrosíes como de la cesión de posición contractual utilizada por la demandante principal para legitimarse, encontrándolos todos eficaces y vinculantes, razón por la cual declarará probada la pretensión primera de la contrademanda donde se solicita reconocer la existencia de los mencionados vehículos contractuales y negará las que el Tribunal interpreta que están dirigidas a dejarlos sin valor y efecto, especialmente el segundo contrato mencionado (pretensiones tercera, quinta y sexta).

Igualmente, el Tribunal desestimará las pretensiones formuladas en la demanda de reconvencción dirigidas a obtener por parte del Tribunal la declaratoria de incumplimiento de CONIX, la declaratoria de terminación ilegal del contrato *sub examine* y el reconocimiento de perjuicios (pretensiones segunda, cuarta, séptima y octava).

En consecuencia, declarará probadas las excepciones denominadas "CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO" e "INEXISTENCIA DE LA NULIDAD DEL CONTRATO".

CAPÍTULO VI

Estimación de perjuicios de la reconviniendo frente al artículo 206 del CGP

No sobra dejar explícito que no hay lugar a aplicar sanción contra STARS SOFTWARE por razón del juramento estimatorio, conforme al artículo 206, habida cuenta que la improsperidad de las pretensiones devino, *in radice*, de la falta de configuración de sus elementos estructurales de la responsabilidad contractual deducida contra CONIX y de la ausencia de los requisitos legales de la pretendida nulidad de los negocios jurídicos subyacentes.

CAPÍTULO VII

Costas

Las costas están constituidas tanto por las expensas consideradas las erogaciones en que incurren las partes en la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como "*los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso*" (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2º).

De conformidad con el artículo 365 del C.G.P., se “condenará en costas a la parte vencida en el proceso”, que en este arbitraje lo fue la demandada.

En el presente caso, al haber prosperado la mayoría de las pretensiones contenidas en la demanda principal, así algunas no hubieren prosperado en la cuantía solicitada, y en razón a que la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda de reconvencción fueron denegadas, el Tribunal, procederá a condenar a la demandada a cancelar a la demandante, una proporción correspondiente al 80% de las costas (gastos y agencias en derecho).

Siguiendo los parámetros trazados en el numeral 4 del artículo 366 del C.G.P. y acorde con la naturaleza y cuantía del litigio, la duración del proceso y el número de actuaciones surtidas, articulados con los criterios señalados en el Acuerdo 1887 de 2003 anteriormente mencionado, las agencias en derecho serían del orden de \$20.494.000.00 (10% de las pretensiones de condena reconocidas en el laudo), que reducidas al 80% se fijan en la cantidad de \$16.395.200.00⁶⁶.

En este orden de ideas, el Tribunal procede a liquidar la condena en costas a cargo de la parte demandada, así:

Los gastos en los cuales incurrió la parte demandante dentro del presente trámite arbitral y cuya causación se encuentra debidamente acreditada en el expediente, son:

50% de honorarios del Árbitro	\$10.067.590,50
50% IVA de los honorarios del Árbitro (16%)	\$ 1.610.814,50
50% de honorarios del Secretario	\$ 5.033.795.00
50% IVA de la Secretaria (16%). No aplica	\$ 0

⁶⁶ El Acuerdo No. 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura regula las tarifas de agencias en derecho aplicables a los procesos judiciales, pero en él no se contemplan expresamente las que deban asignarse en los procesos arbitrales.

No obstante, el Acuerdo prevé:

"ARTICULO QUINTO.- Analogía. Los asuntos no contemplados en este acuerdo se registrarán por las tarifas establecidas para asuntos similares, incluyendo los asuntos que conocen las autoridades administrativas en ejercicio de funciones judiciales".

Para el caso, se acude a la tarifa fijada para el proceso ordinario de única instancia en materia civil y comercial, según el numeral 1.1. del artículo sexto: *"Hasta el quince por ciento (15%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia..."*.

50% de gastos de Administración de la Cámara de Comercio	\$ 5.033.795.00
50% IVA de la Cámara de Comercio (16%)	\$ 805.407.00
50% de gastos del proceso	\$ 5.000.000.00
Subtotal	\$22.517.607.00
80%	\$18.014.085.60

El valor total a pagar por STARSOFTWARE S.A.S. a favor de CONIX S.A., asciende a la suma de **\$34.409.285.**

DECISIÓN

En mérito de las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitraje conformado para resolver en derecho las controversias entre CONIX S.A. y STARSOFTWARE S.A.S. por autoridad de la ley, y habilitación de las partes,

RESUELVE:

PRIMERO.- Negar, por las razones expuestas en esta providencia, la tacha de sospecha presentada contra el testigo Alfonso Vega.

SEGUNDO.- Declarar que STARSOFTWARE S.A.S. incumplió el contrato de licenciamiento e implementación de Software # 2012-006, celebrado con la Corporación Country Club Ejecutivos y cedido posteriormente a CONIX S.A., por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

TERCERO.- Declarar que STARSOFTWARE S.A.S. es civil y contractualmente responsable de los perjuicios causados a CONIX S.A., en razón al incumplimiento del contrato de licenciamiento e implementación de Software # 2012-006.

CUARTO.- Condenar a la sociedad STARSOFTWARE S.A.S. a pagar a CONIX S.A., la suma de CIENTO OCHENTA Y OCHO MILLONES TRECIENTOS VEINTICINCO MIL PESOS (\$188.325.000), por concepto de daño emergente causado por el incumplimiento del contrato de licenciamiento e implementación de Software # 2012-006.

QUINTO.- Condenar a la sociedad STARSOFTWARE S.A.S. a pagar a CONIX S.A., los intereses moratorios causados a la tasa máxima legal permitida, sobre la suma de CIENTO OCHENTA Y OCHO MILLONES

TRECIENTOS VEINTICINCO MIL PESOS (\$188.325.000), desde la notificación del auto admisorio de la demanda hasta la fecha del pago efectivo, los cuales a la fecha de proferir la presente decisión ascienden a la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL PESOS (\$46.615.000).

SEXTO.- Ordenar que se descuente la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000) del valor de las pretensiones de condena impuestas en los apartes CUARTO y QUINTO de la parte resolutive de este laudo, reconocida por SEGUROS DEL ESTADO S.A. a CONIX S.A., lo cual arroja como resultado del valor indemnizatorio la suma de DOSCIENTOS CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$204.940.000).

SÉPTIMO.- Negar la pretensión tercera consecencial del primer grupo de pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO.- Negar la pretensión cuarta consecencial del primer grupo de pretensiones, por las razones expuestas en la parte considerativa de este laudo.

NOVENO.- Declarar la existencia del contrato de licenciamiento e implementación de Software N° 2012-006, de los otrosíes números 001, 002, 003 y de la de cesión de la posición contractual del contrato N° 2012-006 por parte de la Corporación Country Club Ejecutivos a CONIX S.A., solicitada por STARS SOFTWARE S.A.S. en la pretensión primera de la demanda de reconvención.

DÉCIMO.- Desestimar las pretensiones segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava de la demanda de reconvención y en consecuencia declarar probadas las excepciones de "CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO" e "INEXISTENCIA DE NULIDAD DEL CONTRATO", por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO PRIMERO.- Condenar a la sociedad STARS SOFTWARE S.A.S. a pagar a CONIX S.A. la suma de TREINTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS NUEVE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$34.409.285), por concepto de costas (gastos y agencias en derecho).

DÉCIMO SEGUNDO.- Ordenar que los pagos de las condenas por perjuicios y costas deberán hacerse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

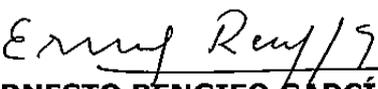
DÉCIMO TERCERO.- Declarar causados los honorarios del árbitro y del secretario, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Arbitro Único, con la deducción correspondiente de la contribución especial arbitral señalada en el Decreto 272 de 2015.

DÉCIMO CUARTO.- Disponer que una vez agotados los trámites propios del Tribunal, el Árbitro Único deberá rendir cuentas a las partes de las sumas puestas a su disposición para atender los gastos y expensas que demandó el funcionamiento del Tribunal.

DÉCIMO QUINTO.- Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes con las constancias de ley.

DÉCIMO SEXTO.- Disponer que en su debida oportunidad se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín.

Esta providencia queda notificada en audiencia.


ERNESTO RENGIFO GARCÍA
Arbitro único


ALVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO
Secretario